

FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO



VII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

MAURÍCIO DE AQUINO

JAIME DOMINGUES BRITO

SALVADOR TOMÁS TOMÁS

©2017 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Maurício de Aquino, Jaime Domingues Brito & Salvador Tomás Tomás
(Orgs.)

Vladimir Brega Filho
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)

Prof. Dr. Flavio Luiz de Oliveira (ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)

Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Função Política do Processo / Maurício de Aquino, Jaime Domingues Brito & Salvador Tomás Tomás, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2017. (Anais do VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-52-4

1. Função Política do Processo / Maurício de Aquino, Jaime Domingues Brito & Salvador Tomás Tomás.

CDU-340

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Função Política do Processo.

340

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A FUNCIONALIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM BREVE ESTUDO À LUZ DO CPC/2015	5
Sara Hellen Trevisan BOSSO Gilberto Notário LIGERO	
A FUNDAÇÃO COMO ESTRATÉGIA SOCIETÁRIA DA FAMÍLIA EMPRESÁRIA E/OU DAS EMPRESAS FAMILIARES: CONSIDERAÇÕES SOBRE A MANUTENÇÃO DO CONTROLE E O DESTACAMENTO DO PATRIMÔNIO	23
Vinny Pellegrino PEDRO	
A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW NA RES JUDICATA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATUAL	45
Mariana Rolemberg NOTÁRIO	
COMMON LAW: ORIGEM, CARACTERÍSTICAS, FONTES E PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO	59
Rafael Gomiero PITTA Jéssica Amanda FACHIN	
DA (IN)DISPENSABILIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA COMO PRESSUPOSTO PARA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RELACIONADA ÀS QUESTÕES FÁTICAS	74
Cássia Fernanda da Silva BERNARDINO	
EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	101
Caroline Lovison DORI	
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	118
Luísa Kiiller NUNES Marcos Vargas FOGAÇA	
LIÇÕES PROPEDEÚTICAS DA COISA JULGADA E O FUNDAMENTO POLÍTICO-SOCIAL DE SUA IMUTABILIDADE	136
Gustavo Souza MANOEL Angelo Souza NANCI	
MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS QUE TENHAM POR OBJETO REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO DETENTOR DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA	155
Rojúnior Pereira MARQUES	

Vinícius José Corrêa GONÇALVES

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL: UMA ANÁLISE PONTUAL SOBRE OS CEJUSCs NO ESTADO DE SÃO PAULO 181

Guilherme Belmonte MAZIN

Marco Antonio TURATTI JUNIOR

O MODELO APAC COMO INSTRUMENTO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO, RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO DO PRESO 195

Roberto da Freiria ESTEVÃO

Giovana Aparecida de OLIVEIRA

OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO A MOROSIDADE JURISDICIONAL 214

Matheus Gomes CAMACHO

Fernando Guilherme FATEL

TUTELA DE EVIDÊNCIA DOCUMENTADA NO AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO 235

Fábio Dias da SILVA

A FUNCIONALIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM BREVE ESTUDO À LUZ DO CPC/2015

Sara Hellen Trevisan BOSSO¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO

O presente estudo se faz em relação a uma das inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015, qual seja, o sistema de precedentes judiciais. A novidade para o cenário jurídico brasileiro ganhou tratamento rigoroso, inclusive, recheado de expectativas, não só para os operadores do direito, como também para os jurisdicionados, uma vez que fora estabelecido que a aplicação e a utilização dos precedentes judiciais deverá concretizar funções, as quais são essenciais para efetivar princípios constitucionais. Entretanto, salienta-se que o sistema de precedentes judiciais fora importado de um ordenamento jurídico essencialmente diverso da realidade jurídica brasileira, sendo necessário ilustrar tal desigualdade, buscando entender como será a aplicação desse novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente Judicial. Função. *Common Law*. *Civil Law*.

ABSTRACT

The present study is made in relation to one of the innovations brought to the Brazilian legal system by the Code of Civil Procedure of 2015, that is, the system of judicial precedents. The novelty to the Brazilian legal scenario has received rigorous treatment, including expectations, not only for the legal operators, but also for the jurisdictional ones, since it had been established that the application and use of judicial precedents should fulfill functions, the Which are essential for effecting constitutional principles. However, it should be noted that the system of judicial precedents had been imported from a legal system essentially different from Brazilian legal reality, and it is necessary to illustrate this inequality, seeking to understand how the new institute will be applied in the Brazilian legal system.

KEY-WORDS: Judicial Precedent. Funcion. *Common Law*. *Civil Law*.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao implementar em nossa realidade o sistema de precedentes judiciais, que fora fundado no direito americano, mais conhecido como *Common Law*, o qual possui uma forma de aplicar o direito substancialmente diversa do nosso sistema, o *Civil Law*.

Ao proferir uma sentença, os magistrados pertencentes ao *Common Law*, priorizam

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa de Iniciação Científica PIBIC/CNPQ. E-mail: sara_bosso@outlook.com.

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela UEL/PR. Coordenador do Grupo de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: garantias fundamentais e inclusão social” da Toledo Prudente Centro Universitário. Docente do curso de Graduação e Pós-Graduação “lato sensu” da Toledo Prudente Centro Universitário. Professor do Programa de Pós-Graduação “stricto sensu” da Universidade de Marília. E-mail: gilberto_ligero@toledoprudente.edu.br. Orientador do trabalho.

os costumes sociais e jurídicos para solucionar uma lide, o que significa que, independentemente da existência de uma lei que regulamente determinado assunto, se existir algum costume, seja social ou jurídico, ele, preferencialmente, aplicará o que é seguido pela sociedade e justiça.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro, com suas raízes fundadas nos preceitos da *Civil Law*, aplica preferencialmente a lei e, somente quando não exista lei, que regulamente determinado assunto, é que o magistrado brasileiro opta em socorrer-se de costumes, uma forma de ministrar o direito mais conhecida como analogia, a qual integra os costumes sociais, as jurisprudências, doutrinas e outras formas de suprir as lacunas legais.

Nota-se que a primordial diferença entre o sistema que criou os precedentes judiciais – *Common Law* - e este em que está sendo implantado, se faz no tratamento dado aos costumes. O sistema originário dos precedentes prioriza o que é seguido pela sociedade e justiça, enquanto o nosso ordenamento, prioriza o que a lei prescreve, aplicando os costumes de forma secundária, quando não existe norma que regulamente determinado assunto ou quando essa já se faz ultrapassada.

A introdução do sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento, não indica que está ocorrendo uma migração para o *Common Law*, apenas fora implantado no processo civil brasileiro um novo instituto que irá auxiliar os magistrados a efetivar garantias processuais, ou seja, ele irá ajudar a tornar o processo um instrumento mais eficaz de resposta jurídica ao jurisdicionado, promovendo, principalmente, a igualdade e segurança jurídica.

Dessa forma, para que o sistema de precedentes judiciais colha um resultado positivo, é necessário que os operadores do direito utilizem esse sistema da maneira correta, ou melhor, apliquem esse sistema da forma que deve ser, pois somente com a correta aplicação deste é que se obterá a esperada função.

Por fim, salienta-se que o método utilizado na pesquisa é o dedutivo, pois todo o estudo será pautado em teorias, as quais legitimarão as conclusões particulares do instituto.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA COMMON LAW

O sistema de precedentes judiciais foi estruturado sob a égide da cultura da *Common Law*, com a função de aprimorar a aplicação do direito, de forma que sua idealização se deu em razão da construção histórica vivida na Inglaterra e nos EUA. Pois bem, sua criação fora construída sob influência de marcos históricos que colaboraram no desenvolvimento do ordenamento jurídico inglês.

No que tange a influência histórica na construção da *Common Law*, René David

(1996, p. 19), afirma:

A common law está, pela sua origem, ligada ao poder real; desenvolveu-se nos casos em que a paz do reino estava ameaçada, ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justificava a intervenção do poder real; surge como tendo sido, na sua origem, essencialmente um direito público, só podendo as questões entre particulares serem submetidas aos tribunais da common law na medida em que pusessem em jogo o interesse da Coroa ou do reino.

Fato marcante no caminho para a aplicação do costume é informado por Fernanda Néri Rosa (2016, s/p.), no seguinte trecho:

Era comum porque era originário das sentenças dos tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra, em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha. O ato de julgar era prerrogativa real, mas os reis delegavam aos *judges*, que perambulavam pelo reino, à semelhança do pretor romano, realizando um circuito (...). Os juízes concediam *writs*, que constituíam ordens dadas pelo rei às autoridades para que respeitassem um determinado direito de quem obtinha o remédio. Depois de concedido o *writ*, um júri formado por leigos julgava as pretensões da pessoa beneficiada.

Nota-se a tendência na construção de um sistema baseado no costume, inclusive, na necessidade em se buscar uma resposta na autoridade absoluta, que naquele tempo, era o poder real.

Evidente que o direito inglês se difere demasiadamente do brasileiro, pois guiados por premissas sistemáticas diferentes também, o primeiro pelo *common law* e o segundo pelo *civil law*. Porém, é importante destacar que estão inseridos no gênero do sistema ocidental. Contudo, eles possuem ritos, características, institutos únicos, que os tornam distintos e essa distinção se deu em razão da forma política, cultural, social de cada lugar em que se desenvolveu o sistema (Oliveira, 2013, s/p.).

A principal diferença entre os sistemas, está nas fontes consideradas primordiais de aplicação do direito, pois a Common Law, por sua origem, elege os costumes, sejam eles sociais ou jurídicos, e a Civil Law, optou pela lei, tendo em vista a tradição em prever as situações em um texto legal.

Neste diapasão, insta mencionar que o sistema sempre se preocupou em desenvolver a aplicação do que entendiam ser o bom direito, de forma que promovesse para a sociedade uma segurança jurídica. Desde os primórdios, observava-se a necessidade em se obter uma jurisprudência congruente, com isso, passou-se a observar o conjunto de julgados para solucionar um litígio presente. Conforme Fernanda Néri Rosa (2016, s/p.) destaca:

A confiança nos precedentes é vista nos países de língua inglesa como algo natural, uma parte da vida em geral, o fato de algo ter sido feito de alguma maneira por si só já providencia um motivo para que algo semelhante seja realizado da mesma maneira.

Vislumbra-se que o método eleito para aplicar o direito de maneira que

proporcionasse segurança jurídica ao sistema, obteve êxito, tendo em vista a confiança depositada no poder judiciário, diante da previsibilidade na satisfação de um direito.

Entretanto, os precedentes judiciais, somente ganharam eficácia obrigatória de sua aplicação, no século XIX, onde a pretensão pela segurança jurídica tornou-se mais exigida (Néri, 2016, s/p), bem como, aprimorou ainda mais a relação de confiança que já existia.

Por fim, se faz importante e necessário trazer à baila, um resumo de como a teoria dos precedentes judiciais surgiu:

Desta maneira, a teoria dos precedentes propriamente dita surgiu na Inglaterra, no início do século XIX, ocasião em que a Câmara dos Lordes inglesa reconheceu eficácia vertical e vinculante do precedente, ou seja, a partir do julgado proferido, procedia-se ao seu registro, que por sua vez era publicado em coletâneas (chamadas *reports*) e passavam a ter força obrigatória, ou regras de precedentes (*rules of precedents*). Deste ponto, serviam para reger situações futuras enquanto juízes e demais estudiosos do direito retiravam deste mesmo julgado as regras e princípios que iriam ampliar os limites da *common law* de forma generalizada. (Néri, 2016, s/p).

Pois bem, nota-se que houve uma necessidade de aprimorar a aplicação do direito, inclusive aperfeiçoando a segurança jurídica pretendida pela *common law*, chegando assim no sistema de precedentes judiciais, os quais, ganharam aplicação vinculante, concretizando os ideais preestabelecidos.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS: DEFINIÇÕES E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

O precedente judicial, é formado quando um juiz utiliza-se de uma decisão já proferida, como fundamento para decidir uma lide presente, ou seja, esse juiz declara-se vinculado a uma decisão anteriormente proferida. Desta forma, nota-se que quem transforma a decisão judicial em precedente, é o juiz que em outro litígio posterior, o qual possui matéria fisicamente compatível com o anterior, aplica a decisão proferida neste último.

Desta forma, Fredie Didier (2016, p.385) coaduna:

O precedente judicial, na *common law*, é formado quando um juiz utiliza-se de uma decisão já proferida, como fundamento para decidir uma lide presente, ou seja, esse juiz declara-se vinculado a uma decisão pretérita. Desta forma, nota-se que quem transforma a decisão judicial em precedente, é o juiz em um outro caso futuro, cuja matéria seja semelhante, ou melhor, fisicamente compatível.

Neste diapasão, Michele Taruffo (2011, p. 142) ressalta:

(..) precedente produz uma regra, que pode ser utilizada pelos juízes dos casos subsequentes, se houver similitude entre os fatos do caso decidido e os fatos do caso a ser julgado. Há de ser constatada a identidade entre as duas *fattispecie* concretas.

Entretanto não basta ser apenas uma decisão, cuja essência se faz próxima, ou até mesmo intima de outro caso, para que seja aplicada como forma de influenciar e determinar a

resolução de fato posterior. Faz se necessário que os litígios, passado e presente, compartilhem semelhanças, as quais, possam ser capazes de receber a mesma solução, sem gerar algum vício que acabe maculando a sentença.

Dessa forma, Fredie Didier (2016, p. 455) afirma que:

O precedente é composto pelas: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão.

Observa-se que é esse conjunto formador do precedente que permite sua aplicação como fundamento em outra decisão judicial, na qual o magistrado deve indicar a forma que esses componentes se adequam ao novo caso e induzem a sua aplicação solucionando a lide.

Vislumbra-se que, de maneira geral, o precedente é composto pelos principais eventos formadores de um processo anterior, visto que, quando afirmado por Fredie Didier que um dos elementos são as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia. Nota-se que são os pontos de objeção entre as partes, os quais são fixados no despacho saneador para que sejam comprovados no processo. São essas oposições que, se provadas, indicarão de quem é o direito.

Ademais, em relação ao segundo elemento, tem se a ideia de que é a análise do magistrado que, ao ponderar princípios ou aplicar os critérios clássicos de solução de conflito de regras, estabelecerá os motivos determinantes que promoveram respaldo em sua decisão.

Neste diapasão, o terceiro componente, indica a alegação jurídica preponderante acerca do direito da parte, a qual, se faz primordial para, junto com o segundo elemento, fixar a resolução e assim satisfazer a pretensão da parte.

Compreende-se então que, o precedente judicial, é construído pelos fenômenos jurídicos cruciais na formulação de uma sentença, de maneira que são eles que irão influenciar na conclusão de uma lide posterior que seja semelhante à este.

Nesta linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 216), afirma: “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.”

A definição apresentada, ainda que breve, exprime todo o exposto, no sentido de que, uma decisão, será um precedente quando composta dos elementos mencionados por Fredie Didier, bem como, quando estes tornam a tese jurídica inovadora, respondendo todas as alegações, ou ainda, quando estes esclarecem divergências.

3.1 Ratio Decidendi e Obter Dictum

Quando tratamos de precedentes, muito se fala sobre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*, elementos cruciais na identificação do componente que vincula o precedente judicial e, o torna único, tendo em vista a sua aplicação.

Brevemente, é possível adiantar que a *ratio decidendi* compreende os fundamentos determinantes para o julgamento da lide. Por outro lado, a *obiter dictum*, são os fundamentos que não possuem extrema importância na decisão da demanda, e por este motivo, não são vinculantes (Marinoni, 2012, p.59).

No entanto, ressalta-se que o elemento primordial do precedente, antes de tudo, é a *ratio decidendi*, tendo em vista que é, justamente, esse constituinte que irá vincular e induzir a aplicação do precedente. É a *ratio decidendi* o núcleo do precedente, ou seja, a sua essência.

Ratio decidendi, como o próprio nome indica, é a razão de decidir, são os argumentos, as alegações, que formam a base da decisão judicial. Tanto é que, nem tudo o que o juiz apreciou é passível de ser compreendido como *ratio decidendi*. Somente constitui a *ratio*, os motivos determinantes da lide.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 59) leciona:

A expressão “motivos determinantes da decisão”, em princípio tomada como sinônima da enunciada por “eficácia transcendente da motivação”, contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*. Isso porque há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro link entre os motivos e a decisão. Os motivos têm de ser determinantes para a decisão. Assim, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente – apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem esta eficácia. E os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*.

A importância da *ratio decidendi* é tamanha que Fredie Didier (2016, p. 455), afirma que, “na verdade, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*”.

Em que pese o precedente judicial é constituído das principais teses jurídicas inovadoras e, esclarecedoras, vale mencionar que, nem tudo o que está nele é fator determinante de nova tese jurídica, uma vez que, é possível encontrar nos precedentes decisões que não são determinantes, são conhecidas como *obiter dictum*.

De maneira resumida, a *obiter dictum* é a decisão prescindível para a construção da tese jurídica, podendo ou não possuir alguma relação direta com a lide. Nas palavras de Marinoni (2010, p. 235), a *obiter dictum* se caracteriza nas questões que são indiscutivelmente desnecessárias para o alcance da decisão.

Sendo assim, chegamos à conclusão de que uma decisão nem sempre será um precedente, entretanto, todo precedente será uma decisão, desde que contemplada pela

inovação e esclarecimento de teses jurídicas.

3.2 Eficácia Vinculante/Obrigatória e Persuasiva Do Precedente Judicial

A aplicação do precedente judicial é realizada conforme a eficácia que ele possui. No presente ensaio, tratar-se-á da eficácia vinculante, cuja aplicação obrigatória e a da persuasiva, sendo utilizada como argumentação para julgar o litígio, portanto, sua aplicação é facultativa.

A eficácia de um precedente judicial é determinada a partir de sua *ratio decidendi*, e dessa forma, os fundamentos integrantes da *obiter dictum* (não determinantes), não possuem a eficácia do precedente considerado vinculante, ou seja, o que irá ser vinculativo é a *ratio decidendi*.

A eficácia vinculante, conforme o próprio nome indica, é de aplicação obrigatória pelo Tribunal nos casos que possuem compatibilidade física. Desta forma, o Tribunal vinculado àquele que tenha um precedente obrigatório deverá aplicá-lo no caso semelhante, salvos nas hipóteses previstas nos §2º, 3º e 4º do artigo 927 do atual Código de Processo Civil.

Salienta-se que a eficácia vinculante deriva do *stare decisis*, à respeito, da introdução deste em nosso ordenamento, Elpidio Donizetti (2015, s/p), afirma:

No Brasil, podemos dizer que vige o *stare decisis*, pois além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória).

Entretanto, os precedentes cuja eficácia é vinculante estão previstos nos incisos do referido dispositivo legal, os quais tratam de matérias que possuem extrema importância para a justiça. Entretanto, observa-se que são institutos que tratam de matérias de repercussão geral, ou minimamente, que atinge considerável número de pessoas interessadas.

Essa eficácia vinculante do precedente judicial, pode, inicialmente receber uma certa recusa quanto a obediência dos Tribunais na forma hierárquica, tendo em vista que, o Brasil tradicionalmente, não possui essa cultura. Diferentemente do que ocorre aqui, no Common Law, essa observância nas decisões proferidas por Tribunais superiores, não é concebida sob um ponto de vista negativo, mas sim, sob o prisma de uma cooperação, tanto com os jurisdicionados, quanto com o sistema jurídico.

Ademais, a imposição dessa obediência pode ser vista como uma forma de assegurar garantias constitucionais, principalmente a segurança jurídica, fortalecendo a relação de confiança que o Estado tem com a sociedade, bem como, é uma forma de zelar pela isonomia.

Salienta-se que a maneira como se dará o afastamento da aplicação do precedente

obrigatório é diferente. Segundo o §2º do artigo 927 CPC/2015 em caso de “alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”, nota-se uma preocupação com essa possibilidade, tendo em vista a grande repercussão que a alteração dessas matérias podem acarretar.

Ainda, os §3º e 4º determinam uma necessária observância que a alteração seja realizada de acordo com a segurança jurídica e proteção da confiança, interesse social e da isonomia. Percebe-se mais uma vez o cuidado especial dado as garantias constitucionais pelo atual Código.

Por outro lado, a eficácia persuasiva, indica que a solução trazida por aquele precedente, nas palavras de José Rogério Cruz (2004, p. 53), é “indício de uma solução racional e socialmente adequada”. Sua adoção não é obrigatória como no caso da eficácia vinculante, e, se o magistrado opta pela adoção deste, assim o faz por entender que a resolução e os fundamentos que a constituem são realmente adequados, sendo a medida de justiça socialmente esperada.

Quando se refere ao precedente cuja eficácia é persuasiva, este poderá ser superado ou ter sua aplicação afastada com a incidência das técnicas de superação do precedente judicial – *distinguishing e overruling* – tendo em vista a necessária fundamentação que o Código exige.

Essa eficácia persuasiva trata-se de um efeito jurídico inerente a qualquer precedente, ou seja, ainda que o precedente tenha eficácia predominantemente vinculante, por trás dessa temos a persuasiva.

Em geral, pouco importa se o precedente judicial possui eficácia vinculante ou persuasiva, de qualquer modo é preciso que o magistrado tenha em mente que é necessário leva-lo em consideração, e não ignora-lo, principalmente aquele que possui efeito jurídico de aplicação obrigatória.

A todo momento, é possível perceber que o legislador tentou fomentar as garantias constitucionais através da implementação desse sistema em nosso ordenamento jurídico. Nota-se a confiança depositada no presente instrumento de propiciar a melhor aplicação do direito.

4 TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: *OVERRULING* E *DISTINGUISHING*

O sistema de precedentes judiciais, quando inserido no ordenamento jurídico brasileiro além de inovar a realidade vivida pelos profissionais do direito, trouxe consigo seus institutos, os quais, evitam o engessamento do direito e permitem que o direito seja renovado de acordo com as necessidades sociais.

No presente estudo, serão abordados os principais institutos de superação denominados de *overruling* e *distinguishing*, que são aplicados em situações distintas, mas que possuem finalidades semelhantes no que tange ao afastamento do precedente na decisão de uma lide, inclusive, vislumbra-se a atualização do direito de acordo com as necessidades sociais e mutações jurídicas, sem deixar abalar a segurança jurídica e a igualdade.

4.1 Overruling

Um dos mecanismos de revogação do precedente judicial é o *overruling*, uma técnica que permite que a aplicação precedente seja dispensada, quando este versar sobre determinada situação jurídica que não mais faz parte da realidade social.

Tendo em vista que a sociedade está em constante transformação, é possível que uma decisão judicial transformada em precedente, não esteja mais de acordo com as necessidades sociais vividas e, este é um dos motivos pelo qual se possibilita que o precedente se torne inaplicável na resolução de casos futuros.

Ademais, não é só em razão da mutação social que se permite a aplicação do *overruling* seja invocado, é possível também nas questões de direito processual e material. Ora, até mesmo as leis processuais são alteradas, ganham nova interpretação ou ainda, são inutilizadas com o tempo quando surge uma nova alternativa mais viável.

Inclusive, Ataíde Junior (2011, s/p), defende que a superação do precedente judicial, deve preencher dois requisitos pra que seja aplicada, quais sejam, a perda da congruência social e o surgimento da inconsistência sistemática, inclusive, entende que isso ocorre quando:

Os precedentes deixam de ter congruência social e consistência sistemática quando se tornam controversos, ensejando distinções inconsistentes e críticas doutrinárias. Da mesma forma, tornam-se incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do direito, uma inovação tecnológica, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.

Vislumbra-se, a existência de uma preocupação com a segurança jurídica, pois, se é possível que o precedente tenha sua aplicação afastada, é preciso que seja feito quando há necessidade, evitando assim, um abalo no sistema processual.

Pois bem, o instituto do *overruling* também é conhecido como revogação do

precedente judicial, fora previsto no artigo 489, §1º inciso VI do Código de Processo Civil, e de acordo com Fredie Didier (2016, p. 507/508), *overruling* é:

É a técnica através da qual um precedente, perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Essa substituição pode ser: (i) expressa (*express overruling*), quando o tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita ou implícita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

Essa técnica de superação da aplicação de um precedente, no Brasil, não é aplicada totalmente, tendo em vista que somente será exercido o *express overruling*, o qual exige, que o tribunal expressamente demonstre os motivos que o levaram a invocar o instituto afastando, assim, a aplicação do precedente judicial.

Em continuação ao trecho citado, Fredie Didier (2016, p. 508), explica o motivo pelo qual o *implied overruling* não se aplica no sistema jurídico brasileiro:

O *implied overruling* não é, porém, admitido no ordenamento brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927 §4º, CPC). É preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda o *overruling*.

Por tanto, no Brasil, só será aplicado o *express overruling*, em razão de que essa espécie da técnica do *overruling* solicita, por parte do tribunal, uma justificativa adequada e específica de sua aplicação. Por justificativa adequada e específica, entende-se que o legislador pretende assegurar garantias constitucionais, como a segurança jurídica e a isonomia.

Ademais, é preciso mencionar que, a aplicação dos precedentes pode se dar no plano horizontal, ou seja, o órgão revoga seu próprio precedente, como também no plano vertical, o órgão superior revoga o precedente do inferior (Caron, 2014, s/p.), proporcionando assim, uma flexibilização quanto a sua aplicação.

Neste viés, a possibilidade de afastar a aplicação de um precedente judicial, é flexível, tendo em vista os planos horizontais e verticais, entretanto, deve ser realizado com cautela, com a devida fundamentação, além de observar a necessidade a partir dos requisitos indicados por Ataíde Junior.

4.2 Distinguishing

O *distinguishing* também é uma técnica de superação do precedente judicial, entretanto, diferentemente do *Overruling*, a aplicação do *Distinguishing* é realizada nos casos em que não há compatibilidade física entre o precedente judicial e o litígio em que fora

indicado para solução.

Essa técnica é uma forma de afastar a aplicação do precedente judicial nos casos em que a essência do litígio é incompatível com a do precedente. Quando esse instituto de superação do precedente judicial é aplicado, o precedente ainda é válido para futuras aplicações solucionando demais conflitos, porém, no litígio em que se invoca o *Distinguishing* ele não será válido para aplicação. Ou seja, afasta-se o precedente somente daquele caso em questão.

A aplicação da distinção encontra sua justificativa quando há um diferencial na essência entre os casos, não é qualquer dissemelhança que legitima o afastamento da aplicação do precedente (Ataíde Junior, 2011, s/p). É necessário que exista uma incompatibilidade extremamente significativa que torne a aplicação do precedente no caso inviável.

Um exemplo esclarecedor de quando será aplicado o *Distinguishing* fora explanado por Ravi Peixoto (2015, p. 342), o qual segue:

Um exemplo fictício pode ilustrar este raciocínio: uma determinada pessoa foi proibida de entrar com um cachorro em um restaurante. Os fatos estão categorizados e delineados. Em outra situação, caso entre um cego com um cão-guia, o precedente anterior seria aplicado? E se simplesmente fosse outro animal, como um pequeno pássaro na gaiola? A mera diferenciação da cor do animal seria relevante? Ora, é evidente que por vezes o importante não são os fatos puros, mas a forma com a qual são apresentados.

Com o exposto, facilita a compreensão de que a mera dissemelhança entre o precedente e o litígio não enseja a aplicação da técnica de superação do precedente. Inclusive, demonstra a necessidade de analisar cada caso, tendo em vista que o fato em si pode ser até ser idêntico nos dois casos, entretanto, a forma e/ou o motivo pelo qual se deu aquele fato pode ser o verdadeiro diferencial entre os litígios.

No exemplo citado, é verídico que a proibição da entrada de um animal em um estabelecimento comercial, se faz comum, entretanto, se esse animal serve como guia de uma pessoa com deficiência visual, não se justificaria a proibição da entrada deste no estabelecimento, teríamos uma nova interpretação e até mesmo uma restrição da norma.

Ademais, Elmer da Silva Marques (2015, s/p) entende:

Mas não basta qualquer dessemelhança entre os fatos comparados: é necessário que essa diferença seja material, isto é, que seja suficiente para prover uma justificativa para a não adoção da solução prevista no precedente que se pretende aplicar. Assim, não é qualquer diferença que permite a justificativa: a distinção deve ser tal que provê um fundamento suficientemente convincente para declinar o respeito de uma decisão anterior. O poder dos juízes de promover a distinção não significa que eles podem desprezar os precedentes sempre que lhes convém.

É perceptível que o que determina a compatibilidade entre o precedente judicial e o

litígio a ser solucionado é a *ratio decidendi*. Ora, se a *ratio decidendi* é formada pelos fatos determinantes, bem como pelos fundamentos e teses primordiais para a solução do conflito, é à partir de sua identificação que é possível realizar uma análise, cujo objetivo é verificar a compatibilidade entre os litígios, determinando, assim, a (im)possibilidade da aplicação da distinção.

Assim como ocorre com o *overruling*, o *distinguishing* também deve ser aplicado com certa rigorosidade, tendo em vista que a sua utilização desenfreada, acarreta na violação da segurança jurídica e na isonomia, pilares do processo civil brasileiro.

O emprego dessa técnica pode ser visto como um meio de melhorar a aplicação do direito. A implementação do sistema dos precedentes judiciais, de certa forma, coage, não só os magistrados, mas como todos os operadores do direito, a fundamentar ainda mais seus atos, suas decisões em um processo, tanto que até mesmo nos casos em que haverá uma superação ou distinção do precedente, é necessário que se justifique a aplicação da determinada técnica.

5 APLICAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL COMO FORMA DE PROMOVER UMA SEGURANÇA JURÍDICA MAIS EFICAZ

Durante todo o estudo, é notável a preocupação que se tem em promover através da aplicação do direito, seja material ou processual, uma relação de confiança entre o Estado e o povo, de forma a robustecer a segurança jurídica e a isonomia. Neste viés, o presente capítulo se destina a demonstrar como o sistema de precedentes judiciais, pode contribuir na concretização destes princípios.

Desta forma, cumpre ressaltar que o princípio da segurança jurídica, é considerado alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, em razão da busca pela concretização de uma relação de confiança entre o poder judiciário e os jurisdicionados e conseqüentemente, a isonomia, fortalece essa relação.

Nesse sentido afirma Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 122) em sua obra:

(...) A Constituição brasileira refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no caput do art. 5º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade, ainda que não fale de um direito fundamental à segurança jurídica, a Constituição Federal possui inúmeros dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável) do art. 5º.

Essa relação de confiança que se destina a segurança jurídica, promove não só uma confiança entre os envolvidos em uma relação processual, em que há uma previsibilidade quanto a questão a ser suscitada, proporcionando para a parte uma prévia da resposta que

poderá receber do judiciário.

No mais, o Código De Processo Civil de 2015, por diversas vezes priorizou a celeridade processual, a segurança jurídica e a igualdade. É notável que cada instituto possui a sua forma de promover as normas jurídicas norteadores do novo processo civil.

A ideia é reforçada, quando se trata de precedente judicial, cuja eficácia é vinculante, pois, sendo sua aplicação obrigatória, nos casos em que se tratar de casos compatíveis, há uma tendência em estabilizar determinado entendimento, gerando uma jurisprudência, a qual poderá se tornar uniformizada, íntegra e coerente.

Inclusive, o artigo 927 elenca uma série de atos judiciais que devem ser examinados atentamente pelos juízes e tribunais ao proferirem suas sentenças e respectivos acórdãos. E como forma de atingir sua finalidade, empregou a necessária observação dos precedentes, jurisprudências e súmulas já existentes, o que induz o operador do direito a não decidir de forma radicalmente diferente daquilo que a maioria vem decidindo.

No que tange a inserção do sistema de precedentes judiciais, Claudia Cimardi (2015, p. 75), coaduna com este entendimento:

Deve-se observar que, aos precedentes, foi atribuída significativa força pelo Código de Processo Civil de 2015 – assim como à jurisprudência uniforme –, ante a absoluta necessidade de respeito à previsibilidade e à segurança jurídica do sistema jurídico, atentando-se, por conseguinte, aos princípios da isonomia, da legalidade e ao Estado Democrático de Direito.

Outrossim, a necessidade de resistente fundamentação exigida pelo Código de Processo Civil, também pela aplicação de um precedente judicial, bem como, quando aplicada técnica de superação do precedente, são determinações que fomentam o respeito aos princípios aqui tratados. Evidente, que há uma tendência de evitar decisões inadequadas frente ao cenário judicial e social.

O sistema de precedente judiciais, carrega consigo, a obrigação de fundamentação, e não se trata de qualquer fundamentação, tanto que, somente os fatos determinantes é que constituem a *ratio decidendi* e assim vinculam o precedente.

Aliás, a fundamentação é de extrema importância, principalmente no nosso sistema, que o *overruling* implícito, não se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, conforme tratado aqui, nas palavras de Fredie Didier (2016, p. 508), justamente por este não exigir a demonstração dos motivos pelo qual se deve afastar a aplicação do precedente.

Em relação as ideias aqui expostas, Hiolani Costa Nogueira (2014, s/p) alega que:

Um sistema jurídico de seguimento aos precedentes é concretizado quando existe estabilidade e confiabilidade das decisões. É esses elementos devem decorrer com naturalidade mediante a aplicação pelos juízes dos entendimentos consolidados pelos tribunais. A expectativa da parte receber tratamento isonômico àquele

jurisdicionado com a mesma *ratio decidendi* concretiza de segurança jurídica perante o ordenamento jurídico.

Portanto, vislumbra-se que o sistema de precedentes judiciais possui forte influência na consolidação da segurança jurídica, tendo em vista, a sua forma de aplicação, a qual exige determinada cautela, visando aprimorar também a igualdade jurídica.

6 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E SUAS FUNÇÕES ATRIBUIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O ordenamento jurídico brasileiro, ao receber o sistema de precedentes judiciais, implementado pelo atual Código de Processo Civil, além de inovar, tendo em vista a forma de aplicação do direito, adquiriu uma nova fonte do direito, como é o entendimento de alguns doutrinadores.

Neste viés, ressalta-se que aplicação dos precedentes, deve ser realizada com determinada cautela, tendo em vista que, partindo da premissa de que precedente judicial é a razão de decidir, ou seja, composto pelos argumentos definitivos, é necessário que haja compatibilidade fática entre os litígios. Neste mesmo sentido entende Elpídio Donizetti (2015, s/p), ao analisar o artigo 489 §1º, incisos V e VI do atual Código de Processo Civil:

De acordo com o dispositivo, não basta que o julgador invoque o precedente ou a súmula em seu julgado. É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Ou seja, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada ao caso concreto. Podemos dizer que é aqui que se encontram os parâmetros para a prática do *distinguishing*.

Assim, se os litígios são distintos, havendo ausência de identidade entre eles, não há que se falar na aplicação do precedente para resolução do caso concreto. Desta forma, na hipótese de o autor de uma relação processual indique um precedente, ainda que vinculante, o autor poderá requerer que este seja afastado, caso seja identificado uma incompatibilidade entre o precedente e o conflito.

Há evidente possibilidade de exploração dos precedentes, em razão da necessária compatibilidade entre os casos. Inclusive, é possível notar uma influência em uma maior elaboração das teses, o que, conseqüentemente, fará com que o magistrado analise profundamente a ação, e construa a sua decisão sob uma intensa análise do fato.

É justamente, essa possibilidade, que sendo recebida de maneira positiva, poderá influenciar na promoção do direito, através das profundas análises que deverão ser realizadas. O magistrado, ao expor as razões que o levaram a seguir ou não determinado precedente e, através da construção de sua fundamentação, demonstrará as partes litigantes a sua conclusão

para o conflito de maneira convicta.

Além do mais, sendo a fundamentação da sentença o auge do princípio do contraditório, tendo em vista que nela, o juiz rebaterá todas as alegações trazidas ao processo, este aplicará o direito da maneira que entender ser mais adequada e correta para a resolução do conflito.

Ressalta-se que a aplicação dos precedentes judiciais, são de forma interpretativa e não criativa, ou seja, os precedentes não atribuem poder aos magistrados de criarem leis, ainda que diante da omissão desta, esse entendimento é explanado por Elpídio Donizetti (2015, s/p):

Vale ressaltar, entretanto, que a utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no “Civil law brasileiro” – não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e dos tribunais é interpretativa, e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo.

Desta forma, diante da função interpretativa que o precedente judicial carrega consigo, este não autoriza que o magistrado crie uma norma aplicável ao caso concreto que não possui regulamentação legal. Assim, verifica-se a necessária aplicação do instituto de forma correta, para que não gere uma desordem, na qual, o poder judiciário seja confundido com o legislativo.

Tendo em vista, a função interpretativa do precedente judicial, evidente que esta coaduna com a obrigação de adequada fundamentação. As duas ideias se entrelaçam, no sentido de que na fundamentação, o magistrado, expõe a sua interpretação para julgamento do litígio.

Outrossim, os deveres empregados aos precedentes pelo legislador, quais sejam, o dever de integridade, estabilidade, coerência e uniformização da jurisprudência. Considerando o íntimo vínculo que os precedentes possuem com o princípio da segurança jurídica, Alexandre Máximo Oliveira e Bruna Naiara Moraes (2015, p. 113), concluem que:

Pode-se concluir que os precedentes judiciais são totalmente compatíveis com esse princípio, de modo que a controvérsia que já foi solucionada e consolidada deverá ser respeitada, trazendo uniformidade à jurisprudência e segurança àqueles que procuram solucionar seus conflitos perante o judiciário.

Vislumbra-se evidente conexão entre a concretização da segurança jurídica e a promoção dos deveres instituídos aos precedentes. Além disso, é possível notar que a correta aplicação e utilização dos precedentes judiciais, levarão ao estado elevado da segurança jurídica, e conseqüentemente, o cumprimento das funções empregadas ao precedente.

Ainda, a adoção deste sistema por parte dos magistrados, poderá acarretar também, na celeridade processual, visto que, com a estabilidade do direito, o operador do direito, não

irá necessitar realizar profundas análises em um caso isolado, pois terá outro, já julgado, como base para decidir a lide presente, sendo necessário indicar os motivos pelo qual está invocando determinado precedente e aplicando-o para resolução. Este é o posicionamento de Alexandre Máximo Oliveira e Bruna Naiara Morais (2015, p. 114), que destacam:

Mostra-se que se trata de um princípio inteiramente compatível com o instituto em estudo, pois os precedentes judiciais irão fazer com que o Judiciário não tenha que fazer análises tão aprofundadas em casos análogos, pois já terá um padrão definido a seguir, tornando o Poder Judiciário mais eficiente e célere. Fica claro que a aplicação dos precedentes judiciais visa reduzir o tempo de tramitação do processo, pois a sociedade terá previsibilidade acerca das consequências jurídicas das suas condutas, sabendo que a probabilidade de se ter determinada decisão favorável é “x” e desfavorável é “y”, ante as situações jurídicas já decididas anteriormente.

Porém, é válido dizer que, é preciso ter cautela, para evitar o engessamento do direito. Essa óbice, é perfeitamente possível, através das técnicas de superação do precedente judicial, quais sejam, o Distinguishing e o Overruling, permitidas no sistema jurídico brasileiro. Inclusive, é possível que o próprio réu, que entre com pedido negado por precedente, invoque a técnica adequada, antes mesmo de que seja dada improcedência na ação.

7 CONCLUSÃO

Os sistemas jurídicos, ainda que diferentes, convergem no que tange a sua finalidade, ou seja, seguem meios diferentes, para se atingir o mesmo objetivo. Contudo, há uma aproximação maior, tendo em vista a integração do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema de precedentes judiciais, ainda que construído através da *common law*, e sendo aplicado, agora, na *civil law*, terá a mesma função, qual seja, zelar pela segurança jurídica e isonomia no ordenamento jurídico. Por derradeiro, promoverá a concretização de outros princípios primordiais para a aplicação do direito.

É verídico que haverá, modulações na aplicação deste instituto em nosso sistema, adequando aos nossos costumes, porém, salienta-se que isso ocorrerá ao longo do tempo, conforme as necessidades irão aparecer.

Entretanto, nota-se a grande importância da aplicação desse sistema em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a demasiada contribuição na efetivação de garantias constitucionais, bem como, na promoção da aplicação do direito, através da necessária fundamentação enraizada em relação ao caso.

Por fim, diante das considerações, partindo-se da premissa de que os precedentes

serão aplicados da maneira correta, observa-se que as funções atribuídas ao precedente pelo CPC, estão intimamente ligadas a concretização da segurança jurídica. Pois, possuindo uma jurisprudência unificada, estável, integra e coerente, por consequência, teremos efetiva segurança jurídica em nosso ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O Precedente Vinculante e sua Eficácia Temporal no Sistema Processual Brasileiro**. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, 2011.

CARON, Deborah. **Teoria dos Precedentes Judiciais e sua eficácia para garantia da segurança jurídica**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Volume 42. Nº1. Janeiro – Junho, 2014.

CIMARDI, Claudia. **A jurisprudência uniforme e os Precedentes no NCPC**. São Paulo. 1º Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2015.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Acesso em: 23/05/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma Nova Realidade Diante Do Projeto De CPC: A Ratio Decidendi Ou Os Fundamentos Determinantes Da Decisão**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Elmer da Silva. **Os Precedentes Judiciais Obrigatórios Como Fonte Do Direito No Estado Constitucional Brasileiro**. Disponível em: acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40837. Acesso em: 16/05/17.

NOGUEIRA, Hiolani Costa. **Precedentes Judiciais Como Instrumento De Segurança Jurídica E Sua Aplicação No Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5531/1/20866909.pdf>. Acesso em: 19/05/17.

OLIVEIRA, de. Rodrigo. **Evolução Histórica Dos Precedentes Judiciais Nos Sistemas De Common Law E Civil Law**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>. Acesso em: 10/15/2017.

OLIVEIRA, Alexandre Máximo. MORAIS, Bruna Naiara. **A aplicação vinculante dos precedentes judiciais no novo código de processo civil**. Revista Jurisvox, n. 16, vol. 2, dez. 2015, 107-119.

PEIXOTO, Ravi. **O sistema de Precedentes Judicial pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (Distinguishing) e da distinção inconsciente (Inconsistent Distinguishing)**. Revista de Processo 2015. RePro 248.

ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado**. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13246>. Uberlândia, 2016. Acesso em: 28/04/2017.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**, RePro. n. 199. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2004.

A FUNDAÇÃO COMO ESTRATÉGIA SOCIETÁRIA DA FAMÍLIA EMPRESÁRIA E/OU DAS EMPRESAS FAMILIARES: CONSIDERAÇÕES SOBRE A MANUTENÇÃO DO CONTROLE E O DESTACAMENTO DO PATRIMÔNIO

Vinny Pellegrino PEDRO¹

RESUMO

Diante do risco inerente à prática negocial, necessário se faz aos agentes econômicos, para que possam atuar com uma maior segurança, principalmente em relação à manutenção do controle sobre patrimônio, a criação de estruturas societárias capazes de reduzir os fatores de risco. Nas empresas familiares a preocupação deve ser ainda maior, principalmente pela possível confusão do patrimônio da família empresária e da empresa, bem como por diversos outros fatores de risco presentes, inerentes à própria família. Uma das possíveis estratégias a ser adotada vem destacada no presente artigo, qual seja, a criação de uma Fundação de fins assistenciais. Como pontos positivos de tal medida, ressalta-se o destacamento de parcela do patrimônio a ser mantido sob controle (ainda que não absoluto); o impedimento da confusão do patrimônio destacado com aquele pertencente à família empresária ou à empresa familiar; os reflexos que esse tipo de ação traz à sociedade e, conseqüentemente, à imagem da empresa familiar e/ou da família empresária; e a possibilidade de alocação de herdeiros, o que se trata de um verdadeiro mecanismo de governança familiar. Como pontos negativos, ressaltou-se a forte intervenção do Ministério Público em todos os momentos da administração e, principalmente, a impossibilidade de retorno do patrimônio afetado ao conjunto de bens da família e/ou da empresa familiar, tratando-se, pois, de uma decisão sem retorno.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento societário; Fundação; Empresa familiar; Governança familiar

ABSTRACT

In view of the inherent risk to the negocial practice, it is necessary to the economic agents, so that they can act with greater safety, especially in relation to maintaining control over equity, the creation of corporate structures capable of reducing risk factors. In family businesses, the concern should be even greater, especially due to the possibility of confusion of the assets of the business family and the company, as well as several other risk factors, inherent to the family itself. One of the possible strategies to be adopted is highlighted in this article, which is the creation of a foundation for charitable purposes. As advantages, we highlight the part of the estate to be kept under control (that is not absolute); the prevention of the confusion of the highlighted assets with the ones belonging to the business family or to the familiar company; the consequences that this type of action brings to the society and, consequently, to the image of the familiar company and / or the business family; and the possibility of allocating heirs, which is a true mechanism of family governance. As negative points, we emphasize the strong intervention of the Public Prosecution Service in the administration and,

¹ Advogado formado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná no ano de 2011, com experiência nas áreas consultiva e contenciosa de diversos ramos do direito, especialmente em Direito Civil e em contratos em geral. Após realizar estágios no Poder Público durante todo o período da graduação, aventurou-se à Capital do Estado (São Paulo) em busca de aprimorar seus conhecimentos jurídicos e adquirir experiência no exercício da advocacia. Depois de quase 1 ano, retornou à sua cidade natal em 2013 para fundar seu próprio escritório: Pellegrino Advocacia. Em 2016, passou a integrar o Corpo Docente da Faculdade de Direito de Santa Cruz do Rio Pardo (OAPEC ENSINO SUPERIOR), ministrando as disciplinas: Prática Civil I e II, Direito Privado II - Contratos, Direito Privado III - Direitos Reais e Relações de Consumo.

mainly, the impossibility of recovering the affected patrimony to the set of family assets and / or the family company assets, that cannot return to the previous owner.

KEY-WORDS: Equity Planning; Foundation; Family company; Family governance

INTRODUÇÃO: POR QUE UTILIZAR ESTRATÉGIAS SOCIETÁRIAS E A IMPORTÂNCIA DA HARMONIA ENTRE FAMÍLIA, EMPRESA E PATRIMÔNIO

Não é de hoje que existe uma preocupação entre os agentes econômicos² sobre a necessidade de se criar condições favoráveis para que possam exercer, de forma livre e com a maior redução possível de riscos sobre o seu patrimônio e bens pessoais, uma atividade econômica no mercado.

Uma das medidas que possibilitou essa redução de riscos ao longo da história foi justamente a criação jurídico-normativa do que se chama “personalidade jurídica”, ou seja, um ente personalizado independente composto por uma unidade de pessoas naturais ou de patrimônio que visa à consecução de um fim comum, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.

A lei, assim, passou a prever a separação entre a pessoa jurídica, que exercerá de fato a atividade empresarial, e os membros que a compõe, atribuindo a ela, inclusive, a titularidade de obrigações, de processos (possibilidade de demandar e ser demandada em juízo) e do patrimônio.

Essa separação entre sócios e sociedade é essencial para o desenvolvimento da atividade econômica, pois permite aos sócios exercerem-na com responsabilização por perdas de investimentos limitada ao que foi aportado no ente criado para aquele fim.

No âmbito das empresas familiares³, delimitar a separação do que pertence à empresa e o que pertence à família empresária assume ainda maior relevância, uma vez que esse tipo de sociedade traz, em sua essência, justamente o contrário: a coexistência e interligação entre três elementos básicos, geralmente representados cada um por um círculo em um diagrama de Venn, os quais, se bem tratados para que não haja ruptura dos elos, geração após geração, garantem a própria existência da empresa familiar (CARMAGNANI FILHO; d’OVIDIO,

² Nesse ponto, por agente econômico deve-se entender aquelas pessoas físicas que desejam exercer a atividade empresarial, em nome próprio ou por meio de uma reunião de agentes que buscam um fim comum.

³ Em que pese as diversas definições possíveis sobre o que seria considerado, de fato, uma empresa familiar, cumpre destacar apenas algumas das mais recorrentes e ressaltar que, independente de qual delas se escolha, todas se adaptam tranquilamente às disposições aqui levantadas. Segundo Roberta Nioac Prado (2011, p. 20): “(i) a empresa familiar é aquela que se identifica com uma família há pelo menos duas gerações, pois é a segunda geração que, ao assumir a propriedade e a gestão, transforma a empresa em familiar; (ii) é familiar quando a sucessão da gestão está ligada ao fator hereditário; (iii) é familiar quando os valores institucionais e a cultura organizacional da empresa se identificam com os da família; (iv) é familiar quando a propriedade e o controle acionário estão preponderantemente nas mãos de uma ou mais famílias”.

2013, p. 19): 1. A família; 2. A propriedade; 3. A empresa.

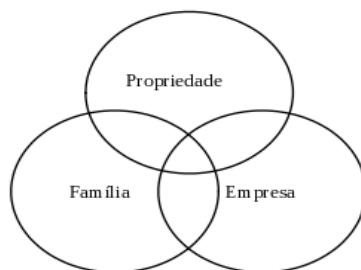


Figura 1 — Modelo dos três círculos
Fonte: CASILLAS BUENO;
FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 72/73.

Isso se agrava pelo fato de, no estágio inicial de desenvolvimento da empresa familiar, embora essa distinção já exista, pode apresentar fronteiras ainda muito intangíveis, ou seja, um círculo ainda pode se sobrepor a outro, não havendo distinção clara sobre o que cabe a quem dentro da estrutura. “A construção dessas fronteiras se dá de forma gradual e consome tempo, e até que elas sejam formalmente construídas e exercitadas sua inexistência é mais uma fonte de conflito nas empresas familiares” (ROCHA, 2012, p. 56).

A relevância da questão se dá pelo fato de que a separação não é considerada pela legislação brasileira de forma absoluta, havendo casos em que é permitido ao juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade⁴, atingindo valores e patrimônio de seus sócios para a satisfação de um crédito ou outro interesse de terceiro. Para tanto, basta que haja abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Em sendo respeitado o texto de lei pelo operador do direito, não haveria maior problema sobre a questão, uma vez que não busca o presente trabalho um método ou forma de a família empresária, por meio da criação de uma Fundação dentro de seu grupo empresarial, ao qual pertence a empresa familiar, se furta ao pagamento de dívidas ou fraudar credores, mas apenas se propõe a discutir os benefícios e os cuidados a serem tomados com a criação de uma Fundação.

Ocorre que, tanto o termo “desvio da finalidade” quanto o termo “confusão patrimonial” [e principalmente este] possuem definições amplas, que podem ter diversas interpretações a depender do magistrado que se debruça sobre a causa⁵, o que gera

⁴ V. g.: Art. 50 do Código Civil e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵ Critica-se, aqui, não a vagueidade dos conceitos *de per se*, mas a vagueidade associada, principalmente, à falta de critérios objetivos, tanto legais quanto jurisprudenciais, para a desconsideração da personalidade jurídica pelo ordenamento jurídico brasileiro, pelo judiciário e até mesmo administrativamente (STF - MC em MS 32.494 - j. 11/11/2013); e à aplicação indiscriminada da teoria menor de desconsideração pelos magistrados e/ou tribunais, a depender da qualidade e do nível de intervenção que entendem necessários à matéria (consumeirista, laborativa etc), e não dos critérios relacionados às qualidades sociedade em si, como nos seguintes casos: Apelação Cível n. 70031625155, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

insegurança jurídica àqueles que atuam no mercado, principalmente por meio de uma sociedade familiar, uma vez que o equilíbrio entre os círculos (propriedade/família/empresa) nem sempre — principalmente em seu estágio inicial — está claro e bem definido.

Em relação às empresas familiares, a confusão patrimonial pode resultar pura e simplesmente de uma má gestão — problema considerado até mesmo comum nas sociedades de menor porte —, o que coloca em risco não apenas a boa saúde da empresa, mas também da própria família, principalmente porque: 1. Inserida a sociedade em um ambiente jurídico onde a insegurança já opera; 2. Se trata de uma empresa que pode ter dificuldades de distinção entre os círculos na fase inicial de formação e; 3. Há uma conhecida (histórica) e acentuada qualidade interventiva econômica do Estado brasileiro (SILVA, 1997, p. 41).

Os motivos que resultam nessa má gestão e conseqüente confusão de patrimônio e finanças decorrem, principalmente, dos seguintes fatos (CASILLAS BUENO; FERNÁNDEZ; SÁNCHEZ, 2007, p. 31):

Em muitos casos, os benefícios conseguidos ao longo de toda a vida [pela família] são reinvestidos na própria empresa, sendo colocados inclusive os imóveis no nome dela. A empresa consegue até mesmo fazer empréstimos por meio da penhora do patrimônio familiar e pessoal. [...] Em muitos casos, o pagamento de dividendos ou a remuneração são feitos de acordo com as necessidades familiares e não com os benefícios obtidos. E mais, existem casos em que inclusive as despesas domésticas ou particulares da família são pagas com cartões de crédito da empresa”.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa sem que haja fraude ou abuso, mas apenas aplicação e/ou interpretação equivocada do instituto pelo magistrado ao caso concreto, é apenas uma das preocupações que levam à busca por métodos legais que, uma vez implementados, sejam realmente eficazes para a manutenção de um patrimônio específico (um bem móvel, por exemplo) de uma sociedade empresária ou das empresas familiares⁶, bem como uma efetiva redução do risco do negócio e de conseqüentes prejuízos, existindo ainda outras que também devem ser consideradas, como as questões relativas à transferência de patrimônio para a geração seguinte, uma vez que, segundo prescreve a legislação brasileira, a propriedade (patrimônio), “será obrigatoriamente transferido para terceiros, pessoas com vínculos de consanguinidade ou não, escolhidos ou não pelos sucedidos” (CARMAGNANI FILHO; d’OVIDIO, 2013, p. 79).

Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 02/12/2009; Agravo de Petição n. 0138700-59.2009.5.04.0662, 2ª Vara do Trabalho de Passo Fundo, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Redator Ana Luiza Heineck Kruse, julgado em 01/02/2012; 4ª Vara do Trabalho de Novo Hamburgo; Rel. BEATRIZ RENCK, j. 03/07/2012 (RODRIGUES, 2013).

⁶ Em relação às empresas familiares, é importante destacar, mais uma vez, que o patrimônio assume importância ainda maior, uma vez que se trata de verdadeiro alicerce do empreendimento, essencial para a própria existência da empresa e para a continuidade das atividades da família no âmbito econômico.

A relevância desse momento de transferência de propriedade — que pode até mesmo pôr fim a uma empresa familiar saudável — vem bem demonstrada por Casillas Bueno, Fernández e Sánchez (2007, p. 248), os quais indicam, também, a melhor forma de se resolver a questão:

A disputa e os rancores em torno do patrimônio proporcionam um abundante material para o conflito familiar e isso é mais notório quando o que se está em jogo é uma empresa [...] Transferir a propriedade da empresa familiar para a geração seguinte, sem incorrer em grandes dívidas impostas ou de tal modo que se consiga a transferência sem provocar disputas familiares são parte dos principais objetivos propostos durante essa transmissão da propriedade da empresa familiar. [...] esses conflitos podem ser em grande medida evitados por meio de um planejamento construtivo, detalhado e que atende aos bens, um planejamento desses bens da empresa familiar realizado com base no reconhecimento explícito da distinção entre participação na propriedade e participação na administração da empresa.

Também sobre a sucessão e sua importância para a própria sobrevivência das empresas familiares, versa a transcrição a seguir, acrescentando, ainda, a dificuldade que passa a família em identificar a necessidade de se iniciar esse processo o quanto antes (ROCHA, 2012, p. 66, grifo nosso).

A sucessão é uma necessidade que, cedo ou tarde, é percebida pela maior parte das empresas familiares. Contudo, a condução da troca de comando entre gerações é complexa, **tanto que uma proporção relativamente pequena das empresas familiares consegue atravessar esse caminho com sucesso**. A complexidade tem como fundamento algumas dificuldades inerentes ao processo sucessório enfrentadas pelas empresas familiares. A primeira dificuldade com que as famílias se deparam é justamente reconhecer a necessidade de iniciar o processo de sucessão o mais cedo possível. Além disso, a condução do processo exige planejamento e preparação, que muitas vezes são negligenciados. Por fim, mesmo iniciando a sucessão no momento correto e adotando um grau suficiente de planejamento, as empresas familiares se deparam com dificuldades oriundas do comportamento dos agentes envolvidos na sucessão, tais como o sucedido, o sucessor e outros públicos de interesse da empresa familiar.

Em decorrência de todo o exposto até aqui, as pessoas físicas (e famílias empresárias) procuram criar ainda outros mecanismos ou estruturas dentro da sociedade, aptos a reduzir, de forma mais concreta, os riscos inerentes à atividade econômica — ou ao menos parte dele —, dos tais como: fundos de investimento fechados, *holdings*, testamentos, doações com cláusulas e gravames específicos, dentre outros. O presente trabalho procura discutir se, dentre essas outras opções, poderá figurar a constituição de uma Fundação privada com o intuito de manter o controle de um bem imóvel.

Essa procura por opções que possibilitem medir as vantagens e desvantagens de cada um dos caminhos que poderão ser adotados pela família no intuito de manter o controle de um bem e reduzir eventuais conflitos e riscos futuros, pode ser denominada simplesmente como “planejamento”.

Além dos motivos já mencionados, o planejamento possui vital importância pelo fato

de levar aos administradores as informações necessárias para uma tomada de decisão mais consciente, auxiliando na mensuração e gradação do risco-família⁷ e do risco-negócio⁸ de cada opção e do custo para aplicá-la, além de possibilitar a eles observar qual seria a melhor forma de realizá-la estritamente dentro dos parâmetros legais.

Nota-se, assim, que planejar nada mais é do que uma forma de reduzir e/ou redirecionar riscos.

No caso das empresas familiares, e voltando ao diagrama exposto na Figura 1, busca-se reduzir eventuais problemas relacionadas aos círculos de valor da família e da empresa, para que estes não interfiram no terceiro círculo que compõe a tríade, aquele que corresponde à propriedade. Assim, mantendo-se os três círculos em harmonia, interligados, aquele que planeja garante a perenização da família, da empresa familiar e do patrimônio de ambas.

Essa interdependência dos círculos de valor e necessidade de cuidado em cada um deles para se atingir o fim a que se propõe o presente trabalho vem bem explicitada na demonstração a seguir (RIBEIRO, 2008, p. 97):

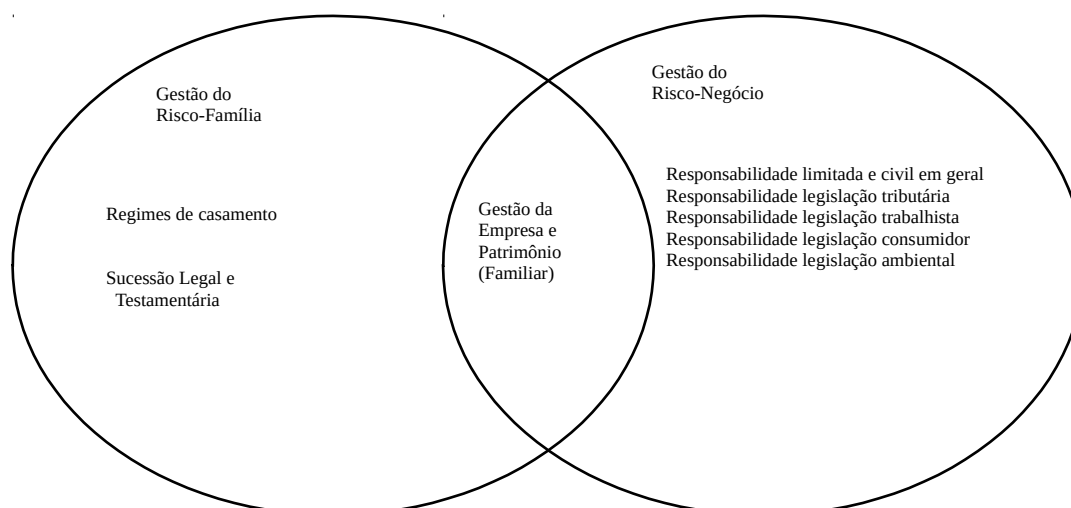


Figura 2 - Visão da gestão legal do patrimônio familiar, na qual vê-se a sobreposição entre risco-família e risco-negócio, ambos interferindo na questão patrimonial.

Fonte: RIBEIRO, 2008, p. 97.

Alguns autores, como Carmagnani Filho e d'Ovidio (2013, p. 19), atribuem tamanha importância à harmonização da tríade (família/empresa/propriedade) para sobrevivência e manutenção da empresa familiar que chegam a comparar a disposição gráfica dos círculos de

⁷ Risco-família é aquele referente às questões pertencente ao círculo da família, representado na Figura 1. Um exemplo de risco-família é a preocupação com o regime de casamento dos membros da família e com a transferência de patrimônio, como a sucessão.

⁸ Risco-negócio, de seu lado, diz respeito às questões pertencentes ao círculo da empresa, ou seja, do Negócio familiar. A questão da possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica, atingindo os bens dos sócios da empresa, como forma de responsabilização frente a credores, já levantada no presente trabalho, é um exemplo desse tipo de risco.

valor representados no diagrama de Venn ao símbolo chamado “fita de Möbius” — “espaço topológico obtido pela colagem das duas extremidades de uma fita, após efetuar meia-volta numa delas [que] Deve seu nome a August Ferdinand Möbius, que a estudou em 1858” —, que possui o “formato de um nó e de um trevo, também símbolo da imortalidade e do infinito”, nesse caso representando a perpetuação da tríade no tempo apenas se unida e fortificada.



Figura 3 - Fita de Möbius

Fonte: CARMAGNANI FILHO; d'OVIDIO, 2013, p. 19.

Feitas as devidas considerações sobre o porquê planejar e sobre a importância do patrimônio da família para a boa saúde das empresas familiares, passa-se agora à discussão sobre a possibilidade de se utilizar uma Fundação com essa finalidade pela legislação brasileira, e sobre as consequências de se instituí-la.

Ressaltar-se-á, em um primeiro momento, os aspectos positivos do instituto para o fim que aqui se destina e, em um segundo momento, os pontos negativos que podem vir a tornar desinteressante para a família e para a sociedade familiar a adoção da medida.

2 OS BENEFÍCIOS DA FUNDAÇÃO COMO ESTRATÉGIA SOCIETÁRIA

Primeiramente, deve-se dissertar sobre as bases e requisitos que necessitam ser observados para se constituir uma Fundação privada e que cumprem o objetivo buscado pela família, ressaltando, desde já, os pontos mais relevantes que podem interferir em sua utilização como estratégia societária para se realizar um planejamento adequado e eficaz.

As Fundações são regidas pelo Código Civil e possuem disposições específicas em seu Capítulo III, do Título II (Das Pessoas Jurídicas), Livro I (Das Pessoas), da Parte Geral. Tratam-se de um complexo de bens livres de ônus ou encargos e legalmente disponíveis colocado por uma pessoa física ou jurídica a serviço de um fim lícito e especial com alcance

social pretendido pelo seu instituidor — imutável —, em atenção ao disposto em seu estatuto (DINIZ M., 2012, p. 139).

Pela própria definição, conjugada ao disposto no art. 62 da lei n. 10.406/02 (BRASIL, 2002), pode-se extrair as principais características das fundações, as quais terão reflexos positivos ou negativos no tema que ora se levanta.

A primeira delas diz respeito ao fato de a Fundação, diferentemente das demais pessoas jurídicas de direito privado previstas no código, ser instituída sobre um patrimônio, o qual deve ser separado totalmente do patrimônio da pessoa física ou jurídica fundadora.

Essa qualidade de destacamento total está presente também doutrina clássica, conforme expõe Carvalho de Mendonça (1938, p. 118):

O patrimônio que compõe a Fundação pertence à sociedade ou a uma parcela desta, pois quando a pessoa jurídica fundacional (patrimônio destinado a um fim social) adquire personalidade (no momento em que ocorrer o registro no cartório de registro civil das pessoas jurídicas) aqueles bens que passaram a constituir a Fundação se desvincularam totalmente do instituidor — surge uma pessoa nova, um novo sujeito de direitos e obrigações, o qual não detém, por si, capacidade para exercitar direitos ou cumprir tais obrigações, de vez que o próprio patrimônio é também a pessoa (não pertencendo ao instituidor, ou aos membros de sua administração, nem ao Estado, tampouco ao seus usuários), necessitando, assim, de uma assistência diferenciada por parte do Estado, uma vez que é público objetivo e indeterminado o “dono” do patrimônio.

Em um primeiro momento, a característica de destacamento total de parcela do patrimônio pode parecer prejudicial à pessoa física ou jurídica fundadora [ou grupo societário], uma vez que configuraria a perda de propriedade, ainda que para um benefício maior, um interesse social. No entanto, trata, na realidade, do principal fator para se alcançar o fim esperado por quem está planejando e buscando a manutenção do controle de seu patrimônio, uma vez que, além de ser destacado (o que impede eventual credor futuro de buscá-lo para si⁹), os administradores deverão criar um fundo de reserva técnica ou um fundo patrimonial, os quais garantirão maior proteção ao patrimônio que pretendem preservar nos termos do estatuto (PAES, 2006, p. 322).

Destacar o patrimônio do conjunto de bens pessoais e/ou de bens da empresa familiar é, na verdade, eliminar o risco de perdimento por má gestão da empresa familiar ou qualquer outro motivo ligado ao dia-a-dia dela e à sua atuação no mercado, porque não mais poderá ser afetado por credores e tampouco almejado por qualquer dos herdeiros — desde que respeitada a legítima no momento da instituição (DINIZ G., 2003, p. 73), sob pena de violação ao art. 1.846 do Código Civil — ou terceiros¹⁰.

⁹ Cabe ressaltar, mais uma vez, que não se busca, aqui, uma forma de fraudar eventuais credores, os quais, se possuírem créditos anteriores à instituição da Fundação, e cumpridos os demais requisitos (*eventus damni e consilium fraudis*), poderiam buscar judicialmente o desfazimento da estipulação.

¹⁰ Segundo Grazioli (2011, p. 54), “a impossibilidade de reversão tem fundamento no fato de que, com a

Em relação à impossibilidade de o patrimônio ser afetado por credores, a certeza de que não haverá qualquer interferência deles decorre do fato de que, para se instituir uma Fundação, o próprio artigo 62 do Código Civil destaca que os bens devem estar “livres”, entendendo-se pelo termo que não poderá haver qualquer ônus ou encargo até o momento da dotação, o que, conseqüentemente — pela separação —, impossibilitará também a criação futura de ônus ou gravame pelo fundador na Fundação, por dívidas pessoais (pessoa física) ou de sua atividade (pessoa jurídica).

No tocante à finalidade, muito embora o parágrafo único do art. 62 imponha que “A Fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, tem-se que não se trata de um rol exaustivo, uma vez que teve sua interpretação ampliada pelos enunciados n. 8 e n. 9, aprovados na I Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça Federal. Segundo os enunciados (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 17/18):

A constituição de Fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no CC, art. 62, parágrafo único [...] o art. 62, parágrafo único, deve ser interpretado de modo a excluir apenas as Fundações de fins lucrativos.

É importante destacar a questão da finalidade no presente trabalho, uma vez que, ao contrário do argumento que muitos sustentam sobre a possibilidade da utilização dessa figura como entidade realizadora de atividade econômica¹¹, não se pretende, aqui, defender a criação de uma Fundação por uma empresa familiar para esse fim, mas sim exclusivamente para a manutenção do controle sobre um patrimônio da família e/ou da empresa familiar, seguindo todas as exigências legais do instituto — tal como a finalidade social. Por isso, não se discutirá a relevância ou não dos argumentos no tocante à possibilidade de utilização de forma diversa da prevista em lei.

Também merece ser citado, sobre esse aspecto, o entendimento mencionado no artigo de Cibele Cristina Freitas de Resende (2003, p. 5), a seguir transcrito:

Ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 62 do Código Civil, buscou o legislador, pensamos, tornar mais claro ainda que no direito pátrio, como tradição secular, não se admite a figura de pessoa patrimonial a administrar interesses exclusivamente

tradição dos móveis ou registro dos imóveis, há transferência do domínio e, estando o bem no patrimônio da Fundação e sendo esta de domínio da sociedade civil, não há possibilidade jurídica de patrimônio social retornar ao acervo de particular, mesmo que conte com a concordância do dirigente e dos administradores da pessoa jurídica”. A questão ainda será melhor discutida no presente trabalho, no momento em que forem levantadas as questões que podem tornar desinteressante a instituição de uma Fundação com o intuito de se proteger um patrimônio.

¹¹ Tal argumento se embasa na hipótese de que o resultado dessa atividade seria inteiramente aplicado em finalidades de caráter social e parte dos pressupostos de que: 1. Não há qualquer vedação constitucional expressa na utilização da Fundação para esse fim e; 2. Prevê o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal que “é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

privados, como acontece em outros países, onde são criadas Fundações para administrar fortunas em favor de alguns poucos herdeiros. Como já tivemos oportunidade de asseverar em outros trabalhos, este desejo da sociedade, expressado através dos legisladores, em não admitir o nascimento de Fundação para administrar interesses particulares, vem muito claro no artigo 11 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) que nos leva, aí sim, numa interpretação literal, à conclusão irrefutável de que, obrigatoriamente, só poderão existir sociedades sem fins lucrativos (hoje associações) e Fundações, se objetivarem as mesmas [sic], em seus especificados fins, a questões de interesse coletivo, como se vê: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as Fundações...”. Assim, além de desnecessária, a inovação posta através do parágrafo único acima mencionado, com o claro intuito de repetir a restrição já existente, é de uma redação deveras confusa e imprópria, vez que se não ambíguos, os termos nela contidos demandariam complementação, vez que totalmente desnecessários e indevidos, tanto que proposta do Deputado Ricardo Fiúza sugere a supressão total do mencionado parágrafo.

Mais uma vez, não se pretende aqui defender a instituição de Fundação com finalidade diversa daquela prevista em lei, como a hipótese para, diretamente, administrar interesses exclusivamente privados dos herdeiros, conforme diz ser impossível a interpretação acima transcrita, mas sim a criação de uma Fundação para proteção do patrimônio da família e/ou da sociedade familiar, inteiramente dentro dos moldes da legislação brasileira.

O que se busca, na realidade, é demonstrar que, mesmo criada a Fundação de acordo com qualquer das finalidades expressas no parágrafo único do artigo 63 do Código Civil, ou mesmo com aquelas alcançadas pelas interpretações dos enunciados n. 8 e 9 da Jornada de Direito Civil mencionada, cumprir-se-ia o intuito de manutenção do controle sobre o patrimônio desejado pela família empresária, com o acréscimo de que o bem ainda passaria a ter uma relevância social, o que também traz efeitos positivos para a empresa, inclusive econômicos¹².

Esses benefícios são muito bem explicitados no artigo “O discurso das Fundações Corporativas: caminhos de uma nova filantropia?”, de autoria de Jacqueline Florindo Borges, Rodrigo Miranda e Valdir Machado Valadão Júnior (2007). Na ocasião, os autores analisaram seis fundações corporativas criadas, em um primeiro momento, apenas como forma de se alcançar uma responsabilidade social corporativa, mas chegaram à seguinte conclusão (p. 12, grifo nosso):

A responsabilidade social é o motivo principal da constituição das fundações corporativas. Essas entidades surgem da necessidade da empresa de consolidar uma política de responsabilidade social e de distribuir e controlar melhor os recursos que destina na busca do bem comum. [...] Entretanto, as fundações corporativas, além de instrumentos pelos quais as companhias realizam o investimento social, constituem uma forma de aglutinar os benefícios que as empresas recebem por essas ações. Ou seja, essas ações e seus resultados formam **material para gerir a imagem**

¹² Um dos benefícios econômicos que a empresa pode experimentar ao se preocupar com as questões sociais do ambiente em que inserida é a melhora de sua imagem perante terceiros e eventuais consumidores, o que, conseqüentemente, aumenta seu valor de mercado, sua credibilidade e o interesse de terceiros, ou seja, a atratividade aumenta tanto para eventuais consumidores, quanto para possíveis investidores.

e a identidade corporativa da companhia como “alguém” que se preocupa e atua em relação aos problemas sociais. As fundações aparecem como parte ou extensão das corporações, compartilhando valores e objetivos. Ambas se dizem preocupadas com a difícil realidade social e com as necessidades e interesses da comunidade em que estão inseridas. [...] O estudo mostrou que, apesar de escamotear parte da realidade e reforçarem sistematicamente a idéia de benfeitoras, as fundações possuem um papel relevante na construção das estratégias de sustentabilidade social de suas mantenedoras.

Por fim, em relação ainda à finalidade, existe a questão da vedação legal quanto a qualquer destinação econômica e percepção de lucro. No entanto, deve-se ressaltar que esse impedimento diz respeito apenas à destinação final da Fundação, a qual deve ser eminentemente social, não significando um impedimento quanto à obtenção de um *superávit* pelo exercício de atividades econômicas¹³.

Não há qualquer impedimento em relação à possibilidade de *superavit*, mas apenas obrigatoriedade de que seja ele utilizado para a manutenção da entidade fundacional ou, se o caso, reaplicado em sua finalidade social e no fortalecimento da estrutura patrimonial (RESENDE, 2003, p. 14/15), mas nunca distribuído ao fundador (se ainda vivo, nos casos de instituição da Fundação por escritura pública) ou administradores.

Segundo defende o jurista espanhol Rafael de Lourenço Garcia (GARCIA, 1993, *apud* ALVES, 1993, p. 97), além de não ser proibido, esse comportamento deveria ser até mesmo incentivado, uma vez que dá maior qualidade à gestão da Fundação. Diz o autor:

Son muchos los estudiosos que opinan cada vez más sobre la necesidad de que la Fundación para potenciar su eficacia adopte una actitud empresarial más dinámica en la gestión de sus recursos. En esta línea, Sáenz de Miera propone una concepción legal en que la masa patrimonial siga siendo dedicada a un fin de interés público, pero pudiendo pasar, antes de alcanzar su destino, por un estado intermedio en el que sea aplicable un proceso económico con sus indiscutibles riesgos, pero con innumerables ventajas. No debemos olvidar la situación en la que se encuentran muchas Fundaciones en la actualidad, que limitan, en aras de una supuesta protección del patrimonio, su capacidad de gestión, abocándolas en unos casos a su propia muerte, y en otros a depender excesivamente de las transferencias de terceros.

Mas o que fazer para a opção ser mais interessante para a família empresária? Como os membros da família podem ser diretamente beneficiados, e não apenas a família como um todo, e em que medida isso resolve um possível conflito?

Essas questões se resolvem em outra importante característica das fundações, que vai ao encontro do que se busca em sua utilização como estratégia de planejamento. Trata-se da

¹³ Ressalta-se que, no tocante a essas atividades, apenas são admitidas quando necessárias para o melhor cumprimento dos seus fins estatutários, desde que estejam diretamente ligadas a eles (ex.: venda de cartões de natal), e quando a Fundação figurar como acionista ou quotista de uma sociedade comercial (PAES, 2006, p. 352). O autor alega, ainda, que esse segundo caso seria uma interessante forma de reduzir a dependência da Fundação à empresa instituidora, a qual pode gerar instabilidade e insegurança para a Fundação. No momento de se instituir a Fundação, a empresa familiar já poderia prever uma dotação suficiente para que a entidade pudesse se manter e crescer, como, por exemplo, transferindo a titularidade de suas [da empresa] ações ou quotas, ou apenas dos rendimentos delas (PAES, 2006, p. 222).

possibilidade de seu fundador especificar, além do patrimônio a ser destacado e do fim a que se destina, a maneira como deverá ser administrada a Fundação e quem deverá dirigi-la ativamente.

Isso é o que apresenta Grazioli (2011, p. 67, grifo nosso), o qual traz, ainda, a informação de que se trata de prática comum no Brasil e no mundo:

Em nosso país, como em quase todo o mundo, é muito comum que a pessoa que detém o poder familiar, por possuir muitos recursos, separe parte de seu patrimônio (desde que dentro do limite disponível, de 50%, no caso da existência de herdeiros necessários) para instituir uma Fundação, em regra, de cunho filantrópico-assistencial que, por força de seu estatuto inicial, será **permanentemente** dirigida por seus descendentes. Importante registrar que não se trata de uma Fundação criada em benefício de uma família, com fins egoísticos, o que não é amparado pela nossa legislação, mas, sim, em prol de uma coletividade; a direção da Fundação é que sempre ficará vinculada aos descendentes do instituidor.

O autor apenas cita a criação de uma Fundação pelo detentor do poder familiar, sem, contudo, discutir os benefícios em relação ao patrimônio destacado, como no presente trabalho.

No entanto, a citação se faz importante porque demonstra uma das formas de se beneficiar herdeiros e demais membros da família com a criação da entidade, atrelando-os ao controle dela de forma permanente e reduzindo, assim, o risco-família, o que colabora diretamente para a manutenção do devido equilíbrio da tríade família/patrimônio/empresa e saúde de todos os setores. Esse tipo de estipulação pelo fundador não só garante, de certa forma, o controle¹⁴ da família em relação ao patrimônio (ainda que ela não detenha mais a propriedade dele), como também pode servir como um verdadeiro mecanismo de prevenção de eventuais rugas e discussões entre familiares sobre a posição de cada um nas atividades e negócios da família¹⁵, alocando os membros em cargos e funções que tenham mais afinidade e competência.

A questão da disposição dos membros da família em setores que tenham real capacidade é um dos maiores desafios atuais do gestor familiar, uma vez a briga por uma posição pode gerar inúmeras intrigas entre os herdeiros, o que afeta não apenas a família mas, dentro da ideia de interdependência dos círculos de valor, toda a estrutura empresarial

¹⁴ O controle da família sobre o patrimônio é acompanhado de ressalva no texto (“de certa forma”) pelo fato de haver o acompanhamento e fiscalização do Ministério Público sobre a Fundação criada, conforme melhor se discutirá na terceira seção do presente trabalho.

¹⁵ V.g.: estipular um dos herdeiros como administrador de uma Fundação pode ser uma boa forma de garantir a ele uma posição estratégica de controle dentro das atividades da família — ainda que filantrópica no caso —, evitando que este insista em buscar (e crie conflitos com os demais por isso) essa posição dentro da Empresa, onde já existe outro herdeiro mais capacitado para tanto. O argumento aqui não se limita às questões relacionadas a má gestão realizada pelo herdeiro realocado, uma vez que este poderia simplesmente ser afastado da posição de controle que ocupa na empresa familiar, mas diz respeito também a casos em que os herdeiros, todos capacitados e aptos a gerirem a empresa familiar, divergem por outros motivos (até mesmo de foro íntimo e decorrentes de rugas familiares/pessoais), que poderiam levar à quebra da harmonia da tríade e, conseqüentemente, à má saúde da sociedade familiar.

familiar. Nesse sentido (MAMEDE; MAMEDE, 2013, p. 67, grifo dos autores):

Um dos maiores desafios das empresas familiares está na capacidade que os membros das novas gerações revelam, ou não, para a atividade negocial ou atividades negociais desenvolvidas pela empresa ou empresas controladas [do grupo familiar]. É comum ouvirem-se narrativas de pais que **fizeram de tudo** para que seus filhos dessem certo na empresa, mas acabaram sendo obrigados a reconhecer que não revelavam qualquer pendor para a atividade. Noutro giro, embora acabe-se por alocar todos os herdeiros, alguns mostram vontade e capacidade para dirigir, outros para funções menores, criando o desafio das diferenças de remuneração.

Sobre esse aspecto, pode-se dizer que a Fundação funcionaria, também, como verdadeiro mecanismo de governança familiar, direcionada não apenas à empresa, mas também à família e às relações entre seus membros. A importância desse tipo de prática para as empresas familiares foi muito bem ressaltada por Roberta Nioac Prado (2011, p. 40), a qual, além de definir o instituto, apontou na ocasião outras estruturas que podem ser criadas com a mesma finalidade, conforme se vê a seguir:

A governança familiar, primordialmente relativa ao círculo da família, pode ser definida como o conjunto de regras e estruturas privadas que tem por objetivo administrar questões relativas às relações pessoais e sociais entre os familiares ligados a uma empresa. Essa espécie de governança pode ter vários contornos, menos ou mais simplificados, que dependerão, fundamentalmente, do tamanho e da complexidade da família e da empresa, bem como das necessidades e dos interesses que se pretenda regular. Assim sendo, são várias as estruturas possíveis no âmbito da governança familiar, entre as quais ressaltamos: a Assembleia Familiar ou o Conselho de Família, por vezes também denominado *Family office*, os Comitês de Família, e o Código de Ética, Protocolo ou Acordo Familiar.

No mesmo sentido, entende Moreira Júnior (2006, p. 6):

As empresas familiares são permeadas de conflitos e o crescimento da família normalmente é superior aos cargos da organização; nesse sentido, a governança tem um importante papel na medida em que pode reduzir conflitos e criar o espaço para os familiares que não serão gestores terem contato e poder de decisão junto à empresa.

Relevante senão que poderia impedir essa alocação de se tornar uma prática efetiva de governança familiar é o fato de que prevalece na doutrina o entendimento de que esse administrador não poderia exercer o cargo de direção de forma remunerada.

Não há qualquer proibição legal sobre essa questão, tratando-se de uma vedação simplesmente moral, mas há leis especiais versando que, em havendo remuneração do trabalho de direção fundacional, passa a ser inviabilizada a concessão de benefícios fiscais à Fundação (RAFAEL, 1997, p. 172) — uma vez que ela não poderá mais ser reconhecida como de utilidade pública ou obter o certificado de filantropia (essenciais para a concessão dos benefícios) —, tais como imunidades tributárias (art. 150, “c”, da Constituição Federal e art. 12, § 2º, “a”, da lei n. 9.532/97¹⁶) e isenção de recolhimento da contribuição patronal junto

¹⁶ "Art. 12 Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e

à Previdência Social (Ordem de Serviço INSS/DAF n. 72, de 07 de abril de 1993). Por isso, costuma-se não remunerar esse tipo de cargo da Fundação.

No entanto, tal entendimento não chega a ser um problema grave no caso das empresas familiares — nas quais há proximidade entre a empresa e o centro de poder — pois, em que pese não poder exercer a função de forma remunerada, a família ou o fundador, ao optar pela criação de uma Fundação, poderia suprir essa vedação de outras formas, estipulando, por exemplo, um direito à retirada maior, via empresa familiar, ao herdeiro que assumisse tal função; um número maior de quotas ou ações preferenciais da empresa ao herdeiro designado à função; ou mesmo qualquer outra forma que permita um benefício monetário para compensar o impedimento moral de recebimento pela Fundação, mas sempre atrelado o recebimento ao papel nela desenvolvido.

Ocorre que, mesmo com a possibilidade de se estipular formas alternativas de remuneração, o posicionamento aqui adotado vai em sentido oposto ao do impedimento, defendendo que (RAFAEL, 1997, p. 172/173, grifo nosso):

Muitas vezes, há o risco das fundações fenecerem, em razão da falta de remuneração de seus dirigentes. Entretanto, se a administração é honesta, exercida de forma permanente e exclusiva, deve merecer justa recompensa salarial [o administrador], pois vai engrandecer o patrimônio da entidade (ainda que filantrópica). [...] Estar voltada para o social, praticar filantropia, produzir o bem para toda a comunidade, ou parte dela, **não deve impedir que o dirigente fundacional, elaborador e executor destes projetos, seja devidamente recompensado.** [...] Atualmente, devido à complexidade das relações que envolvem as fundações, o cargo de direção destas entidades exige um grande preparo técnico [...] as pessoas que reúnem essas condições, são requisitadas em ocupações que oferecem uma elevada contrapartida econômica.

Em sendo possível a remuneração dos administradores, gestores e executores, por meio da própria Fundação, como defende o autor e parece totalmente acertado e justo, eliminar-se-ia a necessidade de criação de outras formas de rentabilidade pela família empresária para o membro instado a tanto, o que deixaria ainda mais atraente para ela a adoção da estratégia.

Esses são os principais pontos em relação às fundações que se adequam ao interesse aqui levantado, ou seja, que fazem com que a Fundação seja pensada como uma forma de manutenção de controle da família empresária e/ou da sociedade familiar sobre um patrimônio (aqui considerado um bem imóvel) realmente efetiva, que atende aos anseios da família empresária.

No entanto, existem outras características das fundações que, assim como essas,

os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos. [...] § 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: a) **não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados [...]**" (BRASIL, 1997, grifo nosso).

devem ser necessariamente observadas em sua constituição e dia-a-dia, mas que, por outro lado, podem torna-la desinteressante para os fins buscados, pois trazem rígidas obrigações e limitam a liberdade de atuação dos membros da família na entidade.

Essas características serão melhor descritas a seguir, bem como seus efeitos e pontos desinteressantes para o fim aqui buscado.

3 CARACTERÍSTICAS QUE PODEM TORNAR A FUNDAÇÃO UMA OPÇÃO NÃO ATRATIVA

Tomando por base que duas são as principais questões que devem ser assumidas e que podem tornar desinteressante a criação de uma Fundação para o objetivo que se destina o presente trabalho — 1. A limitação da liberdade, conjugada à imposição do cumprimento de rígidas obrigações, ambas sob fiscalização do Ministério Público; e 2. A discussão sobre o destacamento total do patrimônio, principalmente no ponto em que diz respeito à possibilidade ou não de retorno dele ao fundador ou herdeiros após a extinção da Fundação —, passa-se à análise de cada uma delas.

O primeiro problema a se enfrentar decorre do disposto no art. 66 do Código Civil, o qual prevê que: “velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas”.

Não se discute aqui a importância do poder/dever que é conferido ao Ministério Público para atuar como fiscal das fundações, bem como para zelar por elas em todos os seus aspectos, inclusive seu funcionamento; tampouco se pretende tratar do assunto julgando a efetividade e necessidade dessa prática, e muito menos atribuindo-lhe valoração negativa, como se fosse um problema ou mácula.

O que se busca, no momento, é analisar a atuação do Ministério Público sob a ótica da família e/ou sociedade familiar que pretende escolher a Fundação como estratégia de manutenção de controle sobre um patrimônio: é o quanto essa atuação e fiscalização podem influenciar na possível escolha da opção pela Fundação que será discutida.

Não há dúvida que o Ministério Público assume especial papel do dia-a-dia das fundações e de seus administradores. Cabe a ele, segundo o próprio Código Civil (art. 65, parágrafo único, art. 66, art. 67, III, art. 68 e art. 69), zelar pelas fundações, elaborar o estatuto nos casos de omissão, aprovar eventual pedido de alteração estatutária, acompanhar todo o processo de criação e modificação estatutária, promover a extinção da entidade em casos de superveniente ilicitude, impossibilidade ou inutilidade do fim anteriormente previsto — e também, nesses casos, posterior redestinação de seu patrimônio —, bem como a fiscalização, a qualquer tempo, das fundações que estiverem sob o seu território de atuação, dentre outras

incumbências.

Em todo o terceiro setor caberá ao Ministério Público essa defesa e exercício de controle, mas apenas no âmbito das fundações esse controle pode ser não apenas finalístico, como também *prévio*. Nas palavras do promotor de justiça Celso Jerônimo de Souza, em seu artigo intitulado “O Ministério Público e o Terceiro Setor” (2003, p. 5):

“[o controle do Ministério Público nas fundações é] Prévio quando determina que o seu estatuto, obrigatoriamente, seja apreciado e aprovado por ele, sem o que a entidade não poderá existir validamente; finalístico quando fiscaliza o cumprimento dos objetivos a que se destinam a entidade, exercendo o controle externo das suas contas, podendo intervir para adequá-la aos fins propostos pelo instituidor, inclusive, agitar a sua extinção.

Como se vê, até mesmo pelo fato de haver um destacamento de bens sobre os quais se institui a Fundação — os quais passam a pertencer à sociedade civil — e um fim social que ela deverá cumprir, o Ministério Público, guardião da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), deverá atuar e se mostrar bastante presente em todos os momentos da vida da Fundação¹⁷.

Do ponto de vista da família fundadora, essa atuação significa um verdadeiro engessamento da discricionariedade dos administradores, os quais já estarão atrelados ao estatuto — que também deverá ser aprovado pelo Ministério Público — e às disposições do fundador.

Deve-se ressaltar, por fim e mais uma vez, em relação a esse ponto, que, longe de se tratar de uma atuação negativa, essa interferência do Ministério Público assume papel relevante para a sociedade em geral e para a defesa dos interesses da coletividade. No entanto, do ponto de vista da família e/ou sociedade familiar fundadora da entidade, a qual [a família e/ou sociedade] procura a manutenção de controle sobre o patrimônio e — ainda que destacado — sob o comando de um dos seus membros, esse aspecto deve ser levado em consideração no momento de planejar, ou seja, deve-se antever o fato de que o herdeiro ou terceiro incumbido de administrar a Fundação deverá sempre ter o cuidado de cumprir estritamente seus deveres legais e aqueles constantes do estatuto da Fundação para continuar em sua posição, bem como, em alguns casos, para a própria continuidade da Fundação.

A segunda questão que deve ser analisada diz respeito ao destacamento total do patrimônio sobre o qual se estrutura a Fundação e à destinação dele após a sua extinção.

Mesmo tendo efeitos positivos, em direção ao que se busca — conforme já explicitado —, deve ser considerado pela família e/ou sociedade familiar o fato de que o

¹⁷ O que não ocorreria na utilização de outra estratégia protetiva, como, por exemplo, a criação de uma *holding* familiar.

destacamento total do seu patrimônio praticamente¹⁸ exclui o pronome possessivo “seu” que acompanha a palavra “patrimônio”, porque há apenas duas hipóteses nas quais o Código Civil permite o retorno dos bens ao doador, que são aquelas em que for revogado o negócio jurídico instituidor¹⁹: a) No caso de doação para entidade futura; e b) No caso em que, mesmo já lavrada a escritura pública, o doador pretender sua reversibilidade antes da tradição e do registro do ente fundacional (GRAZZIOLI, 2011, p. 53/55). Ambos os casos, no entanto, não se enquadram na situação que se está discutindo no presente trabalho, porque, nas hipóteses aqui previstas, já teria sido constituída a Fundação, restando impossibilitado o retorno dos bens à família instituidora.

Sobre esse aspecto, prevê o art. 69 do Código Civil:

Art. 69 Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a Fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, **salvo disposição em contrário no ato constitutivo**, ou no estatuto, em outra Fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante (grifo nosso).

Pela simples leitura do artigo, fica claro o roteiro que deve ser seguido nos casos de extinção da Fundação: o primeiro aspecto a ser observado é se há ou não disposição sobre o destino dos bens no ato constitutivo da Fundação. Em não havendo, poderá o estatuto da Fundação determinar para onde será encaminhado o patrimônio residual da entidade, depois de liquidado o passivo. Caso também não haja previsão alguma no estatuto, ou seja, se ele for silente nesse ponto, o patrimônio residual será incorporado a outras Fundações que se proponham a fins iguais ou semelhantes.

Embora não haja previsão legal para uma outra alternativa caso não exista Fundação com fins iguais ou semelhantes no Estado onde se situava a Fundação extinta, a doutrina é pacífica no entendimento de que, se assim ocorrer, os bens se tornarão vagos, devendo serem devolvidos à Fazenda do Estado a que pertencem ou do Distrito Federal (DINIZ G., 2003, p. 357).

No entanto, ressalta-se que, apesar da prevalência da vontade do fundador e, subsequentemente, da vontade do estatuto prevalecerem na estipulação da destinação dos bens da Fundação em caso de extinção, parte da doutrina — maioria —, aqui representada por Grazzioli²⁰, entende que, mesmo com as disposições do artigo 69 do Código Civil, tanto

¹⁸ Utilizou-se a palavra “praticamente” pelo fato de ainda restar a possibilidade de controle vitalício da administração da Fundação, mesmo que seguido de perto pelo Ministério Público e limitado pela legislação e pelo próprio estatuto.

¹⁹ Ressalta-se que tais disposições são válidas apenas nos casos em que a instituição da Fundação for prevista por escritura pública. A revogação no caso de previsão de constituição por testamento é possível a qualquer momento, desde que ainda vivo o futuro fundador, uma vez que ele é livre para mudar seu testamento da forma que achar necessário.

²⁰ Vide nota n. 7, situada no rodapé da p. 8.

fundador como o estatuto não poderão estipular, nessa oportunidade, que os bens deverão retornar ao patrimônio de sua família, empresa, ou qualquer outro particular em específico. Isso se justifica, segundo essa corrente, pelo fato de que, uma vez transferido o domínio dos bens à Fundação, passariam a ter o mesmo domínio desta, ou seja, seriam também pertencentes à sociedade civil.

Outro argumento importante que se destaca nesse entendimento de que não faria sentido a reincorporação, parte de José Eduardo Sabo Paes (2006, p. 400), que diz:

É de se argumentar, também, que os bens separados da esfera de domínio dos seus proprietários — uma vez pertencentes a uma Fundação — possam, depois de anos ou décadas, se reverter à propriedade privada, após terem sido administrados sob um regime administrativo e fiscal diferenciado e menos rigoroso — em razão justamente das finalidades sociais afetadas a esse patrimônio —, e possam, depois, em maior número e expressivo velar econômico, retornar aos seus primeiro proprietários ou herdeiros destes.

No entanto, o mesmo Paes (2006, p. 399), em que pese sua concordância com o entendimento de que seria mais correto, e mais harmônico com as disposições legais sobre as Fundações, que o patrimônio não retornasse ao patrimônio dos instituidores — nem mesmo se houver disposição nesse sentido no ato constitutivo ou no estatuto —, ressalta que a lei não prevê esse tipo de proibição mas, pelo contrário, diz que deverá ser respeitado, respectivamente, o que dispõem o ato constitutivo e o estatuto²¹.

Para quem busca maximizar os benefícios da utilização de uma Fundação como estratégia societária, este último entendimento, pautado na letra fria da lei e em uma interpretação puramente literal, se mostra convidativo, até mesmo tentador, pois garantiria não apenas a proteção do patrimônio contra os riscos da atividade econômica da família, da empresa familiar e do grupo empresarial por um prazo pré-estipulado (se a Fundação fosse assim criada) ou enquanto durar a necessidade para a qual criada, como também permitiria o retorno integral deste à família fundadora ou aos herdeiros do fundador, que poderiam novamente exercer sobre ele todas as qualidades da propriedade, ou seja: usar, gozar, reaver e dispor.

No entanto, adotar esse entendimento apenas para maximizar resultados, olhando o instituto da Fundação e tudo o que ele representa com uma motivação essencialmente egoística, seria o mesmo que se voltar contra tudo o que foi até aqui discutido, inclusive

²¹ Interessante notar que esse ponto se assemelha em muito com a impossibilidade de remuneração dos administradores pelas Fundações. Em que pese não ser proibido se estipular o retorno do patrimônio destacado para a Fundação no estatuto ou no ato constitutivo, em assim o fazendo, o fundador impede a concessão de benefícios fiscais para o ente criado, nos termos do art. 12, § 2º, “g”, da lei n. 9.532/97, que diz que: “§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: [...] g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público”.

revertendo negativamente algumas das consequências já listadas como positivas para a empresa familiar e para a família com a constituição de uma Fundação, como, por exemplo, os efeitos resultantes na imagem delas para a sociedade.

Fato é que, ao se destacar um patrimônio para se instituir uma Fundação, por mais atrelado a ela que se possa continuar — por meio, por exemplo, de sua administração —, a família e/ou a sociedade familiar estará abrindo mão de exercer seus direitos sobre aqueles bens separados em detrimento de um fim social e pelo bem comum.

A causa é nobre e, como bem demonstrado até aqui, além de cumprir o objetivo de manutenção do controle sobre o patrimônio (mesmo destacado), pode trazer inúmeras vantagens à empresa familiar e também à própria família empresária. No entanto, para isso, exige desprendimento desta última em relação à propriedade pura e simples e uma visão voltada não só para os próprios interesses, mas também para a coletividade e para o meio em que está inserida.

Assim, mesmo sedutor, não se trata de um argumento que deve ser usado ou defendido a todo custo, se mostrando muito mais interessante julgar a opção pela Fundação já considerando o perdimento dos bens destacados para um fim maior.

O planejamento deve, portanto, prever esse fato desde logo, para que o fundador valere da forma que entender melhor, positiva (se considerado o bem maior alcançado) ou negativamente, conforme sua convicção e necessidade momentânea, e não indicar a possibilidade de devolução futura, sob pena de tornar ineficaz o planejamento, seja porque ele não será devolvido (frustrando a vontade do fundador que assim considerou ao optar por essa estratégia), ou seja porque, em sendo devolvido, além do custo para se discutir essa questão judicialmente²² e pela demora e incerteza que essa discussão trará, afastará boa parte dos benefícios até então advindos da estratégia adotada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

BRANCO, Vera Sylvia Venegas Falsetti. *Além das boas intenções: benefícios fiscais, regulamentação e “accountability” dos provedores filantrópicos numa perspectiva comparada*. Dissertação (Mestrado em administração) — Escola de administração de empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: 2000.

²² Discussão essa que certamente ocorrerá, principalmente pela atuação e cuidado que tem o Ministério Público com esse tipo de pessoa jurídica.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. *Lei n. 9.532 de 10 de dezembro de 1997*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei953297.htm>>. Acesso em: 28 out. 2013.

_____. *Lei n. 10.406 de 10 de fevereiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

CARMAGNANI FILHO, Edison; d'OVÍDIO, Fabiola. *A proteção da empresa familiar: com holdings, fundos de investimentos fechados e outras ferramentas jurídicas*. 1. ed. São Paulo: Dobra Editorial, 2013.

CASILLAS BUENO, José Carlos; FERNÁNDEZ, Carmen Diaz; SÁNCHEZ, Adolfo Vázquez. *Gestão da empresa familiar: conceitos, casos e soluções*. Título original: *La gestión de la empresa familiar*. Tradução: Vertice Translate. Revisão técnica: Antonio Vico Mañas. 1. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FLORINDO BORGES, Jacqueline; MIRANDA, Rodrigo e MACHADO VALADAO JUNIOR, Valdir. *O discurso das fundações corporativas: caminhos de uma "nova" filantropia?*. Rev. adm. empres. [online]. 2007, vol.47, n.4, pp. 1-15. ISSN 0034-7590.

GARCIA, Rafael de Lourenço. *El Nuevo Derecho de Fundaciones*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1993, p. 400.

GRAZZIOLI, Airton. *Fundações privadas: das relações de poder à responsabilidade dos dirigentes*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

IRUJO, José Miguel Embid. *Grupos y Derecho de Fundaciones*. In: *Os grupos de sociedade: organização e exercício de empresa*. Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo, Walfrido Jorge Warde Jr. (Orgs.). 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. — Coleção de direito, desenvolvimento e justiça: série direito em debate.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Contractos no direito civil brasileiro*, tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

MIZUMOTO, Fabio Matuoka. *Strategy and entrepreneurial in family business: an analysis of human capital and social capital*. Tese (Doutorado em administração) — Departamento de administração, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2006.

MOREIRA JÚNIOR, Armando Lourenzo. *Estratégias de governança na empresa familiar: modelo para redução de conflitos familiares e perpetuação da empresa*. Tese (Doutorado em administração) — Departamento de administração, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil Brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Aspectos relevantes da empresa familiar: governança e planejamento patrimonial sucessório*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 — Coleção direito em contexto.

_____. *Empresas familiares — governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória*. In: _____ (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 — Série GVlaw. cap. 1, p. 18/75

PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro e SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Direito Societário: estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 — Série GVlaw.

RAFAEL, Edson José. *Fundações e direito*. 1. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

RESENDE, Cibele Cristina Freitas de. *As fundações e o novo código civil*. [S.I.]: Cefeis, 2003. Disponível em: <<http://www.fundata.org.br/Artigos%20-%20Cefeis/18%20-%20FUNDA%C3%87OES%20E%20NOVO%20C%C3%93DIGO%20CIVIL%20-%20CIBELE.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2013.

RIBEIRO, Anderson Martorano Augusto. *A gestão legal do patrimônio familiar — aspectos empresariais e jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Quartier Lati, 2008.

ROCHA, Thiago Almeida Ribeiro da. *Efeitos da propriedade familiar sobre os eventos de fusão e aquisição*. Dissertação (Mestrado em administração) — Departamento de administração, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2012.

RODRIGUES, Kamila Goulart. *Desconsideração da personalidade jurídica: controvérsias acerca da aplicação prática do instituto*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12999&revista_caderno=7>. Acesso em: mai.

2017.

SILVA, Alexandre Pacheco. *Antes de uma Fundação, um conceito: um estudo sobre a disciplina jurídica das fundações de apoio na cooperação entre universidade e empresa*. Dissertação (Mestrado em direito) — Escola de direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: 2011.

SILVA, Reinaldo Pereira. *O Neoliberalismo e a Reforma Constitucional*. Resenha Eleitoral, vol. 4, n. 1, TRES – Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, Florianópolis: jan/jun 1997.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança corporativa e estrutura de propriedade: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2006.

_____. *Governança corporativa, desempenho e valor da empresa no Brasil*. Dissertação (mestrado em administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, 2002.

SOUZA, Celso Jerônimo de. *O Ministério Público e o terceiro setor*. [S.I.]: Cefeis, 2003. Disponível em: <<http://www.fundata.org.br/Artigos%20-%20Cefeis/14%20-%20%20MINIST%C3%89RIO%20P%C3%9ABLICO%20E%20O%20TERCEIRO%20SETOR.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

TERENCE, Ana Cláudia Fernandes. *Planejamento estratégico como ferramenta de competitividade na pequena empresa: desenvolvimento e avaliação de um roteiro prático para o processo de elaboração do planejamento*. Dissertação (Mestrado em engenharia de produção) — Departamento de engenharia de produção, Universidade de São Paulo, São Carlos: 2002.

A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW NA *RES JUDICATA* DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATUAL

Mariana Rolemberg NOTÁRIO¹

RESUMO

Este trabalho traz os capítulos iniciais de projeto em andamento, sob orientação do Prof. Dr. Luís Miguel Andrade Mesquita, da Universidade de Coimbra. Inicialmente, foram tecidos comentários relativamente à *res judicata*, sua origem, finalidade e forma de estabelecimento, inclusive no Brasil; demonstrou-se origem dela na *Civil Law*. Viu-se tratar, a coisa julgada, de instituto indissociável à lei e mutável conforme a necessidade daquele ordenamento que a abarca. Assim, na busca do “novo” Código de 2015 por conferir maior aproveitamento e eficiência ao processo, moldou-se a coisa julgada, fazendo-se aplicar, independentemente de requerimento das partes, às questões prejudiciais ao mérito; em razão dessa maior abrangência, houve o estreitamento do Ordenamento Brasileiro com a *Common Law*, uma vez observado o sistema da *issue preclusion* que o movimenta.

PALAVRAS-CHAVE: *res judicata* – *common law* – Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

ABSTRACT

This work brings the initial chapters of project in progress, under the guidance of Professor Doctor Luis Miguel Andrade Mesquita, from the University of Coimbra. Initially, comments were made regarding *res judicata*, its origin, purpose and form of establishment, including in Brazil; It has been proven to be the origin of it in the *Civil Law*. It has been considered, the *res judicata*, as an institute inseparable from the law and changeable according to the necessity of that order that encompasses it. Thus, in the search for the "new" Code of 2015 to give greater advantage and efficiency to the process, the *res judicata* was molded, making apply, regardless of the request of the parties, to questions detrimental to merit; Due to this wider scope, the Brazilian Law with the *Common Law* was narrowed, once the system of the *issue preclusion* that moves it has been observed.

KEY-WORDS: *res judicata* – *common law* – New Brazilian Civil Procedure's Code.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda os capítulos iniciais de um projeto maior, e ainda em andamento, que visa aprofundar-se ainda mais nas questões trazidas desde logo, sob a orientação do Prof. Dr. Luís Miguel Andrade Mesquita, Livre-Docente da disciplina de Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra, em Portugal, em decorrência de programa de intercâmbio desenvolvido pela autora.

¹ Estudante do curso de Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente (SP). Contemplada pela Bolsa Santander Universidades, em 2015, para estudar na Universidade de Coimbra (PT), cujo critério pautou-se em nota e engajamento no desenvolvimento de pesquisa científica. Convidada a participar do painel especial de Direito Islâmico no Encontro Toledo de Iniciação Científica ?Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé? (ETIC) no ano de 2013, com a publicação do artigo "Circuncisão Feminina Islâmica: o direito islâmico em relação ao brasileiro".

Importa salientar, ainda, em que pese a orientação esteja impecavelmente à cargo do Prof. Dr. Luís Mesquita, o interesse e delimitação do tema ter surgido por provocação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues, ao qual, desde já se expressa gratidão.

O estudo, neste momento, tendeu a tecer breves comentários relativamente à coisa julgada (*res judicata*, ou, em Portugal, caso julgado), objetivando analisar sua origem ante as Ciências Jurídicas, para que, então, seja possível analisar sua finalidade e a sua forma de estabelecimento, primeiro em nível geral, e, posteriormente, no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Consequência, buscou-se demonstrar a origem do Processo Brasileiro – e, notadamente, da previsão da coisa julgada – putada na *Civil Law*, embora a inovação normativa atual tenha estreitado as disposições para o que se verifica na *Common Law*.

No primeiro capítulo, portanto, cuidou-se de delimitar o tema, justificando-o pela alteração trazida no Art. 503, parágrafos, do novel Diploma Processual Civil Brasileiro, que, conforme se propôs provar ao longo deste estudo, inovou a ordem jurídica nos termos acima delineados.

Assim, no segundo capítulo, utilizando-se do método indutivo, fixou-se a coisa julgada como instituto indissociável da própria lei, previsto desde a primeira norma escrita conhecida – o Código de Hammurabi. Igualmente, foi possível vislumbrar o estabelecimento pragmático deste instituto desde então, abordado, igualmente, pelo Direito Romano – Direito este que se tornou pilar para o surgimento dos ordenamentos jurídicos-decisórios fundamentados na *Civil Law*.

No mesmo trilha, ficou estabelecido, o Direito Romano, como um dos pilares para o processo moderno ocidental, não excluído o Ordenamento Brasileiro.

Assim, propôs a análise da primeira norma processual vigente no Brasil, enquanto Estado independente, qual seja, das Ordenações Filipinas. Utilizando-se do mesmo método científico, restou concluído o pragmatismo da norma, com intuito de, tal qual averiguado na origem da própria coisa julgada, manifestar o poder soberano do Estado por meio da prestação jurisdicional, e, como corolário, asseverar a segurança jurídica.

Em posterior momento, delimitou-se a questão relativamente à dúbia redação relativa à coisa julgada no Código Processual de 1939, que proliferou os questionamentos acerca da abrangência da *res judicata*, mais especificamente, sobre ou perfazer ou não da imutabilidade da coisa julgada frente às questões prejudiciais ao mérito.

Ficou observada, então, a origem da redação do dispositivo posto sob análise na regulamentação italiana, regida pelo *Civil Law*.

Entretanto, em seguida, na análise da resolução da discussão acerca da ambiguidade da redação e da abrangência da *res judicata*, verificou-se, pelo método dedutivo, tratar-se de uma problematização e uma resolução, sucessivamente, de tradução e de aplicação sistemática da lei italiana. Nestes termos, conforme era a tendência da lei pátria, embora sob crítica doutrinária e jurisprudencial, fixou-se os efeitos da coisa julgada como atinentes, a princípio, exclusivamente às questões de mérito, entretanto podendo ser estendidas às questões prejudiciais a ele desde que existente a provocação do juízo para tal.

Enfim, em análise ao Código Processual de 2015, demonstrou-se, pelo método dedutivo, e, respectivamente, indutivo, se tratar de uma lei com perspectiva de dar maior aproveitamento e eficiência ao processo, em que a coisa julgada foi moldada a esses anseios, fazendo-se aplicar, independentemente de requerimento das partes, às questões prejudiciais ao mérito, desde que cumpridos os requisitos do dispositivo anteriormente mencionado; e, em razão dessa maior abrangência da *res judicata*, o estreitamento do Ordenamento Brasileiro com a *Common Law*, uma vez observado o sistema da *issue preclusion* que o movimentava.

A conclusão, neste sentido, permite prosseguir à análise de haver, hodiernamente, uma coisa julgada especial, da qual se pretende verificar os requisitos inerentes e constitucionalmente adequados à visão brasileira, o que, entretanto, se pretende fazer em continuidade posterior.

1. COISA JULGADA: A INOVAÇÃO LEGISLATIVA DO ARTIGO 503 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O instituto da coisa julgada – em Portugal, caso julgado – está há anos de ser considerado novo. Inclusive, é claro, no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Ocorre, no entanto, que a recente mudança legislativa, com o advento do “novo” Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – trouxe uma nova faceta deste mesmo instituto, já amplamente conhecido pelos juristas e operadores do Direito.

Considerando um sistema mais clássico para o Processo Civil Brasileiro, aliado à *Civil Law*, o Código anterior dispunha que a coisa julgada recairia tão somente à parte dispositiva da sentença, tornando imutável, deste modo, as questões meritorias arguidas, desenvolvidas, processadas e julgadas. No mesmo sentido, a disposição do Art. 503, *caput*, do novo Diploma.

Fato é que, ao observar os parágrafos deste mesmo dispositivo, a mudança começa a ser entendida.

Bem se sabe que, anteriormente, para que uma questão prejudicial ao mérito fosse

recoberta pela coisa julgada – em sua vertente material, ao menos – dentro daquele mesmo processo, seria necessária postulação de ação declaratória incidental.

No entanto, tal qual o atual prestígio dado aos precedentes, fazendo-se aproximar do sistema jurídico-decisório do *Common Law*, a extensão da imutabilidade da *res judicata* às questões prejudiciais também sofreu alteração. Assim, pela redação atual, essas questões que, decididas “expressa e incidentalmente no processo” [Art. 503, §1º], podem sofrer dos efeitos do tal caso julgado.

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que a simples extensão deste comando de imutabilidade às tais questões prejudiciais, por si, não é a inovação. A inovação está em permitir que, independentemente de requerimento das partes interessadas, o julgador reconheça e julgue tal questão, tornando-a protegida pela autoridade da coisa julgada material, ainda, inclusive, que não se veicule tal julgamento na parte dispositiva, mas nos fundamentos da sentença.

Nesse sentido, a ação declaratória incidental é extirpada do Ordenamento – embora exista cicio doutrinário em sentido diverso – substituída pela busca intensa da “nova” Lei em promover a economia e celeridade processual, otimizando a prestação jurisdicional.

2. BREVE HISTÓRICO DA COISA JULGADA E DE SUA CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Atualmente, é fácil a compreensão de que a coisa julgada remete à estabilização da prestação jurisdicional, sendo vertente da segurança jurídica e a própria manifestação soberana do Estado. Em sua gênese, entretanto, a coisa julgada já objetivava essa estabilização ao litúgio debatido, mas suas implicações e fontes não eram analisadas com aspecto tão profundo; a análise era pragmática, possivelmente causídica, uma vez que foi de forma pragmática que se estabeleceu.

Nesse sentido, conforme menciona Jordi Nieva-FENOLL (2012, p. 240), a primeira norma escrita conhecida – VI, § 5º, Código de Hammurabi – trata da impossibilidade de prolação de segundo julgamento pelo mesmo juiz num caso; o fazendo, o julgador sofreria as máximas consequências, inclusive sendo impedido de exercer aquela função.

Tal premissa, entretanto, é ainda melhor demonstrada por Kevin M. CLERMONT (2015-2016, p. 1071-1072):

Res judicata is old. For example, some commentators have suggested "roots" of Anglo-American res judicata going back far. One can find these roots in various ancient systems, importantly including preclusion in the Germanic estoppel by record of Anglo-Saxon times that looked to the party's behavior and in the later-arriving Roman res judicata that looked instead to the judgment's effect as

instantiating the truth. But in reality these were inspirational analogies, acting more as borrowed verbal formulations rather than transplants or true roots. Other than in colonization-like transitions, *each legal system seems to generate internally its own res judicata law through its courts, often doing so independently in response to its own felt need for judicial finality and often ending up in a unique spot. In this sense, res judicata "is as old as the law itself."* (grifou-se)

Conforme bem coloca o autor, por mais que existam rumores sobre as tais *raízes* da coisa julgada, a *res judicata* é tão antiga quanto a própria lei, sendo, deste modo, difícil evidenciar o verdadeiro marco inicial do instituto. Fica claro se estabelecer que, a partir do momento em que se fixam normas procedimentais, que visam determinar como um litígio deve ser processado e julgado para que, ao final, exista uma resolução “exequível”, ou seja, efetivamente aplicável, é condição lógica o estabelecimento da imutabilidade, mais cedo ou mais tarde, dessa decisão.

Em outras palavras, seria incognoscível abalizar todo um procedimento com a finalidade de pôr fim a um litígio por meio de uma solução jurisdicionalmente fixada, e não conceder a essa solução uma irretratabilidade. Ora, se fosse permitida a (re)discussão interminável dos assuntos tratados e resolvidos, que finalidade teria tal prestação?

Por essa razão, a coisa julgada parece ser instituto indissociável da própria natureza do Processo. E ainda, sendo o Processo estabelecido e decorrido da lei, é a própria lei que molda as “características” da coisa julgada com base no seu melhor interesse.

Assim, conforme sugere o autor, os sistemas jurídicos locais, sejam regidos pela *Civil Law* (sistema Germânico), sejam regidos pela *Common Law* (sistema Anglo-Saxão), acabam por adequar a coisa julgada à sua necessidade, chegando, ao final, no mesmo ponto; chegando, ao final, na estabilização do tema debatido e decidido.

Verificadas essas premissas, não é possível ficar alheio ao Direito Romano, que serviu como fonte basilar para a criação do sistema jurídico como se observa hoje em diversos locais, incluindo o Sistema Jurídico Brasileiro. Assim, sobre o Direito Romano, Humberto THEODORO JÚNIOR (2015, p. 43-45) discorre que:

Logo, no entanto, se admitiu que a tarefa do julgador era uma função derivada da soberania do Estado e o processo passou a ser tido como ‘um instrumento de certeza e de paz indispensável’ [...] Da fusão de normas e institutos do direito romano, do direito germânico e do direito canônico apareceu o direito comum, e com ele o processo comum, que vigorou desde o século XI até o século XVI, encontrando-se vestígios seus até hoje nas legislações processuais do Ocidente.

As ideias trazidas reforçam-se pelo mencionado retro. O reconhecimento de o próprio processo – tutela jurisdicional – ser uma manifestação da soberania estatal sobreveio quando da análise do exercício do exercício desse poder. Havendo a necessidade de se fomentar a paz social através de uma política de julgamentos e encerramentos de litígios por

meio de um julgador investido para tanto, delimitava-se uma importante característica do interesse social e, conseqüentemente, da própria soberania estatal, já que era, desde logo, o Estado-juiz responsável por tal pacificação.

Daí se extrai, por consequência lógica, também a manifestação da segurança jurídica.

Havendo um aparato estatal mobilizado à resolução dos conflitos, conforme colocado, para promover a pacificação social, abalizado em normas manifestadas da própria excelência do Estado, é interesse inerente que a Ordem seja mantida, estreitando, cada vez mais, os limites dessas manifestações; a segurança jurídica se manifesta, deste modo com tal estreitamento.

E assim era, conforme se verifica, ainda que mais rudimentarmente e, frisa-se, mais pragmaticamente, desde as bases do Processo hodierno. Nesse mesmo trilho e nos mesmos moldes, a coisa julgada se firmou no Brasil desde o princípio:

A independência brasileira encontrou-nos sob o regime jurídico das Ordenações do Reino. Por decreto imperial foram mantidas em vigor as normas processuais das Ordenações Filipinas e das leis portuguesas extravagantes posteriores, em tudo que não contrariasse a soberania brasileira. Essa legislação, que provinha de Felipe I e datava de 1603, encontrava suas fontes históricas no direito romano e no direito canônico. (THEODORO JÚNIOR. 2015, p. 46-47)

TERCEIRO LIVRO DAS ORDENAÇÕES TÍTULO LXVI.

M – liv. 3 t. 50 § 4º -

6. E depois que o Julgador der huma vez sentença diffinitiva em algum feito, e a publicar, ou der ao Scrivão, ou Tabellião, para lhe pôr o termo da publicação, não tem mais poder de a revogar, dando outra contraria pelos mesmos autos. E se depois a revogasse, e desse outra contraria, a segunda será nenhuma, salvo se a primeira fosse revogada per via do embargos, taes que per Direito por o nelles allegado, ou provado a devesse revogar. (ALMEIDA. 1870, p. 669)

Conforme é possível observar, a concretização da *res judicata* no Ordenamento nacional seguiu, de fato, caminho bastante similar ao que se verificou no panorama inicial-geral do instituto. Não poderia ser diferente, até por beber da fonte do Direito Romano. E, ainda, reiterando a mensagem transmitida, a coisa julgada é indissociável e indispensável à Ordem Social de um Estado, por mais que seja elastecida, moldada, para adequar-se ao melhor interesse de manifestação de seus poderes.

2.1. A coisa julgada no Código de Processo Civil de 1939: fixação da questão – qual a sua abrangência?

Não convém prolongar o debate acerca da evolução de maneira especificada e demasiadamente detalhada sobre legislação anterior; ao contrário, é importante avançar à coisa julgada modulada pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, e, por

consequência, sua abrangência, para alocar o leitor à discussão do presente trabalho.

Visto isso, dispunha o Diploma de 1939, que: “Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão” (BRASIL. 1939).

Que a coisa julgada era perfeita, no sentido de se constituir e fazer-se valer frente aos julgamentos prolatados, não havia dúvidas. O que se questionava, entretanto, era seu *alcance*, tendo em vista que, pautando-se a interpretação do dispositivo não deixa claro quais seriam as tais premissas necessárias à conclusão da decisão.

Ou seja, a doutrina debatia, junto à jurisprudência, com fundamento teórico extraído do pensamento do doutrinador alemão Friedrich Savigny, que, dada a redação do Artigo 287, a coisa julgada perfazia-se contra *todas* as questões necessárias à conclusão do litígio, portanto, indistintamente às questões meritórias e às prejudiciais a elas (MENEZES. 2016, p. 98-99).

Sabido o embasamento da criação deste Diploma inspirado no diploma processual civil italiano – alerta-se desde logo, pautado no *Civil Law* – foi também neste diploma, em dispositivo similar, que se tentou extrair fundamento para a solução da argumentação levantada:

influenciado pela doutrina de Giuseppe Chiovenda, o Código de Processo Civil italiano de 1940 (em vigor) adotou uma concepção restritiva dos limites objetivos da coisa julgada em relação às questões prejudiciais. A regra, contida no artigo 34 do CPC (dentro da seção IV do capítulo I do livro I, sobre as modificações de competência em razão de conexão) dispõe que [...] em regra geral são conhecidas *incidentertantum* e, portanto, não ficam acobertadas pela coisa julgada, as questões prejudiciais (BONATO. 2015, p. 3)

Analisado isso, é perceptível a discussão da tal abrangência tratar dos princípios, denominados pela doutrina, dispositivo; do deduzido e do dedutível; do limite objetivo da coisa julgada; da eficácia preclusiva da coisa julgada. Visto isso, e travado o relevante debate ao longo da vigência desta norma, foi coloraria a mudança – esclarecedora – no Código subsequente.

2.2. A coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973: esclarecimento normativo e a formatação da coisa julgada no momento processual corrente

Ao se fixar o questionamento anterior e sua relevância tanto teórica quanto prática, a mobilização para a criação de um novo código deveria, invariavelmente, buscar o solucionar e abrandar a peleja.

Nada alheio a este fato, o Código Processual de 1973 passou a dispor: “Art. 469. Não fazem coisa julgada: [...] III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo” (BRASIL. 1973).

A proposta do Código Processual Italiano, é bem verdade, passava a se concretizar na legislação brasileira. Isso em razão de a discussão anterior se pautar num dispositivo específico da legislação estrangeira, enquanto essa solução buscou uma análise sistemática da lei europeia.

Explica-se. Em que pese o Artigo 287 do Código Brasileiro de 1939 trouxesse redação dúbia, acreditava-se se tratar de uma ambiguidade gerada pela *tradução* da lei encampada pela brasileira, e não por uma *efetiva* dualidade de sentidos daquela lei em sua linguagem originária.

É nesse caminho que dispõem LOPEZ e BONATO, respectivamente:

Esse dispositivo, em verdade, reproduziu a redação contida no art. 290 do Projeto do Código de Processo Civil italiano. [...] O fez, contudo, de forma parcial e, na visão de Barbosa Moreira, incompreensiva; suprimiu, no *caput*, a expressão “da lide”, fazendo alusão, no plural, a expressão “questões decididas”. [...] a supressão da expressão “da lide”, bem assim a alusão a “questões decididas”, ao invés de “questão decidida”, no singular, poderia fazer coro à interpretação então bastante difundida na doutrina no tocante à extensão da *auctoritas rei iudicatae* aos pronunciamentos sobre questões prejudiciais. (2015, p. 99)

[...] Contudo, o mesmo art. 34 do CPC italiano estabelece que a questão prejudicial se transformará em causa prejudicial e será abrangida pelos limites da coisa julgada *quando tiver uma demanda (declaratória incidental) de uma das partes, ou quando a lei o impuser*. (2015, p. 3), grifou-se

Nessa via, claro é, conforme dito anteriormente, o exurgir da questão e de sua solução com base num mesmo diploma, compreendido, sucessivamente, em parte e seu todo.

Esse argumento é reforçado com a explicitação da derradeira norma-solução do Código de 1973: “Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide” (BRASIL. 1973).

Percebe-se que, no mesmo rumo do Ordenamento Italiano, as questões prejudiciais ao mérito estariam, a princípio, excluídas do invólucro da eficácia preclusiva da coisa julgada. Isso porque as questões entendidas por ela abrangidas seriam as arguidas em pedido formulado pela parte autora, que, controvertido ou não pela parte ré, e atinentes, portanto, ao mérito da questão a ser resolvida, eram passíveis de sofrer o “encargo”² da imutabilidade.

O que se atenta, neste ponto, é por se entender a coisa julgada como um *resultado*

² Esclarece-se desde logo que, notadamente, o emprego da palavra *encargo*, nesse contexto, tende a referir-se muito mais ao ônus enquanto *obrigação* imposta pela coisa julgada do que, propriamente, a um ônus pesaroso de tal modo a ser compreendido como negativo.

logicamente procedente do ato de julgar. Fixando isso, o que se deve entender é que o resultado é de tal forma previsível que não se pode alegar surpresa em sua consolidação. E, mais do que isso, sendo absolutamente inerente a tudo o que se verificou até aqui, não há necessidade de provocação maior ao Judiciário, que não a da própria postulação em juízo.

Uma vez mobilizado o aparato judicial para se pôr fim a uma questão, questão essa que deve ser rigorosamente delimitada em sede de petição inicial, e que deve, portanto, ser arguida, inquirida, debatida, provada... é uníssono o entendimento de que sobre tudo o que se sucedeu, nesse sentido, deve tornar-se inquebrável nos limites da lei.

A segunda conclusão que se extrai dessa é a necessidade de haver provocação do juízo para o julgamento passível da autoridade da imutabilidade da *res judicata* quando das questões arguidas, porém não delimitadas como *verdadeiros* parâmetros da lide em sede de petição inicial. Entende-se, aqui, o que é veiculado pelo Artigo 470 do Código de 1973: a questão prejudicial *poderá* sofrer o efeito da coisa julgada, desde que, no entanto, exista provocação das partes para tanto; havendo a postulação nesse sentido, alerta-se os litigantes interessados, e passa a ser igualmente previsível o resultado.

Apesar de ter posto fim àquele debate da dúbia redação da disposição acerca da coisa julgada do Código Processual de 1939, o Código de 1973 passou a sofrer críticas conforme a evolução do Processo e do próprio Direito, motivando as reformas ocorridas, até que, após décadas em vigor, o Código da década de 70 foi integralmente substituído pela Lei 13.105/2015, o atual – ainda denominado por alguns de “novo” – Código de Processo Civil Brasileiro, já plenamente em vigor.

3. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A DILATAÇÃO DA COISA JULGADA E A APROXIMAÇÃO À ISSUE PRECLUSION DO COMMON LAW

Proposta da Lei recente foi, invariavelmente, de otimizar o processo, buscando a economia processual em seus mais amplos sentidos. Nada obstante, buscou observar valores constitucionais indispensáveis, incorporando-os – inclusive por ser o primeiro Código a ser promulgado posteriormente à Constituição Federal de 1988.

Essa busca pode ser facilmente identificada pela Exposição de Motivos deste Diploma, elaborada pela Comissão dos juristas responsáveis pela elaboração do seu Anteprojeto, que aborda, primeiro, a harmonização da [futura] Lei aos preceitos e garantias constitucionais, bem como a necessidade de haver um sistema processual eficiente para que o Ordenamento, como um todo, seja também efetivo (BRASIL. 2010, p. 11).

Nessa toada, relembra-se o que se entendeu, anteriormente, das palavras de

CLERMONT: a coisa julgada, ao final, acaba sendo incorporada invariavelmente por qualquer sistema jurídico-decisório que se preste a exercer, por meio desse sistema, a própria manifestação de seu poder soberano. O que poderá se alterar, no entanto, é a forma como ela se manifesta.

O momento da criação da Lei atualmente em vigor foi de mobilização distinta do que se estabeleceu em 1939 – e que se repetiu, por verificar do mesmo fundamento originário, em 1973. Assim, se prestando a promover maior eficiência à prestação jurisdicional, traz à tona a anterior discussão sobre as questões que tornar-se-ão imutáveis.

Nesse diapasão, também da Exposição de Motivos, a Comissão já esclarecia ser um dos aspectos principais do novel diploma: “4) O novo sistema permite que cada processo tenha maior rendimento possível. Assim, e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais” (BRASIL. 2010, p. 28).

Assim, após o alarde em que se puseram a doutrina e os mais distintos juristas sobre diversas [outras] alterações dadas ao processo brasileiro, o Código foi promulgado, mantendo, sob o ponto de vista da abrangência da *res judicata*, a disposição *in verbis*:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

Passível a conclusão de que, tal qual a Comissão se propôs, a coisa julgada foi estendida às questões prejudiciais ao mérito, independentemente de requerimento das partes, inovando a Ordem Jurídica Brasileira. Consequência lógica, extirpou, ainda, a possibilidade anteriormente prevista de se pugnar, incidentalmente, a declaração, enquanto *julgamento* passível de sofrer dos efeitos da coisa julgada, para essas questões.

Ao que parece, nesse ponto, o ânimo que se verifica na doutrina atual é de congratulações, *v.g.*, Cássio Scarpinella BUENO (2017, p. 426), ao entender que “o CPC de 2015 andou bem ao eliminar a ‘ação declaratória incidental’”. Assim, mesmo sem qualquer iniciativa expressa do réu e/ou autor, a questão *prejudicial* [...] transitará materialmente em

julgado”.

Prosseguindo às conclusões da alteração, o que se percebe é a aproximação do sistema brasileiro, anteriormente fundado com largas influências do *Civil Law*, ao sistema *Common Law*.

O estreitamento do sistema pátrio à *Common Law*, tal qual o estabelecimento da força dos precedentes, vem com o intuito claro de implementar a eficiência e efetividade processual buscada desde a gênese da elaboração do Código de 2015 – inclusive, possivelmente, de muito antes – e de, indissociavelmente, promover maior força à manifestação estatal em sede de poderio Judiciário.

Nessa toada, Rodrigo Ramina de LUCCA (2016, p. 5) evidencia:

A novidade legislativa adota, em larga medida, parte do regime de estabilização das sentenças dos países do *common law*. Naqueles países, em contrapartida, a um processo marcado por grande flexibilidade procedimental, com possibilidade de concentração de várias demandas contra partes distintas, alteração da causa de pedir até o julgamento final da causa etc., trata-se com maior rigor a coisa julgada e as preclusões a ela associadas. Desse modo, é comum que o países do *common law* imponham uma severa disciplina da coisa julgada, incluindo até mesmo a sua extensão a causas de pedir não propostas, mas relacionadas ao mesmo ato ilícito (mesmo *tort*)

Observa-se que o sistema *Common Law* se orienta a julgamentos em maior escala do que no sistema clássico brasileiro. O sistema se propõe a processar e resolver sucessivos litígios, concentrando-os num único procedimento, razão pela qual se dispõe a perquirir acerca da imutabilidade das questões deles extraídas.

E nada obstante a essa formulação distinta de imutabilidade das questões decididas, chama-se especial atenção aos seus requisitos indissolúveis.

É, neste ponto em especial, que se repousa o estudo da novidade legislativa de 2015 relativamente à *issue preclusion*, uma vez que, estabelecido este aspecto como premissa, é de suma importância passar-se à análise constitucionalmente afinada da inovação no Brasil.

Conquanto, tal análise, conforme verificado inicialmente, na Introdução desta breve pesquisa, guardar-se-á para momento posterior, para que se possa cuidar detidamente dos principais elementos a serem abordados.

Salienta-se, no entanto, e desde logo, a adoção, de forma similar a Fredie DIDIER JR. (2016, p. 393 e ss.) à denominação *coisa julgada especial* para aquela dos parágrafos do Artigo 503 do Código atual, fundamentada nos requisitos a ela inerentes, bem como em seu caráter especial frente, também, à evolução histórica do instituto no Brasil, conforme se verificou até aqui.

CONCLUSÃO

Relativamente à coisa julgada, conclui-se ter origem em marco inicial, até o momento, impossível de se fixar, em que pese ter percebido se tratar de uma manifestação inerente à própria lei, uma vez que, havendo a disposição para se criar um aparato fundado na prestação jurisdicional, é consequência lógica a imutabilidade do que fora decidido, como fonte de garantia da segurança jurídica pela manifestação de poder soberano estatal;

Concluiu-se por o sistema jurídico-processual civil brasileiro ter emergido de berços regidos pela *Civil Law*, invariavelmente refletindo na normatização da coisa julgada, o que, ainda que tenha se gerado dúvidas ao longo de sua história, foi sedimentado pela solução derradeira trazida pelo Código de Processo de 1973, que fixou as questões meritórias como oneradas pelo efeito da imutabilidade da decisão, apesar de ter permitido, desde que com base na provocação do juízo pelas partes, de se estender tal efeito às questões prejudiciais;

Concluiu-se, também, pela inovação da Ordem Jurídica relativamente ao mencionado supra, causada pelo Código de Processo Civil de 2015, atualmente em vigor. Restou provado que a alteração considerou o momento vivido na alteração normativa, que clamou, desde logo, por conferir maior eficiência e, assim, maior aproveitamento ao processo civil, razão pela qual se estenderam os efeitos da imutabilidade da coisa julgada às questões prejudiciais ao mérito, independentemente de requerimento das partes interessadas, conferindo ao magistrado julgador maior poder;

Nesse sentido, ficou observável, também, o estreitamento do sistema jurídico-decisório brasileiro à *Common Law*, quando da verificação do instituto a ela pertencente da *issue preclusion*, que, ao final, acaba por ser a manifestação da coisa julgada moldada às necessidades que o procedimento em que ela se estabelece demanda;

Por derradeiro, e considerando a evolução histórica do instituto e sua forma de manifestação no Ordenamento nacional, fixou-se como – interessante – a denominação a de *coisa julgada especial* aquela abalizada no Artigo 503, parágrafos, da nova Lei, que, efetivamente, inova o que se utilizou no Brasil até atualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Candido Mendes de, 1818-1881. Código Philippino; Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em «<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>». Acesso em 22 de abril de 2017.

ANDRADE MESQUITA, Luís Miguel de. Reconvenção e Excepção no Processo Civil: O

dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir. Coimbra, Almedina, 2007. Págs. 61 – 82.

BONATO, Giovanni. Algumas Considerações Sobre a Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Limites Objetivos e Eficácia Preclusiva. In: Revista de Processo Comparado, vol. 2/2015 – p. 121 – 143. Jul - Dez/2015 DTR\2016\41.

BRASIL. Código de Processo Civil (1939). Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm». Último acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm». Último acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm». Último acesso em 29 de junho de 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CLERMONT, Kevin M. Res Judicata as Requisite for Justice. United States of America, 2015-2016. In: 68 Rutgers U.L. Rev. 1067 2015-2016, accessed by HeinOnline. Downloaded at Tue Jan 24 07:12:11 2017.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 19ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direitos probatórios, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 12ª Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FENOLL, Jordi Nieva. A coisa julgada: o fim de um mito. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume X, nº 10. 2012. Disponível em «<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20349/14690>». Último acesso em 22 de abril de 2017.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil. In: Revista de Processo, vol. 252/2016 – p. 79 – 110. Fev/2016 DTR\2016\207.

MENEZES, Lucas Lopes; DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza (Orient.). A coisa julgada e a questão prejudicial no novo Código de processo civil: análise do artigo 503, § § 1º e 2º, da Lei

n. 13.105/2015. Dissertação Definitiva, 2016. Disponível em «<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/18724>». Último acesso em 17 de abril de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. 1. 56º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COMMON LAW: ORIGEM, CARACTERÍSTICAS, FONTES E PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO

Rafael Gomiero PITTA¹
Jéssica Amanda FACHIN

RESUMO

O presente trabalho busca estudar o sistema *common law* em sua origem, características e fontes a fim de entender como o precedente judicial se insere neste contexto jurídico. Sem o intuito de fazer comparação direta com o *civil law*, o que se pretende é delimitar o primeiro a fim de permitir compreender o precedente judicial em seu contexto original e abrindo caminho para uma compreensão a partir das diferenças naturais/históricas/sociais a que o mesmo instituto se submete em sistemas diferentes. Compreendido o contexto em que surge, se observará a força e eficácia do precedente judicial a que é dotado no sistema *common law*.

PALAVRAS-CHAVE: precedente judicial; *common law*; *stare decisis*; força obrigatória.

ABSTRACT

This work aims to study the origin of the common law system, its characteristics and sources in order to understand how the judicial precedent is inserted in this legal context. Without aiming to make a direct comparison with the civil law system, the work aims to set out common law system in order to understand the judicial precedent in its original context, making room to understand the natural/historical/social differences to which the precedent institute undergoes in different systems. Having understood the context in which it arises, one will observe the strength and effectiveness of the judicial precedent that is endowed in the common law system.

KEY-WORDS: Judicial precedent; Common law; Stare decisis; Mandatory power

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 trouxe importantes mudanças à prática jurídica brasileira. Dentre as inovações trazidas, o Precedente Judicial foi, sem dúvida, a maior delas. Por várias razões. Por se tratar de verdadeira novidade ainda não experimentada pelo Direito brasileiro, por ser um instituto trazido por influência de outros ordenamentos jurídicos e por não haver compreensão suficiente acerca deste instituto no Brasil.

No entanto, rodeado de dúvidas quanto a sua compreensão e também aplicação nas jurisdições brasileiras, insta, com esta pesquisa, compreender as perspectivas históricas do

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2003). Especialização em Direito Civil e Processo Civil. Mestrado em Ciências Jurídicas pelo programa de mestrado da Universidade Estadual Norte do Paraná. É doutorando em Ciências Jurídicas pelo programa de doutorado da Universidade Estadual Norte do Paraná. Atualmente é professor e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica nas Faculdades Londrina, professor das Daculdades Integradas do Vale do Ivaí e professor no Programa de pós-graduação em Direito Processual Civil da Faculdade Campo Real de Guarapuava. É advogado.

sistema a que adveio - *common law* – também suas características, fontes, bem como sua força e eficácia dentro deste sistema.

O que se pretende não é encaminhar ou compreender por uma necessária reprodução do precedente judicial no *common law* para sistemas de *civil law*. Justamente o contrário. Pretende-se entender o contexto, “ambiente” e forma com que surgiu para poder apontar para uma diferenciação natural para qual caminha este instituto em sistemas jurídicos diferentes e contribuir para melhor compreensão deste no direito brasileiro.

Este trabalho se dedica, portanto, à mera análise do precedente judicial no *common law* bem como analisar este sistema no qual remonta o surgimento e consolidação do precedente judicial.

1. COMMON LAW

1.1 Origem e Características Históricas

De início, antes mesmo de compreender a função do precedente judicial no sistema jurídico do *common law*, é preciso compreender, ao menos de modo essencial, como se deu, historicamente, o desenvolvimento deste.

Dessa forma, muitos países vivem sob a cultura jurídica do *common law*. Pode-se falar na quase totalidade daqueles dominantes da língua inglesa, ressalvado algumas poucas exceções.

Essa tradição teve origem na Inglaterra, o que, como primeiro aspecto, explica a afirmação anterior.

Desse modo, inevitavelmente, para compreensão do *common law* deve-se voltar os olhos ao direito inglês e a seu desenvolvimento no decorrer da história.

A formação do *common law* é apontada no período de 1066 a 1485. Não obstante, compreender o contexto histórico anterior faz-se necessário.

Primeiramente, salienta-se que a grande diferença existente entre as duas tradições, *common law* e *civil law*, está intimamente ligada pela influência do direito romano pós queda do império.

É verdade que na Inglaterra se estudava o direito romano. Predominou durante séculos o estudo desse direito nas Universidades inglesas. Porém, o direito romano teve influência apenas no âmbito acadêmico e, à época, os juízes e advogados não precisavam ter título universitário, o que justifica a influência ínfima desse direito na Inglaterra. (DAVID, 1997, p. 3).

Sobre o ensino universitário, Rene David lembra que

Nenhuma universidade européia vai tomar como base do seu ensino o direito local consuetudinário; este, aos olhos da Universidade, não exprime a justiça, não é verdadeiramente direito. (DAVID, 2002, p. 42)

As Universidades que se propunham a ensinar o direito não o faziam com base no contencioso, voltado a processos, à atividade judiciária. Ensinavam uma espécie de moral social, apontando as regras que mais de acordo com ela estavam. (DAVID, 2002, p. 41).

O período anglo-saxônico é apontado como aquele período anterior à dominação normanda (1066). O direito dessa época é pouco conhecido. Sabe-se que, por volta do século VI, com o advento do cristianismo na Inglaterra, encontra-se leis redigidas na língua anglo-saxônica, quando antes, as leis bárbaras que vigiam, eram escritas em latim.

Desse período anterior, o que se sabe é que esses povos eram “governados pelo direito primitivo de suas tribos, que se baseavam em costumes imemoriais transmitidos por uma tradição puramente oral” (CAENEGEM, 2000, p. 26) e que, nos novos reinos, tentou-se registrar por escrito, o que não passou de “tentativas desajeitadas de expressar em latim um direito primitivo que era desprovido de qualquer princípio geral e, conseqüentemente, de qualquer tradição analítica”. (CAENEGEM, 2000, p. 27).

Enquanto os *romani* estavam sujeitos ao direito romano vulgar, os germânicos ficavam submetidos às leis de suas tribos. Era o chamado “princípio da personalidade” do direito que, segundo R. C. van Caenegem, consiste na ideia de que “seja qual for o seu lugar de residência e seja qual for o soberano deste lugar, um indivíduo permanece sujeito ao direito do seu povo de origem.”. (CAENEGEM, 2000, p. 27).

Mais tarde, cumpre salientar, esse princípio foi abandonado e deu espaço ao princípio da territorialidade, o qual impunha o direito consuetudinário da região a todos os habitantes, independentemente de origem.

As leis após o cristianismo, já escritas na língua anglo-saxônica, conforme aponta René David, “regulam aspectos muito limitados das relações sociais às quais se estende a nossa concepção atual do direito” e lembra leis redigidas no ano 600 que continham 90 (noventa) frases muito breves. (DAVID, 2002, p. 357)

Posteriormente, tornam-se mais elaboradas, mas ainda eminentemente local, inexistindo um único direito (direito comum) em toda a Inglaterra.

Foi então, como apontam os historiadores, que a conquista normanda, em 1066, marcou profundamente o direito inglês, sendo o fator crucial para a formação do *common law*.

A conquista trouxe à Inglaterra um poder centralizado forte, desaparecendo a

característica tribal, dando espaço para o desenvolvimento do feudalismo como nova forma de organização jurídica e social.

Muito diferente do que fora o feudalismo na França, Alemanha e outros países, o feudalismo na Inglaterra cuidou de agrupar o povo em torno do soberano a fim de ver, nesta figura, seus direitos garantidos. E mais:

(...) O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassalos muito poderosos; na distribuição de terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum ‘barão’ pudesse rivalizar com ele em poder (...). (DAVID, 2002, p. 358).

Dessa forma, aponta-se a característica extremamente organizada e disciplinada do feudalismo inglês, principalmente se tomamos em conta o documento Domesday (1086), o qual cuidava da organização desse sistema. (DAVID, 2002, p. 358).

Foi nesse contexto e sob essas características que o *common law* foi desenvolvido.

Common law, então, seria “por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra” (DAVID, René, 2002, p. 359), inexistente até 1066, conforme demonstrado.

Similarmente, Guido Fernando Silva Soares, denomina a *common law* como aquele direito “(...) nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster (...) e que acabaria por suplantar direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (...)”. (SOARES, 1999, p. 32).

Como disposto, esse novo direito era aplicado pelos Tribunais Reais (ou Tribunais de Westminster), que eram constituídas e subordinadas ao Rei e que substituíram, pouco a pouco, as *County Court*, a assembleia dos homens livres, as quais exerciam o poder judicante conforme os costumes locais.

Deve-se apontar, nesse sentido, que o *common law* é o direito criado pelos juízes (*judge-made law*), em contraposição ao *civil law*, que vê o direito criado pelo legislador, sendo as decisões do Poder Judiciário apenas fontes secundárias de criação do direito, como se abordará mais adiante.

No entanto, na *common law*, as Cortes Reais atuavam somente nas causas que interessavam à Coroa, enquanto as *County Court*, dedicadas ao direito local, cuidavam de questões de interesses privados.

É por esse motivo que se afirma que “O direito aplicado pelas Cortes Reais apresentou-se, nessas condições, de início, como um direito público, distinto dos costumes locais que as jurisdições tradicionais aplicavam”. (DAVID, 1997, p. 4).

E, posteriormente, quando essas cortes passaram a cuidar de todos os litígios do povo, substituindo totalmente as *County Court*, é que o *common law* deixou de ser apenas

direito público, dispondo também de regras de direito privado.

Os Tribunais Reais, de início não eram aptos administrar a justiça, cuidavam apenas de questões relacionadas às finanças reais, à propriedade imobiliária e à posse de imóveis e às graves questões criminais que ameaçassem a paz do reino. Para todas essas questões havia três tribunais distintos: o Tribunal de Apelação, o Tribunal de Pleitos Comuns e o Tribunal do Banco do Rei, responsáveis, respectivamente, pelas matérias elencadas. (DAVID, René, 2002, p. 360).

Foi somente mais tarde que essa divisão de competência cessou e permitiu que quaisquer uns dos três Tribunais conhecessem causas de todas as matérias e, posteriormente, no final da Idade Média, os Tribunais Reais passam a ser os únicos a administrar a justiça.

Deve-se assinalar que a imposição das Cortes Reais não se estabeleceu de forma fácil, tampouco tornaram as únicas a administrar a justiça sem qualquer atrito. Os senhores feudais se opuseram a essa expansão das Cortes, pois havia grande vantagem financeira em administrar a justiça, por isso deu-se de modo progressivo e, conseqüentemente o desenvolvimento da *common law* também.

Desse modo, até o século XIX as Cortes, teoricamente, eram cortes de exceção, o que dificultava muito sua atuação, pois antes de tratar do mérito de um litígio, era necessário fazer com que entendessem pela sua competência. Essa dificuldade processual, conforme indica Rene David, marcaram profundamente o desenvolvimento do *common law*, pois “sempre foi necessário convencer a Corte de que a lide a ela submetida era, por sua natureza, uma causa a que a Corte podia e devia julgar.” (DAVID, 1997, p. 5)

Ou seja, a atuação dos advogados e juízes, inevitavelmente, se atinha às questões de ordem processual severamente formais. Ocupavam-se mais do direito processual que do material. Desse modo, só se elaborou a *common law* com conceitos eminentemente processuais e a foram construindo (e ampliando) progressivamente, de precedente em precedente.

Então, “entravadas pelo formalismo do processo, as Cortes Reais não puderam desenvolver a *common law* como teria sido necessário para mantê-la em harmonia com uma concepção de justiça que evoluía com o tempo.” (DAVID, 1997, p. 7). A *common law*, como afirma Rene David em outra obra, “não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução de litígios”. (DAVID, 2002, p. 365).

Por essa razão, essa preeminência de questões processuais e a baixa – ou nula – preocupação com a ideia de justiça permitiu às pessoas verem seus direitos não assistidos por

esses tribunais, esbarrado em questões meramente formais, não conseguiam acesso às Cortes. No entanto, para então garantir a equidade e em nome desta era permitido ao Rei intervir. Por meio de uma espécie de recurso a ele dirigido, decidia, em seu Conselho, não por meio de questões jurídicas, mas por sua própria consciência, algumas questões que ficavam fora da apreciação das Cortes Reais.

Com o passar do tempo o número de pessoas que se dirigiam ao Rei para resolver suas questões aumentou significativamente, de modo que passou a direcionar esses litígios para fora do Conselho, a um funcionário da Coroa denominado Chanceler.

O Chanceler, agora incumbido de julgar os recursos direcionados ao Rei, definiu “regras de equidade” (*Equity*), por meio das quais examinava e julgava caso a caso. Essas regras apoiavam-se no Direito Canônico, inclusive aplicado, em um primeiro momento, por eclesiásticos, e apresentavam-se mais racionais que as regras da *common law*, eminentemente processuais.

Para melhor entender, a *Equity*, nesse primeiro momento foi o “direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de ater a questões de equidade”. (SOARES, 1999, p. 32).

Acabou por firmar uma espécie de justiça paralela ao *common law*, com seus precedentes próprios, linguagem e questões processuais próprias. No entanto, Rene David aponta que a jurisprudência do Chanceler “não era contrária à *common law*; ela se limitava a fornecer à *common law* um complemento”. (DAVID, 1997, p. 8).

Esse cenário, constante desde o século XV, deu à Inglaterra algo nunca visto no continente europeu: uma estrutura judicial dualista, o “direito comum”, aplicado pelas Cortes Reais e o *Equity*, remédios aplicados por um Corte Real específica, a Corte da Chancelaria.

A partir do século XVII, o Parlamento se posicionou contrário à atuação da Coroa na administração do direito por meio da Corte de Chancelaria. Compreendiam que essa atuação real trazia arbitrariedades ao direito, sendo inadmissível àquele cenário histórico.

Foi então que, aproximadamente no ano de 1875, a Corte de Chancelaria foi suprimida, competindo aos tribunais comuns a aplicação da *common law* e também do *Equity*, que tiveram suas características iniciais mantidas, mesmo que agora unificado os órgãos de aplicação.

Atualmente, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, a *Equity* só é aplicada quando inexistir remédio na *common law*. A *common law* é aplicada a matérias referentes a direito penal, contratos e responsabilidade civil, enquanto a *Equity* tem sido aplicada em caso de direito imobiliário, contratos fiduciários, sociedades comerciais, testamentos, heranças,

entre outros. Registra-se que alguns estados dos Estados Unidos conservam tribunais específicos que julgam somente em *Equity*. (SOARES, 1999, p. 32-37).

1.2 Fontes

Outra importante análise a se fazer do *common law* é quanto as fontes do direito. É importante observar, neste ponto, a diferença marcante entre os sistemas (*common law* e *civil law*). Historicamente, conforme desenvolvido anteriormente, se justifica a diferenciação entre ambos e, mais ainda, o contexto favorável a que se levou a ter grande espaço e atuação o precedente judicial no sistema do *common law*.

Desse modo, por primeiro, a preceder a análise das fontes, atentemos ao aspecto etimológico e semântico do termo *fonte*. Emprestada do fenômeno da natureza, refere-se ao lugar em que a água nasce, sua origem. No direito, embora assumimos também essa concepção de origem, admitimos duas acepções diversas.

A primeira entende ser uma fonte do direito qualquer documento de qualquer natureza que permita conhecer do direito de determinada época ou localidade. É o sentido “histórico” ou “documental”: “Em suma, tudo aquilo que nos pode informar sobre as instituições jurídicas presentes ou passadas é uma fonte do nosso conhecimento”. (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 39).

A segunda, podendo ser chamada de dogmática, a partir de Henri Lévy-Bruhl, é aquela que responde à pergunta “de onde vem o direito?”. Para a teoria sociológica, a qual adere o referido autor, a resposta é o grupo social. Não entendemos pela falsidade da teoria, muito pelo contrário, estamos de acordo com essa corrente de pensamento. No entanto, tendo isso em vista, nos ocuparemos nesta parte do trabalho do estudo das fontes formais do direito, mesmo entendendo que o que demonstra tal distinção “não passam de variedades de uma só e mesma fonte, que é a vontade do grupo social.”. (LÉVY-BRUHL, 1997, p. 40).

Ao voltar à história para entender o surgimento e construção da *common law* viu-se, notadamente, que o direito inglês é um direito jurisprudencial. Naquele país, o direito, como outrora mencionado, era formulado pelos Tribunais Reais ao proferirem suas sentenças.

Desse modo, inicialmente por uma questão histórica, a jurisprudência foi naturalmente a fonte primária no direito inglês.

Nesse sentido, atualmente, embora presente algumas modificações, conforme se verá, “o direito inglês conservou, no que respeita às suas fontes tal como à sua estrutura, os seus traços originários”. (DAVID, 2002, p. 415).

A Inglaterra assumiu essa centralização das fontes do direito antes da propagação do

direito romano-canônico, de modo que foi pouco influenciado pelo *uis romanorum*. Desse modo, quando o estudo do direito romano foi retomado na Europa no século XII, o direito inglês já estava muito bem arquitetado e organizado para ser seduzido por aquelas reflexões jurídicas². (TUCCI, 2004, p. 150).

Em síntese, a norma no direito inglês é extraída das decisões judiciais e aplicável a casos idênticos. A obrigação de observar as normas já estabelecidas pelos juízes decorre da lógica do sistema jurisprudencial adotado. Em outras palavras, o respeito ao precedente judicial na Inglaterra

constituiu um desenvolvimento natural do sistema inglês: primeiramente, quando se buscou limitar a expansão da jurisdição dos Tribunais Reais, através do Estatuto de Westminster II, de 1285, e, na sequência, quando se tentou conter o desenvolvimento do equity, vinculando-se a Chancelaria a suas decisões anteriores. (...). (MELLO, 2008, p. 21).

O direito, então, era extraído das sentenças judiciais. Ainda hoje na Inglaterra o papel da Poder Judiciário é significativo e central, mas com algumas mudanças, sobretudo em razão da nova posição assumida pela lei.

A lei, no período inicial do *common law*, ocupava uma posição secundária como fonte de direito.

Na concepção tradicional inglesa, a lei nem é considerada uma expressão normal do direito. Isso não significa dizer que os juízes não aplicavam e não aplicam a lei na Inglaterra. Eles aplicam, mas a norma trazida pela lei só será incorporada pelo direito inglês quando houver sido interpretada e aplicada pelos tribunais. É tornando jurisprudencial que se saberá o significado da lei e deixará de causar certa estranheza aos juristas. (DAVID, 2002, p. 434).

A lei era vista como complementar, trazia correções e adjunções às normas ditas pelos tribunais e estabeleciam, de certa forma, exceções ao direito comum.

No entanto, em tempos recentes, fala-se de um movimento legislativo e um reposicionamento da lei quanto fonte do direito. A Inglaterra, mais precisamente no último século, avolumou seu acervo legislativo. O parlamento criou instituições importantes relacionados à previdência social, ao sistema de saúde e educacional, transporte, dentre outros. Notadamente, houve significativas modificações no direito antigo, almejando mudanças sociais mediante papel legiferante.

Esse maior desenvolvimento da legislação na Inglaterra se deve a três momentos

² Houve a rejeição dos ingleses pelo estudo do *Corpus Iuris Civilis*. Não agradou ao rei o modelo absolutista de governo que trazia, temia uma reação negativa dos súditos e dos senhores feudais. Estes últimos temiam um poder ainda mais forte da Coroa e se opuseram. Houve tentativas, na Inglaterra, de se estudar as compilações de Justiniano, mas não foi permitido pelo rei Estéfano I, no século XII, tendo sido proibido, daí no século seguinte por Henrique III, qualquer ensino do direito romano.

históricos vividos: a nova ideia de supremacia do Parlamento, o triunfo dos ideais democráticos e do Estado do bem-estar social e à aderência à Comunidade Europeia.

Desse modo, Rene David afirma, ao olhar para o momento histórico-jurídico da Inglaterra, que a lei assume papel também fundamental para o direito, não mais sendo considerado “inferior” à jurisprudência, embora o direito inglês continue sendo um direito eminentemente jurisprudencial, e assim o é por duas razões:

porque a jurisprudência continua a ordenar o seu desenvolvimento em certos setores que se mantêm muito importantes e, por outro lado, porque, habituados a séculos e domínio da jurisprudência, os juristas ingleses não conseguiram até a presente data liberar-se da sua tradição. (DAVID, 2002, p. 436).

Tais razões ora descritas é que impedem que o direito inglês seja em sua essência um direito legislativo e que tenha cultuado, ao longo de sua história, qualquer veneração ou fetichismo a códigos robustos e apego formal a leis.

Para sintetizar essa primeira parte do estudo das fontes da *common law*, afirma-se que a jurisprudência e a lei assumem papel fundamental na formação do direito.

A prosseguir, tratemos agora das fontes consideradas secundárias, tal qual o costume, a doutrina e a razão.

Registra-se, ao contrário do que afirmam num plano leigo, que o direito Inglês não é um direito consuetudinário. Na época anglo-saxônica, como estudado, o direito era sim essencialmente aplicado com base nos costumes locais das tribos germânicas. No entanto, abandonou essa característica justamente com o surgimento da *common law*, que veio substituir o direito local por um direito comum, produzido jurisprudencialmente.

Atualmente, conforme assevera Rene David, “o costume desempenha função muito restrita no direito inglês” (DAVID, 2002, p. 437), secundária, não podendo se comparar com a lei e à jurisprudência. É necessário que o costume seja “imemorial”, é dizer, existente desde 1189 para que seja obrigatório. No entanto, quando o costume é aplicado pelo juiz ele se torna jurisprudencial, sendo submetida à regra do precedente judicial. De igual modo, deixará de ser costume se passar a constar numa disposição legislativa.

Por outro lado, o costume não deve ser subestimado como fonte na Inglaterra se olharmos o aspecto constitucional. Por esse aspecto, deve-se dizer que o costume desempenha severa importância na sociedade inglesa.

Devemos lembrar que a Inglaterra não é dotada de constituição escrita, o que faz com que grande parte da organização política do estado encontra-se em princípios não escritos. A organização do parlamento, das câmaras, as delimitações dos poderes do rei e, inclusive, a forma de governo adotada, a monarquia absoluta, não são extraídas de um plano jurídico

formal, mas dos costumes daquele povo.

Por último, a doutrina e a razão são também consideradas fontes secundários do direito na *common law*. Lembra-nos, Rene David, que a *common law* “foi elaborada, originariamente, sobre a razão, dissimulada sob a ficção do costume geral imemorial do reino”. (DAVID, 2002, p. 439). É para esta fonte que ainda recorrem os juízes ingleses para preencher lacunas do direito. Os Tribunais Reais, quando tiveram de estabelecer um preceito ou norma, não se apoiaram em uma atividade puramente empírica, mas buscaram na razão a resolução de inúmeros litígios. E foi assim, como vimos, que se deu a formação da *common law*: por meio dos Tribunais Reais, em conformidade com a razão.

A doutrina na Inglaterra teve um papel quase que de desvalor. Devemos lembrar, como feito em outro momento, que não era necessária a formação acadêmica para atuar nos tribunais. O direito fora construído na prática dos tribunais e apenas nesse espaço que o estudavam, devendo, sua construção, mais aos juízes e menos aos professores. (DAVID, 2002, p. 444).

No entanto, naturalmente, esse cenário mudou. A doutrina na Inglaterra no século XIX transformou-se e se expandiu. A formação acadêmica se robusteceu e ensina aos futuros juristas através de expressivos manuais, grande parte deles, escrito por juízes (*books of authority*).

Não se pode mais falar em influência quase inexistente da doutrina na Inglaterra. No início da história da *common law*, admite-se tal afirmação, mas nos dias atuais não. A doutrina pode não ter grande expressão como fonte do direito quando comparada com a jurisprudência ou com a lei, mas exerce papel fundamental na construção do direito daquele país, exportando grandes escritos com demasiada influência no mundo.

1.3 COMMON LAW E STARE DECISIS

Stare decisis advém da expressão latina *et non quita movere*, que aponta para o significado: “deixe como está”.

É a teoria que sustenta a força obrigatória do precedente judicial. Considerada o núcleo da *common law*, a doutrina só foi estabelecida em meados do século XIX, quando a hierarquia dos tribunais se estabeleceu na Inglaterra. (SAHA, 2010, p. 107).³

“O conceito de *stare decisis* como regra juridicamente vinculativa pertence aos

³ “The doctrine of precedente only became established in the middle of the 19th century, when the settled hierarchy of courts was established in England coupled with accurate law reporting. (...) The doctrine is the core of common law.”

tempos modernos” (BRAND, 2012, p. 218).⁴ Uma das primeiras declarações dessa lógica da obrigatoriedade do precedente judicial na Inglaterra é apontada na *Mirehouse v. Rennell*, em 1883:

Nosso common law consiste na aplicação de novas combinações de circunstâncias essas regras de direito que derivam de princípios jurídicos e precedente judicial; e por uma questão de uniformizar, a coerência e a certeza, devemos aplicar essas regras, quando não estejam claramente razoável e inconveniente, a todos os casos que surgem; e nós não temos a liberdade para rejeitá-los, e abandonar tudo analogia com eles, naqueles em que não tenham sido judicialmente aplicada, porque pensamos que as regras não são tão conveniente e razoável como nós mesmos poderia ter concebido.⁵

Segundo Toni Fine, a doutrina do *stare decisis* consiste na “tendência de uma Corte de seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares”, sendo, ainda para o autor, algo complexo, em que é melhor pensá-la como uma arte que como uma ciência. (FINE, 2011, p. 76).

Nesse sentido, “o fundamento dessa teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os julgados já proferidos em situações análogas”. (TUCCI, 2004, p. 12).

É a doutrina que exige com que os precedentes dados pelos tribunais sejam seguidos, que os tornou coercitivos.

Desenvolvido modernamente, não se pode, nos dias atuais, determinar a *common law* distante dessa doutrina, embora não possam, em nenhuma hipótese, ser confundidas. A *common law*, como demonstrado, perdurou séculos sem o *stare decisis*. A teoria do precedente funcionou na *common law* sem grandes problemas, e viu florescer, apenas nos tempos modernos, a doutrina do *stare decisis*.

2. PRECEDENTE JUDICIAL: FORÇA E EFICÁCIA

Podemos dividir o precedente judicial como sendo dotado de força obrigatória ou persuasiva e identificar a sua eficácia vertical e horizontal.

Após explanação do desenvolvimento e atuação da *common law*, bem como do *stare decisis*, afirma-se, desde logo, que nessa tradição jurídica os precedentes têm força obrigatória, diferentemente da *civil law*.

⁴ “The concept of *stare decisis* as a legally binding rule belongs to modern time”.

⁵ Our common-law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised. (*Mirehouse v. Rennel* [1833]).

No entanto, a obrigatoriedade do precedente judicial não existiu desde sempre na *common law*. Esta tradição caracterizou-se por ser um direito, desde seus primórdios, eminentemente jurisprudencial, como estudado. No entanto, as decisões proferidas pelos juízes não tinham a obrigatoriedade de serem seguidas, embora sempre se tenham demonstrado preocupação com a coerência do direito e em conhecer decisões passadas.

Lembremo-nos dos *Law Reports*, que surgiram no século XVI para substituir o *Year Book*.⁶ Aqueles seguiram de certa forma na mesma linha desses últimos. Representavam compilações de julgamentos com a intenção de organizar as decisões judiciais que ainda eram desordenadas, a fim de permitir que aqueles que atuavam diante do tribunal, e os jurisdicionados também, pudessem conhecer do direito precedente.

Nesse período, o precedente não detinha força obrigatória na Inglaterra. Tomemos por exemplo a afirmação do Lord Mansfield, das muitas no mesmo sentido que proferiu, de que “o direito inglês seria uma ciência muito estranha se fosse decidido apenas com precedentes”.⁷

Desse modo, observa-se que nesse momento histórico o precedente judicial tinha vinculação persuasiva, pois os juízes recorriam mais aos princípios da razão para resolver um conflito, não sendo compelidos, de nenhum modo, a seguir uma decisão anteriormente dada.

Sendo assim, essa forma de operar evidenciou a imprevisibilidade do direito, de modo que “recorrendo a princípios ao invés de precedentes, o resultado do processo judicial poderia ser muitas vezes difícil de prever.”⁸ (SWAIN, 2015, p. 241).

Foi somente no século XIX que na Inglaterra foi conferido força obrigatória ao precedente judicial. Tem-se a decisão do Lord Campbeel, no *Beamish v. Beamish*, em 1861, como marco para esse feito, quando afirmou ser o direito estabelecido na *ratio decidendi*

claramente vinculante a todas as cortes inferiores e a todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os Law Lords, a House of Lords se arrogaria a poder alterar o direito e legisferar com autônoma autoridade.⁹

⁶ Eram seleções de julgamentos com o intuito de guiar e auxiliar a atividade jurídica nos tribunais, tanto para os advogados, quanto para os juízes. Era uma forma de construir uma memória judicial mediante seleções de decisões judiciais. Nota-se, a necessidade de conhecer das decisões anteriores demonstra preocupação que havia, ainda no século XIII, de julgamentos contraditórios.

⁷ Jones v. Randall (1774). “(...) yet it may be decided to be so upon principles; and the law of England would be a strange science indeed if it were decided on precedents only.”

⁸ “(...) resorting to principle rather the precedent, the outcome of litigation could sometimes be hard to predict.”

⁹ Beamish v. Beamish (1859-61). IX H.L.C., 339. “But it is my duty to say that your Lordships are bound by this decision as much as if it had been pronounced nemine dissentiente, and that the rule of law which your Lordships lay down as the ground of your judgment, sitting judicially, as the last and supreme Court of Appeal for this empire, must be taken for law till altered by an Act of Parliament, agreed to by the Commons and the Crown, as well as by your Lordships. The law laid down as your ratio decidendi, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority”.

Lembrando, à época, a Inglaterra sofria forte influência das ideias relativas à Supremacia do Parlamento, de modo que a obrigatoriedade do precedente judicial veio junto à ideia de inadmissibilidade de sua revogação, que passou a ser admitida somente em 1966, como visto.

Entretanto, após o estabelecimento da doutrina do *stare decisis*, o precedente no *common law* tornou-se obrigatório e não persuasivo, de modo a ser

inequívoco, nesse sentido, que nos ordenamentos dominados pelas regras do case law os precedentes judiciais gozam de força vinculante e, portanto, consubstanciam-se na mais importante fonte do direito. (TUCCI, 2004, p. 12).

O precedente dotado apenas de força persuasiva predomina nos sistemas jurídicos da *civil law*, do qual nos ocuparemos mais adiante.

Importante diferença que se pode apontar entre o precedente persuasivo e o obrigatório é quanto a consequência em caso de inobservância, inexistindo, naquele primeiro, qualquer tipo de sanção para o juiz que assim proceder, enquanto que o precedente obrigatório, diante desse caso, acarreta consequências ao juiz.

Ademais, cumpre identificar os precedentes com eficácia vertical e horizontal. O primeiro, vertical, diz respeito a força vinculante do precedente advinda de uma corte superior com relação aos tribunais inferiores. É dizer, o precedente de uma corte superior vincula a atuação judiciária dos demais tribunais. Na eficácia horizontal, o precedente judicial impõe respeito aos juízes de um mesmo tribunal, exige que esses juízes respeitem suas decisões anteriores.

Vale assinalar que a eficácia horizontal decorre da mesma lógica imposta pelo respeito ao precedente vertical: dar coerência ao sistema, assegurar igualdade ao Judiciário e conferir aos jurisdicionados segurança jurídica e previsibilidade. Nesse sentido é que afirma Marinoni:

Ora, seria impossível pensar em coerência da ordem jurídica, em igualdade perante o Judiciário, em segurança jurídica e em previsibilidade caso os órgãos do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, pudessem negar, livremente, as suas próprias decisões. (MARINONI, 2013, p. 117).

Talvez a maior incoerência dos sistemas jurídicos que não aderem ao precedente judicial obrigatório se assente justamente aí, em permitir que um mesmo órgão, às vezes até um mesmo juiz, decida de forma absolutamente diferente da decisão anteriormente proferida em um caso semelhante.

No entanto, na *common law*, como é na Inglaterra e nos Estados Unidos, isso não acontece. A *House of Lords*, bem como a Suprema Corte, respectivamente, vinculam os

tribunais e juízes de grau inferior, enquanto elas também são obrigadas a observar suas decisões, bem como os tribunais inferiores devem respeitar suas decisões passadas.

Vale lembrar que essa vinculação não é absoluta, como foi, até 1966 na House of Lords. As cortes e os tribunais, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, podem revogar suas decisões, praticar o *overruling*, mediante questões assinaladas anteriormente no trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível compreender o contexto em que surgiu o *common law* e no qual se desenvolveu o precedente judicial para melhor poder delinear seu significado e alcance .

O *common law*, como visto, serviu para unificar o direito, na tentativa de ser um direito comum a toda Inglaterra, se opondo aos costumes locais de cada tribo que guiavam, até então, a vida dos povos. Frisa-se que surgiu num contexto histórico feudalista, porém, distinto dos vistos na França e em outros países, por ser fortemente centralizador.

No mais, o Direito no *common law* nasceu das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, que acabou por então substituir o direito costumeiro e particular de cada tribo primitiva pelo direito comum.

No *common law* vê-se, quanto às fontes, maior variedade e, naturalmente, diferentemente do *civil law*, o diferente papel exercido pela lei. Não corresponde como principal fonte do direito.

Passando por diversas fases e evoluindo de muitas maneiras – inclusive passando também pelo movimento de “supremacia do Parlamento” - as fontes do direito no *common law* se transmutaram no tempo. Num primeiro momento, eminentemente jurisprudencial. O direito era extraído das decisões dos juízes e a lei tinha papel complementar, ocupando posição secundária como fonte do direito.

No entanto, nos últimos tempos, principalmente na Inglaterra, a quantidade de legislação aumentou significativamente.

Atualmente, pode-se dizer que ambos assumem papel fundamental na formação do direito. E ao lado delas, vê-se as fontes secundárias, como o costume, a razão e, para alguns, a doutrina.

De suma importância, no *common law*, vem a ser o *stare decisis*, que é a teoria que concede força obrigatória ao precedente judicial. Configura a tendência que as Cortes têm de seguir a corrente adotada por Cortes anteriormente em questões semelhantes, configurando um dever funcional de seguir nos casos futuros em situações análogas.

Desse modo, a partir do *stare decisis*, depreende a força obrigatória dos precedentes judiciais no *comon law*. Mas não foi sempre assim. Antes da doutrina do *stare decisis*, é dizer, antes do século XIX, não havia obrigatoriedade de observância dos precedentes. Foi somente após o estabelecimento da doutrina do *stare decisis* que, então, o precedente judicial passou a tser dotado de força obrigatória.

Por fim, enaltece-se a importância de compreender a origem da teoria do precedente judicial não para transpormos a mesma à outra cultura, mas que a partir das diferenças históricas, sociais e culturais bem compreendida, seja possível buscar nossas próprias possibilidades.

REFERÊNCIAS

BRAND, Paul. *Judges and Judging: in the history of the common law and civil law*. New York: Cambridge University Press, 2012.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 1961.

DAVID, René. *O Direito Inglês*. 1a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FINE, Toni. *Introdução ao Sitema Jurídico Anglo-Americano*. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LÉVY-BRUHL. *Sociologia do Direito*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAHA, Tushar Kanti. *Texbookok on Legal Mehods, Legal Sustems & Research*. New Delhi: Universal Law Publishing, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SWAIN, Warren. *The Law of Contract 1670–1870*. New York, Cambridge University Press, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DA (IN)DISPENSABILIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA COMO PRESSUPOSTO PARA ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RELACIONADA ÀS QUESTÕES FÁTICAS

Cássia Fernanda da Silva BERNARDINO¹

RESUMO

O presente trabalho pretende, diante dos problemas relacionados a falta de efetividade da prestação jurisdicional, refletir sobre os problemas do judiciário na seara do processo civil, contribuir para a alteração da realidade com medidas adequadas em busca da celeridade e efetividade dos direitos dos cidadãos, esclarecer se o nosso ordenamento jurídico permite ajuste na legislação com a observância de uma condição específica nos casos fáticos para a análise do mérito. Aplica o método hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica e explicativa. A problemática quanto a possibilidade de introduzir em nosso ordenamento jurídico medida na esfera do processo civil com o intuito de acelerar o trâmite das demandas e assegurar uma prestação jurisdicional efetiva. Consta na pesquisa ser legítimo, relevante e oportuno como medida de resolução do problema elencado, o acréscimo do parágrafo 1º ao artigo 320 do CPC com a seguinte redação “nas ações que demandam instrução probatória relacionadas às questões de fato, é indispensável a apresentação da sentença proferida na ação de produção antecipada da prova”, como um pressuposto de admissibilidade das demandas fáticas. Essa alteração não acarreta qualquer prejuízo às partes e à sociedade, pelo contrário é importante no contexto contemporâneo do judiciário brasileiro, na efetivação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade; Processo; Prova; Ação

ABSTRACT

The present work intends, in view of the problems related to the lack of effectiveness of the judicial service, to reflect on the problems of the judiciary in the civil process, to contribute to the change of reality with adequate measures in search of speed and effectiveness of citizens' rights, clarify If our legal system permits adjustment in the legislation with the observance of a specific condition in the cases phatic for the analysis of the merit. Applies the hypothetical-deductive method with bibliographic and explanatory research. The problematic of the possibility of introducing into our legal system measures in the sphere of civil procedure with the purpose of speeding up the processing of claims and ensuring effective jurisdictional performance. It states that in the investigation it is legitimate, relevant and timely as a means of resolving the problem listed, the addition of paragraph 1 to article 320 of the CPC with the following wording "in actions that require evidentiary instruction related to matters of fact, it is indispensable to present the sentence Pronounced in the action of anticipated production of the proof ", as a presumption of the admissibility of the factual claims. This change does not cause any damage to the parties and to society, on the contrary it is important in the contemporary context of the Brazilian judiciary, in the realization of fundamental rights.

KEY-WORDS: Effectiveness; Process; Proof; Action

¹ Mestre em Direito pela UNIVEM de Marília. Especialista em Direito Processual Civil pelo Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, atual UENP. Advogada. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o direito fundamental do acesso à justiça, mas de uma forma adequada e célere, propondo mudança do paradigma referente aos pressupostos processuais aventando a importância e utilização da produção antecipada de provas no processo civil brasileiro, cujo tema está tipificado no artigo 381 do Novo Código de Processo Civil.

Um dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal e no Código de Processo Civil é o de ter uma prestação jurisdicional de mérito adequada em prazo razoável. O que se vê na realidade são demandas que se perpetuam no tempo, por causa da administração da justiça ineficiente, nomeação de juízes em número insuficiente, grande volume de processos pendentes, falta de investimentos, dentre outros fatores. Nas questões fáticas observa-se a morosidade para se alcançar a fase probatória e a realização da audiência de instrução e julgamento, acarretando o prejuízo das partes e conseqüentemente de toda a sociedade. Todos esses aspectos fomentam a sensação de insegurança aos cidadãos e descrença no judiciário.

Diante dos problemas mencionados buscou-se nesta pesquisa apontar soluções quanto as seguintes questões: Há a possibilidade de introduzir em nosso ordenamento jurídico alguma medida na seara do processo civil com o intuito de acelerar o trâmite das demandas e assegurar uma prestação jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada observando os direitos das partes? Quanto a teoria do direito processual civil poderíamos encontrar alguma viabilidade em alterar a legislação sem contrariar os direitos fundamentais, dentre eles o acesso à justiça?

O objetivo é refletir sobre os problemas atuais do judiciário na área do processo civil e contribuir para a alteração da realidade com medidas adequadas em busca da celeridade e efetividade dos direitos dos cidadãos. Pretende ainda, esclarecer se o nosso ordenamento jurídico permite ajuste na legislação com a observância de uma condição específica nos casos fáticos para a análise do mérito. Investigar se essa mudança de paradigma não prejudica o acesso à justiça e a inobservância do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou pelo contrário, revelaria um panorama favorável para a entrega de uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

A importância do trabalho é evidenciada porquanto trata de temas relevantes na teoria geral do processo civil: procedimento; pressuposto de admissibilidade; provas; celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, na esfera do acesso à justiça e demais direitos fundamentais. Encontrar meios para diminuir o número elevado e a lentidão dos

processos, principalmente nos relacionados às questões fáticas, uma vez que as questões de direito podem ser resolvidas por intermédio do julgamento antecipado da lide, é matéria imperiosa para uma melhor administração da Justiça. Apropriada inovação do CPC atual é a possibilidade da produção antecipada da prova, não se exigindo o caráter de urgência. Todavia, a ação da produção antecipada da prova é uma opção facultativa, o que aparenta, em tese, não contribuir para a redução das demandas. Para a pesquisa o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois no princípio houve a investigação com o levantamento dos dados e após a sua análise e conclusão. O meio foi a pesquisa bibliográfica e a pesquisa explicativa, utilizando diversas obras de grandes doutrinadores, em especial processualistas de renome nacional com relação ao tema desenvolvido.

O artigo estrutura-se em três capítulos, apresentando-se no primeiro a base teórica dos pressupostos processuais e suas características, bem como a mudança de paradigma em relação às condições da ação para a partir dessa nova perspectiva se atentar sobre a circunstância da existência de um sustentáculo jurídico para uma alteração legislativa com a inclusão de um pressuposto ou condição. Caracteriza-se o segundo pela apresentação da prova, sua base teórica e direitos decorrentes, além de aludir as diferenças entre questões de fato e questões de direito. E por fim, no terceiro e último capítulo desenvolve o estudo de mecanismos jurídicos pertinentes para a resolução dos problemas no judiciário brasileiro. Apresenta algumas peculiaridades do *Discovery Stage* do processo civil norte americano e as compara com o processo brasileiro desvendando a possibilidade de adoção do instituto em nosso ordenamento. Analisa ainda a previsão legislativa da produção antecipada da prova no novo CPC, ação considerada fundamental para a proposta do trabalho, e consequente resolução da problemática acima elencada.

DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E “CONDIÇÕES DA AÇÃO”: MUDANÇA DE PARADIGMA

Ao analisar o processo como um fim em si mesmo, escolas tradicionais utilizam termos equivocados como “verdade formal” e “verdade real” como se tratassem de esferas diferentes. Valem-se da premissa de que “o que está nos autos, está no mundo” importando-se com as formalidades processuais e não com o mundo fora do processo – isso revela que há dificuldades de vislumbrar as pessoas: o homem, a mulher e a criança, que tem como última alternativa buscar no judiciário a proteção do seu direito com a concessão de uma prestação jurisdicional qualificada, no sentido de que a decisão do magistrado seja adequada, efetiva e tempestiva.

Nesse contexto a ciência jurídica converge no estudo do ser humano como ser único, com características próprias, com distintas formas de pensar, de proceder, portanto o método de concessão da tutela jurisdicional não deve ser indiferente, mecânica, contingente ou tardia. Inúmeros casos de jurisdicionados na ânsia da resolução dos conflitos buscam incessantemente a “porta do fórum”, mas se deparam com um acesso à justiça fragilizado e ineficaz (vide Juizados especiais), que na verdade desrespeita o ideal previsto na Constituição Federal de que todos os brasileiros têm direitos fundamentais, assim como o acesso à justiça. Um judiciário que observa os direitos fundamentais na prestação jurisdicional é raridade em nosso país marcado por decisões díspares, morosas e ineficazes.

Antes de apontarmos qual alteração pode ser realizada e se a mesma pode ser eficaz para impedir os desacertos da prestação jurisdicional, importa neste momento verificar a teoria geral do processo, com o intuito de entender a dinâmica dos pressupostos processuais e as condições da ação e, se realmente há uma mudança de paradigma com a vigência do novo Código.

Pressupostos Processuais

Oskar Von Bülow lançou sua teoria em 1868, com a obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”. De acordo com sua doutrina as partes e o juiz formam uma relação jurídica processual diferente do direito material. Foi dele a constatação de que essa relação é sistemática e que o liame existente faz com que as partes e o juiz têm faculdades, direitos, mas também deveres e ônus independentes do direito material (BEDAQUE,1991). Ambos sujeitos do processo estão num sistema de cooperação, o que se constatou muito antes do CPC de 2015 a importância da aplicação do princípio da cooperação. Ressaltou ainda Bülow que a relação jurídica processual tem três aspectos que a distingue da relação de direito substancial: os sujeitos (autor, réu, Estado-juiz), o objeto (prestação jurisdicional), e os pressupostos processuais (PEDRA, 2010). Afirma Bulow que ao analisar a demanda, não é possível verificar quem tem direito, quem tem a razão, mas antes deve-se observar se estão presentes as condições necessárias preexistentes para então prosseguir o trâmite (ou até existir na visão do autor) do processo. Diz ainda ser proveniente do direito romano o procedimento *in judicio* (análise realizada anteriormente ao pleito) e *ad constituendum judicium (judicial)*.

Convém explicar que para Bulow só poderia existir relação jurídica se os pressupostos estivessem existentes (MARINONI, 2008). Caso contrário a relação jurídica seria inexistente, não sendo possível validar qualquer ato. Já para Chiovenda, não é possível

existir relação jurídica se faltar o pressuposto da existência de um órgão jurisdicional, mas na falta dos demais pressupostos o juiz não se pronunciará sobre o mérito, mas tem obrigação de motivar o porquê não o fez (IDEM). Considerado nos dias de hoje um dever do órgão jurisdicional em um estado democrático de direito a obrigatoriedade da fundamentação, motivação das decisões judiciais. Assim, Chiovenda (2012, *apud* BATISTA) identifica os pressupostos como requisitos de admissibilidade da resolução do mérito, ou seja, para se alcançar o mérito o magistrado observa a existência dos requisitos indispensáveis para a procedência ou improcedência do pedido.

Alguns autores italianos, como Michele Fornaciari (*apud* BEDAQUE, 2007, p. 182) afirmam que seria preferível a expressão “pressupostos da sentença de mérito”. Observa-se na Itália, como já se vê na Alemanha, a tendência em estabelecer a terminologia requisitos abarcando não só os pressupostos, mas também as condições da ação. Há muita dificuldade em trazer a verdadeira definição terminológica de “pressuposto” na doutrina processual, pois surge a seguinte questão: Pressuposto seria aquilo que se considera como antecedente, necessário de outra? Um processo para ser analisado não precisa antes existir? Como aplicar a terminologia “pressuposto” quando descobre a ausência já na fase decisória ou recursal?

Para Didier (2015, v.1) a terminologia “pressupostos processuais” deveria ser utilizada somente quando disser a respeito dos pressupostos de existência, já com relação as validades o termo mais adequado seria “requisitos de validade”. Por todos esses questionamentos e por ser utilizada pela doutrina, na lei (inciso IV do art. 485 do novo CPC) e jurisprudência, Batista (2012) afirma ser necessário o entendimento da expressão pressupostos processuais, “com o sentido a ela dado por Fornaciari e Bedaque, para indicar o gênero do qual são espécies os pressupostos de constituição e os de desenvolvimento válido e regular do processo”.

Inúmeras são as classificações dos pressupostos processuais, *lato sensu*, como o de Lacerda, (1985, p. 60-61) que os divide em pressupostos subjetivos: que inclui a competência e a imparcialidade do juiz, bem como a capacidade das partes; e pressupostos objetivos divididos em extrínsecos à relação processual e intrínsecos que dizem respeito à subordinação do procedimento às normas legais. Fredie Didier (2015, v.1) apresenta a classificação dos pressupostos processuais que se dividem em: pressupostos de existência e requisitos de validade. Dentre os pressupostos de existência temos os subjetivos: juiz (órgão investido de jurisdição) e a parte (capacidade de ser parte) e os objetivos: existência de demanda. Os requisitos de validade se dividem em subjetivos: juiz (competência e legitimidade) e partes (capacidade processual, capacidade postulatória e legitimidade *ad causam*); e objetivos:

intrínsecos (respeito ao formalismo processual) e extrínsecos: negativos (inexistência de perempção, litispendência, coisa julgada ou convenção de arbitragem) e positivo (interesse de agir).

O Código de Processo Civil atual (BRASIL, 2015) estabelece no inciso IV do artigo 485 que “o juiz não resolverá o mérito quando: IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

Adotando o posicionamento de Didier convém analisarmos neste momento com maior atenção o Pressuposto processual intrínseco que diz respeito ao formalismo processual. O trabalho aqui desenvolvido tem por objetivo analisar a possibilidade da exigência da prova antecipada para a análise do mérito, portanto é importante neste contexto verificar se esse requisito se enquadra na classificação apresentada pelo autor acima denominado. O pressuposto em análise é um requisito de validade objetivo intrínseco e tem como característica "não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais...." (OLIVEIRA, *apud* DIDIER, .v.1, p. 339).

Quando a lei estabelece a exigência para a análise do mérito de um documento, de uma prova, ou de uma determinada formalidade o que se busca demonstrar é ao menos o indício da veracidade dos fatos alegados na inicial. O judiciário não deve se dispor apenas como um órgão administrativo ou consultivo, mas sim um poder em onde as partes têm interesse e efetivamente pretendem receber uma prestação jurisdicional. Interessante citar a exigência de início de prova material prevista na legislação previdenciária, cito art. 55 da lei 8.213/1991. Havia muita discordância na jurisprudência se a decisão, quando inexistente a prova pretendida, teria caráter de mérito ou não, ou seja, o processo seria extinto com ou sem resolução do mérito.

O STJ em Recurso Especial nº 1.352.721 - SP (2012/0234217-1) proferiu decisão no julgamento de casos repetitivos com a determinação de que a exigência e, conseqüentemente a sua inobservância, não condiz com a possibilidade de análise do mérito porque na realidade se trata, na fala de Didier, de um requisito processual objetivo intrínseco (pressuposto processual). As regras analisadas no julgado foram as do Código antigo, mas os princípios e os pressupostos são aplicáveis nas demandas atuais, portanto, mesmo na hipótese em que o magistrado admita a inicial, ouça testemunhas, determine a perícia, com nítido prejuízo da efetividade e economia processual, ao proferir a sentença não cabe a análise do mérito.

Essa decisão não causa prejuízo a qualquer das partes, uma vez que o autor ele poderá caso obtenha novas provas recorrer ao judiciário, e ao réu que não sairá vencido com

uma decisão *contra legem*. O que se espera de uma decisão judicial é que a mesma seja justa, e como já se afirmou anteriormente, justa no sentido de se aproximar o mais perto do possível da verdade.

Quando inexistente um requisito para a análise das provas, a apreciação das mesmas é indevida não se permitindo ao magistrado formar qualquer convicção a respeito das mesmas. A decisão é justa porque dá a oportunidade para a parte comprovar seu fundamento em outra ocasião, desde que preenchido do requisito exigido.

Das “Condições da Ação”

Criada por Liebman, a teoria eclética prevê as condições da ação para a análise do mérito determinando a existência de três condições: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade (NEVES, 2016, p. 43). O CPC de 1973 previa essas três condições, inclusive com a utilização da terminologia “condições da ação”, mas o novo Código de Processo Civil, assim como reformulação realizada por Liebman apresenta em seu artigo 17 a exigência de que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade, bem como omitiu ser esses dois institutos as “condições da ação”.

Diante dessa alteração e também diante da divergência doutrinária existente há anos, como a de Ovídio Baptista de que na realidade quando se analisa as condições da ação, estaríamos em algumas hipóteses frente a uma questão de mérito e não de uma preliminar, pergunta-se: Não existe mais as “condições da ação” como instituto processual autônomo? Para alguns, como Nunes (2016), as condições não foram abolidas fundamentando seu posicionamento que o novo Código prevê como causa de extinção de mérito a sentença que reconhece a falta de legitimidade e/ou interesse processual. Diz ainda ser condizente na questão da ação rescisória com hipótese prevista no Art. 966 § 2o “Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da demanda” (BRASIL, 2015).

Câmara (*apud* CUNHA, 2017) entende que o novo CPC embora não faça uso da expressão “condições da ação”, nem do termo “carência de ação”, diz que a categoria “condições da ação” não foi abolida ou incorporada pelos pressupostos processuais por ser o instituto ação e o instituto processo diferentes, tendo os mesmos as suas peculiaridades. O posicionamento de Fredie Didier (2014) é contrário porque para o autor o novo CPC incluiu as “condições da ação” como mérito ou pressupostos processuais, no sentido lato, como explanado no item anterior, abarcando também os requisitos de admissibilidade. Para ele não há mais fundamento o uso pela ciência processual do termo “condição”.

Para Didier (2015, v.1, p. 306) sob o ponto de um novo paradigma teórico a “legitimidade e o interesse constam da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: **o interesse**, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; **a legitimidade**, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes”. Critica o pensamento de Liebman que procura separar a análise da legitimidade ad causam (ordinária, sendo aquele que defende em juízo interesse próprio) da análise do mérito. Para o autor, assim como para Marinoni, não se pode fazer distinção porque quando se chega à conclusão de que o réu, por exemplo não é o devedor, ou o autor não é o credor estamos diante na verdade do julgamento da lide, do julgamento do pedido e a sentença deverá ser de resolução do mérito (DIDIER, 2015, v.1).

Acertada posição porque não se poderia acolher nova demanda contra o mesmo réu ou ator, cuja ilegitimidade fora declarada anteriormente. É mérito porque faz coisa julgada material.

Importante interpretar a previsão o inciso IV do artigo 485 que preconiza a ilegitimidade como caso de extinção do processo sem resolução do mérito, se trata apenas da legitimidade extraordinária (pressuposto processual), qual seja, o poder conferido de conduzir o processo que versa sobre o direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo (IDEM).

Cunha (2017) também diz entender por não existir mais no projeto do novo CPC os termos “condições da ação” ou “carência de ação”, é possível afirmar a ausência das condições da ação como instituto autônomo de Direito Processual, o que de fato aconteceu com a promulgação da lei 13.105/2015. Com muita ponderação declara ser a possibilidade jurídica do pedido uma questão de mérito, e divide a legitimação ordinária como matéria de mérito e a extraordinária como questão de admissibilidade do processo, assim como o interesse de agir. Para Fonseca Filho (2015) o novo CPC incluiu as condições da ação em pressupostos processuais e como questão de mérito.

Em suma, a possibilidade jurídica do pedido cuja natureza não se trata de uma das condições da ação e não tem mais divergência na doutrina, se trata de mérito. Já com relação ao interesse de agir e legitimidade de causa temos divergências, sendo alguns favoráveis à manutenção do instituto e outros, mais acertadamente são desfavoráveis entendendo de que a exigência das condições da ação não é mais um instituto autônomo de direito processual, mas sim pressupostos, no sentido lato, quando são analisados os requisitos de admissibilidade do processo o interesse de agir e a legitimidade extraordinária, todavia, a legitimidade ordinária se trata de mérito devendo, caso inexistir, o pedido deve ser julgado improcedente nos termos do inciso I do art. 487 do CPC.

Após a discussão a respeito dos pressupostos e das condições da ação é importante ajustar o estudo desse trabalho com relação a possibilidade da inclusão da exigência da antecipação da prova para análise das questões fáticas como um verdadeiro pressuposto processual, e não como uma das condições da ação, e enfim impõe uma análise pelo magistrado ao exercer o juízo de admissibilidade do processo principal.

DAS PROVAS – QUESTÕES FÁTICAS

O termo prova é “derivado do latim *probatio* que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que se deriva do verbo – *probare* – significando provar, ensaiar, verificar...” (NUNES, 2016). De modo singelo, quando se fala em provas no processo civil, pensa-se no direito fundamental que a parte tem em demonstrar a verdade dos fatos e demonstrar para o juiz que o ordenamento jurídico protege esse direito em relação ao demandado. Da mesma forma o demandado tem o direito de provar a verdade dos fatos e demonstrar ao magistrado que a razão deve ser dada a ele e não à alegação do demandante.

Esse direito fundamental está previsto em tratados internacionais integrados ao direito brasileiro como o Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/69 em seu art. 8º.), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos (Decreto 592/92 no seu art. 14.1, alínea “e”. (DIDIER, 2015, v.2, p. 41). Temos também no art. 5º da CF, após a emenda 45/2004 que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais (BRASIL, 2004).

O direito fundamental à prova está intimamente ligado ao direito ao contraditório, sendo esse direito e o da ampla defesa previstos no artigo 5º da Carta Magna (BRASIL, 1988). O exercício do contraditório é pressuposto para se considerar a validade da prova, portanto caso uma prova seja produzida por uma das partes sem a manifestação sobre a mesma pela outra, temos uma nulidade. Semelhante é a hipótese do juiz determinar de ofício a realização de uma inspeção judicial e não dar oportunidade para as partes se manifestarem, esta prova estará maculada. Assim, pode-se afirmar que "não é possível o exercício da ampla defesa sem o concurso do direito fundamental à prova" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 869).

Muito se discute se a prova busca a verdade. E qual seria essa verdade? A verdade dos autos, denominado por muitos como verdade formal, ou a chamada verdade real? De fato, a verdade no processo civil é uma só. Afirmar que o litígio judicial tem como meta a chamada

verdade real, verdade absoluta é uma utopia. “O que se busca é a verdade como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana” (OLIVEIRA, *apud* DIDIER, 2015, v.2, p.47). Quando se fala em verdade real, absoluta, se trata do campo valorativo, filosófico e religioso. O que se tem em mente ao avaliarmos a verdade dos fatos é determinar se as alegações são condizentes com a situação ora analisada. É um exame, um raciocínio lógico, uma busca da “verdade possível” que poderá realizar a justiça com a decisão.

Verifica-se no novo Código em seu artigo 369 que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015). Assim, as partes do processo têm a sua disposição todos os meios de provas típicos, ou seja, previstos em leis, bem como os atípicos, desde que sejam moralmente legítimos, com exceção das provas das provas ilícitas. O art. 5º. LVI da Constituição Federal veda a produção da prova obtida de forma ilícita. Esta é uma das regras fundamentais que consubstanciam o devido processo legal. O conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que contraria qualquer norma do ordenamento jurídico (DIDIER, 2015, v.2).

Ao analisar a prova o juiz, de acordo com o CPC atual, não é totalmente livre porque seu convencimento deve ser racionalmente motivado (IDEM). Caso não tenha essa motivação ou fundamentação a sentença será anulada. Quando o acórdão ateve-se apenas a ratificar a sentença e o parecer sem observar os argumentos previstos no recurso se trata de uma ilegalidade porque a “transcrição de sentenças e pareceres como modo de fundamentar acórdãos não satisfaz a garantia constitucional de obter a revisão de um julgado através do exame analítico do caso” (CABEDA, 2013). Interessante citar neste momento abra prima do artigo 489 Parágrafo 1º. E incisos do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Portanto, o juiz está limitado a decretar sua decisão tendo por base diretrizes contemporâneas ao processo civil constitucional, quais sejam: observação do princípio ao

contraditório, oportunizando às partes momento para se manifestarem; e levar em conta no seu pronunciamento, o que efetivamente estiver nos autos e, não partir de “pressupostos” ou “preconceitos” com formação ideológica. O seu pronunciamento deve ser racional, não retórico, mas analítico e argumentativo. Não deve basear sua decisão por solidariedade ou por piedade, mas com base nas provas dos autos.

A motivação deve ser controlável, já que nosso ordenamento foi alterado trazendo as hipóteses dos chamados precedentes. Assim, o magistrado deve estar ciente de que sua decisão e fundamentação pode ir além do processo analisado, mas atingir toda a sociedade, como por exemplo na análise dos recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas (DIDIER, v.2, 2015).

Posição de parte da doutrina, entende ser o juiz o destinatário da prova pois sua produção faz parte do interesse do Estado no exercício da jurisdição. Isto posto, as partes realizam toda instrução com a finalidade de convencer o juiz, porquanto o seu convencimento acarreta o provimento do pleito. O Enunciado número 50 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis do Grupo Direito Probatório referente aos artigos 369 e 370, caput do CPC preceitua que “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

Neste contexto, a doutrina mudou seu entendimento proclamando neste momento que a parte tem direito à prova, que tem interesse na produção da prova e é destinatária da prova e, não só o magistrado. Consentâneos autores como Didier e Yarshell entendem ser as partes também destinatárias das provas e ainda mais destinatárias de forma direta (DIDIER, v.2, 2015). Pode-se afirmar destarte, que a competência do juiz para analisar e proferir uma decisão sobre o conteúdo de uma prova que baseou seu pronunciamento se exaure com a proposição do recurso, e com o possível efeito substitutivo do acórdão, ou seja, a sentença pode ser alterada, mas as provas permanecem nos autos. O processo também tem um começo, um desenvolvimento e um final, mas as provas podem ser utilizadas, inclusive, em outro processo como é o caso da prova emprestada, instituto reconhecido pelo nosso ordenamento processual no art. 372 do Código de Processo Civil: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (BRASIL, 2015).

Em suma, após a fase probatória, as partes podem de alguma forma, e independentemente da atuação do magistrado, buscar a autocomposição e até mesmo evitar a judicialização de um conflito (DIDIER, v.2, 2015). A percepção da importância da prova

fundamenta este trabalho, uma vez que a frase acima é de tamanha lucidez no contexto atual do judiciário, que tem como objetivo a resolução dos conflitos e conseqüentemente a concessão de uma prestação jurisdicional efetiva. Para continuar a análise é imprescindível entender o que vem a ser “questões de direito” e “questões de fato”.

A sociedade em um estado democrático de direito, tem uma série de normas que regulam o convívio entre as relações entre as pessoas, as pessoas e o Estado e demais normas necessárias para a convalidação de determinados atos. O poder para a elaboração das mesmas, é concedido aos legisladores, representantes do povo escolhidos pelo voto popular. Assim, caso alguém se veja de alguma forma impedido de exercer um direito, ou lesado pela prática de um ato ilícito, ou por qualquer motivação plausível, há a necessidade de se buscar em outro poder, qual seja no judiciário a restauração ou a reparação do direito lesado. O cidadão ao adentrar com uma ação apresenta os fatos que fundamentam seu direito para comprovar sua pretensão, e aquele que está sendo demandado, pelo princípio do contraditório, e pela ampla defesa apresenta a sua impugnação podendo ainda alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Se por exemplo num acidente de trânsito “A” alega que teve seu carro abalroado pelo carro de B, porque este não observou o semáforo que estava com o sinal vermelho para o mesmo, se trata de uma questão fática devendo ser provada mediante uma perícia, apresentação das imagens das câmeras e testemunhas. Essas são as *questões fáticas*.

As questões exclusivas de direito também podem fundamentar as pretensões, por exemplo, caso um consumidor tenha seu direito lesado, por uma determinada instituição financeira por aplicar uma taxa de juros diferente àquela determinada por lei, no seu contrato de mútuo, pode ser considerada uma questão de direito porque nesta hipótese o que se pretende é a determinação judicial de exibição do documento. Para a professora Teresa Wambier (2009) existem questões predominantemente de fato e predominantemente de direito, pois, “o fenômeno jurídico é de fato e é de direito, mas o problema (= a questão) pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico”.

Continua afirmando que, “embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de fato e de norma, o aspecto problemático desse fenômeno pode estar lá ou cá. E então se dirá que a questão é de fato ou de direito” (IDEM). Convém explicar que a pretensão do trabalho não é distinguir questões de fato e direito para adentrar com recursos extraordinários, dito Recurso Especial para o STJ e nem Recurso Extraordinário para o STF. A finalidade é entender se as chamadas questões de direito, na tese que está sendo desenvolvida, se permitirá requerer diretamente com uma ação principal, enquanto que as

questões fáticas há a necessidade de se exigir uma prova em que se tenha dado oportunidade a parte contrária de exercer o contraditório.

Em suma, questões de direito são aquelas em que a análise dos documentos, por exemplo, já é possível de antemão realizar a *subsunção*, qual seja, o raciocínio jurídico que se faz ao aplicar o fato concreto à norma jurídica possibilitando ao intérprete julgar antecipadamente o pedido, já que não é preciso a realização de outra atividade probatória. Enquanto que nas questões fáticas apenas as alegações do autor e a defesa do réu não são suficientes para a formação de critérios suficientes para a sentença do juiz, sendo necessário instrução probatória para a realização de perícia, oitiva de testemunhas, enfim outras espécies de provas. Evidentemente a instrução é necessária, caso tenhamos ponto (s) controvertido (s) porque caso seja a hipótese da aplicação dos efeitos materiais da revelia, com a presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor não há necessidade de se realizar a fase instrutória.

O novo CPC prevê no inciso I do artigo 355 a possibilidade de julgar antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução do mérito quando não houver necessidade de produção de outras provas (BRASIL, 2015). O inciso em questão poderia ser mais efetivo se previsse o julgamento antecipado quando a matéria a ser resolvida for exclusivamente de direito, já que a fase instrutória, ou probatória diz respeito aos “fatos” imperativo de serem provados.

De acordo com Scarpinella (2017) o inciso quando menciona “as outras provas” se trata de provas não documentais, ou outras já produzidas antecipadamente como provas periciais ou atas notariais. Complementa seu entendimento de que o magistrado, caso entenda suficientes as provas produzidas na fase postulatória, poderá adentrar de imediato na fase decisória. Entende-se temerária essa possibilidade, apesar de por muitas vezes o Código admitir a decisão do juiz se este se convencer, porque como já explanado anteriormente, a prova não tem como destinatário somente o juiz, e não poderá o magistrado atuar em desacordo com o princípio da cooperação (art. 6º do CPC) e da boa-fé (art. 5º do CPC) cercear o direito das partes indeferindo provas e depois surpreendê-las com uma decisão “de que a parte não comprovou o direito nos autos” (Art. 9º e 10 do CPC). Caso estivesse sido estabelecido no inciso I de que somente as questões de direito poderão, sem a permissão das partes, julgadas de forma antecipada não seria possível decisões arbitrárias.

Cabe a antecipação se for questão exclusivamente de direito quando o juiz ao interpretar as normas jurídicas objeto da ação, faz-se desnecessária a fase probatória, porque totalmente inadmissível por ausência de *fato probando* (NUNES, 2016).

Convém estabelecer, que mesmo nas hipóteses do juiz entender já estar satisfeito ou

convencido somente com as provas produzidas nos autos, nos casos em que haja outras questões e não sendo as denominadas exclusivamente de direito, caso as partes apresentem requerimento para a produção de outras provas, em razão do risco do cerceamento do direito à prova ou cerceamento do direito de defesa há a necessidade do deferimento e produção das mesmas, e o juiz não deverá julgar antecipadamente o mérito.

Já as *questões fáticas*, no contexto desse trabalho, são aquelas que dependem de outras provas, não só os documentos juntados, com exceção da alegação de uma parte e não contestada por outra, como na hipótese em que não se observou a impugnação específica dos fatos, não sendo um dos casos que a lei prevê como exceção, aplica-se a presunção de veracidade por se tratar de fato incontroverso.

Assenta, diante da exposição do que vem a ser “questões fáticas” pretende-se demonstrar logo mais a possibilidade ou não, de se criar mecanismos para o enfrentamento do grande número de ações litigiosas no judiciário brasileiro e incentivar através da produção antecipada de prova a autocomposição e/ou a desistência daqueles que operam no judiciário de forma temerária.

DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA COMO PRESSUPOSTO PARA A ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RELACIONADA ÀS QUESTÕES FÁTICAS

Alude o derradeiro capítulo sobre a produção antecipada da prova, instituto fundamental para a compreensão deste trabalho, porque a partir do desenvolvimento da inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil em que não há mais a exigência do *periculum in mora* para requerer sua realização, esta monografia vai além, propondo uma alteração da estrutura do processo, com a exigência da produção antecipada para a análise do mérito quando se tratar de questões fáticas. Vislumbrando o direito à prova, e além do mais, direito à ação autônoma de produção de prova, sem a existência do *periculum in mora* em suas teses, Flávio Luiz Yarshell e Daniel Amorim Assumpção Neves influenciaram os legisladores a incluírem no projeto do CPC e melhor ainda, a incluírem na Lei 13.105/2015 tal pretensão. Caro mestre Neves (2016, p. 672) se manifestou em sua tese argumentando a importância da ação autônoma

A ação meramente probatória teria importante papel na otimização das conciliações, considerando-se que, diante de uma definição da situação fática, os sujeitos envolvidos no conflito teriam maiores condições de chegar a uma autocomposição. A indefinição fática muitas vezes impede a realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem.

O trabalho realizado pelo ilustre professor Yarshell em “Antecipação da prova sem o

requisito da urgência e direito autônomo da prova” (2009) elucidou de forma irrepreensível a importância que deve ser dada a prova como um direito, um direito das partes como já mencionado no capítulo anterior. Didier (2015, v.2, p. 137) conceitua a ação de produção antecipada de prova como sendo “a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria”.

O novo código permite a ação de antecipação da prova qualquer que seja a natureza da demanda, podendo ser de cunho contencioso ou de jurisdição voluntária, nos casos em que há a possibilidade de pleitear um direito, como também nas hipóteses em que poderá a vir se defender, ou ainda a quem quer apenas a certificação de um evento, a fim de obter documento judicial (THEODORO JR, 2016, p. 931). O CPC de 1973 já apresentava algumas espécies de ações probatórias, não obstante vejamos quais eram a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia à provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à prova documental; a ação de exibição de documento (que era prevista no rol dos meios de prova e como “ação cautelar” (DIDIER, 2015, v.2, p. 138).

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL) em seu artigo 381 prevê a possibilidade de se adentrar com o pedido da produção antecipada de prova de forma autônoma nas seguintes hipóteses:

- I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
- II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
- III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Frisa-se que essa previsão legal concerne aos pedidos elencados de forma autônoma e não incidente, mas não há qualquer impedimento caso tenha a pretensão de requerer a antecipação incidental, portanto há alguns requisitos diferentes como a questão da competência, do contraditório, do recurso. Deste modo, a espécie objeto do trabalho diz respeito à autônoma e não ao pedido incidental.

Com relação a natureza jurídica do processo autônomo de produção de prova divergem os autores. Talamini (2016) entende que o processo não versa simplesmente sobre jurisdição voluntária, pois há um litígio, em que o magistrado analisa os pressupostos para a antecipação por meio da cognição sumária, mas está limitado por não poder analisar o mérito da questão. Já para Didier (2015, v.2, p.138-139) “o processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária”, pelo fato da desnecessidade de se alegar urgência, e de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da

prova”. Yarshell (2009, p. 330-331) estabelece que a ação confere uma duplicidade peculiar, pois a medida que no processo propriamente dito temos autor e réu, que divergem sobre o direito e consequentemente estão em lados opostos, na produção antecipada da prova a posição não é significativa, pois a produção tem o mesmo peso para ambas, pois a realização da prova vai atingir, para beneficiar ou prejudicar todas as partes. Mas essa prova, já colhida poderá gerar um motivo para autocomposição e até mesmo desvendar fatos antes desconhecidos em que o autor se convença do insucesso do mérito da ação principal, vindo a causar a desistência em pleitear a demanda principal.

Com relação ao procedimento da ação podemos observar os artigos 381 a 384 do novo CPC. Quanto a competência tem cabimento a proposição da ação no juízo do foro onde a prova deva ser produzida ou no foro do domicílio do réu (381 Parágrafo 2º). Critica-se esse dispositivo por permitir a produção da prova no domicílio do réu, porque na verdade o que importa é o foro de onde a prova deva ser produzida, por causa do princípio da economicidade e celeridade, uma vez que se for aforada no domicílio do réu a produção será feita por precatória (NUNES, 2016, p. 673). Importa salientar que essa ação não previne a competência do juízo (381, Parágrafo 3º).

No artigo 381, Parágrafo 4º temos a competência por delegação “O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal”. Previsão constitucional do Art. 109 Parágrafos 3º. e 4º, caso por exemplo um segurado do INSS pretende demandar contra a autarquia previdenciária, se no local onde reside não existe Subseção da Justiça Federal, tem a opção de requerer sua ação em uma comarca, de competência estadual. A competência por delegação é uma das formas de se proporcionar o acesso à justiça a todos os cidadãos, ainda mais na hipótese em que uma das partes pode ser um idoso ou doente.

Tem previsão no parágrafo 1º do artigo 381 a ação de produção antecipada para inventariar e documentar uma universalidade de bens, como por exemplo, uma biblioteca, um rebanho de gado, um espólio, etc. Na petição inicial (art. 382) o jurisdicionado deve apresentar as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. Por tratar de um processo mais simples, convém a parte já na petição apresentar a especificação, ou seja, prova testemunhal, com o rol de testemunhas, pericial já com os quesitos e assistente técnico. Observa-se no parágrafo 1º. do artigo 382 “O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter

contencioso” a necessidade de determinar a citação dos interessados, que deve ter sido indicado pelo autor na inicial, inclusive o dispositivo prevê a possibilidade de se determinar a citação até de ofício.

Entendendo não ser possível essa citação pelo juiz, Daniel Nunes (2016, p. 676 e 677) indica que o magistrado poderá no máximo intimar o réu, mas na condição de terceiro. Após determinar ao autor a emenda da inicial para incluir o terceiro como réu, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo sob o fundamento que sem a presença daquele sujeito, a prova a ser produzida não terá eficácia vinculante ou a terá de forma muito restrita. Ainda no artigo 382 em seu Parágrafo 2o “O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”. Se trata de um limite da cognição do juiz, pois não lhe é permitido se pronunciar sobre a prova ou sua valoração.

Quanto a condenação em honorários de sucumbência se o réu resistir à antecipação da prova, sustentando seu descabimento, e é derrotado, deve responder pelas despesas relativas à desnecessária extensão do procedimento por força dessa alegação infundada. Caso vitorioso, cabe ao autor responder pela sucumbência. Já as despesas da produção probatória, nos termos do art. 82, devem ser arcadas por quem requer a prova (normalmente o autor; excepcionalmente, na hipótese do art. 382, § 3.º, o réu). Caso a parte não tenha condições econômicas deve ser colocado à sua disposição a garantia da assistência judiciária gratuita.

Ao falar das hipóteses de cabimento, o inciso I previsto no artigo 381 antes elencado que diz respeito a produção de prova caso “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, já integrava o rol das possibilidades de requerer a produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 1973. A previsão hoje é de que caso “não seja produzida antecipadamente a prova, a mesma não mais poder se ia produzir. O que se busca é a produção de uma prova que perpetue a memória da coisa” (DIDIER, 2015, v.2, p. 140).

Será admitido o requerimento caso na hipótese *in concreto* exista o requisito *periculum in mora*, ou melhor, há a necessidade da produção antecipada da prova porque caso esta não ocorra há o perigo, o risco, de que os elementos para a averiguação de fatos se percam no curso da demanda. O *periculum in mora* é um dos requisitos para a concessão das chamadas tutelas provisórias de urgência, com previsão no Art. 300 do novo CPC (BRASIL, 2015).

Entretanto, na hipótese do inciso primeiro do art. 381 o deferimento da produção, não tem vínculo com a pretensão propriamente dita, ou seja, o direito material. O perigo de dano não é o de ver o direito, o pedido da demanda principal sucumbir e sim o perigo de não

se conseguir exercer seu direito à prova, isto é, de ver seu direito à prova perecer por causa da demora processual. A título de exemplo, caso um empregado teve ciência de que sua antiga empresa está prestes a fechar as portas, ou seja, está em processo de falência e o seu prédio vai ser demolido e no local vai ser construído um *shopping*. Ciente que exercera uma atividade considerada especial nesse local por causa de agentes insalubres, o cidadão pretende a produção antecipada da prova em vista do *periculum in mora*, porque caso a perícia não seja realizada neste momento, ele não vai ter condições de comprovar sua condição. Por essa razão, no caso elencado premente a proposição da ação sob pena de perder a única prova que lhe restava e, conseqüentemente a perda da chance de trazer aos autos elementos convincentes da sua pretensão.

No caso elencado temos a urgência, mas o novo CPC como já referido anteriormente, congregou a produção antecipada da prova e a ação de justificação. No artigo 381, parágrafo 5º. há a justificação quando “àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

A justificação (que agora faz parte da ação da produção antecipada de prova), “é a coleta e registro de prova testemunhal, seja para servir como simples documento, sem natureza contenciosa, seja para servir de prova em processo regular, até mesmo de natureza administrativa” (DIDIER, 2015, v.2, p. 141). É a situação de um homem que pretende requerer aposentadoria por tempo de contribuição pelo Regime Geral da Previdência Social, mas ainda falta um ano para completar o requisito tempo de contribuição previsto em lei, qual seja 35 anos. Uma parte do tempo trabalhado foi realizado na zona rural, exercendo a atividade lavrador e o cidadão tem conhecimento que a autarquia previdenciária não costuma reconhecer esse tempo de imediato. Possui alguns documentos da época, mas não são suficientes para comprovação de todo o tempo laborado. Ao saber que o endereço das testemunhas do seu tempo de lavoura na Fazenda, o cidadão nesta ocasião mesmo sem preencher os requisitos para a aposentadoria, ou de ter em mãos o indeferimento administrativo para ulteriormente entrar com ação judicial de concessão e afinal ouvir a testemunha, pode fazer o pedido de antecipação/justificação a qualquer tempo. Caso seja acolhido o requerimento da ação, a testemunha será ouvida e *a posteriori* com o preenchimento do requisito de 35 anos o documento judicial tem aptidão de ser aproveitado no processo administrativo. Na eventualidade do órgão administrativo (INSS) mesmo com a comprovação judicial, cujo processo anteriormente participou, indeferir o pedido, o interessado poderá adentrar com Ação para a concessão de aposentadoria por tempo de

contribuição e o juiz ao analisar as provas poderá julgar de forma antecipada o mérito. Evidentemente, há a possibilidade de acordo no início da demanda, se porventura o valor da causa seja inferior ao determinado como competência da Justiça Federal, hipótese em que o órgão tem a disponibilidade de praticar atos de autocomposição.

Enfim, no inciso I há a previsão da produção antecipada da prova, da mesma forma que existia no CPC anterior exigindo como requisito o receio de que a sua produção se torna impossível ou muito difícil a averiguação de certos fatos no curso, ou na pendência da ação. O artigo 381 II fala que caberá a ação caso “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição, ou outro meio adequado de solução de conflito” (BRASIL, 2015).

O novo CPC trouxe essa inovação com a pretensão de incentivar as partes a concretizarem a autocomposição. Ao analisarem a prova já colhida podem desistir do litígio, por vários motivos e realizarem um acordo evitando uma demanda demorada e desnecessária. No inciso III o novo CPC fala na viabilidade de que o “prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (BRASIL, 2015). Da mesma forma este inciso prevê a possibilidade de se evitar um litígio judicial, em contrapartida pode fundamentar com mais propriedade sua pretensão.

Convém também esclarecer que nas hipóteses da produção antecipada da prova, os custos do processo são menores, pois não há a condenação da parte nos honorários de sucumbência. No novo Código o ônus da sucumbência decorre da ideia de causalidade na hipótese de condenação, em vista da imprescindibilidade do advogado e do seu direito aos honorários que tem caráter alimentar, podendo variar de 10 a 20 por cento sobre o valor da causa, bem como a inexistência da sucumbência recíproca, sai demasiadamente onerado o vencido no processo.

Destarte a produção antecipada da prova “propicia à parte situação mais favorável, diminuindo os riscos de demandar às escuras e, assim, minimizando a probabilidade de se sujeitar às consequências de um julgamento desfavorável” (YARSHELL, 2009, p. 77). Esses dois incisos corroboram a explicação dada no capítulo anterior de que o destinatário da prova não é somente o juiz, mas também as partes porque as mesmas podem utilizar os incisos elencados como tática de se obter uma prestação jurisdicional com mais qualidade, ou até mesmo realizar uma das formas de composição do litígio.

Neste ponto o trabalho aqui exposto, entra numa abordagem de propor, ainda de forma embrionária uma alteração na norma processual com a finalidade de trazer para o judiciário brasileiro qualidade e efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

Antes de qualquer causa ser analisada pelo juiz ou pelo júri, observa-se no direito

norte americano a existência de um procedimento preparatório chamado *the discovery stage*. Nessa fase (*pretrial*) os advogados são responsáveis pela produção das provas, de forma lícita, colhem os depoimentos das partes, das testemunhas, contratam perícias, acompanhados de um oficial de cartório, enfim o juiz só vai analisar posteriormente ficando distante da produção das provas tendo sua atuação somente quando for pormenorizada nos pontos controvertidos (CARDOSO, sem ano).

Segundo Eduardo Cambi e Rafael Gomiero Pitta (2015) os únicos procedimentos que permanecem sob controle do juízo são os exames físico e mental, com a finalidade de preservar a relação médico- paciente. Diz ainda que apesar de distante das provas o juiz participa da fase *discovery*, pois o mesmo deve coibir abusos das partes e dos advogados. Assim, temos no Brasil também a ação autônoma de produção de prova, onde tem-se a possibilidade de investigar e trazer fatos necessários para a comprovação dos argumentos, mas não há autonomia dos advogados, e tampouco um distanciamento do juiz na produção da prova. O juiz tem o poder concentrado em suas mãos com atribuição de participar de todo o processo.

A concentração do poder, e ainda o pensamento cultural de que apenas o Estado é imparcial entende-se que o procedimento adotado pelo direito norte americano é inviável de se ver aplicado em nossa jurisdição.

Nesta ocasião a proposta a ser apresentada neste trabalho é a adoção de critérios capazes de exigir uma espécie de *pretrial* brasileiro, no contexto da apresentação da prova pré- constituída. Compete exigir da parte a produção antecipada da prova, na forma da legislação processual prevista a partir do artigo 381 do CPC, na ocasião de pleitear uma “causa”, ou seja, quando postular uma prestação jurisdicional qualificada pela análise do mérito da questão. Como nos Estados Unidos os custos são altos para se entrar com uma ação, os advogados analisam os riscos e só tem a “audácia” de provocar a jurisdição, caso tenham sido colhidas provas robustas (CAMBI e PITTA, 2015).

Já mencionado anteriormente, no Brasil a antecipação da fase probatória poderá trazer indícios de que a parte não sairá vencedora, caso insista em adentrar com ação, e o prejuízo poderá ser majorado com o ônus da sucumbência, além da demora na demanda. Em contrapartida a outra parte pode analisar que a prova é suficiente para convencer o juiz e assim sairá vencido na demanda, então convém realizar uma autocomposição.

Interessante particularidade da fase *Discovery* é a busca da verdade em detrimento da má-fé, pois na hipótese de uma testemunha ter sido orientada por um advogado anteriormente, a sustentação da alegação pode sucumbir perante o juiz e o júri. O fator surpresa, inclusive

quando os advogados aplicam artifícios processuais insubsistentes e ardilosos com a finalidade de enganar e causar prejuízo a outra parte é integralmente vedado nas Cortes Americanas (IDEM).

Verifica-se de forma sucinta que a fase antecedente à judicial no direito norte-americano é de grande validade, dado que a diminuição dos pleitos complexos é possível conceder uma prestação jurisdicional adequada. Cambi e Pitta (2015) revelam as vantagens da fase *Discovery*

“a) quantidade de processos encerrados mesmo antes da fase de julgamento é muito grande, posto que ao observar as provas potenciais e as já coletadas da outra parte, os litigantes preferem evitar maiores gastos e desgastes, o que, inclusive, estimula as autocomposições; (b) a redução do volume de processos após a fase *pretrial* permite ao juiz se ater com mais atenção aos casos resultantes de um processo de formulação de provas mais sólido, o que aprimora a qualidade da prestação jurisdicional e a qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário”.

Sem dúvidas o procedimento é interessante, mas o novo CPC não adotou o procedimento, todavia, ao trazer as hipóteses de produção antecipada da prova promoveu um importante avanço na busca da verdade, bem como ponto incentivador da conciliação.

Outro dilema de suma importância no direito brasileiro, é a utilização muitas vezes do Judiciário de forma desleal, ademais a maior parte das ações em tramitação no Brasil tem como parte a Fazenda Pública, planos de saúde, instituições financeiras, operadoras de telefonia, tv e internet. Enquanto não tivermos aplicação de punições tanto no contexto material, quanto no processual os grandes demandantes não vão modificar sua postura, e conseqüentemente sua cultura de que só cumprirão as decisões quando os seus processos forem analisados pelas cortes superiores.

Evidenciado a existência de um procedimento diferenciado do *Common Law*, em tempo, convém analisar quais são as possibilidades jurídicas existentes, tal como uma pequena mudança na legislação possa trazer mais efetividade ao processo.

O primeiro capítulo abordou a existência dos “pressupostos processuais” com sentido lato no dizer de Fredie Didier. Inclusive foi tratada a questão da exigência, por exemplo do início da prova material nas ações previdenciárias, onde se requer o reconhecimento do trabalho efetuado sem registro em carteira. Analogicamente poder-se-ia incluir na ação que tem por finalidade a resolução do mérito do litígio como pressuposto processual, ou seja, um requisito processual objetivo intrínseco a apresentação de sentença constitutiva e homologatória da prova proferida na ação de produção antecipada de prova?

Entende-se ser possível a exigência do requisito, mas somente nas questões fáticas, já antecipadamente conceituadas, porque nas questões de direito o trâmite do processo é mais

exíguo, sendo pertinente ao juiz, quando autorizado por lei *exempli gratia* julgar imediatamente o pedido sem delongas probatórias.

Aspira-se dessa forma a vinculação à possibilidade da análise de mérito, a existência de uma prova consubstanciada em uma sentença judicial. Evidentemente não é possível reclamar a execução, uma vez que a prova produzida só levou em conta os fatos, e não o apontamento da parte que tem o direito, que tem a razão.

Poder-se ia argumentar se na verdade, ao invés de diminuir as demandas no judiciário ocorreria um aumento porque na busca de um mesmo direito, exige-se duas ações ou mais. Efetivamente isso não ocorreria porque a obrigatoriedade da produção antecipada de prova em todas as hipóteses fáticas, tem o condão de desestimular as ações temerárias e instigar a realização das autocomposições, conforme preceituado no artigo 381 II e III do Código de Processo Civil. Essa exigência não fere qualquer direito fundamental previsto na Constituição Federal, de outro modo é uma forma eficaz na concretização do direito à prova, ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. O que se busca no judiciário não é uma prestação jurisdicional desacertada, em desencontro com a realidade dos fatos, mas sim uma decisão íntegra, fundamentada e adequada, como a apresentada no primeiro capítulo.

O pressuposto poderia ser acrescentado no parágrafo 1º do artigo 320 do CPC, cujo caput traz a seguinte previsão “*A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação*”.

Sugestão de texto para a inclusão do parágrafo 1º do artigo 320 do Código de processo Civil “*Nas ações que demandam instrução probatória relacionadas às questões de fato, é indispensável a apresentação da sentença proferida na ação de produção antecipada da prova*”.

Condiz explicar que apesar do parágrafo 4º. do artigo 382 dizer que no procedimento de antecipação da prova, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário, a sua interpretação não deve ser feita de forma literal. Segundo Didier (2015, v.2, p. 145) se trata de “um salto que legislador infraconstitucional não poderia dar”, ao afastar o contraditório.

Entende-se assim como Didier ter ocorrido o contraditório na ação da produção antecipada da prova e por essa razão, a admissão da ata notarial como suficiente para a admissibilidade da ação com questão fática é inconcebível. Somente a prova, com a sentença do juiz, que tenha sido realizada com a observância do contraditório preenche o requisito de admissibilidade da petição inicial.

Caso a parte não apresente a prova pré-constituída, o juiz deve observar a

determinação do artigo 321 caput

O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. (BRASIL,2015)

Na hipótese de o juiz admitir a inicial, o réu deve alegar em sua defesa a irregularidade do autor não ter trazido aos autos prova antecipada da sua alegação e o juiz acolhendo a defesa na contestação não resolveria o mérito com base no art. 485 IV do CPC.

Em suma, por não ser possível a adoção do sistema norte americano que prevê duas fases processuais a *Discovery* (descoberta) e a do Julgamento, o sistema processual brasileiro clama pela efetividade da prestação jurisdicional que só se alcançará com a implementação de um filtro condizente com a importância a ser dada a um processo. A inclusão como um pressuposto a exigência de uma sentença que homologou a produção de uma prova, incentivaria a autocomposição até mesmo nos CEJUSCS - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, bem como viabilizar a desistência da proposição de uma demanda temerária.

CONCLUSÃO

Um dos direitos fundamentais previsto na Constituição Federal e no Código de Processo Civil é o de ter uma prestação jurisdicional de mérito adequada em prazo razoável. O que se vê na realidade são demandas que se perpetuam no tempo, por inúmeros motivos: administração da justiça ineficiente, nomeação de juízes em número insuficiente, grande volume de processos pendentes, falta de investimentos, dentre outros fatores. A judicialização no Brasil é elevada, assim como as designadas “aventuras jurídicas” em que o demandante sem observar adequadamente a legislação e a jurisprudência pleiteia tutela com provas e fundamentos impertinentes. Refletir sobre os problemas atuais do judiciário na área do processo civil e contribuir para a alteração da realidade com medidas adequadas em busca da celeridade e efetividade dos direitos dos cidadãos, esclarecer se o nosso ordenamento jurídico permite ajuste na legislação com a observância de uma condição específica nos casos fáticos para a análise do mérito e investigar se essa mudança de paradigma não prejudica o acesso à justiça e a inobservância do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou pelo contrário, revelaria um panorama favorável para a entrega de uma prestação jurisdicional justa e efetiva eram os objetivos desta pesquisa.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou concluir que para uma busca

efetiva de mecanismos para a concessão de uma prestação jurisdicional adequada importa adentrar as bases teóricas dos pressupostos e condições da ação. Infere que a exigência das condições da ação não é mais um instituto autônomo de direito processual, mas na realidade um pressuposto, no sentido lato do instituto. Assim ao analisar os requisitos de admissibilidade do processo, o interesse de agir e a legitimidade extraordinária, não se resolve o mérito do processo (art 485 do CPC), por outro lado caso inexistente a legitimidade ordinária por se tratar de mérito o pedido deve ser julgado improcedente nos termos do inciso I do art. 487 do CPC.

Na análise das questões firmou-se o entendimento de que as questões de direito são aquelas em que já é possível de antemão realizar a *subsunção*, qual seja, o raciocínio jurídico que se faz ao aplicar o fato concreto à norma jurídica possibilitando ao intérprete julgar antecipadamente o pedido, uma vez que não é preciso a realização de outra atividade probatória, enquanto que nas *questões fáticas*, apenas as alegações do autor e a defesa do réu não são suficientes para a formação de critérios para a sentença do juiz, sendo necessário instrução probatória para a realização de perícia, oitiva de testemunhas, enfim a averiguação dos fatos por meio de outras espécies de provas.

Concluiu-se a possibilidade da inclusão da exigência da antecipação da prova para análise das questões fáticas como um verdadeiro pressuposto processual, e não como uma das condições da ação, e impondo a análise pelo magistrado ao exercer o juízo de admissibilidade do processo principal.

O trabalho contribuiu com o esclarecimento de que mesmo nas hipóteses do juiz entender já estar satisfeito ou convencido somente com as provas produzidas nos autos, nos casos em que haja outras questões e não sendo as denominadas exclusivamente de direito, e na hipótese em que as partes apresentam requerimento para a produção de outras provas, em vista do risco do cerceamento do direito à prova ou cerceamento do direito de defesa há a necessidade do deferimento e produção das mesmas, e enfim o juiz não deverá julgar antecipadamente o mérito.

Adiante da exposição levando em consideração o sistema Discovery Stage do direito norte americano, em que na *pretrial* os advogados são responsáveis pela produção das provas acompanhados de um oficial de cartório, fase onde o juiz fica distante da produção das provas com atuação somente quando a ação for pormenorizada nos pontos controvertidos, todavia caso exista alguma irregularidade o magistrado atua aplicando medidas pertinentes. Chegou-se à conclusão não ser possível neste momento sua aplicação no direito brasileiro, em razão da cultura enraizada e das atribuições do juiz.

Com a análise das questões fáticas demonstrou-se a possibilidade de se criar um mecanismo para o enfrentamento do grande número de ações litigiosas no judiciário brasileiro. A ação antecipada de prova como é posta hoje no CPC, não apresenta efetividade porque essa medida é facultativa. Caso se torne obrigatória nas questões fáticas, os jurisdicionados vão ter de utilizar o procedimento mesmo que não concorde, e após a produção da prova a possibilidade de ocorrer as hipóteses dos incisos II e III do artigo 381 são maiores.

A proposta é conceber um dispositivo que exige a sentença homologatória da produção antecipada de prova, para a admissibilidade da inicial e conseqüentemente análise do mérito e assim promover a autocomposição e/ou a desistência daqueles que operam no judiciário de forma temerária. A sugestão evidenciada foi que o dispositivo poderia ser acrescentado no parágrafo 1º do artigo 320 do CPC, com seguinte redação “*Nas ações que demandam instrução probatória relacionadas às questões de fato, é indispensável a apresentação da sentença proferida na ação de produção antecipada da prova*”.

O trâmite para a inclusão do parágrafo através do legislativo é mais simplificado, contudo caso adotássemos o *Discovery Stage*, necessária seria a mudança total do procedimento. Finalmente, a alteração proposta não acarreta qualquer prejuízo às partes e à sociedade, pelo contrário é importante no contexto atual do judiciário brasileiro com a finalidade de proporcionar o acesso à justiça.

Por tudo que foi exposto neste trabalho entende-se como correta a afirmação “*A indispensabilidade da produção antecipada da prova como pressuposto para admissibilidade da ação relacionada às questões fáticas*”, por incentivar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, LIA CAROLINA. *Pressupostos Processuais e Efetividade do Processo Civil – uma Tentativa de Sistematização*. Revista de Processo | vol. 214/2012 | p. 79 - 119 | Dez / 2012 | DTR\2012\450934. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988, <disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 14/04/2017

____. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de Dezembro de 2004, <disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> acesso em 14/04/2014

____, Código de Processo Civil. Sancionada em 16 de março de 2015,< disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> acesso em 20/02/2017.

____, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, <disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> acesso em 14/04/2014

____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.352.721, <disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339874216/recurso-especial-resp-1352721-sp-2012-0234217-1/relatorio-e-voto-339874219>> acesso em 20/04/2017.

BUENO, Cassio Scarpinella, Manual de Direito Processual Civil, 3ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2017.

CABEDA, Luiz Fernando. O problema da mera transcrição como fundamentação de decisões. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3625, 4 jun. 2013, disponível em <https://jus.com.br/artigos/24619>, acesso em: 29 maio 2017.

CAMBI, Eduardo e PITTA, Rafael Gomiero *Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira*. Revista de Processo | vol. 245/2015 | p. 425 - 444 | Jul / 2015 | DTR\2015\11019. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARDOSO, César. *O pré-julgamento (pretrial) e a conciliação como instrumentos de desoneração do sistema judicial norte-americano: um paralelo com o sistema brasileiro*. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/9923695> acesso em 27/05/2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara* disponível em <www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/sera-o-fim-da-categoria-condicoes-da-acao-uma-intromissao-no-debate-travado-entre-fredie-didier-jr-e-alexandre-freitas-camara> acesso em 29/05/2017

DIDIER JR, FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução do Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento* – v.1. 17 ed. – Salvador. Ed. JusPodivm, 2015.

____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* – v.2. 10 ed. – Salvador. Ed. JusPodivm, 2015.

____. *Condições da Ação e o Projeto de Novo CPC*. 2014. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>> acesso em 23/04/2017.

FONSECA FILHO, Otávio. *Novo Código de Processo Civil quebra paradigma das "condições da ação*, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca>>

[cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao](#)> acesso em 21/04/2017.

FPPC - Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis. *Enunciado 50*. Disponível em: <portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf> acesso em 30/03/2017

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas: Copola, 1999.

LACERDA, Galeano, *Despacho Saneador*. Porto Alegre, Fabris, 1985

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do processo civil*. Malheiros 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, *Teoria Geral do Processo – Curso de Processo Civil v. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. *O processo como relação jurídica e os pressupostos processuais* disponível em <http://www.revistajuridica.com.br/doutrina_integra.asp?id=1163#_ftn1> 2010, acesso em 21/04/2017.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

TALAMINI, Eduardo. *Produção Antecipada de Prova*, disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>, 2016, acesso em 27/05/2017

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I – 57*. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, Humberto. NUNES Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco,

PEDRON, Flávio Quinaud, 2 ed., Rio de Janeiro:Forense, 2015

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin, *Recurso Especial e ações de família*. Revista de Processo | vol. 176/2009 | p. 36 - 49 | Out / 2009 | DTR\2009\621) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo, Malheiros, 2009.

EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Caroline Lovison DORI¹

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar se as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que tange à conciliação e à mediação possibilitam a garantia do pleno acesso à justiça. Para tanto, buscou-se compreender a extensão do mencionado direito fundamental e a necessidade de sua interpretação como acesso à justiça de maneira célere, adequada e efetiva. Foi analisada a conciliação e a mediação, meios alternativos de composição de conflitos, como formas de garantia do direito fundamental ao acesso à justiça. Posteriormente, verificou-se que a atual conjuntura do Judiciário brasileiro necessita de estudos e do incentivo à autocomposição. Observando as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, foi possível verificar que a lei processual foi disposta de maneira a atender aos princípios democráticos e fundamentais previstos na Constituição Federal. Com a utilização do método dedutivo, restou compreendido que a aplicação da conciliação e da mediação da maneira como dispostas no atual Código, e em atenção à Constituição, poderá levar a enormes benefícios à sociedade, inclusive com a redução da judicialização. Assim, a aplicação da conciliação e da mediação previstas no CPC possibilita o acesso à justiça, de maneira célere, adequada e efetiva, sendo importante passo na busca pelo ideal de pleno acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça, conciliação; mediação.

ABSTRACT

The objective of the present study was analyse if the changes brought by the new Procedure Civil Code in relation to conciliation and mediation make possible the guarantee of full access to justice. In order to do that, it was analyzed the extension of the mentioned fundamental right and the need for its interpretation as access to justice in a fast, appropriate and effective manner. Conciliation and mediation, as alternatives means to compose conflicts, were analyzed as forms of guarantee of the fundamental right to the access to justice. Subsequently, it was verified that current situation of the Brazilian judiciary needs studies and encouragement to self-composition. Observing the changes brought by the Procedure Civil Code of 2015, was found that the procedural process was willing in order to democratics and fundamental principles foreseen in the Federal Constitution. Using the deductive method, it was understood that the application of conciliation and mediation in the way it is willing in the current Code, and in accordance with Constitution could lead to enormous benefits to society, including the judicialization reduction. Thus, an application of conciliation and mediation in the way it is foreseen in CPC can provides the access to justice in a timely, appropriate and effective manner, being an important step in the search for the ideal of access to justice.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) em 2015. Professora em estágio docência na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio Educacional (2017) e pelo Centro Universitário Internacional (2017).

KEY-WORDS: Access to justice, conciliation; mediation.

INTRODUÇÃO

O evidente cenário do Judiciário brasileiro, abarrotado de processos que levam à morosidade na tramitação, julgamento e execução, bem como nos elevados gastos públicos para manutenção de toda a máquina judiciária fazem repensar a sua estrutura e os procedimentos legais.

Do mesmo modo, a garantia dos direitos constitucionalmente consagrados, dentre eles o direito fundamental ao acesso à justiça, merecem ser compreendidos para que possam ser efetivados, inclusive com alterações nas leis processuais.

O novo Código de Processo Civil primou por repetir diversos dispositivos constitucionais, frisando a necessidade de sua garantia, e inovou com dispositivos importantes, buscando coadunar as normas processuais com a Constituição Federal e a doutrina mais moderna.

Considerando os dispositivos alcançados pelo Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário discorrer se as mudanças trazidas pela nova lei processual no que tange à conciliação e à mediação viabilizam a efetivação do pleno acesso à justiça.

O estudo se justifica para fomentar a discussão em torno das formas autocompositivas de solução de conflitos, em especial, da mediação e da conciliação, visando alcançar um ideal de pleno acesso à justiça.

Assim, será possível alterar a atual conjuntura do Judiciário brasileiro, abarrotado de processos que demoram anos para serem julgados, levam ao enorme dispêndio de dinheiro público e, por vezes, não possibilitam a garantia do direito material.

Utilizando-se o método dedutivo, parte-se da compreensão da regra geral, ou seja, analisando o direito fundamental ao acesso à justiça, bem como a forma como a conciliação e a mediação são previstas no atual Código de Processo Civil, será possível entender casos específicos, verificando se foi garantido o acesso à justiça de maneira adequada, célere e efetiva através dos meios autocompositivos de solução de conflitos.

1 ACESSO À JUSTIÇA DE MANEIRA CÉLERE, ADEQUADA E EFETIVA

Dentre os direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça está inserido no rol de direitos fundamentais.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê

a possibilidade de acionar o Judiciário quando houver violação ou ameaça a direitos, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A previsão constitucional não afasta a necessidade de compreensão do termo “acesso à justiça” - ou “acesso à ordem jurídica justa”, como também é tratado-, e cuja definição é mais ampla do que a mera letra do inciso XXXV.

No que tange à delimitação do termo, Cappelletti e Garth (1988, p. 03):

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Com efeito, os direitos estabelecidos na Constituição devem ser interpretados de maneira conjunta para sua plena garantia e efetividade, devendo, para tanto, ser observado todo o ordenamento constitucional.

O dispositivo constitucional que prevê o acesso à justiça deve ser interpretado em conformidade com as normas que estabelecem o Estado Democrático de Direito e que dispõe sobre diversos outros direitos fundamentais. Assim, o acesso à justiça deve ser interpretado de maneira a garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.

De acordo com Eduardo Cambi (2016, p. 288), “o art. 5º, XXXV, da CF/1988 não assegura apenas o direito de acesso à justiça”, e segue afirmando que “de nada adiantaria possibilitar o ingresso à justiça se o processo judicial não garantisse meios e resultados”.

Tal se deve ao fato de que, especialmente após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual incluiu, dentre outros dispositivos, o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, o direito ao acesso à justiça previsto no inciso XXXV do mesmo artigo deve ser interpretado de maneira que seja garantido o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (CAMBI, 2016, p. 288).

Importante ressaltar que o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República dispõe que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Quanto à razoável duração do processo, De Moraes e Cachapuz (2013, p. 216) afirmam que ele é um princípio com aproximação do ideal de processo justo. Seguem no sentido de que “o resultado da prestação da tutela jurisdicional deve ser compatível com a efetividade e a presteza”.

Ao tratarem sobre o acesso à justiça, as autoras afirmam:

Acesso à justiça significa acesso a um processo justo, que possibilite, além de outras nuances, a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. (DE MORAES; CACHAPUZ, 2013, p. 211).

Tais premissas constitucionais merecem ser observadas, visto que, além da possibilidade de as partes acionarem o Poder Judiciário para salvaguardarem um direito, devem ter acesso à justiça de maneira adequada, rápida (inclusive com a celeridade na tramitação, julgamento do processo e na execução), e efetiva (com a garantia do direito material pleiteado).

Com efeito, de nada adiantaria o reconhecimento de direitos individuais e sociais pelo Estado, se o indivíduo não dispusesse de meios para reivindicá-los e garantir sua efetivação.

Dessa forma, o acesso à justiça representa um requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende não apenas proclamar direitos, mas garanti-los, sendo, portanto, conforme lecionam Cappelletti e Garth (1988, p. 05), o acesso à justiça o mais básico dos direitos humanos.

Diante de sua extrema relevância, o acesso à justiça pode ser considerado um princípio constitucional, de maneira tal que deve ser tomado como critério interpretativo da Constituição da República.

Portanto, o acesso à justiça é verdadeiro princípio constitucional fundamental, um direito fundamental que deve nortear a interpretação constitucional e servir como diretriz para a atividade interpretativa, influenciando, assim, todo o ordenamento jurídico, desde o momento legiferante, passando pela aplicação concreta da lei até a necessidade de se franquear opções para sua efetivação, justamente o que possibilita uma construção da democracia de forma justa e igualitária. (TRISTÃO; FACHIN, 2009, p. 53).

Assim, o princípio constitucional do acesso à justiça deve nortear toda a atividade legislativa, de maneira que o Poder Legislativo estabeleça normas jurídicas justas e adequadas:

(...) constata-se que o termo "acesso à justiça" deve ser encarado com a máxima amplitude que couber, isto é, não se restringindo à observância de normas jurídicas que regulam a atuação individual e social, mas também com a atuação legislativa em favor da ordem jurídica justa. (BRUNO, 2012, p. 29-30).

É imperioso ressaltar que o legislador deve se ater a propor leis que viabilizem o acesso à justiça, diminuindo burocratizações e outros empecilhos, sendo importante analisar se o novo Código de Processo Civil possibilita a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

Com efeito, o acesso à justiça de maneira célere, adequada e efetiva deve incluir a atividade satisfativa, com a execução do provimento judicial, de forma a garantir a satisfação

do direito material pleiteado.

Nesses termos, e corroborando o disposto na Constituição no que tange à razoável duração do processo, o Código de Processo Civil de 2015 traz em seu artigo 4º os seguintes termos: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Com relação à razoável duração do processo, Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 47) ressalta que ela deve ser compreendida levando-se em consideração as particularidades do caso concreto, se posicionando de maneira contrária à compreensão do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal como sinônimo de celeridade:

Não há, de qualquer sorte, como querer compreender o inciso LXXVIII do art. 5º da CF como sinônimo de celeridade. O que deve ser relevado nele, a despeito do texto constitucional, é verificar como “economizar” a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez. O que o princípio quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se extrai do caput do art. 37 da CF e do “princípio da eficiência” lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a essa faceta do dispositivo constitucional em exame como “princípio da eficiência da atividade jurisdicional”. Até porque eventual celeridade não pode comprometer outras garantias do processo – contraditório, ampla defesa, publicidade e motivação, apenas para citar algumas bem marcantes – e que demandam, por suas próprias características, tempo necessário para concretizarem-se. Tampouco pode comprometer a organização judiciária também imposta desde o modelo constitucional.

Por óbvio, a celeridade não pode se sobrepor a outras garantias asseguradas pela Constituição, como o contraditório e a ampla defesa (dentre outras garantias explicitadas pelo professor Bueno). Contudo, ainda assim, deve-se ater à celeridade para se efetivar o processo, visto que a demora no seu trâmite pode até mesmo dificultar a garantia do direito material posto em litígio.

Como é cediço, o processo deve servir como instrumento à garantia do direito material pleiteado, não sendo o processo um fim em si mesmo. O processo, o procedimento e os atos processuais devem ser estabelecidos na lei e realizados de maneira a assegurar o direito material, os direitos fundamentais e os mandamentos constitucionais. Eventuais obstáculos devem ser superados com a atuação do Estado, inclusive com a atuação do Legislativo na elaboração de normas processuais.

Los derechos plasmados em la Constitución no son sólo garantías jurisdiccionales, sino derechos plenos y operativos que exigen efectiva realización material. Su violación o su falta de virtualidade imponen a la comunidad, y subsidiariamente al Estado, um deber de aseguramiento positivo, uma acción encaminhada a vencer los obstáculos hacia su concreción. (ALVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996, p. 19).

A celeridade na tramitação e na satisfação da pretensão discutida são se suma importância, inclusive para viabilizar a efetividade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça.

De tal modo, a busca pela obtenção da tutela jurisdicional adequada deve estar pautada nos princípios e garantias constitucionais ansiando maior efetividade, no que concerne ao aspecto da forma (quanto ao processo), da substância (direito em litígio), do tempo (interregno da marcha) e do modo (definido em lei). (DE MORAES; CACHAPUZ, 2013, p. 213).

Conforme dispõe Susana Bruno (2012, p. 33), a efetividade do acesso à justiça deve se pautar na superação de algumas barreiras, como os elevados valores das custas judiciais, a morosidade, a desigualdade das partes tanto no que tange aos recursos financeiros quanto na aptidão para reconhecer seus direitos e, ainda, se for o caso, de propor a ação.

Assim, para se garantir a efetividade do acesso à justiça, a razoável duração do processo, e a adequada satisfação dos litigantes, é necessário o aperfeiçoamento do Judiciário e dos ordenamentos jurídicos vigentes, bem como a coadunação das leis aos ditames constitucionais.

2 AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Tradicionalmente, o acesso à justiça era tido como sinônimo de direito de ação, de propor ou contestar uma ação. Diante das mudanças ocasionadas nos estudos do direito processual moderno, o acesso à justiça vem ganhando nova e ampla roupagem.

Ao dispor sobre os movimentos que se referem ao acesso efetivo à justiça, é crucial tratar sobre a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Gatt, e às alternativas de superação dos óbices à concretização do acesso à justiça. O movimento foi dividido em três ondas, de maneira tal que a primeira visava propiciar assistência judiciária para os mais pobres, a segunda tratava da representação jurídica para os interesses difusos, e a terceira onda, a qual prevalece atualmente e está em constante evolução, traz uma concepção mais ampla do acesso à justiça.

A terceira onda, também chamada de “enfoque de acesso à justiça” inclui os posicionamentos anteriores, porém vai além deles. Ela estimula a exploração de soluções aos entraves do acesso efetivo à justiça:

(...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26).

Dentre as técnicas referidas na terceira e mais recente onda, os autores destacam

métodos alternativos para decidir causas judiciais, com a utilização de procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais, como por exemplo, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 30).

Tratando especificamente acerca da conciliação, sua utilização apresenta inúmeras vantagens, como bem destacado pelos autores e cediço na comunidade jurídica. O abarrotamento do Judiciário e a morosidade no julgamento dos litígios, as altas custas judiciais são alguns dos empecilhos que podem ser superados com o incentivo à conciliação. Ademais, a conciliação, como forma autocompositiva de solução de conflitos, reclama pelo acordo entre as partes, superando a ideia de “vencedor” e “vencido” comumente atribuída aos litigantes em um processo judicial.

Dessa forma, a conciliação pode ser vista como um método alternativo às decisões judiciais, possibilitando a diminuição do número de litígios perante o Judiciário, bem como a diminuição dos gastos públicos, e proporcionando uma solução acordada pelas próprias partes. Nesse sentido, a conciliação garante o pleno acesso à justiça.

Do mesmo modo, a mediação também garante o direito fundamental ao acesso à justiça, de maneira célere, adequada e efetiva, na medida em que é um método alternativo às decisões judiciais, sendo uma técnica autocompositiva de solução de conflitos.

Susana Bruno (2012, p. 42-43) revela que o principal problema do acesso à justiça no Brasil está na ausência de efetividade. Nesse ínterim, ela evidencia a importância dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, e que estes não são excluídos pelos meios judiciais de composição. A autora destaca o quão importante é "o estímulo para a aproximação dos indivíduos dos meios pacíficos de resolução de conflitos", e que essa não deve ser traduzida na falha da resposta do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o acesso à justiça deve ser interpretado não apenas pelo direito de ação, mas à possibilidade de as partes dirimirem conflitos por meio da autocomposição, inclusive porque o acesso à justiça não é um direito que deve ser promovido com exclusividade pelo Poder Judiciário.

(...) podemos afirmar que o acesso à justiça não é um direito que deve ser promovido com exclusividade pelo Poder Judiciário. Há outros meios que poderão viabilizar o acesso à justiça através dos meios não adversariais de resolução de conflitos. (BRUNO, 2012, p. 44)

Assim, a percepção de que o acesso à justiça era promovido somente pelo direito de ação é abandonado, devendo-se ter em consideração que os meios autocompositivos, como a conciliação e a mediação, viabilizam sua efetividade.

Quanto aos meios autocompositivos, ou alternativos, de solução de conflitos, as palavras de Donizetti (2016, p. 170):

Esses procedimentos não jurisdicionais de solução dos conflitos é que são denominados meios alternativos de pacificação social (ou equivalentes jurisdicionais). Ao contrário da jurisdição, as formas alternativas não são dotadas de definitividade, submetendo-se ao controle do Judiciário. No entanto, os equivalentes jurisdicionais apresentam o benefício da celeridade – porquanto menos formalistas do que um processo comum – e do baixo custo financeiro, que é elevado nos processos jurisdicionais (taxas judiciárias, honorários advocatícios, custas de perícia...) e que muitas vezes sequer existem nos meios alternativos. Tais particularidades, aliadas à percepção de que o Estado, muitas vezes, falha em sua missão pacificadora, têm contribuído para uma valorização crescente dos meios não jurisdicionais de pacificação social.

Nos termos apresentados fica evidente a importância da conciliação e da mediação como formas de se garantir o pleno acesso à justiça. Os métodos autocompositivos de solução de conflitos viabilizam celeridade na solução do conflito, baixo custo e diminuição da judicialização.

Por outro lado, é importante considerar as palavras de Fredie Didier Junior (2015, p. 280) ao considerar que a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de processos que tramitam no Judiciário, ou ainda como uma técnica de aceleração dos processos.

No mesmo sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 32), ao disporem sobre a conciliação:

Já há indicadores acerca dos tipos de comportamento por parte dos conciliadores que se prestam melhor a obter a resolução efetiva dos conflitos. Aqui, novamente, precisamos ser cuidadosos. A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções.

Cabe assinalar que a grande quantidade de autocomposições obtidas não reflete necessariamente em acordos justos, e nesse ponto devemos nos ater de maneira mais crítica. Por vezes nos apegamos a números, sem, contudo, analisar a forma como os acordos foram obtidos, sendo que estes podem ser, inclusive, fruto de força judicial, por exemplo.

Didier Junior (2015, p. 280) destaca ainda, quanto à atuação de juízes: “É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador.”

O doutrinador ainda alerta que é necessário se ater ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos em uma mediação ou conciliação, visto que a disparidade de poder ou de recursos

econômicos pode levar um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 280).

Certo é que alguns conflitos apenas serão resolvidos após a obtenção de um consenso entre as partes. Conflitos de família, por exemplo, nos quais há uma relação prévia e, muitas vezes, um conflito prévio ao litígio posto perante o Judiciário, muitas vezes serão melhor solucionados com o acordo obtido em mediação, após uma análise de toda a situação que gerou conflitos ou inseguranças às partes.

Assim, ainda que o Judiciário profira sentença, dando a decisão que entender mais viável e justa, muitas vezes apenas as próprias partes é que saberão o que realmente será melhor para a situação delas. Aqui se vê a importância dos meios autocompositivos de solução de conflitos, não apenas para garantir acesso à justiça, mas o acesso efetivo.

3 INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO

O estímulo à conciliação e à mediação, enquanto formas autocompositivas de solução de conflitos, pode gerar diversos efeitos no Judiciário brasileiro, de maneira a diminuir a excessiva judicialização e os custos públicos com processos judiciais, bem como garantir maior celeridade aos processos em trâmite e possibilitar a tutela adequada dos direitos pleiteados, consoante já destacado.

Conforme cediço, a morosidade do Judiciário afeta não somente o julgamento final dos processos, mas a execução dos julgados e, muitas vezes, a tutela do direito material posto em litígio.

A princípio, é importante observar como o Judiciário e os cidadãos são afetados por todo o ordenamento jurídico e o sistema processual. Para tanto, serão observados dados relativos ao ano de 2015, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973.

De acordo com o relatório Justiça em números, publicado em 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo ano-base objeto de estudo foi o ano de 2015, ficou constatado que a fase de conhecimento dos processos foi mais rápida do que a fase de execução. Assim, toda a fase de postulação, dilação probatória até a sentença judicial foi mais célere do que a fase de concretização do direito reconhecido na sentença ou no título extrajudicial (CNJ, 2016, p. 70).

O relatório mostra que o tempo médio da sentença no 1º grau (exceto juizados especiais) é de 1,5 anos na fase de conhecimento, e de 4,3 anos na fase de execução, evidenciando que o Poder Judiciário leva mais que o dobro de tempo para sentenciar a execução, em comparação com a fase de conhecimento (CNJ, 2016, p. 70).

Certo é que a demora no julgamento e execução dos processos judiciais se deve,

inclusive, ao abarrotamento do Poder Judiciário. O número de demandas tem aumentado ao longo dos anos, o que demonstra a cultura da judicialização, em que toda e qualquer desavença chega ao Judiciário, muitas vezes sem sequer ter havido prévio contato e conversa entre as partes envolvidas. É importante reiterar que algumas espécies de conflito merecem ser tratadas fora do âmbito judicial, como forma de obter uma solução mais adequada, como ocorre com as questões envolvendo família ou vizinhança.

O acúmulo de demandas que chega ao Judiciário e o prolongamento da tramitação processual influem também nos excessivos gastos desembolsados pelo Poder Público.

Para a manutenção dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro (excluídos o STF e o CNJ) foram gastos R\$ 79,2 bilhões no ano de 2015, o que representa um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 387,56 por habitante (CNJ, 2016, p. 33). As despesas totais representam cerca de 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, e possuem tendência de crescimento, conforme aponta o relatório.

No que tange ao número de acordos, houve uma média de apenas 11% de sentenças e decisões homologatórias de acordo pelo Poder Judiciário no ano de 2015 (CNJ, 2016, p. 45). O próprio relatório prevê que tais números podem aumentar com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, contudo, o CNJ ainda não disponibilizou relatórios recentes que possam auferir os resultados de autocomposição na vigência da nova lei processual.

Como forma de reverter esse cenário e garantir efetividade ao acesso à justiça, há cada vez mais incentivo na autocomposição, seja por parte dos tribunais ou diversas instituições.

Nesse sentido, é importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça desenvolve e coordena programas nacionais, dentre eles, o programa “Conciliar é Legal”, como forma de incentivar a conciliação. Neste programa, o CNJ premia ações, reconhecendo práticas que atinjam a conciliação entre as partes, estimula a criatividade e difunde a “cultura dos métodos consensuais de resolução dos conflitos”, por meio do Prêmio Conciliar é Legal.

Além da mencionada premiação, o CNJ traz diversas outras iniciativas que visam à solução consensual de conflitos, disseminando essa cultura. Dentre elas, destaca-se o projeto nacional de mutirões de conciliação: a Semana Nacional da Conciliação. Referido projeto visa conciliar o maior número de processos em todos os tribunais brasileiros, com apoio conjunto dos tribunais, cidadãos e empresas. Assim, busca realizar uma grande quantidade de conciliações processuais, ou seja, quando o caso já está na Justiça, quando há um processo em trâmite.

Além da responsabilidade do CNJ e dos tribunais, é preciso que outras instituições se

envolvam no incentivo à autocomposição:

Não podemos deixar de destacar a relevância do envolvimento institucional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no fomento do que podemos chamar de advocacia da mediação e de outras práticas alternativas ao processo judicial. Seja em promover palestras, seminários e congressos que abordem a temática, seja em capacitar tais profissionais para a vivência prática dessa realidade, a OAB deve ser desafiada a ampliar os horizontes dos advogados do país, mostrando-lhes a viabilidade do exercício de novos e múltiplos papéis. O mesmo deve ser esperado de instituições ligadas a outros segmentos profissionais, tais como: escolas de magistratura, Ministério Público e Associações de Magistrados.” (SANTOS, 2012, p. 215).

Para que o acesso à justiça, à razoável duração do processo (garantida a celeridade processual) e a garantia do direito material sejam de fato efetivadas por meio da conciliação e da mediação, é necessário, além do apoio de diversas instituições, a capacitação dos profissionais que atuam em meio à autocomposição.

Ademais, torna-se imprescindível a criação de instrumentos e o aperfeiçoamento dos já existentes, de forma que a tutela jurisdicional seja efetiva e o processo cumpra sua missão pacificadora dos conflitos existentes, tornando a prestação judicial mais célere, justa e adequada (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 22).

Nesse sentido, é necessário observar algumas mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que tange à conciliação e à mediação, e como elas podem viabilizar o efetivo acesso à justiça.

4 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil é o primeiro totalmente formulado em regime democrático, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, sendo importante que todo o seu funcionamento viabilize a garantia da democracia e dos direitos fundamentais, inclusive a garantia do pleno acesso à justiça.

Nesse ínterim, o tratamento privilegiado dado pelo novo Código à conciliação e à mediação merece destaque, na medida em que viabiliza o acesso à justiça por meio da autocomposição, de maneira efetiva.

Logo nos primeiros artigos do Código de 2015 é possível verificar o incentivo à composição amigável. O artigo 3º, § 2º estabelece que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Já o parágrafo 3º do mesmo artigo prevê:

A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O artigo 334 do CPC foi inovador ao dispor acerca de uma audiência destinada

unicamente à tentativa de composição entre as partes. Assim, logo que o réu é citado e toma conhecimento do processo judicial, também é intimado para comparecer à audiência, como forma de viabilizar que as partes tenham contato desde o primeiro momento. Busca-se alcançar um acordo previamente à resposta do réu, de maneira a solucionar o conflito tão logo iniciado o processo, garantindo maior celeridade e diminuindo os custos de seu eventual prosseguimento.

Assim, a previsão de uma audiência própria para a tentativa de conciliação ou de mediação, a obrigatoriedade de comparecimento das partes (salvo se ambas expressamente se manifestarem contrárias à sua realização), e a possibilidade de imposição de multa ao não comparecimento injustificado são algumas das disposições que merecem destaque no incentivo à autocomposição.

Anteriormente à instituição do novo Código, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça já previa algumas disposições relativas à conciliação e à mediação, bem como aos profissionais capacitados de realiza-las. Do mesmo modo, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) já dispunha sobre a mediação e os mediadores. Contudo, o Código de 2015 foi inovador, considerando que a lei processual anterior não dava o merecido enfoque aos institutos autocompositivos em análise.

Com efeito, a disposição acerca dos conciliadores e mediadores em seção própria no novo Código é novidade de suma importância. O Código de Processo Civil de 2015 optou por mostrar a relevância que esses profissionais merecem ao estabelecer suas funções, bem como ao tratar sobre sua capacitação e remuneração. Ainda, trouxe normas relativas ao impedimento, suspeição e possibilidade de afastamento desses profissionais a depender da forma como atuarem.

Merece destaque a possibilidade de tentativa de autocomposição pelo juiz a qualquer tempo, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais, conforme artigo 139, inciso V, do CPC. A preferência pelo auxílio de conciliadores e mediadores enfatiza o destaque que o novo Código dá à autocomposição. Isso porque, a princípio, conciliadores e mediadores possuem técnicas específicas para solucionar conflitos de maneira consensual, incentivando as partes, e buscando a melhor forma de composição.

Tal se deve, inclusive, ao fato de que a conciliação e a mediação são técnicas distintas de solução alternativa de conflitos. Dessa forma, a conciliação é técnica mais indicada para casos em que não há vínculo anterior entre os envolvidos, o que significa dizer que se aplica a casos em que não há relação anterior ao litígio, pontuam Nery Júnior e Nery (2015, p. 695).

O conciliador possui papel mais ativo na busca da solução consensual do conflito existente, podendo, inclusive, sugerir soluções. Diferentemente, na mediação o mediador não irá propor soluções ao litígio, mas auxiliará as partes a encontrem a melhor alternativa ao conflito, de modo que é uma técnica mais indicada aos casos em que há prévio contato entre as partes.

Conforme leciona Neves (2016, p. 89): “para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.” Assim, deverá ser realizada a mediação nos casos em que as partes mantinham alguma espécie de vínculo continuado antes do surgimento da lide, sendo isso caracterizado de uma relação continuada e não apenas instantânea, como no direito de família, de vizinhança e societário (NEVES, 2016, p. 90).

No que tange ao auxílio dos profissionais capacitados na tentativa de autocomposição, Cappelletti e Garth (1988, p. 32) já acreditavam na eficiência de um método em que o juiz que julga o caso não fosse o mesmo que tentou conciliá-lo:

Em particular, é comum dar ao juiz ou o poder de sugerir um acordo, ou permitir-lhe remeter o caso a outro juiz ou funcionário. Embora pesquisa empírica detalhada seja necessária para definir esse ponto, parece que o melhor método é o adotado pelo sistema muito eficiente que opera em Nova Iorque, onde o juiz que julga o caso não é o mesmo que tentou conciliá-lo. Isso evita que se obtenha a aquiescência das partes apenas porque elas acreditam que o resultado será o mesmo depois do julgamento, ou ainda porque elas temem incorrer no ressentimento do juiz. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32).

Destaca-se, também, que o novo Código possibilita que, no âmbito do direito de família, o juiz determine a suspensão do processo para que as partes se submetam à mediação extrajudicial, conforme preveem os artigos 694 a 699 do CPC.

É o disposto no artigo 694 do CPC/2015:

Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.
Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

As normas e inovações em destaque, coadunadas com todo o ordenamento processual vigente e os mandamentos constitucionais, em especial, às normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais, viabiliza a garantia do acesso à justiça de maneira célere, adequada e efetiva.

Destarte, o novo Código de Processo Civil deu importante passo na garantia do pleno acesso à justiça, especialmente quando analisados os seus dispositivos referentes à conciliação e à mediação.

CONCLUSÃO

A atual conjuntura do Judiciário brasileiro nos faz repensar sua estrutura, com alternativas à judicialização, para fins de garantia do pleno acesso à justiça. É notável a existência de um Judiciário carregado de processos, cujos julgamentos se alongam por tempo inestimável. A grande maioria dos litígios, inclusive dos que poderiam ser resolvidos no âmbito extrajudicial, chegam até o Judiciário, abarrotando-o, trazendo demora na solução dos conflitos e, por vezes, a impossibilidade de efetividade do direito material pleiteado. Essa situação reflete uma justiça sem efetividade.

Há uma evidente cultura da judicialização, posto que diversos são os conflitantes que não veem na autocomposição uma forma de acesso à justiça. Hoje, no Brasil, o acesso à justiça é visto pela grande maioria das pessoas como a possibilidade de acionar o Judiciário e obter uma resposta do juiz.

Contudo, conforme cediço, o acesso à justiça não se dá apenas com o direito de ação. A terceira onda renovatória de acesso à justiça, tratada por Mauro Cappelletti e Bryant Gart, estimula a exploração de soluções aos entraves do acesso efetivo à justiça. Dentre as soluções, é destacada a conciliação.

Além da conciliação, é importante reafirmar a possibilidade de acesso à justiça por outros meios autocompositivos de solução de conflitos, como a mediação.

Considerando que nenhuma norma pode ser vista de maneira desassociada ao ordenamento constitucional em um Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil merece ser maiormente observada no âmbito das soluções consensuais de conflitos. Assim, os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser garantidos dentro da autocomposição.

O direito fundamental ao acesso à justiça deve ser interpretado de maneira que seja garantido o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. Do mesmo modo, quando tratamos da autocomposição como meio de acesso à justiça, devemos observar a sua garantia de maneira adequada, rápida (inclusive com a celeridade na tramitação, julgamento do processo e na execução), e efetiva (com a garantia do direito material pleiteado).

Analisando toda a conjuntura atual do Judiciário e a fundamentalidade do direito ao pleno acesso à justiça, é necessário observar se as mudanças referentes à conciliação e à mediação trazidas pela Lei nº 13.105/2015, a qual instituiu o novo Código de Processo Civil, propiciam a garantia do acesso à justiça de forma célere, adequada e efetiva.

Conforme demonstrado, todo o Código foi ordenado de maneira a incentivar a autocomposição, passando a dispor, inclusive, quanto à audiência cuja finalidade exclusiva se direciona à tentativa de conciliação ou mediação entre as partes. O novo ordenamento também primou por dar especial destaque aos conciliadores e mediadores, que possuem papel especialmente relevante no sucesso da autocomposição, passando a dispor acerca das técnicas adequadas e funções específicas.

O Código de 2015 optou por primar pela solução consensual de conflitos em diversos de seus dispositivos. Ele veio para propiciar um processo mais justo, rápido, efetivo, que viabilize que as partes discutam em igualdade de condições, solucionando o litígios com o auxílio de profissionais preparados, e em diversos locais, de maneira judicial ou extrajudicial.

Com efeito, verificamos a importância e o incentivo que são atribuídos à conciliação e à mediação no CPC/2015, viabilizando, inclusive, a mudança da cultura da judicialização, de que a decisão deve ser dada unicamente pelo juiz e de que deve necessariamente haver a presença de um juiz para que haja acesso à Justiça. Esse contexto é um ponto que, a longo prazo, pode ser combatido pelo novo Código de Processo Civil, trazendo uma mudança de comportamento de toda a sociedade, na busca, cada vez maior, pela autocomposição.

Ainda é cedo para asseverar, considerando que não foram disponibilizados dados públicos referentes às modificações que o novo Código possibilitou com as inovações relativas à conciliação e à mediação, contudo, é notável que a lei processual busca o ideal de acesso à justiça, de maneira mais evidente do que trazia o Código anterior.

De qualquer modo, as inovações no incentivo às soluções consensuais de conflito tendem a se mostrar mais presentes na realidade brasileira, sendo de importante valia o passo dado pelo novo Código de Processo Civil na garantia do pleno acesso à justiça por meio da conciliação e da mediação.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elias. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. *Lei nº 13.140*, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Prêmio Conciliar é Legal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. *Relatório Justiça em Números*. 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. *Resolução n. 125, de 29 nov. 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. *Semana Nacional da Conciliação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 17. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

KLIPPEL, Bruno Ávila Guedes. Os meios de impugnação às decisões judiciais e o processo justo. *Revista de Processo*, v. 33, n. 155, p. 52-75, jan. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Mayna Marchiori de; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A política pública conciliatória como meio de acesso à ordem jurídica justa em prol da adequada pacificação social. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 17, p. 205 -228, abr. 2013. ISSN 2317-3882.

Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/240>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TRISTÃO, IVAN MARTINS; FACHIN, ZULMAR. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA PELOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. *SCIENTIA IURIS*, LONDRINA, N. 13, P. 47-64, 2009.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Luísa Kiiller NUNES¹
Marcos Vargas FOGAÇA²

RESUMO

No julgamento do Habeas Corpus 126.292, realizado no dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria dos votos (7 a 4), o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar. A partir do mencionado julgamento, busca-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Para isso, pesquisa-se em artigos científicos, na doutrina, jurisprudência, legislação nacional e internacional acerca da sistemática da execução antecipada da pena. Para o estudo da decisão, examinam-se a estrutura normativa brasileira, os métodos interpretativos da Constituição e da legislação infraconstitucional, além dos efeitos do Pacto de São José da Costa Rica sobre a sistemática processual penal brasileira. Assim, através do método dedutivo, o trabalho é construído, culminando na análise da aludida decisão. Ademais, com o trabalho foi possível concluir que não é dado ao Supremo realizar interpretações extensivas das leis sem parâmetros interpretativos, sob pena de reescrever a norma jurídica e romper com o diálogo institucional existente entre a jurisprudência e o Legislativo, que culminou na alteração da redação dada ao artigo 283 do CPP no ano de 2011. É defeso à Corte Constitucional usurpar as atribuições do poder constituinte originário, ainda mais quando tal usurpação culmina em esfacelamento dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Execução provisória da pena. Presunção de inocência. Princípio. Regra.

ABSTRACT

At the judgment of Habeas Corpus 126.292, held on February 17, 2016, by a majority of the votes (7 to 4), the Plenary of the Federal Supreme Court ruled that the provisional execution of a condemning criminal judgment rendered by a Court of Appeal, even if subject to a special or extraordinary appeal, does not compromise the constitutional principle of the presumption of innocence, even absent the requirements of the precautionary prison. From the aforementioned judgment, it is sought to analyze the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the possibility of arrest before the final judgment of the conviction. For this, it is investigated in scientific articles, in the doctrine, jurisprudence, national and international 1

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Integrante do Grupo de Pesquisa "Ideologias do Estado e Estratégias Repressivas", liderado pelo professor Pós-doutor Gilberto Giacoia, que ocorre quinzenalmente na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Tem interesse na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Pesquisa principalmente os seguintes temas: direitos humanos, justiça, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, direito penal constitucional.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista de Mestrado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pesquisador nos seguintes temas: Direito Processual Civil, com ênfase no Processo Coletivo e na Teoria Geral do Processo; e Direito Constitucional, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais e Administração da Justiça.

legislation on the systematics of the anticipated execution of the sentence. For the study of the decision, we examine the Brazilian normative structure, the interpretive methods of the Constitution and the infraconstitutional legislation, as well as the effects of the Pact of São José da Costa Rica on the Brazilian criminal procedural system. Thus, through the deductive method, the work is constructed, culminating in the analysis of the aforementioned decision. In addition, with the work it was possible to conclude that it is not given to the Supreme to carry out extensive interpretations of the laws without interpretative parameters, under penalty of rewriting the legal norm and breaking with the institutional dialogue existing between the jurisprudence and the Legislative, which culminated in the alteration of the article 283 of the CPP in 2011. The Constitutional Court is unfounded to usurp the attributions of the original constituent power, especially when such usurpation culminates in the fundamental rights and guarantees.

KEY-WORDS: Provisional enforcement of the judgment. Presumption of innocence. Fundamental rights and guarantees.

INTRODUÇÃO

A execução provisória de condenação criminal permite o início da execução da pena com o proferimento de acórdão condenatório exarado por Tribunal de segunda instância, ainda que o sentenciado tenha sido absolvido em primeira instância ou se trate de processo de competência originária do Tribunal, independente da interposição de recurso especial ou extraordinário, ou seja, antes do trânsito em julgado.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou duas vezes sobre o tema nos últimos dez anos. Primeiro fixou o entendimento de que a execução provisória é incompatível com a presunção de inocência, no julgamento do Habeas Corpus 84.078, realizado no ano de 2009, por maioria dos votos (7 a 4). Em um segundo momento, decidiu de forma diametralmente oposta ao julgar o Habeas Corpus 126.292, no dia 17 de fevereiro de 2016, também por maioria dos votos (7 a 4).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o a presunção de inocência, mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar.

É cediço que antecipar a execução da pena sem que haja trânsito em julgado da sentença condenatória afeta diretamente o *status libertatis* do indivíduo, uma vez que o julgamento pode ser revertido nas instâncias superiores, evidenciando o cumprimento desnecessário da pena. Neste caso, há a prevalência do *jus puniendi* do Estado, perante o *status libertatis* do indivíduo. Por isso, ante a mitigação de um direito tão importante, qual seja, a dignidade pessoal do cidadão em um Estado Democrático de Direito, é patente à

relevância da abordagem do tema.

De um lado o clamor social por mais segurança e efetividade jurisdicional pedem a aplicação da execução provisória no Brasil, do outro, a interpretação literal do texto constitucional e de tratados internacionais prescrevem a presunção de inocência e a necessidade de trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. Ambos os lados possuem argumentos fortes e merecem ser levados em consideração, a fim de compatibilizar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade.

A presunção de inocência é norma de direito fundamental e está prevista nas mais diversas legislações. O ponto nodal deste estudo é examinar até que ponto ela deve ser aplicada, se é absoluta ou pode ser relativizada.

Para tanto, busca-se num primeiro momento resgatar as bases do processo penal, de forma a considerá-lo como instrumento de punição e ao mesmo tempo como garantia de preservação de direitos. Posteriormente, o leitor é remetido às teorias de interpretação constitucional de Dworkin, Alexy e Ávila, de forma a promover um cotejo entre princípios e regras e enquadrar a presunção de inocência em uma dessas normas. Ainda, trabalha-se o conceito da presunção de inocência, sua origem e importância.

Por fim, analisa-se a evolução jurisprudencial acerca da execução antecipada da pena, de modo a demonstrar a existência do diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário, cuja qual foi quebrada pela decisão paradigmática proferida no Habeas Corpus 126.292, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

1 DUALISMO PROCESSUAL PENAL: INSTRUMENTO E GARANTIA

O crime é produto da sociedade, sendo suas formas de manifestação e dimensão fruto do contexto histórico e social em que ocorre. Assim, as infrações penais estão presentes em todas as sociedades, consistindo em resultado do seu funcionamento, uma vez que o homem está em permanente luta contra o ambiente em que vive, bem como em busca de seus anseios, que podem ser realizados por meio de práticas socialmente aceitáveis ou antissociais. Quanto melhor a qualidade de vida dos indivíduos, menor o número de infrações penais desta sociedade e maior o poder social de coibir prática antissociais, dentre elas, os crimes.

A fim de evitar injustiças e a vingança privada, com a resolução de litígios pelos os próprios interessados, com a prevalência da lei do mais forte, o Estado trouxe para si o direito de punir, realizável por intermédio de seu poder jurisdicional, que lhe possibilita manter a ordem social e coibir a prática de infrações penais. Tal poder lhe foi conferido pela sociedade, principalmente, para proteger os bens jurídicos e interesses considerados socialmente

relevantes e funcionar como instrumento de controle social e preservação da paz pública. Desta forma, o Estado será sujeito passivo indireto de todo e qualquer delito, cabendo a ele uma resposta penal ou não à lesão a este bem jurídico.

O Processo Penal foi criado com o fim de instrumentalizar a norma penal, uma vez que esta não pode ser voluntariamente aplicada sem um processo. Funciona, assim, como meio de aplicação do Direito Penal, mas não somente, pois também atua como instrumento de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos frente ao Estado no exercício da persecução penal. Por isso, em que pese o Estado possua o *jus puniendi*, não se pode aplicar penas sem o devido processo legal, deve prevalecer o brocardo: *nulla poena sine judicio* (não há pena sem processo). Deste modo, pode-se dizer que é através do Processo Penal que ocorre uma aplicação justa das normas penais³, ou como menciona Rangel, “a instauração de um processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados”.⁴ Sobre as limitações do direito de punir, ensina Beccaria:

Foi, pois, a necessidade que obrigou os homens a cederem parte de sua liberdade; e é certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima porção possível que baste para induzir os demais a defende-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo mais é abuso e não justiça; é fato e não direito.⁵

A atividade estatal é limitada, não podendo, sob o fundamento de que trabalha para o bem comum, afrontar direitos fundamentais, a exemplo da liberdade individual, da propriedade e da dignidade humana⁶. Devem-se visualizar as finalidades do processo penal dentro de um dualismo: como instrumento, meio pelo qual o Estado exerce a jurisdição e, conseqüentemente, exerce o direito de punir; e como garantia para o acusado de que serão respeitados seus direitos e garantias fundamentais. Assim, o Processo Penal não pode ser entendido apenas como instrumento de perseguição do réu, mas também como garantia do acusado⁷, o Estado não tem como finalidade realizar o ‘seu’ direito, mas busca a realização do direito objetivo que é, ao mesmo tempo, direito da vítima e do suposto delinquente.⁸

O desafio do Processo Penal é contrabalancear a pretensão punitiva do Estado, com o direito de liberdade do indivíduo, possibilitando a resistência necessária para qualificar esse conflito em litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, de plano, o seu interesse

³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Bookseller: Campinas, 1998, p. 46.

⁴ RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. Atlas: São Paulo, 2012, p. 2.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed. 2010: Saraiva, 2009, p. 112.

⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 2.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 1976, p. 27-29.

⁸ GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. Execução Provisória de Condenação Criminal: um atentado contra as liberdades públicas?. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., 2016, Uruguai. Anais do CONPEDI. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 134. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

repressivo.⁹ A fim de sustentar este equilíbrio entre o *jus puniendi* (pretensão punitiva) e o *jus libertatis* (direito à liberdade) é que o processo penal se faz instrumento de garantias. Assim sendo, o *jus puniendi* deve estar sujeito a uma série de limitações calcadas nos princípios constitucionais penais¹⁰. A função de operacionalizar as garantias processuais ocorre através do controle jurisdicional, legitimando a intervenção estatal na esfera particular do indivíduo e assegurando que só será realizada esta intervenção se for necessária e efetivada de forma adequada e proporcional.¹¹

Ocorre que por diversas vezes é difícil dissociar o Processo Penal das finalidades do Direito Penal. O Direito Penal tem como finalidade precípua a pena, ou seja, ele pune. O direito Processual Penal tem como fundamento o respeito a todas as garantias para que não haja injustiça na aplicação da pena, no entanto, pode acontecer que da própria aplicação do processo decorra uma punição antecipada do indivíduo.

Nesse sentido, afirma Maria Fernanda Palma que o “idealmente sustentável seria se todas as funções do Direito Penal preventivas e reparadoras não tivessem lugar no Direito Processual Penal”, porém, não é o que ocorre. A autora continua questionando a legitimidade e constitucionalidade dessa influência do Direito Penal sobre o Processo Penal:

Até que ponto as funções da pena estatal condiciona o Processo Penal conferindo-lhe um papel de controlo pré-punitivo da perigosidade e até que ponto a intromissão dos fins do Direito Penal no Processo Penal é legítima num Estado constitucional? A pergunta é até onde é legítimo que o Processo Penal desempenhe uma função político criminal semelhante à da pena, sem condenação antecipada do arguido e sem que as intervenções do Estado correspondam à aplicação de verdadeiras medidas de segurança pré-condenatórias, impõe-se a seguinte resposta: até o ponto em que o Processo Penal funcione como controlo das reações privadas expressivas das pretensões individuais e sociais e realize a elevação da discussão sobre o crime concreto para um pano do diálogo entre o arguido e a sociedade.¹²

Uma das formas evitar que o Processo Penal ultrapasse esse liame de instrumento de punição para a punição propriamente dita é o respeito às normas fundamentais do Ordenamento Jurídico.

Importante, ainda, mencionar que com a população cada vez maior e criminalidade crescente, revela-se uma pressão social muito grande por maior punição. Vive-se em uma sociedade permeada pelo medo. Em que pese os índices de criminalidade sejam elevados, o

⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Bookseller: Campinas, 1998, p. 25.

¹⁰ GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. Execução Provisória de Condenação Criminal: um atentado contra as liberdades públicas?. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5., 2016, Uruguai. *Anais do CONPEDI*. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 135. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

¹¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Garantias Constitucionais-Processuais Penais: a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 189.

¹² PALMA, Maria Fernanda. *O Problema Penal do Processo Penal*. In Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15, 41, 42

‘espetáculo’ midiático faz com que o sentimento geral de insegurança e de medo seja desproporcional à existência concreta do risco. Como sublinha Navarro “o medo do crime não está relacionado com possibilidades reais de ser uma vítima, ou seja, não corresponde a causas objetivas e externas”¹³. Menciona Garland¹⁴ que a gravidade do problema é inegável nos dias de hoje, a ponto de já estarem sendo desenvolvidas políticas específicas mais com o objetivo de reduzir os níveis de medo e insegurança do que propriamente mitigar o crime. Deveras, “o medo do delito ou a sensação de insegurança aumenta ou diminui de acordo com a forma de apresentação da informação.”¹⁵

Isso faz com que, como mencionado, a população clame pelo incremento na produção legislativa de tipos penais que se perfectibilizam com a mera exposição do bem jurídico ao perigo, sem dar atenção ao âmago do problema. Nesses casos, verifica-se a possibilidade do Estado impor uma pena ao cidadão sem que tenha existido uma conduta efetivamente lesiva ao bem jurídico e isso é fruto da sociedade que vivemos: sociedade do risco.

No momento em que o Poder Legislativo trabalha baseando-se no clamor social (impulsionado pelo medo e pela mídia), ele busca legitimar seu poder político (de modo a converter tal ato em votos). Desta forma, legitima-se uma atuação mais contundente do direito penal baseada em especulações, mídia, e não necessariamente em um estudo (sistemático e interdisciplinar) aprofundado acerca da criminalidade, ou dos meios que estão sendo utilizados para combatê-la. Busca-se a saída mais fácil e rápida. Combate-se os resultados ao invés de procurar minar as causas.

Isto posto, percebe-se que a intenção não é a proteção do bem jurídico, mas anestesiar uma população sedenta de proteção. Essa é uma das formas de manifestação do Direito Penal Simbólico¹⁶, isto é, ocorre quando o Legislativo edita leis que permitam uma aplicação mais rígida do direito penal, sem que elas acarretem em meios efetivos de combate ao delito.

Esse cenário do medo social potencializa ainda mais o que é o problema nevrálgico do processo penal: equacionar as exigências comunitárias da repressão ao crime e a proteção

¹³ Do original: el miedo al delito no se relaciona con las posibilidades reales de ser víctima, esto es, no responde a causas objetivas y externas. NAVARRO, Susana Soto. *La influencia de los medios em la percepción social de la delincuencia*. Disponível em: < <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>>. Acesso em: 30. jun. 2016.

¹⁴ GARLAND, Deivid. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 54.

¹⁵ MOLLO, Juan Pablo. *O delinquente que não existe*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 22.

¹⁶ KARAM, Maria Lucia. *A esquerda punitiva*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

da esfera das liberdades fundamentais.

Ao analisar o tratamento conferido às diversas formas de criminalidade, Scarance divide as formas de criminalidade em 3 grupos, são eles: criminalidade leve, comum e grave e/ou organizada. Afirma que esse último é o campo mais problemático para o legislador e que os países em geral têm dificuldade em enfrenta-la. Em suas palavras, os Estados atuais “não sabem mesmo como criar um corpo legislativo que, outorgando eficiência ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantias individuais assegurados nas Constituições e Convenções Internacionais.”¹⁷

Mais uma vez, a solução encontrada está nas bases do Direito, nas normas fundamentais. Como forma de conferir o *status libertatis* a todos os cidadãos e protegê-lo da arbitrariedade estatal, o texto constitucional elegeu diversos preceitos penais e processuais penais como normas fundamentais no direito brasileiro. Tais normas subdividem-se em princípios e regras¹⁸, entre elas encontra-se a presunção de inocência, ponto nevrálgico da discussão que aqui se propõe.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PRINCÍPIO OU REGRA?

O estudo da execução provisória da pena remete a pesquisa a interrogar se a presunção de inocência é princípio ou regra? A expressão presunção de inocência é comumente utilizada pela comunidade jurídica acompanhada do predicado princípio, no entanto, cabe ao presente trabalho analisar suas especificidades, a fim de melhor identificá-la, ante as características e efeitos díspares entre princípios e regras.

Dworkin se utiliza de dois critérios para diferenciar princípios e regras. Primeiramente, diante de um ponto de vista lógico, defende que as regras atuam como tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*), por outro lado, os princípios apenas servem de direcionamento a favor de uma decisão ou outra, não sendo a decisão em si.¹⁹

Por sua vez, Alexy confere maior precisão à teoria de Dworkin e estabelece que a principal contenda entre princípios e regras repousa no fato de que princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas.²⁰ Em

¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério (Taking rights seriously)*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

²⁰ Para Alexy, as normas jurídicas também podem ser divididas em duas grandes categorias: princípios e regras. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, assim, mandamentos de otimização, já que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas para sua aplicação. Enquanto

outras palavras, princípios não se excluem, podem ser aplicados em maior ou menor proporção, conjuntamente ou avulsos.²¹ Por outro lado, as regras se repelem, se há aplicação de uma regra conflitante com outra, esta última será declarada inválida, de modo que elas não subsistem juntas no ordenamento jurídico.

O problema desta teoria está no significado da palavra princípio, tal qual concebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo muito mais voltada à *fundamentalidade* da norma do que aos critérios utilizados por Alexy em sua concepção de princípio. Portanto, não se pode aplicar estritamente a teoria de que princípios são relativizáveis, em virtude de que nem sempre o que se entende por princípio no Brasil, tem a mesma correspondência na concepção de Alexy.

Virgílio Afonso da Silva, pesquisador de Alexy no Brasil e tradutor de seus livros para a língua portuguesa, menciona que se os critérios estabelecidos por Alexy forem utilizados para distinguir princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro será necessário deixar de fora dessa tipologia aquelas normas que tradicionalmente são denominadas de princípios, a exemplo da legalidade, uma vez que, não obstante sua fundamentalidade, não poderiam ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria de regras.²²

Neste mesmo sentido, Heloisa Câmara menciona que apesar da denominação “princípio da presunção de inocência”, não há como considerar a presunção de inocência como princípio frente às teorias de Dworkin e Alexy. Tal norma é uma regra que não permite sopesamento, ou vai se aplicar ou não vai se aplicar, não se encaixando como princípio.²³

Assim, de acordo com as teorias de Alexy e Dworkin, a presunção de inocência é regra, sendo impassível de ser relativizada quando em conflito com outra regra.

No Brasil, um dos expoentes no tema é Humberto Ávila. O autor refuta parte das teorias de Alexy e de Dworkin. Apesar da teoria destes não se confundirem, eles são uníssonos no sentido de que a distinção entre princípios e regras é de caráter lógico.

as regras são invariavelmente satisfeitas ou não satisfeitas. A partir disso, infere-se que a diferenciação entre princípio e regra é qualitativa e não gradual: ou é princípio, ou é regra. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90 et seq.).

²¹ Sempre que ocorrer a colisão entre princípios diversos, a solução advirá da técnica da ponderação. A ponderação consiste na escolha de um em face do outro, no caso específico analisado, levando-se em conta todas as condições determinantes que influenciam o caso. É uma questão de preferência, de peso diverso, de sopesamento diante do caso concreto. ALEXY, loc. cit.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, p. 614, 2003. Disponível em: <<http://constituicao.direito.usp.br/vas-publicacoes/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

²³ HANSEN, Thiago; BARBOZA, Estefânia. CÂMARA, Heloisa. *Presunção de Inocência*. 2016. Elaborado pelo podcast "Salvo Melhor Juízo". Disponível em: <<http://salvomelhorjuizo.com/>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

Ávila advoga que a diferença entre esses tipos normativos é apenas em relação ao grau de abstração.²⁴ Assim, elenca três critérios de dissociação entre princípios e regras, são eles: 1. Em relação a modo como prescrevem o comportamento; 2. Quanto à justificação que exigem; e 3. Quanto ao modo como contribuem para a decisão.²⁵

O segundo critério (natureza da justificação exigida) traz a oposição direta à tese de Dworkin de que regras aplicam-se no sistema do “tudo-ou-nada”, defendida também por Alexy, quando menciona que as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Para Ávila a diferença entre as categorias normativas não é situada no modo de aplicação, mas sim no modo de justificação.²⁶ Ele entende ser possível que o intérprete, em casos excepcionais e justificáveis, possa analisar as razões que fomentaram a regra e, desse modo, adaptá-la ao seu próprio conteúdo. Dessa forma, seria possível avaliar a razão geradora da regra com as razões que lhe deram causa – sua substância – para possibilitar o seu não cumprimento integral, diante de casos concretos restritos, assim sendo, o “traço distintivo das regras não é modo absoluto de cumprimento. Seu traço distintivo é o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente”²⁷.

Com isso, fica clara a posição de Humberto Ávila no sentido de que, tanto os postulados normativos que se fazem por meio de regras como de princípios podem ser relativizados em casos concretos. Percebe-se assim que a teoria de Ávila possibilita a relativização de regras, ao contrário de Alexy e Dworkin.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência deriva diretamente dos ditames do devido processo legal, em virtude de o Estado apenas adquirir o direito de punir um cidadão por um delito após ser dado a ele o exercício do contraditório e da ampla defesa em processo judicial que culmine em sua condenação, momento em que será respeitado o postulado da dúvida em favor do réu (*in dubio pro reo*), a fim de exigir que o órgão acusador comprove a culpa do indivíduo e absolva-o quando não existirem provas para condenação, evitando a condenação de inocentes, da proibição de provas ilícitas, dentre outras garantias arraigadas ao devido processo legal (*due process of law*).²⁸

²⁴ ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 78-82.

²⁶ *Ibidem*, p. 80.

²⁷ *Ibidem*, p. 81.

²⁸ BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 35.

Cumprе salientar que os direitos e garantias fundamentais prescritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são muito mais do que metas políticas, são normas de direito positivo com aplicabilidade imediata, que devem ser respeitadas, pois trazem consigo a fundamentalidade de todo ordenamento jurídico brasileiro, bem como funcionam como garantia do indivíduo frente ao Estado.

Antes de esmiuçar a presunção de inocência em nosso ordenamento jurídico faz-se necessário saber acerca de como ele é tratado em documentos internacionais. A Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo XI, 1, prescreve que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê, no artigo 8, 2, que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra a presunção de inocência no artigo 6º, 2, que prescreve que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu artigo 14, item 2, reconhece que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

Por fim, no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, preleciona que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Salutar mencionar que a presunção de inocência não é apenas um postulado constitucional, mas humano e universal, encontrando-se presente em todos os mais importantes diplomas internacionais referentes aos direitos humanos, com o fim de que seja respeitado por todas as nações. Assim, aduz-se que se trata de norma fundamental à dignidade do ser humano.

Considerar alguém culpado sem as garantias do devido processo legal e da presunção de inocência é um desrespeito ao indivíduo enquanto pessoa dotada de direitos e, conseqüentemente, à sociedade em geral. Afinal, seja o indivíduo réu ou acusado, trata-se de um ser dotado de dignidade inerente à sua qualidade de pessoa humana e, mesmo que seja

condenado, merece ser tratado com a mesma dignidade inerente a todas as outras pessoas.²⁹

Por sua vez, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição da República de 1988, o artigo 5º, inciso LVII, prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Nesta norma encontra-se fundada no ordenamento jurídico brasileiro a presunção de inocência, também denominada de presunção de não culpabilidade, que tal qual disposta consiste no direito de apenas ser considerado culpado por um delito após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Em que pese não constar expressamente no texto constitucional a denominação “presunção de inocência”, encontra-se presente na aludida norma, tal qual se faz nos demais diplomas internacionais mencionados. É regra intrínseca ao Estado de Direito e funciona como garantia fundamental do indivíduo. Tanto a presunção de inocência, quanto os demais direitos e garantias previstos na Constituição, conferem *status libertatis* aos cidadãos, protegendo-os da arbitrariedade estatal.

Há três aplicações da presunção de inocência no processo penal brasileiro, duas no processo de conhecimento: a) ao se exigir que toda prisão processual antes da sentença definitiva seja concretizada apenas título cautelar, sob pena de caracterizar antecipação de pena, uma vez que antes do trânsito em julgado a regra é a liberdade do indivíduo; e b) ao se exigir que a culpa do indivíduo seja demonstrada pelo órgão acusador, podendo-se afirmar que o ônus da prova no processo penal é da acusação; e uma no processo de execução penal: c) ao se exigir que a execução da pena privativa de liberdade só ocorra após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória³⁰, a fim de que a plena convicção da responsabilidade do acusado pelo delito seja condição necessária para o cumprimento da pena.³¹

No entanto, no julgamento do Habeas Corpus 126.292-SP pelo Supremo Tribunal Federal³² foram desconstruídas duas das conclusões apresentadas no parágrafo anterior, sob o entendimento de que a privação da liberdade do indivíduo pode ocorrer antes da condenação definitiva ou, como expresso na Constituição Federal, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não somente a título cautelar, mas também como execução

²⁹ KARAN, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC 84.078*. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 5 fev. 2009.

³¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 42.

³² A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *HC 126292/SP*. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 17 fev. 2016.

antecipada da pena.³³ Diante de tal decisão, a mesma será melhor analisada no presente trabalho.

3.1 Histórico da execução antecipada no Brasil

A execução antecipada na pena no Brasil era permitida até meados do ano de 2009. Entendia-se que com o advento de sentença condenatória proferida por juiz de primeira instância e o julgamento de eventual recurso de apelação pelo Tribunal, caso se confirmasse a condenação, seria possível a interposição pelo réu de recurso especial ou extraordinário para o Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente. No entanto, tais recursos não são dotados de efeito suspensivo, o que possibilitava o início do cumprimento da pena imposta, independente de se encaixar nas hipóteses de prisão cautelar.³⁴

Neste sentido, a execução antecipada da pena foi uma medida processual aplicada durante anos no Brasil, entendida como constitucional. Faz-se necessário lembrar que o Código de Processo Penal é datado de 1941, concebido há mais de setenta anos, antes mesmo do período ditatorial, época de não rara restrição a direitos que hoje são considerados fundamentais. Já com o advento da Constituição Federal em 1988 vários direitos e garantias fundamentais foram positivados e funcionam como escudo de proteção do indivíduo frente ao poder estatal. Cumpre mencionar novamente, que é no texto constitucional que a presunção de inocência foi consagrada, especificamente no artigo 5º, inciso LVII.

O Código de Processo Penal, apesar de antigo, permaneceu em vigor mesmo com advento de tantas Constituições durante sua vigência. Recebeu inúmeras alterações formais ao seu texto, bem como releituras constitucionais dos seus institutos, sempre com o intuito do exegeta de amoldar a aplicação do direito à sociedade e às Constituições que sobrevieram. Nesta toada, este Código de Processo Penal, datado de 1941, precisa ser poroso aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Cidadã, pois embora seja um Código carregado de estigmas da época de sua elaboração e das alterações realizadas no período ditatorial pelo qual o Brasil passou, foi recepcionado pela Constituição de 1988 e precisa sofrer releituras para continuar vigente.

Exemplo disso ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal declarou a não recepção

³³ A Corte Especial do STJ acompanhou o novo entendimento do STF decidido no HC 126292/SP. “É possível a execução provisória da pena mesmo que ainda esteja pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório por causa da interposição de recurso de natureza extraordinária”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *QO na APn 675-GO*. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 6 abril 2016.

³⁴ A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *HC 91.675/ PR*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 04 set. 2007).

do artigo 594 do Código de Processo Penal, que exigia como um dos requisitos para a interposição de recurso a prisão do sentenciado.³⁵ Prescrevia o mencionado artigo que “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Posteriormente, o aludido dispositivo foi formalmente revogado pela lei 11.719 de 2008. Aliás, no ano de 2008 alguns artigos do Código de Processo Penal foram revogados, entre eles o já mencionado artigo 594 e também o artigo 408, §1º, que tratava da necessidade de prisão após a pronúncia, todos com o fim de melhor se adaptar ao texto constitucional.

Assim, em compasso com as alterações legislativas mencionadas, no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus 84.078 e, por maioria de votos (7 a 4), alterou o seu entendimento até então prevalente, negando à possibilidade de execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória uma vez que violaria o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.³⁶ Destaque-se, que esta orientação independia da ausência de efeitos suspensivo no recurso especial e extraordinário.

Corroborando com a decisão do Supremo, no ano de 2011, o Legislativo alterou novamente o Código de Processo Penal, revogando a possibilidade de prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, prevista no artigo 393, inciso I do Código de Processo Penal, que permitia ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestasse fiança.

Ademais, o artigo 283 do CPP recebeu nova redação: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Claramente, as alterações feitas pela lei 12.403/2011 demonstram que o Congresso Nacional reafirmou a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Fica evidente o diálogo institucional entre Judiciário e Legislativo.³⁷

Tal entendimento do Supremo Tribunal Federal coadunava com o do Superior Tribunal de Justiça, impossibilitando o início do cumprimento da condenação criminal, antes

³⁵ O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 83.810/RJ*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 05 mar. 2009).

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *HC 84078 MG*. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 05 fev. 2009.

³⁷ BOTTINO, Thiago (Cord.). *Memorial de Amicus Curiae*. Rio de Janeiro: IBCCRIM, 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016.

do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tratava-se de posicionamento estável na jurisprudência dos Tribunais Superiores. O início da execução penal estaria sujeito ao julgamento de eventual recurso especial ou extraordinário, ainda que estes recursos não fossem dotados de efeito suspensivo.

Ocorre que no mês de fevereiro de 2016, o Pretório Excelso ao julgar o Habeas Corpus 126.292-SP decidiu de forma diametralmente oposta, novamente por maioria dos votos (7 a 4), possibilitando a execução provisória da pena, sem violação a presunção de inocência. Além de representar uma quebra no diálogo institucional que havia se formado, a decisão reproduz uma inflexão hermenêutica³⁸, de regressão em direitos humanos e fundamentais.

4 JURISPRUDÊNCIA

Conforme a decisão paradigmática do Habeas Corpus 126.292 de 2016 a partir de acórdão condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento de apelação já seria possível à execução antecipada da pena, ainda que a condenação esteja sujeita a recurso especial ou extraordinário, independentemente de estarem presentes os requisitos da prisão cautelar. Entendeu a Corte que o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória não violaria o núcleo da presunção de inocência, uma vez que foram respeitadas todos os seus direitos e garantias fundamentais no curso do processo criminal e os recursos de natureza extraordinária não possuiriam efeito suspensivo passível de impedir o início da execução penal.

Neste mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça acompanhou o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no Habeas Corpus 126.292-SP ao julgar o Recurso Especial 1.484.415-DF. Assim, independente da interposição de recurso especial pela defesa, a decisão condenatória recorrida continua produzir efeitos, em virtude da ausência de efeito suspensivo do recurso, possibilitando a execução provisória da pena.³⁹

Posteriormente, em outubro de 2016, o Supremo reafirma este entendimento ao julgar as ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44. Desta vez apenas seis ministros votaram neste sentido: Teori Albino Zavascki, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Gilmar Ferreira Mendes. Ficaram vencidos quatro

³⁸ Expressão utilizada pelo ministro Celso de Mello no seu voto proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44, julgada no mês de outubro de 2016.

³⁹ É possível a execução provisória de pena imposta em acórdão condenatório proferido em ação penal de competência originária de tribunal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *EDcl no REsp 1.484.415-DF*. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 3 mar. 2016).

ministros: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, José Celso de Mello Filho e Enrique Ricardo Lewandowski. Por sua vez o ministro José Antonio Dias Toffoli, que anteriormente tinha votado favorável a execução provisória da pena, neste momento alterou parcialmente de posição. Para ele, não deveria haver execução provisória da pena enquanto estivesse pendente recurso especial no STJ questionando a culpa *lato sensu* do réu, porém, ela poderia ser executada diante da interposição de recurso extraordinário.⁴⁰

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal anui ao sentimento de impunidade que assola a população brasileira. Nessa toada,

o clamor social contra a impunidade, de modo invariável vindo e conduzido por uma mídia sensacionalista e avassaladoramente criativa da ideia e imagens de insegurança social, abre claros espaços ao recrudescimento e draconização das leis e interpretações penais de modo a quase esvaziar o modelo garantista presente na filosofia política da Carta Constitucional de 1988, inspirada num novo tratamento dos direitos sociais, antes de cuidar preferencialmente da questão estrutural, levando a crer que o Estado Democrático de Direito brasileiro mais se preocuparia com as pessoas do que com as estruturas onde elas vivem e se inter-relacionam.⁴¹

Para além da questão jurídica, o Judiciário é convidado a apreciar questões sociais, tal qual o sentimento de insegurança e clamor social contra a impunidade que circundam a questão, de forma que não raras vezes o Supremo se vê obrigado a atuar de forma louvavelmente ativista, no entanto, no atual cenário jurídico brasileiro, não se consegue dimensionar seus limites de atuação. Neste sentido, a execução antecipada da pena arrisca-se em conferir à sociedade ares da tão sonhada segurança pública, por outro lado, a função precípua da Corte Constitucional é justamente interpretar conforme a Constituição, que é, sobretudo, garantista em sua essência e escudo dos indivíduos frente ao Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente trabalho foi analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, especialmente as proferidas no Habeas Corpus 126.292 e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, cujas quais relativizaram a presunção de inocência e fixaram o entendimento de que a execução provisória da pena é constitucional no Brasil e não fere o núcleo da presunção de inocência, quando proferida a decisão condenatória por Tribunal. As consequências dessa decisão percorrem a problemática

⁴⁰ A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e não viola o texto do art. 283 do CPP. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADC 43 e 44 MC/DF*. Rel. orig. Min. Marco Aurélio. Red. p/ o ac. Min. Edson Fachin. Julgados em 05 out. 2016.

⁴¹ GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. *Execução Provisória de Condenação Criminal: um atentado contra as liberdades públicas?*. In: Encontro Internacional do Conpedi, 5., 2016, Montevideo. Anais do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

aqui proposta no que toca ao embate de direitos fundamentais e interpretações diversas acerca de uma mesma norma constitucional, bem como a instabilidade dos precedentes judiciais no Brasil.

Durante muitos anos o entendimento prevalente foi de que a execução provisória da pena não violava a garantia da presunção de inocência disposta na Constituição da República. Com o passar do tempo e a consolidação dos direitos e garantias fundamentais, o Pretório Excelso alterou esse posicionamento e, após analisar a execução provisória à luz do texto constitucional, decidiu que a execução da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado.

Tal posicionamento foi construído conjuntamente a diversas alterações legislativas que ocorreram no século XXI de forma a amoldar o Código de Processo Penal de 1941 à realidade da Constituição Federal de 1988.

Tal decisão de inadmitir a execução provisória da pena permanecia estável na jurisprudência dos Tribunais. Ocorre que em razão de um clamor social por mais segurança e menos impunidade, a execução provisória foi readmitida em 2016 pelo Supremo ao declarar a sua constitucionalidade e resolver que a mesma não fere o núcleo da presunção de inocência. O que parece é que a decisão do Habeas Corpus 126.292 tem um cunho muito mais ativista do que interpretativo do texto constitucional. Um ativismo tomado por minimização de garantias fundamentais em prol do atendimento de demandas midiáticas e reclames sociais, os quais tangenciam um Estado punitivo a qualquer custo.

Algumas normas são cogentes, de forma que obrigam o Estado a garantir e proteger os interesses fundamentais da pessoa humana. Direitos fundamentais são obrigatórios no atual Estado Democrático e ainda que sejam ponderados diante da colisão de duas ou mais normas, esta ponderação deve ser feita visando obter seu melhor aproveitamento, ou seja, a mais correta aplicação e eficácia.

Certos direitos fundamentais, a exemplo da presunção de inocência, mesmo após sopesados com outros direitos têm uma carga valorativa muito grande, que não é apenas formal, por se tratar de uma norma constitucional, mas também material, por ser uma conquista histórica, objeto de uma longa construção legislativa e jurisprudencial.

Portanto, tal alteração na sistemática da execução penal no Brasil não poderia ser tomada pelo Poder Judiciário através de uma modificação interpretativa, mas pelo Poder Legislativo, mediante a alteração das normas infraconstitucionais e até mesmo da própria Constituição, com a modificação da sistemática recursal dos Tribunais Superiores, deixando eles de funcionar como terceira e quarta instância.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/>>. Acesso em: 14. dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. *EDcl no REsp 1.484.415-DF*. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 3 mar. 2016.

_____. _____. Corte Especial. *QO na APn 675-GO*. Rel. Min. Nancy Andrichi. Julgado em 6 abril 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. *HC 91.675/ PR*, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 04 set. 2007.

_____. _____. *HC 84078 MG*. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 05 fev. 2009.

_____. _____. *HC 126292/SP*. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 17 fev. 2016.

_____. _____. *ADC 43 e 44 MC/DF*. Rel. orig. Min. Marco Aurélio. Red. p/ o ac. Min. Edson Fachin. Julgados em 05 out. 2016.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. ***Tratado de direito penal***. 15. ed. 2010: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 2006.

BOTTINO, Thiago (Cord.). *Memorial de Amicus Curiae*. Rio de Janeiro: IBCCRIM, 2016. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBC_C.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Garantias Constitucionais-Processuais Penais: a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal*. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p.186-197, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério (Taking rights seriously)*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. ***Processo Penal Constitucional***. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARLAND, Deivid. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. *Execução Provisória de Condenação Criminal: um atentado contra as liberdades públicas?*. In: Encontro Internacional do Conpedi, 5., 2016, Montevideo. Anais do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 1976.

HANSEN, Thiago; BARBOZA, Estefânia. CÂMARA, Heloisa. *Presunção de Inocência*. 2016. Elaborado pelo podcast "Salvo Melhor Juízo". Disponível em: <<http://salvomelhorjuizo.com/>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

KARAN, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A esquerda punitiva*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Juspodivm: Salvador, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Bookseller: Campinas, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOLLO, Juan Pablo. *O delinquente que não existe*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NAVARRO, Susana Soto. *La influencia de los medios em la percepción social de la delincuencia*. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>>. Acesso em: 30. jun. 2016.

PALMA, Maria Fernanda. *O Problema Penal do Processo Penal*. In Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004.

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. Atlas: São Paulo, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, p.607-630, 2003. Disponível em: <<http://constituicao.direito.usp.br/vas-publicacoes/>>. Acesso em: 13 out. 2016.

LIÇÕES PROPEDÊUTICAS DA COISA JULGADA E O FUNDAMENTO POLÍTICO-SOCIAL DE SUA IMUTABILIDADE

Gustavo Souza MANOEL¹
Angelo Souza NANJI²

RESUMO

O presente trabalho se calca em realizar breves estudos propedêuticos acerca da coisa julgada, para, em momento subsequente, abordar o principal objeto de estudo, o fundamento político-social do instituto. A coisa julgada em sua essência é matéria cujo estudo se faz imprescindível, pois se trata de instituto que se aperfeiçoa a partir do cumprimento de todas as fases processuais necessárias. A matéria detém caráter indispensável, porque além de qualquer outra minúcia que a envolva, suas consequências são as mais imperiosas, pragmaticamente falando, pois, segundo o escopo processual, o que se pretende são antes consequências práticas do que meramente processuais, e nessa pretensão prática que se consubstancia seu fundamento principal. Assim, os efeitos da coisa julgada são detentores de tamanha importância que fazem conferir ao instituto estima ímpar no seio jurídico, caracterizando-o, senão como o estudo mais relevante de ordem processual, uma entre tais, de modo que o *giudicato* estabelece a circunstância fática a qual toma as vestes de sua autoridade, e as partes que dela podem usufruir, tornando imutável, em sua espécie material, não só a lide julgada, mas qualquer outra tentativa que ofenda a matéria já decidida judicialmente, fazendo cumprir seu fundamento precípua, o político-social. Dessa feita, ainda que o estudo contemporâneo do tema alcance horizontes além deste, independentemente da época de sua abordagem, é de suma importância o conhecimento sobre a natureza, sobre o fundamento da coisa julgada, a finalidade da qual leva a imutabilidade acometer aquilo que já fora decidido.

PALAVRAS-CHAVE: Estudos Propedêuticos. Coisa Julgada. Pretensão Prática. Fundamento Político-Social.

ABSTRACT

The present work is based on short preparatory studies about the thing judged, in order to, at a later moment, approach the main object of study, the social-political foundation of the institute. The thing judged in its essence is matter whose study becomes indispensable, since it is an institute that is perfected from the fulfillment of all the necessary procedural phases. Matter is indispensable because, in addition to any other minutia that involves it, its consequences are the most imperative, pragmatically speaking, since, according to the procedural scope, what is sought are rather practical consequences than merely procedural ones, and in that practical pretension which is its main basis. Thus, the effects of the *res judicata* are holders of such importance as to confer on the institute an unprecedented value in the juridical sphere, characterizing it, if not as the most relevant study of a procedural order, one among such, so that *giudicato* establishes the factual circumstance which takes the garments of its authority, and the parts that can enjoy it, making immutable, in its material nature, not only the trial tried, but any other attempt that offends the matter already decided judicially, enforcing its essential foundation, the Political-social. Even though the

¹ Discente do 8º Termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP; Integrante do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo 2.016/2.017; Estagiário na banca de Advocacia 'Gazzetti Advogados Associados' – unidade de Presidente Prudente – SP.

² Discente do 4º Termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP.

contemporary study of the subject reaches horizons beyond this, regardless of the time of its approach, knowledge about nature, about the foundation of *res judicata*, the purpose of which imputability leads to what is already had been decided.

KEY-WORDS: Propaedeutic Studies. Thing judged. Practical Pretension. Political-Social Foundation.

1 INTRODUÇÃO

O atual trabalho trouxe como finalidade o estudo relativo a um dos aspectos mais relevantes da coisa julgada, seu fundamento político-social.

Para tanto, com o intuito de melhor situar o leitor, fez-se de imensurável importância discorrer ao menos sobre os aspectos basilares, porém substanciais do instituto da coisa julgada, para findarmos no estudo específico de seus fundamentos.

Com essa expectativa, iniciamos o trabalho com a introdução aos aspectos relevantes da coisa julgada, expondo, de proêmio, a importância processual da matéria, onde em seguida, se mostrou viável debruçarmo-nos sobre em que incide a coisa julgada, para logo após, em termos simplórios, se distinguir o trânsito em julgado da matéria de estudo, fazendo a ligação entre os institutos, mas demonstrando de pronto a impossibilidade de confundi-los.

Em subitem seguinte, se pretendeu abordar as espécies de coisa julgada, visto tratar-se de gênero do qual se extrai sua vertente formal e material.

Ademais, criou-se uma chave ao estudo da teoria da coisa julgada como qualidade da sentença, concluindo com a posição de Liebman, adotada pela novel ordem processual.

Rumo ao alcance da presente proposta de discussão, bem se quis ponderar sobre a positivação da coisa julgada no ordenamento jurídico pátrio, expondo sua base e relevância constitucional, não obstante se tratar de norma dedicada a perquirir a tão estimada segurança jurídica.

Superada a exposição sobre a relevância constitucional do instituto, fizemos a mesma análise de importância sobre as leis infraconstitucionais, de modo que se verá no trabalho que a Constituição preza pela criação e invencibilidade da previsão de existência do instituto, e a lei infra, por sua vez, se presta a minuciosamente detalhar as noções substanciais da coisa julgada, tais como sua definição, espécies, hipóteses de rescindibilidade e também, seus limites objetivos e subjetivos.

Nesse ponto, a atenção é voltada unicamente ao garimpo dos fundamentos da imutabilidade inerente à qualidade da sentença transitada em julgado, onde expomos algumas noções introdutórias da matéria, para enfim, pousarmos em que interessa.

Em linhas gerais, pretendendo o estudo dos fundamentos da imutabilidade coisa julgada material, fez-se necessário a realização de estudo propedêutico sobre o instituto, com a finalidade de dar as premissas para fortalecer a razão do tema, de modo que ainda que o objeto do trabalho se volte a tratar do substancial fundamento político-social, esse traz consequências que antes precisam ser estudadas para melhor compreensão do tema, destarte, de nada valeria dispor sobre sua razões de tornar imutável e indiscutível matéria de mérito já decidida, sem antes definir o que é a *res iudicata* em seus mais variáveis e relevantes aspectos.

Por fim, cabe dispor que o estudo fora realizado com base nos métodos dedutivo, quando diante da necessidade de se concluir noções pelo estudo calcado puramente em análise dos dispositivos legais, pois deduz-se como deve ser a incidência do instituto em âmbito prático, e indutivo, quando da oportunidade de apreciação doutrinária e normativa que nos induz à pragmática já existente sobre determinados aspectos que envolvem o tema.

O trabalho foi edificado com amparo em pesquisas de obras nacionais e estrangeiras.

2 INTRÓITO À COISA JULGADA

Talvez um dos temas mais polêmicos de ordem processual, a coisa julgada é instituto que vem suportando desde há muito, intensas discussões no que cerne à sua aplicação no Direito brasileiro, o que se faz razoável pela relevante circunstância de influenciar o processo como um todo, e inegavelmente o convívio social, evidenciada uma de suas precípuas características se voltar à imutabilidade do *decisum* judicial, cuja intenção se presta, em inúmeras vezes, a modificar o mundo material com a finalidade de alcançar a paz social³.

Ademais, embora não seja estudo abordado no presente trabalho, cabe o esclarecimento de que principalmente na atualidade, a coisa julgada enfrenta discussões vorazes também quanto às ações coletivas, tema de igual, ou quiçá, superior importância, dada a extensão de suas consequências.

E nesse sentido, servindo apenas como bússola científica, impende salientar que a coisa julgada serve como principal parâmetro para distinção entre a tutela coletiva e individual, visto que regras consagradas nesta tutela, como a coisa julgada *et contra* e sua autoridade *inter partes*, são desconsideradas quando da apreciação daquela, de modo que o

³ Diz a doutrina: “não há como ignorar que o instituto situa-se no limite entre o direito material e o processo, quando incide sobre as sentenças de mérito: perpetua-se um ato de poder jurisdicional que incidiu sobre a *esfera jurídico-material, sobre a vida do jurisdicionado*” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 46).

julgado coletivo passa-se à autoridade *ultra partes e secundum eventum litis*⁴.

Voltando os olhos ao que nos mostra pertinente, a coisa julgada, seja em sentido individual ou coletivo, é detentora de inúmeros aspectos que a tornam singular no ordenamento jurídico, e detém tamanha importância pelo fato de estar o instituto presente no findar de todos os processos judiciais, sendo essa, uma das noções, ou aspectos propedêuticos a serem estudados nos subitens a seguir relacionados.

2.1 Da Incidência da Coisa Julgada Sobre Atos Jurisdicionais

O aspecto ou noção relevante para início do estudo da coisa julgada se calca em tomar ciência sobre qual a matéria relativa à incidência do instituto, ou seja, sobre o que recaem as consequências do instituto.

Veja, a coisa julgada é instituto que possui incidência sobre atos de natureza jurisdicional, contudo, salienta-se, apenas àqueles que contêm elevado grau de cognição, portanto, os decisórios.

Nesse sentido, vale ressaltar, que ainda que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro discipline em seu art. 6º, §3º, a vinculação da coisa julgada a toda “decisão judicial de que já não caiba recurso”, toma-se como inadequado esse conceito, servindo tão só como base para estabelecer uma noção de preclusão da faculdade recursal⁵.

Outrossim, o diploma processual brasileiro de 1.973, hoje revogado, pretendeu conceituar este instituto (art. 467), no entanto, também de modo falho, ao ponto de consignar, dentre outros equívocos oportunamente citados, que se tem como coisa julgada, qualquer “sentença” não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A redação supramencionada não possibilitava a compreensão adequada da coisa julgada, ao menos não a material, vez que se fazia necessário para melhor entendimento sobre a matéria, a apreciação de seu art. 485, que voltado à desconstituição da coisa julgada material, prescrevia que a “sentença de mérito, transitada em julgado” poderia ser rescindida quando das hipóteses de seus incisos. Vale a observação entre a distinção dos dispositivos, onde o art. 485 tratou da “sentença de mérito” transitada em julgado, não apenas “sentença”, como dispunha o art. 467.

Lembrança oportuna é a que ensina que apenas o “mérito” do processo pode eventualmente se referir a um direito, relação ou situação processual, e, por conseguinte, apenas a sentença que o resolve, preenchidos os demais requisitos, tem aptidão para veicular a

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 315.

⁵ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30.

autoridade da coisa julgada material.

E nessa ocasião, ainda que a abordagem seja mais específica e aprofundada noutro item, é válido comentar que a nova ordem processual, cuja vigência data desde 2016, imputa o conceito mais adequado ao instituto, de modo a considera-lo em seu art. 502, como a autoridade que torna imutável e indiscutível a “decisão de mérito” que não se sujeita mais a recurso.

O novo Código de processo, com a nova redação, possibilita agora, sem mais delongas ou desgastes cognitivos, a compreensão mais pontual do instituto, no sentido de fazer entender sobre qual ato jurisdicional decisório recai as vestes da qualidade da coisa julgada, não havendo mais a necessidade – como no diploma anterior – da interpretação de outros dispositivos para se concluir sobre qual é o ato apto à veicular a autoridade do julgado.

Por oportuno e também conveniente, cabe ressaltar que a inovação do Código de Processo Civil de 2015, quanto às decisões que julgam antecipadamente o mérito com caráter de decisão interlocutória, também estão sob o pálio da coisa julgada, pois ainda que se trate de julgamento parcial combativo por recurso de agravo de instrumento, a parcela decidida fora julgada com elementos de cognição exauriente, característica imprescindível para se tratar de coisa julgada de mérito.

Dessa forma, se leva a concluir que o ato jurisdicional propenso ao instituto é a decisão – ainda que parcial – de mérito, portanto, possui caráter subsidiário, pois se se tratar de ato judicial não decisório, decisões interlocutórias (ressalvadas a de caráter exauriente quando da decisão antecipada de mérito), ou sentenças prolatadas sem a resolução de mérito, estas estarão sujeitas à matéria diversa da presente.

2.2 A Relação Entre Coisa Julgada e Trânsito em Julgado

Outro aspecto relevante para a compreensão do estudo repousa em saber qual o momento em que se aperfeiçoa a coisa julgada.

Assim, rumo a suplementar as noções basilares expostas no item anterior, é de se atentar que apenas a prolação de uma decisão de mérito não basta para revestir tal ato jurisdicional da roupagem da coisa julgada, pois, para tanto, se faz imprescindível, como se denota do artigo que o disciplina, que este ato não mais esteja sujeito a recurso, ou seja, que se encontrem esgotadas as possibilidades de modificação da decisão dentro do processo em que fora proferida.

Destarte, o evento que impossibilita o manejo de recurso contra ato decisório é o trânsito em julgado, que pode concretizar a coisa julgada material ou formal.

Quando o trânsito em julgado ocorrer em face de decisão de mérito, fará coisa julgada material, tornando a matéria decidida, em regra, indiscutível e imutável, intrínseca ou extrinsecamente ao processo.

Já quando se der o trânsito em julgado nas ocasiões que não se julgam o mérito, far-se-á coisa julgada formal, em que haverá a possibilidade de rediscussão do julgado noutra momento, só não mais no processo já transitado, pois torna indiscutível apenas de modo intrínseco ao processo decidido.

Neste prisma, *trânsito em julgado* e *coisa julgada* são institutos distintos, e a confusão entre eles é inadmissível: um se trata da preclusão temporal, ou seja, a perda da faculdade de interpor recurso pela consumação temporal, ou simplesmente o esgotamento das faculdades recursais; outra representa fato posterior, que tem guarida depois de vencido o lastro temporal citado para interpor recurso, ou assim que decretado o esgotamento das faculdades recursais, a fim de tornar indiscutível, ao menos naquele processo, a matéria transitada em julgado.

Salienta-se, distintamente da formal, para haver a coisa julgada material, deve haver o trânsito em julgado de decisão de mérito, por conseguinte, se afirma que, “se, por um lado, não há coisa julgada sem que tenha havido o trânsito em julgado, por outro, nem sempre o trânsito em julgado traz consigo a coisa julgada material⁶”, mas ao menos, formal.

2.3 Coisa Julgada Material e Coisa Julgada Formal

Não é novidade que o fenômeno da imutabilidade não possui unicidade, pois derivando como espécimes do gênero “coisa julgada” temos a classificação do instituto em formal e material.

A coisa julgada formal se destina à estabilização interna da sentença, e tão somente, pois em não havendo decisão de mérito, essa matéria poderá ser discutida noutra processo, mas neste, não haverá mais possibilidade de qualquer nova alteração. Conclui-se, portanto, que a qualidade da coisa julgada (formal) incide de forma endoprocessual, ou seja, intrínseca ao processo, de modo a conferir imutabilidade ao que foi decidido nos autos daquela demanda, e dela não irradia consequências.

Por sua vez, a coisa julgada material tem aptidão diversa, pois, por estar calcada na resolução de mérito do conflito sujeito à prestação jurisdicional, a pretensão decisória não se restringe ao alcance da estabilidade interna do processo, mas se dedica a alcançar a estabilização dos objetos da lide, ou seja, não resolve apenas o processo, mas o problema – o

⁶ *Op. Cit.* p. 32.

mérito – que impulsionou a discussão em juízo. Dessa forma, a qualidade da coisa julgada produz efeitos extraprocessuais, conferindo a impossibilidade de nova discussão judicial quanto àquilo que já fora uma vez julgado e revestido dos atributos do instituto em sua espécie material.

Assim, ao que nos parece, em se caracterizando a coisa julgada formal pela impossibilidade de nova impugnação dentro daquele processo, esta é pressuposto para a formação da coisa julgada material, pois para alcançar a imutabilidade extraprocessual, por um critério lógico, a matéria decidida deve antes, ser imutável em âmbito interno ao processo que fora resolvida.

Dessa forma, ainda que todas as sentenças estejam aptas a transitar formalmente em julgado, nem toda transitará materialmente em julgado.

2.4 A Teoria da Coisa Julgada como Qualidade da Sentença

Dedicando-se ao estudo superficial do núcleo essencial da coisa julgada, pontuando alguns aspectos de considerações realizadas ao respeito do tema, inicia-se este item com a seguinte indagação: o que é, na sentença, a coisa julgada?

Há muito tempo vigorou a noção tradicionalista, de índole romanística, de que a coisa julgada seria um dos inúmeros efeitos da sentença, senão, o próprio efeito declaratório desta⁷.

Essa noção foi superada por meio da inteligência extraída do estudo de Chiovenda, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, onde dentre afirmações, dedicou lugar àquelas que prezam pela distinção entre os *efeitos* da sentença e a *autoridade* da coisa julgada.

Sobre os efeitos, escreve que “como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos”; e quanto à autoridade, consigna que “o julgado [giudicato] é restrito às partes e só vale como julgado entre elas”⁸.

Conquanto, ao também vislumbrar essa consideração de forma quase unânime da doutrina da época, Liebman identificou uma série de equívocos de ordem histórica e lógica⁹, o que o levou a propor uma revisão com base científica que foi capaz de alterar a concepção do instituto da coisa julgada, de modo que seu raciocínio foi de encontro com o pensamento até então defendido pelos estudiosos no sentido de que a coisa julgada seria um efeito da

⁷ Ibid.

⁸ CHIOVENDA, *Principii*, §80, n.I, p. 921, e n.II, p.924, Nápoles: Jovene, 1965; e *Instituições*, v. 1, n. 133, p. 414, e n. 135, 417, trad. G. Menegale. São Paulo, Saraiva, 1965, *Apud*. TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33

⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità dela sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 5. *Apud*. ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

sentença.

Dessa forma, ainda que doutrina precedente tivesse disposto nesse sentido, cabe à Liebman o mérito, de separando pela primeira vez em duas categorias autônomas e independentes, a precisa distinção entre a autoridade do julgado e os efeitos da sentença, a se considerar como eficácia natural da sentença a aptidão do ato jurisdicional decisório produzir efeitos, e a autoridade da coisa julgada se consubstanciar como a própria imutabilidade que garante a sentença e seus efeitos, imunizando-os; não sendo, portanto, um efeito do julgado, mas apenas uma forma de se manifestar e de se produzir os efeitos inerentes à prestação jurisdicional¹⁰.

Assim escreve o autor:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do *comando* emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o *comando*; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato¹¹.

Portanto, a autoridade da coisa julgada não é senão a qualidade que se agrega aos efeitos inerentes à sentença a fim de torna-los imutáveis¹².

Sinteticamente, a autoridade do julgado serve para tornar os efeitos da sentença, existentes desde a prolação desta, mas sujeitas inicialmente à reapreciação recursal, em efeitos agora qualificados pela impossibilidade de alteração¹³.

No sentido da corrente majoritária que defende a natureza da coisa julgada como qualidade da sentença, corrobora Daniel Amorim Assumpção Neves, que a “intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, portanto, seria a principal característica da coisa julgada material¹⁴”.

Em crítica a essa corrente, há posição doutrinária¹⁵ que busca afronta-la, ao apontar que os efeitos da sentença de mérito transitada em julgado não tornam imutáveis os aspectos

¹⁰ *Op.Cit.* p. 31.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada* (com novas notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54.

¹² ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

¹³ Didaticamente explica-se: Efeitos que antes poderiam ser alterados por recurso, após o trânsito em julgado de decisão de mérito não mais poderão, pois far-se-á presente a qualidade de imutabilidade da coisa julgada, residindo aí a autoridade a que disciplina Liebman e a evidente distinção entre meros efeitos da sentença e a qualidade que posteriormente os revestirão.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 879. *Vide*, em mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1., p. 301-302; THEODORO JR. Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.592.

¹⁵ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.18; TESHEINER, José Maria da Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

sobre os quais ela recai, servindo para tal conclusão a verificação empírica de que tais efeitos poderão ser alterados por ato ou fato superveniente, mormente pela vontade das partes.

No entanto, ainda que aparentemente veraz o que a doutrina contrária aponta, todo o argumento é rechaçado pelo simples fato de estar calcado em premissa diversa daquela adotada pela corrente majoritária, o que faz caracterizar, por astuto saber lógico¹⁶, que o argumento é inconsistente, pois embora a conclusão chegue a alcançar e combater a ideia trazida por Liebman, a premissa sobre a qual foi fundamentada não traz base o bastante para sustenta-la, fazendo existir, sob o prisma lógico, objetos distintos, jamais colidentes entre si, se não partir da mesma premissa.

A distinção de premissa se mostra quando a corrente alhures predominante defende por certo a imutabilidade processual do feito, já excetuando as ocasiões de desconstituição do julgado, e a corrente submissa a combate dizendo não ser imutável porque as partes podem decidir não cumprir a sentença por comum acordo. Veja, o que se defende na essência é o fato de jamais rediscutir a mesma questão por vias judiciais, e não no mundo material, pois ai adentra-se a âmbito diverso, caindo por terra a corrente contrária.

Por derradeiro, salienta-se que a principal consequência prática do estudo voltado à distinção entre efeitos da sentença e autoridade da coisa julgada está pautada em se descobrir o alcance da autoridade do julgado sobre as partes e, do mesmo modo, quem são os sujeitos atingidos pela mera eficácia da sentença.

Contudo, trata-se de matéria prática que não nos cabe dedicar aprofundada atenção, em razão de que o que nos interessa no presente, servindo este item apenas para a elucidação da natureza jurídica da coisa julgada.

3 A POSITIVAÇÃO DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Antes de processual, o instituto que acoberta a decisão judicial de manto inibidor a qualquer ato jurisdicional que tenda, em processo sucessivo, rejulgar a mesma causa, e, outrossim, impede o legislador de editar norma que retroaja e atinja o comando identificado na primeira demanda, detém base e importância constitucional, “pois avulta a sua dimensão de garantia fundamental, no sentido de que a intangibilidade do comando decisório ultrapassa os limites de uma regra estritamente processual¹⁷” por conter, além da regulamentação no Código de Processo Civil, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, previsão na

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷ ZUFELATO, *Coisa Julgada Coletiva*, p. 36.

Constituição Federal de 1.988, especificamente em seu art. 5º, XXXVI.

3.1 A Relevância Constitucional do Instituto

O ordenamento jurídico nacional faz da coisa julgada instituto que possui íntimo liame com o princípio geral da segurança jurídica, que disciplinado em artigo situado no rol de direitos e garantias constitucionais (art. 5º, XXXVI) prescreve que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato perfeito e a coisa julgada”.

Representando uma norma de *status* constitucional, independentemente da fase publicista presente na ciência processual que possa influenciar alterações às regras e institutos do ramo, “o respeito à imutabilidade de uma decisão judicial é relativo não somente às partes a ela vinculadas, mas também à própria função jurisdicional prestada pelo Estado, que depende do respeito à *auctoritas* para validar sua eficácia e legitimidade como poder Estatal¹⁸”.

Neste sentido, os catedráticos Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, apenas numa ótica mais criteriosa, asseveram:

Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do estado democrático de direito¹⁹.

Mancuso imputa ao instituto, nesse aspecto, uma natureza *multifacetada*²⁰, expressão adequada ao passo em que simultâneo ao alcance de *status* de norma constitucional, a coisa julgada se concretiza pelo desenvolvimento de regras com caráter processual, e não obstante, o professor, aqui citado a fim de repisar aquilo que indicamos nos fundamentos da imutabilidade da coisa julgada, ensina que:

Esse largo espectro do tema na seara constitucional tem a ver com os chamados *fundamentos políticos* da coisa julgada, porque, para além do enfoque técnico processual (onde ela aparece como um impeditivo à repositura de causas decididas), a coisa julgada mais se legitima por finalidades metaprocessuais, de prevalente cunho social, como a desejável estabilidade das decisões de mérito; o próprio prestígio da função jurisdicional do Estado perante a população. A pacificação dos conflitos, visto que a lide pendente é um fator desestabilizador e desagregador do tecido social²¹.

Neste esteio, a consideração multifacetada da coisa julgada bem se mostra presente nas interações entre as leis pátrias, o que confere amplo espaço ao valor da segurança jurídica,

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 791.

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 113 e s.

²¹ *Op. Cit.* p. 117.

possibilitando a constatação de que a Constituição serve de documento responsável por prever inicialmente o instituto e sua vitaliciedade no ordenamento, e por sua vez, as legislações infraconstitucionais têm a missão de disciplinar sua matéria, esculpindo suas características essenciais e seus limites, por exemplo²².

Ademais, é inexorável se observar que embora o texto constitucional se refira ao respeito da decisão transitada em julgado apenas por parte do legislador (“a lei não prejudicará...”), não se pode ficar adstrito ao teor supralegal, pois o estudo da letra fria da lei em âmbito constitucional faz-se inviável, de modo que no período pós-positivista a ideia é enxergar por detrás do que se tem escrito, e aqui, por ter força de princípio constitucional, evidencia-se que a busca da previsão foi contemplar a segurança jurídica a ser respeitada por todos, não só o legislador, o que nos remete ao estudo outrora exposto, sobre os efeitos negativos e positivos decorrentes da coisa julgada material em face do juízo que tenda a reapreciar caso já decidido.

Por derradeiro, mas não menos importante, cumpre mostrar que o *status* constitucional, e a previsão da coisa julgada no rol dos direitos fundamentais, não ilustra caráter absoluto e incontestável do instituto²³, e nessa direção pontua José Afonso da Silva²⁴:

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra a atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente como o fez [...], sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.

E nesse ponto vale reiterar o mencionado acima, acerca do fato de que a Constituição é responsável por dar origem ao instituto e prevê-lo vitaliciamente no ordenamento jurídico, é claro, fornecendo por uma interpretação sistemática, alguns critérios para a atribuição do instituto, no mais, cabe às legislações infraconstitucionais deliberarem sobre sua estrutura e características essenciais, devendo apenas retesarem-se quando diante da possibilidade de ferir o que constitucionalmente se assegura.

Em síntese, a coisa julgada não tem caráter absoluto por ser direito fundamental, podendo a legislação infra, relativizar a incidência do instituto, pois é dela a responsabilidade, respeitando os critérios constitucionais de compatibilização da matéria com os demais princípios do devido processo legal, de conferir as suas regulamentações técnicas, dando corpo e forma ao instituto, não podendo jamais atacá-lo diretamente no caso concreto, nem

²² ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36/38.

²³ Veja, por exemplo, as possibilidades de relativização da coisa julgada nas ações rescisória e de revisão criminal.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.437.

tampouco poderão fazê-lo os demais órgãos funcionais do Estado sem previsão legal que legitime o ato.

3.2 A Previsão Infraconstitucional da Coisa Julgada

Como cediço, cabe à legislação infraconstitucional disciplinar a coisa julgada em seus mais detalhados aspectos, e dessa forma o instituto vem sendo realizado em normas desse caráter.

Um primeiro tratamento da matéria, previsto na alhures citada norma do artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42), por não deter caráter de norma processual, se preocupou apenas em determinar os limites temporais da coisa julgada e a impossibilidade de que a lei retroaja e atinja o decisum contemplado pelo feito. No entanto, pela análise legal, o dispositivo se restringiu à definição da coisa julgada formal, na qual há a preclusão temporal de recorribilidade, não se dedicando ao ensino da coisa julgada material²⁵.

Ficou a cargo da legislação estritamente processual, seja ele, o Código de Processo Civil, o tratamento minucioso necessário para a configuração das inúmeras faces da coisa julgada, ao qual, não se limitando à mera previsão das regras basilares de operacionalização do instituto, procurou defini-lo em sua vertente material.

De acordo com o diploma processual já revogado de 1.973 (art. 467), denominava-se “coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A previsão se mostrava em notável contradição ao recepcionado amplamente pela ciência jurídica nacional, e em idêntica posição assevera Zufelato que no país onde a acolhida da teoria de Liebman pela ciência jurídica foi ampla, sobretudo por Alfredo Buzaid, “é imediata a associação da noção do instituto com a teoria da eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada; ou pelo menos assim se esperaria”²⁶.

Impende salientar que o equívoco evidenciado no dispositivo que anteriormente ensinava a coisa julgada não foi do autor da redação original, de modo que o próprio, como atenta Zufelato, declarou adotar a teoria de Liebman na definição do texto, e inclusive se lia isso da proposta feita por Buzaid²⁷.

E da inteligência do artigo em estudo, vislumbrava-se que confundindo a eficácia e autoridade da sentença, o código de processo não contemplava a teoria de Liebman, e a

²⁵ ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

²⁶ Op. Cit.

²⁷ Ibid.

propósito, pode-se dizer que sequer definia a coisa julgada material, mas antes a coisa julgada formal²⁸.

Em 2.015 fora promulgada a lei n. 13.105, o novo código de processo civil, documento responsável por proporcionar diversas inovações ao ordenamento jurídico processual brasileiro em inúmeros aspectos, dentre eles, substancialmente sobre a coisa julgada.

A novel ordem processual imputou ao instituto definição distinta daquela de 1.973, dessa vez, dispondo em seu art. 502: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Além de dispor propriamente sobre a coisa julgada material ao escrever que a imutabilidade recai sobre a “decisão de mérito”, o texto contempla a tão estimada e contributiva distinção realizada por Liebman sobre a eficácia e autoridade da sentença ao dizer que coisa julgada material é a “autoridade” que torna imutável e indiscutível o *decisum*, satisfazendo enfim, a pretensão outrora quista por Buzaid no dispositivo original do código anterior.

Destarte, o legislativo, artista determinante das prescrições legais, pontualmente aprimorou o instituto nos conformes científicos mais adequados, pois hoje pode-se afirmar que o dispositivo dedicado à matéria realmente se presta a ensina-la.

4 O FUNDAMENTO DA IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL

Bem se sabe que independente de qual for o período histórico de seu estudo, todo processo judicial tem como mola propulsora a intenção de se ver satisfeita a pretensão do postulante, seja ele particular ou mesmo ente público.

Para tanto, é necessário suportar os procedimentos das diversas fases processuais, todas elas logicamente idealizadas para que a atividade jurisdicional prestada pelo Estado se desenvolva com vistas à pacificação social.

Esse objetivo é perseguido através das características inerentes ao processo, especificamente quanto à sua instrumentalidade e seu caráter de substitutividade, os quais se voltam, em regra, à solução de controvérsias exurgidas na sociedade.

Sabe-se que o ato pelo qual se dá a exteriorização da solução advinda pela apreciação jurisdicional é a sentença, pronunciamento judicial eficaz que, observados seus requisitos e circunstâncias, vencido o lastro temporal para alcançar o trânsito em julgado, é revestido de uma autoridade intitulada de coisa julgada.

²⁸ *Op. Cit.* p. 39.

A coisa julgada, como já evidenciamos, é instituto que faz tornar a solução do litígio definitiva, tendo por escopo a obtenção da estabilidade da relação social conflituosa para a contribuição do alcance à paz social, revestindo a matéria julgada de um pálio impeditivo a qualquer outra tentativa de reapreciação.

Não se trata, portanto, de instituto puramente jurídico, pois seus objetivos transcendem este campo no tocante à sua finalidade de estabilização social, de modo que um dos fundamentos que legitimam a existência da coisa julgada, e se sobrepõe aos demais, é a sua natureza político-social.

Desse modo, ainda que se identifique forte influência de fundamentos jurídicos na imutabilidade que acomete o *decisum*, a razão de tanto não se limita a meras elucubrações normativas, como mencionado, haja vista o fato de a matéria possuir afinco na veemente necessidade de atender as exigências de convivência social, o que no caso em discussão, seria a finitude dos litígios.

De igual modo, Eduardo Couture²⁹ pontua ser “a coisa julgada, em resumo, uma exigência política, e não propriamente jurídica”, afirmando, em síntese, que “não é de razão natural, mas sim de exigência prática”.

Resta evidente, por conseguinte, a finalidade prática e, portanto, política, da coisa julgada, pois essa característica – de imutabilidade – foi instituída em razão à oportunidade e utilidade à sociedade, de modo que ao impor limite às discussões porventura existentes acerca daquela decisão de mérito já existente³⁰, busca evitar a perpetuação do conflito social sobre o tema.

Ademais, primando-se pela necessidade de certeza do direito, ensina Guerra Filho³¹, que “a coisa julgada aparece como artifício ou mecanismo de que se vale o ordenamento jurídico para implementar o convencimento e a certeza sobre a existência ou não de um direito ou qualquer outra situação jurídica” e por essa razão, há de exercer, assim, um “papel ideológico de legitimação desse mesmo ordenamento e de garantia de sua manutenção, pois evita o confronto de indivíduos entre si e com o próprio ordenamento”, findando na conclusão de tratar-se, de um conceito operativo, indissociável, portanto, daquele outro a que se reporta, o de sentença.

²⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de SOUZA, Rubens Gomes de. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 332.

³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 907.

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. In: *Revista de Processo*, ano 15, n. 58, p. 244-247, 246, abr./jun. 1990.

4.1 Ponderações Pertinentes à Imutabilidade da Coisa Julgada

Ainda, impende comentar, no escopo de pôr fim ao litígio, a correspondência direta que há entre a tutela jurisdicional dos direitos, sentença de mérito, e autoridade do julgado³², pois, “a partir da judicialização de um conflito, será a sentença o instrumento pelo qual a tutela jurisdicional estatal aplicará a lei ao caso concreto, e a esse comando estatal será agregada a coisa julgada material³³”, a fazer tornar-se indiscutível o conteúdo da decisão.

Veja, a sentença de mérito é aquela que dá resposta às situações fáticas submetidas a uma das tutelas jurisdicionais prestadas pelo Estado, a qual, e tão somente a ela, recairá a autoridade do julgado, de forma a tornar imutável essa decisão, visto se tratar da única medida que cumpriu o provimento requerido, e da premente necessidade de pôr termo ao conflito que exsurgiu da sociedade.

Zufelato³⁴ ensina em sua obra sobre a coisa julgada coletiva, que para a concretização do fim a que se dispõe o instituto, este haverá sempre de suportar uma tensão bipolar entre a segurança jurídica, consequência natural pela estabilização da lide, e a justiça das decisões, elemento contido nas sentenças de mérito com vistas a evitar que uma decisão injusta se eternize. Vê-se, ainda pela lição do catedrático, que essa tensão bipolar é suportada em momentos distintos, o que faz a apreciação do estudo ser mais simples, sendo que até o momento do trânsito em julgado, ou seja, no proceder das diversas fases processuais, prevalece a justiça, e depois dele, a certeza, qualidade que guarda afinidade com a segurança jurídica, visto que “a escolha do primeiro em detrimento do segundo representa a própria razão de ser da coisa julgada³⁵”.

Entre juízo de justiça e certeza, há muito não pairam mais os devaneios acerca da certeza proveniente da sentença de mérito com a verdade dos fatos. Portanto, não seria correto dizer que o julgado torna o juízo de verossimilhança em juízo de verdade, de modo que o julgamento recaia sobre as relações jurídicas, não sobre os fatos que a originaram, visto que os fatos, mesmo após a decisão, permanecem como estavam³⁶, e, fazendo-se imprescindível citar, *ipsis litteris*, Calamendrei ensina que:

La cosa giudicata non crea né una presunzione né una finzione di verità: La cosa giudicata crea soltanto la irrevocabilità giuridica del comando, senza prendersi cura di distinguere se le premesse psicologiche da cui questo comando è nato siano premesse di verità, o solo di verosimiglianza³⁷.

³² MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*. 2ªed. Torino: UTET, 2002. p. 7.

³³ ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

³⁴ Op. Cit.

³⁵ Op. Cit.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: *Revista di Diritto Processuale*, v. X, parte I, p. 164-192, 167, 1995.

³⁷ Op. Cit.

Em sendo de mérito, o pronunciamento judicial decisório que põe termo ao conflito social, calcado em sólido conjunto probatório, e fundado em alto grau de certeza do julgador, tem a mesma força vinculativa e imutável que o *decisum* esculpido por precários elementos probantes³⁸.

Ainda sobre os elementos probatórios para pronunciamento judicial contemplado pela autoridade da coisa julgada, impende fazer considerações ao ensinamento sobre as espécies de cognição para a resolução de conflito, especialmente quanto à cognição sumária, visto que diante da cognição exauriente já se tem pacificado entendimento sobre o fato de se tratar de situação em que o juízo detém profundo conhecimento para a prolação de sentença, o que reveste tranquilamente o *decisum*, da autoridade da coisa julgada, sendo proveitoso, portanto, a abordagem da categoria de cognição criada pela doutrina acerca da cognição sumária, a qual é classificada em duas³⁹, sejam elas: a “horizontal” e a “vertical”.

Antes, veja, cumpre salientar que se chama sumária essa espécie de cognição por não haver um exame completo, ou profundo da situação conflituosa.

A cognição horizontalmente sumária se refere à extensão da matéria cognoscível sujeita ao juízo, ou seja, o quanto de toda a situação conflituosa será objeto de exame judicial. A essa hipótese, se atribui qualidade de cognição *parcial*, pois ela fornece apenas parte ou matéria envolvida no conflito para ser discutida no processo, opondo-se, conseqüentemente, à cognição *total*, que se dá sobre a integralidade do conflito a ser dirimido⁴⁰.

Distintamente, pela cognição verticalmente sumária, se vê diminuída a profundidade, a intensidade do exame judicial, e não a quantidade, como na horizontal, fazendo-se imputar a esta, a qualidade de cognição *superficial* ou *sumária em sentido estrito*, de modo que a investigação realizada pelo juízo se calca em mera plausibilidade, verossimilhança ou aparência do direito, contrapondo-se à cognição *exauriente*⁴¹.

Exposto que a primeira cognição sumária tem como precípua característica o fato de que é parcial, ou seja, analisa-se o conflito, apenas não em sua integralidade, restringindo-se a partes ou matéria correlacionada, e a segunda, em que se faz análise superficial do feito, conclui-se que aquela se reveste do pálio da coisa julgada, visto que há “limitação no tocante à amplitude, mas ilimitação quanto à profundidade⁴²”, porquanto, fazem coisa julgada material⁴³.

³⁸ ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 28.

³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57.

⁴⁰ *Op. Cit.*

⁴¹ *Op. Cit.*

⁴² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 88.

⁴³ Segundo lição de Eduardo Talamini, tem-se como exemplo a ação possessória, pois a cognição é parcial,

Ademais, sabe-se que compondo o processo há procedimentos que oportunizam as partes alegarem e comprovarem o que lhes de interessante for, a fim de corroborar o pretendido, demonstrar inverdade da pretensão alheia, ou, de igual modo, mesmo legítima a pretensão, que de todo não está correta, por motivos diversos.

Assim, superada a fase probatória, ou mesmo suprimida pelo não cumprimento do ônus que incumbe a cada parte⁴⁴, cabe ao julgador, definitivamente, decidir o conflito social, vez em que o fazendo, alcançado determinado lastro temporal, torna o julgado imutável e vinculante às partes na ótica processual, realizando o fundamento sociopolítico – predominante do instituto da coisa julgada –, que se reveste das intenções de impossibilitar a rediscussão de relação social que já se encontra estável, e porventura nova decisão distinta daquela apta a dirimir o conflito outrora existente.

É dessa ocasião que se afirma pragmaticamente a função dúplice da coisa julgada pautada no fundamento político-social de ver findado e estabilizado o conflito outrora existente, pois obsta que a mesma relação jurídica, imunizada pela autoridade do julgado, seja discutida novamente em juízo (*função negativa*), e, igualmente, mune as partes de decisão cuja utilidade se presta a servir de mecanismo coercitivo, obrigando o juízo proceder à extinção do processo, se idêntico a outro de mérito já apreciado (*função positiva*)⁴⁵.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizado o estudo propedêutico sobre a coisa julgada, a se identificar o objeto de sua incidência, o momento em que se aperfeiçoa, a distinção entre suas espécies, além de apreciar a discussão acerca da sua natureza jurídica em face da sentença, fez-se os apontamentos atinentes à sua posituação no ordenamento jurídico nacional, onde, neste esteio, ponderamos sobre sua base e importância constitucional para, em momento subsequente, tecer, ainda que de forma sucinta, comentários sobre sua previsão infraconstitucional, a findar com as considerações acerca do fundamento da imutabilidade inerente à coisa julgada.

Alcançado o objeto ao qual se volta a precípua atenção nesta empreitada acadêmica,

uma vez que adstrita, em regra, à disputa possessória, de modo a excluir as questões dominiais e, suportando investigação aprofundada, terá presente o uso de cognição exauriente, contudo é considerada cognição sumária horizontal por haver a possibilidade, em momento posterior, de se discutir matéria relativa à mesma situação conflituosa, mas dessa vez, voltada a propriedade do bem objeto de disputa. Veja, a cognição sumária horizontal ocorreu, pois na primeira ocasião, em que poderia ter sido dirimido toda situação conflituosa, as partes trouxeram apenas certa matéria ao processo, mas não sua integralidade. (vide: TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58)

⁴⁴ O exposto sobre a coisa julgada pelo não cumprimento do ônus probatório, é genérico, ao passo que a extensão deste ensino a outros tipos de processo depende de norma expressa a respeito.

⁴⁵ ZUFELATO, Camilo. *Coisa Julgada Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

foi de salutar importância justificar seu estudo, a concluir que, a coisa julgada, resultado da série de procedimentos suportados pelas diversas fases processuais, tem como interesse central, o imperioso fundamento político-social, que corresponde à intenção pragmática da coisa julgada, que por sua vez representa a extensão de sua utilidade não apenas à estabilização jurídica da lide (fundamento jurídico), mas antes, à uma estabilização social (fundamento político-social), que não se limita a meras elucubrações normativas, como mencionado, haja vista o fato de a matéria possuir afincamento na veemente necessidade de atender as exigências de convivência social, o que no caso em discussão, seria a finitude dos litígios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In: *Revista di Diritto Processuale*, v. X, parte I, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual civil**. Tradução de SOUZA, Rubens Gomes de. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Reflexões a Respeito da Natureza da Coisa Julgada como Problema Filosófico**. In: *Revista de Processo*, ano 15, n. 58, abr./jun. 1990.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada** (com novas notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pelegrini Grinover). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MENCHINI, Sergio. *Il Giudicato Civile*. 2ªed. Torino: UTET, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Método, 2014.

- _____. **Manual de Direito Processual Civil**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TESHEINER, José Maria da Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- ZUFELATO, Camilo. **Coisa Julgada Coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS QUE TENHAM POR OBJETO REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO DETENTOR DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA

Rojúnior Pereira MARQUES
Vinícius José Corrêa GONÇALVES¹

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a possibilidade ou não do emprego da mediação pré-processual nos conflitos individuais trabalhistas, especialmente nas questões que envolvam a reintegração de empregado titular de estabilidade provisória. Assim, foram examinadas as principais características da mediação, como vem sendo aplicada no âmbito trabalhista, as novidades legislativas sobre este equivalente jurisdicional, dando um maior enfoque na resolução nº 174/16 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Por conseguinte, foram exploradas as principais formas de garantia de emprego e os obstáculos para a sua efetivação, bem como a possibilidade do uso da mediação como um possível instrumento hábil a resolver tais entraves, estabelecendo um eventual procedimento a ser seguido quando da implementação da mediação pré-processual. Por fim, concluiu-se que utilizando tal instituto, não há que se falar em renúncia de direitos trabalhistas, mas em efetivação do princípio da continuidade da relação de emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Possibilidade de aplicação da mediação pré-processual. Conflitos que envolvam empregados detentores de estabilidade provisória. Mudança de paradigmas. Princípio da proteção e da continuidade da relação empregatícia.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate whether or not the use of pre-trial discovery in individual labor disputes mediation, especially in matters involving employee reintegration holder provisional stability. So, this research examine the main features of mediation, applied in the Labor Justice, considering the new legislation about this judicial equivalent, giving a greater focus on resolution No. 174/16 of the Supreme Council of Justice Labor. Therefore, were explored the main forms of guarantees of employment and the obstacles to your execution, as well as the possibility of the use of mediation as a possible instrument able to solve such barriers, establishing a procedure to be followed when implementing mediation pre-trial discovery. Finally, it was concluded that using such Institute, there is no need to talk about renounce of labor rights, but in effect the principle of continuity of the employment

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Área de Concentração: Função Social no Direito Constitucional; Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça nas Constituições). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito; 2009-2011). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina, com formação para o magistério superior (2008-2010). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2003-2007). Professor de Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional e Direito Processual Civil na Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP (FAESO). Professor de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil e Jurisdição Constitucional pela Faculdade Sul Brasil (FASUL) e pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (ESA/SP, subseção de Ourinhos/SP). Autor do livro "Tribunais Multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos". Editor da revista Hórus (área: Direito; ISSN: 1679-9267). Chefe de Seção Judiciário (Oficial Maior) na Primeira Vara Criminal da Comarca de Ourinhos/SP. Principais áreas de atuação: Direito Processual (Civil e Penal), Direito Constitucional, Administração da Justiça e Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (Alternative Dispute Resolution [ADR's]).

relationship.

KEY-WORDS: Possibility of application of pre-trial discovery mediation. Conflicts involving employees holding temporary stability. Change of paradigms. Principle of protection and of continuity of the employment relationship.

1 INTRODUÇÃO

Foi por intermédio do Poder Judiciário que se firmou a jurisdição como a principal forma de solver os litígios e promover a pacificação social. Contudo, existem entraves que vêm comprometendo a efetivação da adequada prestação jurisdicional. Com o propósito de superar alguns desses obstáculos, neste cenário, a utilização dos meios alternativos para a resolução de conflitos assume um papel preponderante. Inicialmente, objetiva-se demonstrar as formas existentes de resolução de conflitos, dando uma maior ênfase na mediação e na conciliação, na qualidade de meios autocompositivos e examinar, dentre eles, quais são e como são aplicáveis atualmente ao direito do trabalho brasileiro.

A fim de evidenciar a evolução da normatização dessa temática, apontou-se as novidades legislativas sobre a conciliação e a mediação, bem como suas principais nuances e aplicabilidade no âmbito trabalhista. Dentre estas, destacou-se a nova sistemática introduzida pela resolução nº 174, editada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, na qual se demonstrou a existência de uma forte relutância em aplicar a mediação pré-processual nos conflitos individuais na seara trabalhista.

Procurou-se explicar o regime da garantia provisória de emprego, os seus principais detentores e estabeleceu as suas principais características. Explorou-se os obstáculos existentes para a efetivação deste instituto, expondo que a dificuldade em promover a devida fluidez dos processos submetidos à apreciação do Judiciário, bem como a intensificação do atrito existente entre as partes, provocado pelo processo judicial, são as barreiras que acabam impedindo a efetivação da reintegração do empregado detentor de estabilidade provisória.

Demostrou-se a necessidade de quebrar os paradigmas para obtenção de resultados diferentes e, ainda, que a mediação pré-processual é o meio mais hábil a solver todos estes problemas, promovendo a efetivação do direito à reintegração do empregado detentor de estabilidade. Por fim, indicou-se um possível procedimento a ser adotado quando da realização da mediação pré-processual nestas espécies de conflitos individuais trabalhistas, utilizando modelos práticos que já estão sedimentados e vem atingindo êxito.

No que toca ao método científico adotado no presente trabalho, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, pois se chegou à conclusão do presente artigo através de

combinações de observações cuidadosas, que partiram de premissas hipotéticas, visando construir e testar uma possível resposta ou solução para o problema proposto.

2 ANÁLISE DAS FORMAS DE SOLUÇÕES DOS CONFLITOS

A vida em sociedade faz surgir múltiplas relações, que podem ser pacíficas ou contenciosas, sendo que tanto estas como aquelas, muitas vezes, podem ser dirimidas unilateral ou conjuntamente pelas próprias partes e, até mesmo, por terceiros. Tomando como base tão somente as relações litigiosas, pode-se estabelecer como vias aptas a resolução destas a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

Inicialmente, no que tange à autotutela, esta pode ser definida como meio de defesa direto, ou seja, realizado pelo próprio requerente, de forma unilateral, contra a parte contrária para salvaguardar o bem da vida por si desejado, como exemplo, no direito brasileiro mais especificamente na seara trabalhista, tem-se a greve.²

Por conseguinte, a heterocomposição ocorre pela interveniência de um terceiro diferente e equidistante das partes envolvidas no litígio. Tal medida ocorre através da jurisdição ou da arbitragem, sendo que esta última pode ser estabelecida pela eleição de um terceiro ou pelas próprias partes envolvidas, a fim de alcançar a resolução da controvérsia, já a jurisdição ocorre por intermédio do Estado Juiz e pode se dar de forma contenciosa ou voluntária.

Por fim, temos os meios autocompositivos, em que as próprias partes envolvidas, de comum acordo, chegam por si mesmas a aquietação do conflito. Essa medida pode ocorrer de forma unilateral ou bilateral, sendo que aquela se verifica quando o ato pacificador depender exclusivamente de uma das partes para ser concretizado, como ocorre na renúncia, desistência e reconhecimento jurídico do pedido.³

Já no que diz respeito a autocomposição bilateral, esta se realiza quando as próprias partes, de comum acordo, põe fim no objeto da contenda, seja por meio de um terceiro facilitador e imparcial que não propõem alternativas, mas conduz as partes a chegarem a uma solução se utilizando, neste caso, da mediação⁴ ou, de maneira diversa, contando com a ajuda, também, de um terceiro, que ao invés de ser tão somente facilitador, opera ativamente, propondo soluções as partes envolvidas a entabulação de um acordo por intermédio da

² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 814.

³ Cf., TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008. p. 54.

⁴ Cf., NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 6 – 7.

conciliação.⁵

2.1 Mediação e Conciliação

Conforme o exposto acima, a mediação e a conciliação são meios autocompositivos bilaterais, cuja função precípua é a pacificação do conflito e o reestabelecimento da harmonia entre as partes por intermédio de um terceiro facilitador e imparcial, sendo estas, portanto, as características que os assemelham.

A mediação é um método que tem por enfoque reestabelecer o diálogo construtivo, de forma a proporcionar as partes, inclusive o mediador, um equilíbrio no sentido de poderem apresentar o motivo que os levou aquele embate, estabelecer a causa do conflito, criar um canal de comunicação para que ambas as partes se escutem e apontem elas próprias o melhor solução do problema. Já a conciliação é um modelo centralizado na tabulação do acordo, muito aplicada pelo Poder Judiciário, em que o conciliador possui uma posição mais hierarquizada em relação as partes, pois, como já mencionado, atua ativamente tomando as iniciativas.⁶

Não obstante a doutrina trazer o conceito e as diferenças de tais institutos, é importante destacar que o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), também os distingue por intermédio do art.165 §§2º e 3º. Assim, conforme estabelece o mencionado código, pode-se diferenciar os mencionados institutos sistematizando as seguintes peculiaridades:

O conciliador tem uma posição mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica de conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito⁷.

Em síntese, portanto, distinguem-se pelo fato de que enquanto o conciliador atua mais ativamente e é recomendado para os casos em que não haja relação anterior entre as partes, o mediador opera como uma facilitador das tratativas e é indicado nos conflitos em

⁵ TARTUCE, Fernanda. *Op. cit.* p. 59

⁶ Cf., VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 35 – 39.

⁷ DIDIE JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 276.

que as partes já possuem uma relação estabelecida anteriormente.

3 FORMAS ATUAIS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO ÂMBITO TRABALHISTA

A conciliação e a mediação também estão presentes na seara trabalhista, sendo que a própria Consolidação das Leis do Trabalho as positiva, bem como são regulamentadas por portarias e materializadas, ou seja, colocados em prática, por intermédio do próprio Juiz, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, ou, até mesmo, pelos particulares.

Inicialmente, no que tange a mediação “no Brasil é exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego por intermédio dos delegados ou inspetores do trabalho, que, atuando como mediadores na *mesa-redonda*, tentam acordos entre as partes conflitantes”⁸.

Tal medida ocorre tão somente nos conflitos coletivos e, conforme o artigo 616 da Consolidação das Leis do Trabalho, esta mediação seria de natureza compulsória para a solução consensual do conflito sempre que houvesse de um lado dos polos, seja por parte da empresa ou dos sindicatos, que podem ser econômicos ou profissionais, resistência à negociação coletiva. Este entendimento foi corroborado, a época, pelo Tribunal Superior do Trabalho⁹, encontrando-se superado atualmente. A superação deste posicionamento teve por justificativa a não recepção do mencionado dispositivo pela Constituição Federal de 1988. Contudo, não há empecilho para que as partes se submetam voluntariamente a essas tratativas, conforme:

*A compulsoriedade da mediação pelos órgãos internos do Ministério do Trabalho não foi recebida pela Constituição (art. 8º, I, in fine, CF/88). Contudo, permanece, sem dúvida, a possibilidade fático-jurídica da mediação voluntária, quer seja ela escolhida pelas partes coletivas, quer seja, até mesmo, instigada pelos órgãos especializados do referido Ministério (sem poderes punitivos consequentes, é claro, em caso de simples omissão ou recusa por tais partes)*¹⁰.

Quanto à conciliação, encontra-se presente de forma judicial ou extrajudicial, sendo que a primeira verifica-se por intermédio do Estado-Juiz e a segunda pelas Comissões de Conciliação Prévia. No tocante a este último, há quem reconheça a aplicabilidade não só da conciliação, mas também da mediação¹¹, dependendo do método a ser empregado, existe também quem compare a mediação enquanto método voluntário de resolução de conflito com o

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1415.

⁹ OJ-SDC-24. NEGOCIAÇÃO PRÉVIA INSUFICIENTE. REALIZAÇÃO DE MESA REDONDA PERANTE A DRT. ART. 114, § 2º, da CF/1988. VIOLAÇÃO. (Inserida em 25.05.1998 - cancelada - DJ 16.04.2004).

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1517.

¹¹ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo código de processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 605.

utilizado no contexto das referidas comissões.¹²

Ainda dentro dessa temática, deve-se analisar algumas peculiaridades das Comissões de Conciliação Prévia, introduzida ao ordenamento jurídico pela lei 9.958/2000, que acrescentou os arts. 625-A a 625-H da Consolidação das Leis do Trabalho, com o propósito precípua de solucionar conflitos individuais do trabalho, evitando, em princípio, que mais demandas cheguem ao judiciário. No que diz respeito a sua formação, ela será de composição paritária, com representantes tanto dos empregados como dos empregadores, facultativamente instituída no âmbito das “empresas ou grupo de empresas, em sindicatos ou grupo destes (comissão paritária)”¹³.

Uma questão bastante polêmica, que hoje encontra-se pacificada, referia-se ao fato de que uma vez instituídas a Comissões de Conciliação Prévia, as partes estariam obrigadas a submeterem a elas como condição de uma futura ação a ser proposta na Justiça do Trabalho, sob pena de se extinguir o processo sem resolução do mérito. Ocorre que, apesar da expressa disposição contida no art.625-D da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual se estabelece que qualquer demanda trabalhista será submetida à referida comissão, o entendimento que vem prevalecendo tanto da doutrina quanto na jurisprudência (ADIs 2.139/DF e 2.160/DF) é que tal passagem se trata de mera faculdade criada pelo legislador, pois caso contrário estaria impedindo o direito fundamental ao livre acesso ao judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, conduta esta completamente vedada. Assim, a melhor interpretação que se deve fazer frente a tal disposição é enquadrá-la não como uma condição da ação, mas sim mero pressuposto processual, não implicando nenhuma nulidade a sua dispensa pelas partes¹⁴.

Uma questão bastante controversa, dentro desta temática, diz respeito ao alcance e a eficácia liberatória do termo de conciliação pactuado, junto às a Comissões de Conciliação Prévia, quanto aos haveres trabalhistas, na medida que, conforme dispõe o art.625-E, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez pactuado o termo de conciliação este será título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral quanto aos haveres trabalhistas, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvada no título. Ocorre que, vem prevalecendo na jurisprudência, apesar de existir corrente doutrinária em sentido contrário¹⁵, o entendimento de não negar vigência a tal dispositivo, reconhecendo, portanto, a sua aplicabilidade, desde que não haja evidências de vícios ou fraudes, assim, predomina no

¹² LORENTZ, Lutiana Nucur. **Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas: comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem**. São Paulo: LTr, 2002. p. 51.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1518.

¹⁴ *Ibidem*, p. 1521.

¹⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 55.

Tribunal Superior do Trabalho, que o referido termo conciliatório possui natureza de ato jurídico perfeito.¹⁶

Por fim, no que se refere à conciliação judicial, temos que tanto nos conflitos individuais como nos conflitos coletivos submetidos à Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos a conciliação de acordo com o que prescreve o art.764 da Consolidação das Leis do Trabalho. Referida conciliação está arraigada ao procedimento trabalhista, pois estabelece o art. 846, deste mesmo diploma legal, que após a abertura da audiência e antes de apresentada a contestação, o juiz promoverá a primeira tentativa conciliatória e, uma vez frustrada tal investida, promover-se-á, novamente, após as razões finais e antes da sentença, uma última possibilidade de composição. Importante destacar que estas tentativas conciliatórias são de observância imperativa, porém só acarretará à nulidade absoluta da sentença a inobservância desta última proposição conciliatória, suprimindo esta, portanto, a falta da primeira investida.¹⁷

3.1 Panorama atual da Justiça do Trabalho frente as alterações Legislativas da Mediação Extrajudicial e Pré-Processual

Com as dificuldades em promover a devida fluidez na análise dos processos já submetidos a sua apreciação e também com o crescente número de demandas propostas, no decorrer dos anos, perante o Poder Judiciário, esse se acha sobrecarregado de ações em que são postulados direitos a serem, determinados, constituídos ou declarados pelo magistrado, demandando uma prestação jurisdicional rápida que, no entanto, muitas vezes demoram anos a serem reconhecidas.

É nesse contexto que os métodos alternativos para resolução dos conflitos assumem um papel preponderante, com função primordial de descongestionar o Judiciário e proporcionar o direito constitucionalmente tutelado a rápida duração do processo.

Atento a esse problema social, a legislação brasileira teve que passar por algumas modificações. Nesse sentido, é importante estabelecer quais foram as mudanças e suas aplicabilidades no âmbito trabalhista.

Inicialmente, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução nº 125 de novembro de 2010, estabeleceu uma Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses através da conciliação e da mediação, instituindo, dentre outros, a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e dos Centros

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Trabalho - RR: 3135620125040663, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 08/04/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015.

¹⁷ SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**.12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 404.

Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Estabeleceu, ainda, regras aplicáveis aos conciliadores e mediadores, inclusive, de capacitação. Incluiu, por fim, através da Emenda nº 2, de 08.03.16, as Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação. Ocorre que tal resolução teve sua aplicabilidade afastada do âmbito da Justiça do Trabalho, pois de acordo com artigo 18-B caberia Conselho Nacional de Justiça editar uma normativa específica dispondo sobre a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses da Justiça do Trabalho, contudo, cabe observar, que tal resolução ainda não veio a ser editada pelo referido conselho.

Ainda dentro das inovações legislativas, tem-se a mudança efetuada pelo novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que revogando o anterior trouxe diversas mudanças, dentre elas, instituiu uma seção própria (art.165 ao art.175) para tratar especificamente da conciliação e da mediação. Prevê o citado diploma processual a criação de centros judiciais de solução consensual de conflitos pelos tribunais, onde serão realizadas as sessões e audiências de conciliação e mediação por mediadores ou conciliadores previamente cadastrados, aprovados em curso de capacitação realizado por entidades credenciadas, obedecendo a parâmetros curriculares estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Ocorre que tais mudanças também tiveram sua aplicabilidade excluída do campo trabalhista por meio art.14 da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho, instituída pela Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho.

Por fim, houve o surgimento da lei nº 13.140 de 26 de julho de 2015 que inovou o ordenamento jurídico, normatizando a mediação realizada entre particulares e, também, no âmbito da administração pública como meio de resolução de conflito. Instituiu-se, com a referida lei, os princípios aplicáveis ao instituto, a figura do mediador, o procedimento para a sua realização tanto na forma judicial quanto na extrajudicial, a confidencialidade no seu processar e, também, foi regulamentada a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Novamente, sua aplicação não foi estendida à justiça do trabalho, pois o seu artigo 42, parágrafo único, determina que a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

Importante mencionar o fato de quando a mencionada lei de mediação ainda era um projeto (projeto de lei 7.169/14), não era a intenção finalística excluir totalmente a justiça do trabalho da sua aplicabilidade, veja:

As alterações inicialmente previstas nos artigos 3º e 46 do primeiro texto substitutivo ao PL 7.169/14 decorreram da aprovação da emenda nº 5 da CCJ apresentada pelo Dep. Alexandre Malon, cujo objeto era adicionar novo inciso ao §

3º do art.3º, **impossibilitando a submissão de conflito de teor trabalhista à mediação ressalvado os aspectos patrimoniais e os tópicos que admitem transação.** Com efeito, foi extinto o termo *trabalhista* do art. 41 do PL 7.169/14 (art.46 no substitutivo), ao incorporar a emenda 5/2014 de autoria do Deputado Alexandre Malon, conforme sugerido pela ANAMATRA (Associação Nacional do Magistrados Trabalhistas), para quem mediar no âmbito das relações de trabalho seria uma medida que afronta a essência do Direito do Trabalho.

O mesmo Deputado apresentou ainda, em julho de 2014, proposta de Emenda Ativa ao Substitutivo do P.L 7.169/14 (ESB 8), com o objetivo de excluir definitivamente qualquer possibilidade de realização de mediação privada ou obrigatória **quando envolver direito individual do trabalho, especialmente durante a vigência do contrato de trabalho.**

(...)

Nas palavras do Deputado Alexandre Molon, a utilização da Mediação deve ser restrita “ em razão do princípio da irrenunciabilidade que informa a base axiológica e epistemológica de toda a legislação brasileira” (grifo nosso).¹⁸

Isto posto, conclui-se que as referidas novidades legislativas tiveram sua aplicação excluída do âmbito da Justiça do Trabalho, portanto, no que se refere a conciliação e a mediação extraprocessual e pré-processual no âmbito do judiciário nos conflitos individuais trabalhistas, exceto no que tange as Comissões de Conciliação Prévia, não existe base legal que regulamente tal instituto. Em que pese esse vazio normativo, importante observar que tais métodos vêm sendo reiteradamente praticados por nossos tribunais, veja:

Na Justiça do Trabalho, tanto a mediação como a conciliação, tanto judiciais como extrajudiciais, devem ser estimuladas. Alguns Tribunais Regionais do Trabalho já criaram núcleos específicos de resolução consensual de conflitos, sob supervisão de Juízes do Trabalho, com a atuação intensa de conciliadores e mediadores. Esses núcleos tem obtido excelentes resultados com baixo custo.¹⁹

A consequência dessa prática conciliatória, pode-se aferir do último apontamento estatístico sobre a crise do poder judiciário no Brasil realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstrando que das demandas submetidas a apreciação da justiça do trabalho em “média 25,3% das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo. O índice é maior que o dobro do apresentado pela Justiça Estadual, o que pode ser explicado pelo próprio rito processual trabalhista”²⁰ e também pelas práticas conciliatórias realizadas no âmbito dos mencionados núcleos.

3.2 Normatização da Conciliação e da Mediação

Diante do panorama apresentado acima surge a tona a problemática de ser ou não cabível a mediação nos conflitos individuais trabalhistas, perante as peculiaridades das partes envolvidas nesses tipos de conflitos, e qual órgão seria o competente para normatizar a

¹⁸ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Op. cit.*, p. 600 – 601.

¹⁹ SCHIAVI, Mauro. *Op. cit.*, p. 41.

²⁰ Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília, 2016, p. 167. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>> acesso em: 26 de fevereiro de 2017.

matéria.

No que se refere ao seu cabimento nos conflitos individuais, existe, por parte de alguns, uma forte resistência em sua aplicação, justificando tal opinião no fato de:

A mediação não seria possível, pois o empregado não teria mesma capacidade de negociar que dispõe o detentor do capital e nem mesmo o seu sindicato de classe nos conflitos coletivos do trabalho. O trabalhador estaria numa situação presumida hipossuficiência frente ao contratante, o que faz com que recaia sobre a negociação individual a necessidade de controle estatal.²¹

Assim, para os adeptos desse posicionamento, adotar a mediação nos conflitos individuais seria absolutamente impossível tendo em vista que, por ser o empregado a parte mais fraca da relação empregatícia, utilizar tal equivalente jurisdicional acabaria ocorrendo renúncia de direitos trabalhistas.

No que tange a competência para normatizar esse instituto, é importante estabelecer, previamente, alguns acontecimentos pertinentes. Com o intuito de estabelecer diretrizes, colhendo as diversas opiniões sobre esta temática, o Conselho Nacional de Justiça deu o primeiro passo criando um grupo de trabalho, através da Portaria nº 25 de 9 de março de 2016, dispondo em seu artigo 1º que o propósito era criar um grupo de trabalho para elaborar estudos visando à regulamentação da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho, ou seja, caberia ao referido conselho elaborar um ato normativo para reger esse assunto e, dentro dessa temática, sobre a possibilidade ou não de aplicação da mediação e da conciliação pré-processual nos conflitos individuais trabalhistas. Assim, referido Grupo de Trabalho, que teve como presidente Lélío Bentes, ministro do Tribunal Superior do Trabalho, realizou entre os dias 16 a 31 de maio de 2016 uma consulta pública e, no dia 23 de julho de 2016, realizou uma audiência pública de abrangência nacional, com o fim de colher diversas opiniões sobre a referida temática, ouvindo Magistrados, Membros do Ministério Público do Trabalho e do Emprego, Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros.²²

Ocorre que, apesar de todo esse procedimento preparatório, quem realmente normatizou o instituto em comento foi o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que no dia 30 de Setembro de 2016 editou a Resolução nº 174, assim, entendeu o que por ter a Justiça do Trabalho um Conselho próprio caberia a ele tratar sobre tais assuntos e não o Conselho Nacional de Justiça como dispõe o art.18-B da Resolução nº 125 acima retratada.²³

²¹ PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. *Op. cit.*, p. 602 – 603.

²² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82715-audiencia-publica-no-cnj-debate-uso-da-mediacao-na-justica-do-trabalho>> acesso em: 22 de janeiro de 2017.

²³ Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/noticias-lancamento1/-/asset_publisher/ECs3/content/aprovada-resolucao-que-regulamenta-a-conciliacao-na-justica-do-trabalho?redirect=%2F> acesso em: 22 de janeiro de 2017.

3.2.1 Aplicabilidade da mediação e da conciliação no âmbito trabalhista, segundo a resolução nº 174/16 do conselho superior da justiça do trabalho e suas principais nuances

Analisando a Resolução nº 174/16, em um primeiro momento, nota-se que a nova sistemática introduzida se resume, basicamente, na incumbência de cada Tribunal Regional do Trabalho criar um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas, composto por magistrados e servidores ativos no prazo de 180 dias (art. 5º) e a este último promover, com autorização do respectivo Tribunal Regional do Trabalho, a implantação dos Centro(s) Judiciário(s) de Métodos Consensuais de Solução de Disputas que tem como incumbência a realização das sessões de conciliação e mediação (art.5º, inciso V).

Quanto aos conciliadores e mediadores que atuarão junto a estes centros judiciários de solução de conflitos, estes se limitam a magistrados togados e servidores ativos e inativos, ficando vedada a realização por terceiros que não sejam os mencionados (art.6º, § 6º e § 7º).

No tocante as partes que participarão da tentativa conciliatória, além das efetivamente interessadas, será necessário tanto a presença do advogado da reclamante com também a presença física do magistrado em todas as sessões conciliatórias

Por conseguinte, procurando conceituar mediação e conciliação, estabeleceu o artigo primeiro uma definição idêntica para os dois institutos, delimitando-os como meios alternativos de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa, sendo que este terceiro deverá ser necessariamente ou um magistrado ou um servidor público e, neste último caso, desde que este seja supervisionado por aquele, com a atribuição de aproximar, empoderar e orientar os conflitantes na construção de um acordo, quando a lide já estiver instaurada, criando propostas para composição do litígio.

Importante precisar que tanto a conciliação e como a mediação será aplicada independentemente da existência de vínculo anterior entre as partes litigantes, uma vez que nas relações trabalhistas sempre haverá uma relação precedente, pois, segundo o Código de Processo Civil, neste caso, somente se aplicaria a mediação.

Oportuno concluir que ao estabelecer, como momento próprio de execução, serem tais métodos aplicados somente quando o processo já estiver iniciado, compreende-se que não será possível o seu emprego na forma pré-processual e, ainda, não é permitido a aplicação da conciliação e da mediação extraprocessual como aquelas realizadas pelas Câmaras Privadas de Conciliação, Mediação e Arbitragem, reconhecendo com válidos somente os métodos autocompositivos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho conforme se interpreta do artigo 7º, parágrafos 6º e 7º.

Portanto, verifica-se uma forte resistência por parte do Conselho Superior da Justiça do Trabalho em aplicar a mediação, enquanto método autocompositivo para a solução dos conflitos individuais trabalhistas. Desta forma, entendeu o tal conselho que somente existe mediação pré-processual nos conflitos coletivos, mas não nos individuais.

3.2.2 Reflexão sobre a resolução nº 174/16 do conselho superior da justiça do trabalho e a mudança efetiva na política adequada no tratamento dos conflitos trabalhistas

Conforme estabelecido acima, o artigo 7º, parágrafos 6º e 7º da resolução nº 174/16, no que tange a aplicação conciliações e mediações, vige no sentido de restringirem-se basicamente as formas já previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, bem com a possibilidade do uso da mediação pré-processuais nos conflitos coletivos, o que por sinal também já se encontra positivado no diploma trabalhista, excluindo a aplicação das disposições referentes às Câmaras Privadas e as normas atinentes à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual, medidas que, conforme elencado acima, também já não eram aplicadas devido à disposição expressa prevista na instrução normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho.

Conquanto a resolução em comento tenha trazidos diversas benesses ao ordenamento jurídico, inovou muito pouco no que diz respeito aos métodos autocompositivos em si, constatando-se, assim, que ainda prevalece uma forte resistência em modificar este panorama. Um dos motivos de tal objeção se dá, além daqueles mencionados até então, pelo fato um dia ter sido considerado obrigatório submeter os conflitos trabalhistas as Comissões de Conciliação Prévia.²⁴ Contudo, em uma constatação lógica, existe um contrassenso, tendo em vista que o trauma já não existe mais, pois foi eivado de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme elencado acima. No entanto, apesar de ceifada tal obrigatoriedade das do ordenamento jurídico, persiste o reconhecimento da validade do acordo firmado no âmbito das referidas comissões, assim o artigo 7º, parágrafo 6º, ao prever como válida as “conciliações e mediações previstas na Consolidação das Leis do Trabalho”, continua a legitimar os acordos firmados no âmbito dessas comissões como é feito pela jurisprudência dominante.

Portanto, em relação a mediação extraprocessual e pré-processual não houve nenhuma mudança significativa. Entretanto, há que ser consideradas as possibilidades abertas, pela resolução em comento, no seu art. 2º, dispondo que para assegurar de forma adequada a solução das disputas, deve-se levar em conta as peculiaridade e características socioculturais

²⁴ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Op. cit.*, p. 602.

de cada Região, logo, muitas novidades podem ser esperadas de práticas que serão criadas ou que já vêm dando certo e, quando aprimoradas, abrirão novos horizontes.

Um excelente exemplo, a ser seguido, é o projeto-piloto implantado em três regiões na Inglaterra, conforme constatou Michele Pedrosa Paumgarten:

Em 2006 foi implantado projeto-piloto em três regiões da Inglaterra (Newcastle, Londres, e Birmingham) para experimentar a utilização da mediação no tribunal trabalhista em casos de discriminação e assédio ocorridos entre 2006 e 2007, com o objetivo de reduzir a quantidade de processos em tramitação e melhorar as relações entre empregados e empregadores. Considerado bem sucedido, a partir de 1 de outubro de 2010 a mediação judicial passou a ser oferecida as partes nos tribunais do trabalho britânicos, estimada pela *Equality Act 2010*, com a participação voluntária e para resolver questões relacionadas à discriminação e assédio no ambiente de trabalho desde que o vínculo de empregatício ainda existisse. Em 2013 foram publicadas novas regras de processo de trabalho e não há mais restrições da aplicação da mediação apenas aos casos de discriminação ou assédio, pelo contrário, o juiz e as partes decidirão se o seu caso pode ser adequadamente resolvido através da mediação. Mesmo que as partes expressem o desejo de utilizar a mediação, se não for possível devido à limitação de recursos e inadequação da matéria à mediação, as partes serão notificadas pelo tribunal que a mediação não será possível.²⁵

Portanto, apesar do campo objeto da pesquisa utilizado pelos ingleses, quais sejam os casos de discriminação e assédio no ambiente do trabalho, ser muito delicado, principalmente no direito brasileiro, foi um projeto-piloto que ao ser implantado e aprimorado hoje está incorporado a legislação trabalhista da Inglaterra. Assim, para quebrar paradigmas um primeiro passo deve ser dado, como por exemplo os conflitos que tenham por objeto reintegração de empregado detentor de estabilidade provisória.

4 POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA MEDIAÇÃO NOS COFLITOS DE REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO DETENTOR DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA

Tendo a mediação uma das suas funções precípua, além de colocar fim na contenda, a alteração do relacionamento existente entre as partes, com o intuito proporcionar uma melhor e prolongada convivência entre elas, assim, tem-se aqui sua propícia utilização nos conflitos que envolvam empregados detentores de estabilidade provisória.

4.1 Principais formas de Garantia Provisória de Emprego

Para adentrar-se nessa temática é necessário estabelecer o que seria o instituto em comento, assim:

É a vantagem jurídica *de caráter transitório* deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial*, de modo a assegurar a *manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido*, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas,

²⁵ *Ibidem.*, p.608

também, de *estabilidades temporárias* ou *estabilidades provisórias* (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando).²⁶

Dentre os principais empregados detentores de estabilidade provisória e suas essenciais peculiaridades pode sistematizar, inicialmente, o dirigente sindical, que possui previsão legal de proteção temporária de emprego, nos termos do arts. 8º, inciso VIII da Constituição Federal e 543 da Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo tais dispositivos, desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato não pode ser dispensado, salvo se cometer falta grave apurada em inquérito judicial a ser intentado pelo empregador no prazo decadencial de trinta dias contado da data da suspensão do empregado (art. 850 da Consolidação das Leis do Trabalho). Importante estabelecer que só tem direito a tal estabilidade o número de 7 dirigentes e seus respectivos suplentes.

Por conseguinte, tem-se o empregado eleito diretor de cooperativa de consumo é normatizado pelo art. 55 da lei 5.764/71. Tais empregados possuem basicamente as mesmas garantias do dirigente sindical, com a diferença de não serem estendidas as suas proteções aos seus suplentes.

A empregada gestante possui estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto conforme estabelece o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Importante complementar que referido direito será concedido ainda que o estado gravídico se dê durante o prazo do aviso prévio indenizado (art.391-A), estendendo-se, também, às empregadas que forem contratadas por prazo determinado ainda que o empregador desconheça tal situação (súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho).

Os membros eleitos para fazerem parte da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes conservam a sua garantia de emprego, conforme prevê o art. 165 da CLT e o art. 10, II, *a*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, do registro da candidatura até um ano após o término do mandato. Nestes mesmos termos também é a proteção concedida ao empregado participante da Comissões de Conciliação Prévia, conforme o art. 625-B, § 1º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 9.958/2000.

Os Representantes dos Trabalhadores no Conselho Nacional da Previdência Social (art. 3º, § 7º, da Lei nº 8.213/91) e os Representantes dos Trabalhadores Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 3º, § 9º, da Lei nº 8.036/90), ambos possuem um período estável que vai da nomeação até um ano após o término do mandato, tendo como destinatários tanto os membros titulares como os suplentes, com a distinção de que no

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1321

primeiro para que ocorra a devida dispensa é necessário para a comprovação da falta grave um processo judicial, já para o segundo um simples processo sindical.

Por fim temos o empregado que sofreu acidente de trabalho (art. 118 da Lei nº 8.213/91), não sendo permitida a sua dispensa pelo prazo de doze meses após o término auxílio-doença acidentário.

4.2 Fontes e características dos conflitos de reintegração de empregado detentor de estabilidade provisória

No cotidiano laboral podem ocorrer diversas situações imensuráveis e cabe ao empregador tomar todas as providências para o melhor gerenciamento do seu empreendimento. Trata-se do denominado poder de direção e, dentre estas prerrogativas, uma delas é o poder disciplinar que permite a aplicação de penalidades²⁷, que pode se dar na modalidade dispensa do empregado por justa causa ou sem justa causa.

Ocorre que, quando o empregado é demitido por justa causa, o motivo que levou o empregador a tomar tal atitude deve estar expressamente previsto em lei, na medida que o Brasil adotou o sistema taxativo, não podendo os casos de justa causa estarem previstas em outras fontes diferente daquelas²⁸.

Já no caso da dispensa sem justa causa, esta pode se dar de forma imotivada, bastando tão somente que sejam adimplidos os haveres trabalhistas acrescendo uma multa compensatória, note-se:

No Brasil, o órgão encarregado de julgar a dispensa, a Justiça do Trabalho, não está autorizado por lei a anulá-la, salvo nos casos de portadores de estabilidade no emprego. A nossa lei é a Constituição Federal, art. 7º, que prevê indenização reparatória da dispensa e não reintegração no emprego, e art. 10 do Ato das Disposições Transitórias, segundo o qual a reparação consiste na multa do FGTS.²⁹

Contudo, durante o período em que o empregado detém estabilidade provisória, não pode o empregador rescindir o contrato daquele sem justificativa, podendo exclusivamente nos casos previstos na lei ou no contrato de trabalho, atenuando, assim, o poder potestativo do empregador.³⁰

Sucedese que, mesmo dentro do período de estabilidade provisória, muitas vezes o empregador rescinde o contrato de trabalho de forma imotivada. Diante desta situação diversos empregados ingressam com ações trabalhistas pleiteando a sua reintegração ao

²⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 185.

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p.1219.

²⁹ *Ibidem.*, p. 1154

³⁰ BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**.11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p 1096.

serviço.

Diante deste contexto, os conflitos que tenham por objeto garantias temporárias de trabalho, podem ser identificados naqueles segundo os quais o empregado requer para si o seu retorno ao emprego e “aquele a quem poderia satisfazer a sua pretensão não o satisfaz”³¹, ou seja, o empregador. Deve-se levar em conta o fato de “embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte adversaria, infiel ou inimiga”³² e é, por conseguinte, nesse cenário que irá atuar a mediação com o objetivo de pacificar o atrito existente entre as partes, conclui-se:

O conflito, normalmente, é compreendido como algo ruim para a pessoa, para a família e para a sociedade. (...) A mediação propõem a desmistificar essas premissas, possibilitando que o conflito e a contradição sejam vistos como situações próprias das relações humanas, necessárias para o seu aprimoramento. Por ente motivo devem ser tratadas com tranquilidade.³³

Entretanto, não se deve ignorar os protagonistas integrantes da relação conflitante, suas peculiaridades, bem como os princípios que os regem. Assim, apesar das desigualdades no plano fático, o que se busca, por intermédio da mediação, é a criação de um equilíbrio entre empregado e empregador, uma vez que, os mediandos se tornam empoderados a conseguirem alcançar eles próprios a uma decisão que seja justa a ambos.

Como bem elucida Noêmia Aurea Gomes:

(...) a mediação procura empoderar os mediandos para que se sintam competentes para resolver seus problemas com autonomia e independência, compreendendo as diferenças e as necessidades do outro, no momento presente.

(...)

O conflito paralisa; a mediação propõe o retorno ao protagonismo, à autodeterminação num processo dinâmico, no qual as diferenças e as dificuldades são integradas às possibilidades e aos pontos em comum, buscando-se uma solução possível.³⁴

Ainda assim, caso persista, diante do caso concreto, um desequilíbrio a ponto da parte estar sendo prejudicada, renunciando direitos trabalhistas ou, até mesmo, sendo coagida, deve o advogado intervir no processar da mediação e tomar as devidas medidas cabíveis, pois é conhecedor do ordenamento jurídico e possui vivência prática, sabendo distinguir as circunstâncias que estão a ocorrer, sendo este o momento adequado para que o advogado assumo o seu papel de protagonista.

4.3 obstáculos para a efetivação do instituto da reintegração do empregado detentor de

³¹ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO C. R. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2014. p. 38.

³² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 19.

³³ SALLES, Lília de Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 25.

³⁴ GOMES, Noêmia Aurea et al. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. Claudia F. Gronsman, Helena G. Mandelbaum. 1. ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. p. 182.

estabilidade provisória de emprego e a mediação como meio apto a solver tais empecilhos

A finalidade precípua desse instituto é preservar o empregado em seu serviço, garantindo ao mesmo, no exercício de alguma representatividade dos interesses da sua categoria, autonomia para que atue com destemor, ou seja, para evitar perseguições que lhe imprima medo da sua dispensa ou em razão de alguma situação peculiar pela qual esteja passando.

Assim, conquanto o propósito deste instituto jurídico seja de grande valia aos empregados mencionados, o mesmo sofre alguns obstáculos para a sua efetivação, dentre eles os que mais se destacam são a morosidade em promover a reintegração do empregado e a animosidade existente entre as partes de modo que muitas das vezes o que realmente ocorre é o recebimento de indenização substitutiva pelo tempo de estabilidade, tendo em vista que não mais é recomendado o retorno ao seu antigo trabalho.

4.3.1 Morosidade em promover a reintegração do empregado detentor de estabilidade provisória

A primeira causa obstativa a sua efetivação é a demora na prestação jurisdicional, pois a maioria das garantias possuem prazo determinado, assim uma vez decorrido o prazo da estabilidade e sobrevindo sentença que ordene tal obrigação de fazer, poderia o empregador discricionariamente rescindir novamente o contrato de trabalho daquele empregado

Ao discutir essa temática, afirma Homero Batista Mateus da Silva:

O critério utilizado pelos arts. 492 e 494 da CLT era de amplo prestígio ao cumprimento da obrigação de fazer – reintegração em primeiro lugar, indenização a critério do juiz – mas as garantias momentâneas de emprego não conseguiram acompanhar esse raciocínio.

O principal obstáculo reside no fato de que, sendo momentâneas, as garantias tendem a ser mais curtas do que a duração do próprio processo trabalhista, um anacronismo com o qual a sociedade aprendeu a conviver, mas que desatende de modo flagrante as aspirações do direito do trabalho.

Foi assim que se desenvolveram diversos estudos e julgados no sentido de que a garantia assegura apenas os salários do período – o que já é uma grande vantagem perto da alta rotatividade de empregos e da liberdade conferida aos empregadores em torno da dispensa sem justa causa. Não se assegura o retorno ao emprego³⁵.

Portanto, a demora do judiciário em promover o retorno do empregado ao seu trabalho, ou seja depois de exaurido o período da garantia temporária, “neste caso, a reintegração deixaria de prevalecer, cabendo apenas o pagamento das verbas contratuais, a título indenizatório, desde a irregular dispensa até o termo final do ‘período estabilitário’”³⁶,

³⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado [livro eletrônico]: contrato de trabalho**. 1. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 243.

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1329.

tornou-se, assim, a indenização substitutiva, que antes era a exceção, hoje a regra.

Neste contexto, apesar da mediação possuir um procedimento próprio, ela se propõem a ser um meio muito mais ágil do que um processo judicial para solver o conflito. Contudo, é importante destacar que esse procedimento é de suma importância na medida que quando se fala em mediação não se visa somente um simples acordo, mas um consenso “justo, fruto de uma boa administração do impasse e não apenas a sua avença para que evite a demanda judicial. O acordo é consequência do diálogo honesto e a mediação instrumento que possibilita essa comunicação”³⁷, assim faz-se de suma importância perquirir todas as suas etapas.

4.3.2 Intensificação da animosidade existente entre as partes

O segundo óbice à concretização do instituto em comento é a animosidade existente entre as partes, pois dentro do lapso temporal de litigiosidade, que vai desde a despedida sem justa causa, passando pelo ajuizamento da ação, até a sentença do juiz que manda reintegrar, gera entre as partes uma adversariedade tamanha que, muitas vezes, acaba por levá-las novamente ao judiciário.

Mauricio Godinho Delgado, a respeito desse assunto, acrescenta que

É evidente que existem situações em que a reintegração não prevalece. A CLT já previa uma delas, tratando do antigo estável: se a reintegração fosse *desaconselhável*, em virtude da incompatibilidade formada entre as partes, caberia sua conversão na respectiva indenização compensatória (art. 496, CLT). Não existe óbice à interpretação analógica desse preceito para casos similares, que envolvam as estabilidades temporárias.³⁸

Dentre os objetivos da mediação se destaca não somente a solução dos conflitos, que ocorre “por meio do diálogo, no qual as partes interagem em busca de um acordo satisfatório para ambas, possibilitando um boa administração da situação vivida”,³⁹ mas, também, a prevenção de conflitos, leia-se:

(...) Já que evita a má administração do problema e procura o *tratamento dos conflitos*, ou seja, durante o processo de mediação, o mediador com sua visão de terceiro imparcial, deve-se aprofundar-se no problema exposto, possibilitando o encontro e a solução real do conflito.

Fala-se em “solução real” porque o fato de dar *ganho de causa* a um parte não significa obrigatoriamente que o conflito esteja resolvido. Muitas vezes resolve-se uma querela judicial e outras dezenas aparecem como consequência disso se da comumente porque o impasse revelado, exposto, não é o real. Pouco adiante resolver o conflito aparente, pois o real continuará a existir. No momento em que o mediador ajuda a solucionar efetivamente a controvérsia existente, ele faz ligações entre as pessoas, cria vínculos que não existiam. Dessa forma, alcança o impasse real e daí

³⁷ SALLES, Lília de Maia de Moraes, *Op. cit.*, p. 27 - 28

³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 1329.

³⁹ SALLES, Lília de Maia de Moraes, *Op. cit.*, p. 27.

passa a prevenir a má administração de outros futuros.⁴⁰

Nesse aspecto, a mediação é fundamental quando do retorno do empregado ao serviço, pois não basta que o Estado-Juiz mande reintegrar, para que o conflito esteja acabado, o mais importante, nestes casos, é o que vem depois da sentença, ou seja, como ficará a situação entre empregado e empregador.

Por isso, tem-se que, nas lides em comento, a mediação será a mais indicada que qualquer outro método, pois se concentra nas causas do conflito e não no conflito em si e nem mesmo nos envolvidas, fazendo com que as partes não esqueçam dos motivos que originaram tal demanda e passem atacar umas às outras. Portanto, a partir do momento em que se isola o conflito e investigar a sua causa é bastante provável que ocorra a pacificação do litígio sem que as partes tenham que promover concessões recíprocas. Diferente da conciliação que, ao contrário, se concentra única e exclusivamente no conflito, deixando de lado as suas causas.⁴¹

Tome como base o seguinte exemplo: um empregada gestante, exímia no seu mister, no segundo mês após a constatação da gravidez e depois de avisar o empregador do seu estado gravídico, vê-se surpreendida por um aviso prévio de dispensa sem justa causa, sendo que o empregador, em um primeiro momento, não quis justificar o porquê de tal prática. Ocorre que o verdadeiro motivo residia no fato de que o tomador de serviços não poderia ficar sem aqueles serviços durante a licença maternidade e, por conseguinte, não queria ficar com duas empregadas na mesma função, desconhecendo o instituto que o autoriza a contratar empregados temporários, o que não vem ao caso. Assim, suponha que a empregada ingresse com uma reclamação trabalhista pleiteando a sua reintegração.

Nesta ilustração, se a conciliação for aplicada o conciliador se concentrará no conflito, qual seja, reintegrar o empregado ou não, e irá promover às partes alternativas para sanar este problema como, por exemplo, que o empregador pague metade do pleiteado a título de indenização e reintegre, entre outras possíveis opções possíveis, de maneira que cada uma das partes vai cedendo um pouquinho até chegar a um acordo que, diga-se de passagem, ocorre todos os dias na justiça do trabalho.

O inverso ocorre na mediação, na qual o mediador, procurando sempre a causa do problema, guia as partes, através de inquirições estratégicas, a fim de encontrar a “raiz” do problema. Assim, neste exemplo, uma vez constatado o real motivo da despedida, e caso o empregador verifique que existia outra maneira de ter agido frente a este problema e que agiu mal, ele próprio ou com orientação do seu advogado chegará junto com a sua empregada a um

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 30.

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 6.

denominador comum.

Percebe-se que, neste caso, as partes se sentem empoderadas ao solverem o litígio, transformando-se, assim, “a visão negativa para a visão positiva dos conflitos e o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes, facilitando a obtenção e o cumprimento do acordo”.⁴²

4.3.3 O porquê da aplicação da mediação e não da conciliação como forma de resolução dos conflitos de reintegração de empregado detentor de estabilidade provisória

O ponto que faz ser a mediação mais indicada para resolver os conflitos que tenham por objeto a reintegração do empregado detentor de estabilidade provisória, além dos mencionados no capítulo anterior, é o fato de a conciliação ser um procedimento mais célere, pois na “(...) maioria dos casos se restringe a apenas uma reunião entre as partes e o conciliador (...)”⁴³, buscando resolver o conflito em si e entregar as partes o que cada uma entende e assim acorda ser seu de direito. Nesta composição não se dá a devida atenção a causa do conflito, completamente oposta a mediação, sendo mais proveitoso nas ações que as partes não possuem relação anterior ao embate e, muito menos, pretendem continuar a possuir vínculo após a sua conclusão.

Cada um dos referidos métodos possui um procedimento próprio composto por diversas fases que, em conformidade com os ensinamentos de Adolfo Braga Neto⁴⁴, podem ser sistematizadas e parafraseadas nos termos seguintes.

No que toca à conciliação apresenta quatro, etapas a saber: a abertura, momento que as partes tomam conhecimento do procedimento e das consequências advindas quando da sua conclusão; os esclarecimentos das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Neste momento, o conciliador irá analisar o posicionamento de ambos os conciliandos, observando as suas opiniões e colher o máximo de informações possíveis para em seguida sugerir caminhos a serem tomados; criação de opções diante das possibilidades trazidas a mesa de tratativas em que serão analisadas as diversas propostas tanto do conciliador, como das partes, com o propósito de chegar a um denominador comum e, por fim, o acordo, em que as partes redigem e assinam o tabulado. É importante observar que este é, às vezes com algumas modificações, o método utilizado, pela sistemática do processo trabalhista, diuturnamente pelos magistrados.

⁴² SALLES, Lília de Maia de Moraes, *Op. cit.*, p. 31.

⁴³ NETO, Adolfo Braga et al. **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65.

⁴⁴ *Id.*, 2008, p. 65.

No que se refere à disposição das fases da mediação, são um pouco mais complexas e, apesar de possuir uma certa divergência quanto as suas respectivas nomenclaturas⁴⁵, o importante é estabelecer o que expressa cada etapa, suas características, compatibilidades com o que estabelece a resolução nº 174/16 do CSJT, e, principalmente, amoldá-la de maneira que faça efetivar o instituto da garantia provisória de emprego, superando os obstáculos retro mencionados, quais sejam, o da animosidade existente entre as partes e a morosidade proporcionada pelo sistema.

5 POSSÍVEIS ETAPAS DO PROCESSAMENTO DA MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL PARA O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS QUE TENHA COMO OBJETO A REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO DETENTOR DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA EM UMA ABORDAGEM PRÁTICA

Conforme elencado acima, o CSJT, como um de seus propósitos, regulamentou a aplicação da mediação no âmbito trabalhista por intermédio da resolução nº 174/16. Assim, pode-se compreender que a referida normativa é a direção a ser seguida pelos operadores do direito quando a matéria versar sobre a autocomposição.

No entanto, em um primeiro contato com a inovação regulamentar, pode-se constatar que foi assegurado somente orientações gerais, cabendo a cada região pormenorizar o devido processamento, diante das suas peculiaridades fáticas, sociais, econômicas, dentre outras, entendimento este que é retirado do art. 2º da resolução nº 174/16.

Contudo, não se sabe ao certo o procedimento pormenorizado pelo qual irá processar a mediação e nem mesmo se esta irá ocorrer no âmbito trabalhista, pelos motivos até então elencados. Portanto, caso um dia venha a ser implantada, a maneira como se irá proceder será a que já está consolidada pela prática, adaptando-se as especificidades trabalhistas.

Como qualquer outro procedimento, a mediação possui etapas que para uns perfaz sete⁴⁶, a saber: 1) Pré-mediação; 2) Investigação; 3) Criação de opções; 4) Escolha das opções; 5) Avaliação da opções; 6) Preparação para o acordo e 7) Acordo propriamente dito e suas assinaturas. Contudo, há quem defenda não ser a pré-mediação um etapa propriamente dita, assim não obrigatória, salvo nos conflitos penais⁴⁷.

Assim, seguindo os ensinamento do professor Adolfo Braga Neto⁴⁸ e fazendo algumas adaptações, eis as possíveis etapas para a abordagem apropriada dos conflitos de reintegração de empregados:

⁴⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p.132.

⁴⁶ Cf. NETO, Adolfo Braga. *Op. cit.*, p. 66.

⁴⁷ Cf. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 129.

⁴⁸ Cf. NETO, Adolfo Braga. *Op. cit.*, p. 66 – 67.

1) Pré-mediação: seguindo os padrões que vêm obtendo êxito, como o realizado no Fórum Regional de Santana, o pré-mediação tem por função proporcionar aos mediandos um primeiro contato com o procedimento, explicando-lhes o instituto da mediação, os princípios que as norteiam, esclarecendo as dúvidas pertinentes que possam surgir, verificar a viabilidade do emprego da mediação naquele caso concreto. Neste caso, tal constatação deve ser feita pelo servidor público mediador juntamente com as partes⁴⁹.

Entretanto, caso o mediador verifique que a animosidade entre as partes é muito grande, poderá solicitar outras sessões, em particular com a parte, a fim de preparar o ambiente ideal para que ocorra a mediação. Sendo que “a preparação é efetuada para que a boa condução desse conflito seja internalizada como responsabilidade de todos os integrantes desse processo colaborativo”.⁵⁰

Uma questão bastante pertinente diz respeito às partes que participarão da pré-mediação, bem como das demais etapas. Quanto ao reclamante (empregado) não há dúvidas, mas quanto ao reclamado é de suma importância que seja o efetivo empregador ou até mesmo o preposto empregado sabedor e entendedor das questões em disputa, com poder de decisão no estabelecimento empresarial e que efetivo contato com o empregado.

2) Investigação: essa etapa é fundamental para que o mediador reestabeleça o diálogo entre as partes e faça com elas tenham confiança, sintam-se capazes de solver esse obstáculo. Este também é o momento oportuno para que o mediador através de perguntas abertas, com o intuito de conduzir as partes, investigue e identifique a causa do conflito, sua profundidade e complexidade, pois é daqui que sairá a solução para as partes.

3) Criação de opções: aqui as próprias partes irão formular alternativas para as causas que levaram-nas a este desacordo, portanto é necessário que sejam despertados nas partes criatividade, disposição e vontade de elaborar opções e reflitam sobre os caminhos formulados pela outra parte. Contudo, caso necessário, esta etapa pode ser prolongada para que as partes possam analisar qual será efetivamente o melhor rumo a ser tomado, visto que “são eles que melhor conhecem seus interesses e necessidades.”

4) Escolha das opções: depois de formuladas as alternativas, cabe agora aos mediandos escolher a melhor alternativa ao caso, isso favorecerá, conforme já elencado, o cumprimento do pactuado, pois faz com que as partes tenham consciência de que escolheram a melhor medida a ser adotada. Nada impede que nas dificuldades que possam surgir o mediador ajude as partes, contudo não deve propor alternativas, mas somente deve servir de

⁴⁹ Cf. GOMES, Noêmia Aurea. *Op. cit.*, p.183,

⁵⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. cit.*, p. 131.

balizador com o intuito de encaminhar as partes a melhor decisão

5) Avaliação das opções: este momento é de suma importância, quando do retorno do empregado ao serviço, vez que é nessa fase que as partes vão projetar para o futuro todas as opções indicadas, imaginando a possibilidade de sua concretização dentro das circunstâncias fáticas que estão inseridas, assim, deverão ser questionadas de que forma tal escolha poderá influir no cotidiano laboral e no convívio das partes uma vez convenionada tal alternativa.

6) Preparação para o acordo: momento em que se confecciona, em conjunto pelas partes, o termo no qual ficou acordado a decisão das partes, este é entregue ao mediador para que esse promova a última etapa.

7) Acordo propriamente dito e suas assinaturas: antes que ocorra a efetiva assinatura, faz-se necessário que seja homologado pelo Estado-Juiz, afim de que o mesmo verifique se não existem vícios na sua formação.

Contudo, ainda que seguido pormenorizadamente tal procedimento, não obtenha êxito a mediação, as partes voltam ao contencioso judicial com muito mais chance de ter sucesso na primeira tentativa conciliatória, feita pelo Juiz do trabalho, bem como o seu cumprimento adequado da decisão de reintegração do empregado ao seu trabalho, “pois com o exercício da autocomposição, os mediandos saem da posição perde e ganha para decidirem sobre o conflito.”⁵¹

5 CONCLUSÃO

Quando o assunto diz respeito à mediação pré-processual nos conflitos individuais, no âmbito trabalhista, muito se fala no princípio da proteção, uma vez que tal princípio tem por escopo substancial a proteção do empregado, procurando promover o equilíbrio contratual, em razão de ser este a parte hipossuficiente da relação empregatícia e, como consequência de tal princípio, verifica-se a indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Assim, mencionadas características inerentes às relações empregatícias servem de base para o posicionamento majoritário de negar aplicabilidade da mediação pré-processual nos conflitos individuais trabalhistas diante das inovações legislativas.

Ainda assim, foi evidenciado que o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho é que o acordo formalizado perante as Comissões de Conciliação Prévia, estando presentes um conciliador laboral e um conciliador patronal, estará assegurado os interesses e direitos dos empregados, isto é, sem a presença do Magistrado ou de um servidor público capacitado para tanto, de modo que, exceto quanto às parcelas

⁵¹ GOMES, Noêmia Aurea. *Op. cit.*, p.183.

expressamente ressalvadas, o termo conciliatório firmado perante tal comissão terá eficácia liberatória geral.

Desse modo, nega-se por meio da resolução nº 174, editada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a aplicação da mediação pré-processual no âmbito do Judiciário, mas se permite a realização de forma extraprocessual pelas comissões. Portanto, em uma interpretação sistemática e teleológica, percebe-se uma verdadeira incoerência existente no sistema.

Percebe-se, ainda, que a mediação, quando aplicada de maneira adequada, nos casos de reintegração de empregados detentores de estabilidade provisória, é a melhor resposta para resolver estes conflitos e, utilizando este método, não há que se falar em renúncia de direitos trabalhistas, tendo em vista que tal recurso tem por objetivo colocar fim ao litígio sem que ocorra sucumbência de uma das partes, ou seja, não há que se falar em concessões recíprocas para concretização do acordo.

Constatado o que até aqui foi discutido, conseguir efetivar o instituto da reintegração de empregado detentor de estabilidade provisória, aplicando a mediação para o alcance desse fim, é o mesmo que por em prática o princípio da continuidade da relação empregatícia e, ao conseguir atingir tal propósito, estar-se-á efetivando um dos maiores escopos do Direito do Trabalho.

6 REFERÊNCIAS

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Trabalho - RR: 3135620125040663, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 08/04/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO C. R. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DIDIE JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82715-audiencia-publica-no-cnj-debate-uso-da-mediacao-na-justica-do-trabalho>> acesso em: 22 de janeiro de 2017.

Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/noticias-lancamento1/-/asset_publisher/ECs3/content/aprovada-resolucao-que-regulamenta-a

conciliacao-na-justica-do-trabalho?redirect=%2F > acesso em: 22 de janeiro de 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GOMES, Noêmia Aurea et al. **Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria**. Claudia F. Gronsman, Helena G. Mandelbaum. 1. ed. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

Justiça em números: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília, 2016, p. 167. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> acesso em: 26 de fevereiro de 2017.

LORENTZ, Lutiana Nucur. **Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas: comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem**. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NETO, Adolfo Braga et al. **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**. GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OJ-SDC-24. NEGOCIAÇÃO PRÉVIA INSUFICIENTE. REALIZAÇÃO DE MESA REDONDA PERANTE A DRT. ART. 114, § 2º, da CF/1988. VIOLAÇÃO. (Inserida em 25.05.1998 - cancelada - DJ 16.04.2004).

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo código de processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 605.

SALLES, Lília de Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de direito processual do trabalho**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado [livro eletrônico]: contrato de trabalho**. 1. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed.
Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROMOÇÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL: UMA ANÁLISE PONTUAL SOBRE OS CEJUSCs NO ESTADO DE SÃO PAULO

Guilherme Belmonte MAZIN¹
Marco Antonio TURATTI JUNIOR²

RESUMO

O presente artigo objetivou fazer uma breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos, perpassando pelos princípios da economia e celeridade processual e acesso à justiça, juntamente com a importância da conciliação, os benefícios da implantação dos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, numa ótica voltada para a constitucionalização do Novo Código de Processo Civil, de forma que garanta às pessoas o efetivo acesso à justiça. Justifica o presente trabalho compreender a satisfação das pessoas que buscam a Justiça por meio da solução de suas lides, tanto pelo meio convencional ou por meios alternativos, mas ambos pautados na noção constitucional e principiológica do direito. A metodologia foi baseada na pesquisa bibliográfica e também na análise de dados dos CEJUSCs do Estado de São Paulo, demonstrando que os meios alternativos de solução de conflitos também aproximam os indivíduos da justiça consensual.

PALAVRAS-CHAVE: conciliação; meios alternativos de justiça; acesso à justiça; CEJUSC.

ABSTRACT

This article does a brief analysis about the alternative ways of conflicts resolutions, passing by the principles of procedural economy and celerity, and the justice access. Furthermore, the importance of conciliation and the benefits of implementation of the "Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs" in a view based on the constitutionalization of the new Civil Procedure Code, trying to guarantee the satisfactory of people who looks for the Justice by the resolution of their conflicts, by the conventional or alternative ways. But both guided by the constitutional notion. The methodology was based on bibliographic research and also in the analysis of CEJUSCs' data at the State of São Paulo, showing that the alternative ways of conflicts resolution approach people to justice.

KEY-WORDS: conciliation; alternative ways of justice; justice access; CEJUSCs.

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos fazem parte do desenvolvimento social. Marx e Engels na primeira frase de seu Manifesto do Partido Comunista já ressaltavam que “A história de todas as sociedades até hoje é a história da luta de classes”. Não tem como não identificar conflitos e lutas sociais

¹ Aluno do 2º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE-SP). E-mail: guilherme.belmonte@gmail.com.

² Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pelo curso de Alta Formação da Universidade de Pisa, na Itália, em 2013. Graduado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná em 2015. É conciliador voluntário da Justiça Especializada Federal de Jacarezinho/PR e profissional do Projeto Educação em Direitos Humanos (SETI/PR, USF, UENP). E-mail: juniorturatti@hotmail.com.

na história da humanidade e na conquista de direitos (SABADELL, 2008). Convivendo em sociedade, é inevitável que surjam divergências e, principalmente pelo fato de que as normas jurídicas, quando não obedecidas, se impõem através do uso da coerção, cabendo ao Estado atuar a lei ao caso concreto, assim, reestabelecendo o equilíbrio (COLUCCI, 2003, p. 181). Essa visão acabou por sobrecarregar o Poder Judiciário, e passou-se a buscar maneiras alternativas para solucionar os conflitos, trazendo o diálogo, a pacificação social e permitindo às partes decidir de forma que ambas fiquem satisfeitas, evitando a judicialização desses conflitos.

A Constituição Federal prevê o acesso à justiça no artigo 5º, XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”. Pode ser chamado também de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação. E como direito fundamental trazido em dispositivo constitucional, isso reflete como uma liberdade pública, assim tendo que ser efetivada pelas atitudes dos poderes no trato com essa questão, bem como sua elevação ao caráter de cláusula pétrea, assim sendo não retroativa ou que possa se extinguir do ordenamento jurídico brasileiro, por vias legais possíveis.

A grande quantidade de ações em curso no judiciário brasileiro, assim como o elevado valor do processo judicial são empecilhos quando se trata de acesso à justiça, e acabam dificultando ou impedindo a solução dos conflitos. Esse fenômeno acaba fazendo com que surjam meios alternativos que cumpram a função de promover a paz e o acesso à justiça. E é aí que o direito como um sistema de harmonização social precisa da cooperação de todos os seus agentes e atores para a concretização de direitos e preceitos constitucionais básicos.

Dentre os meios supracitados, os principais são: a conciliação, a mediação e a arbitragem, que serão abordados no próximo item. Procura-se, assim, não apenas a conclusão formal de um processo ou a solução formal de um litígio, mas como resultado final a pacificação dos conflitos, pois só dessa maneira será efetivada a justiça social, adicionando ao Estado Democrático de Direito uma dimensão social. E também, para ilustrar a boa reputação destes meios no ordenamento jurídico vigente, traz-se ao final exemplos práticos que reverberam tal prática com agilidade, celeridade e preocupação com a aproximação da justiça de quem precisa.

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Um conflito pode ser solucionado por meio da atuação dos próprios litigantes ou através de terceiros que, embora não participem do conflito, interferem ou são chamados a

interferir na solução³. Quando se resolve através dos litigantes estamos diante da autocomposição ou autotutela; quando há participação de terceiros, temos a conciliação, mediação, arbitragem ou processo.

Devido à crise vivida pelo judiciário brasileiro e a dificuldade para que a atividade jurisdicional atender à crescente demanda de conflitos cuja apreciação lhe é submetida, superou-se a representação de que o processo jurisdicional é insuperável e que os métodos informais de solução de conflitos são primitivos, assim, o sistema de solução de conflitos constitui um conjunto de meios e de formas onde o ordenamento jurídico coloca fim às controvérsias em geral. (CORREIA, 2009, p. 9)

A solução dos conflitos pelo judiciário encontra muitos óbices, seja a lentidão⁴ ou o alto custo do processo, enfraquecem o sistema e tornam mais estreito o canal de acesso à justiça. Da lição de Antonio Carlos Marcato, percebemos que:

Direito básico a ser assegurado a qualquer sujeito parcial do processo, a justa e correta distribuição da justiça pressupõe, da parte do Estado, a utilização de instrumento (*rectius*: processo) idôneo e eficiente para a consecução desse objetivo (devido processo legal), mediante o reconhecimento e a satisfação dos legítimos interesses das partes. Por isso mesmo, os obstáculos mais evidentes a serem superados pelo destinatário final da atividade jurisdicional são, imediatamente, o custo e a duração do processo, com efeitos que podem ser devastadores: ora atuam como fator de pressão sobre a parte mais fraca, por vezes compelida a abandoná-lo ou a se sujeitar a acordos muito inferiores àqueles que seriam justos, ora geram resultados que, à luz da vantagem almejada pela parte, são ineficazes ou inócuos (2015).

Entende Dinamarco *et al* (2014, p. 44) que essas e outras dificuldades têm conduzido

³ Morton Deutsch traça fatores que determinam a busca das pessoas em solucionar conflitos e como eles influenciam nestes e na sua integração: “1. As características das partes em conflito (seus valores e motivações; aspirações e objetivos; seus recursos físicos, intelectuais e sociais para travar ou resolver conflitos; suas crenças sobre conflito, incluindo suas concepções estratégicas e táticas, assim por diante); 2. Os relacionamentos prévios de um com o outro (suas concepções, crenças e expectativas sobre o outro, incluindo o que cada um acredita ser a visão do outro sobre si, particularmente o grau de polarização que ocorreu em avaliações como "bom-mau", "confiável-desconfiável); 3. A natureza da questão que dá origem ao conflito (seu âmbito, rigidez, importância emocional, formulação, periodicidade, etc.); 4. O ambiente social em que o conflito ocorre (as facilidades e restrições, os encorajamentos e as retrações que ele gera em relação às diferentes estratégias e táticas de travar ou resolver conflitos, incluindo a natureza das normas sociais e das formas institucionais que o regulamentam); 5. Os expectadores interessados no conflito (seus relacionamentos entre si e com as partes em conflito, seus interesses no conflito e as consequências deste para os espectadores, suas características); 6. A estratégia e a tática empregada pelas partes no conflito (em avaliar e/ou mudar a utilidade, a inutilidade e as probabilidades subjetivas de cada um; e em influenciar as concepções dos outros sobre as próprias utilidades e inutilidades de alguém por meio de táticas que variam em dimensões como legitimidade-ilegitimidade, o uso relativo de incentivos positivos e negativos como promessas e recompensas ou ameaças e punições, liberdade de escolha-coerção, a abertura e veracidade da comunicação e do compartilhamento de informações, o grau de credibilidade, o grau de comprometimento, os tipos de motivos alegados, e assim por diante), e; 7. As consequências do conflito para cada participante e para outras partes interessadas (os ganhos e perdas relacionados à questão imediata em conflito, os precedentes estabelecidos, as mudanças internas nos participantes resultantes de terem entrado em conflito, os efeitos a longo-prazo no relacionamento entre as partes envolvidas, a reputação que cada parte desenvolve aos olhos de vários espectadores interessados)” (2004, p. 30 - 32).

⁴ "Il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa” (CARNELUTTI, p. 354).

os processualistas modernos a buscarem outros meios de solução de conflitos que rompam com o formalismo processual, representando uma pronta solução aos litígios e garantindo celeridade. E assim surgem estes meios alternativos de solução de conflitos, que devem ser encarados criteriosamente, da mesma maneira, que o processo comum, pois estes compreendem na resolução de conflitos mais célere, e mais próxima aos princípios constitucionais do processo civil.

2.1 Conciliação

A conciliação é um meio alternativo de solução de conflitos judiciais, em que uma terceira pessoa neutra, que, sob os princípios básicos da ética e eficiência processual, tentará aproximar os interesses entre as partes do conflito, e buscará que este seja cessado por meio de um acordo benéfico – com ônus e bônus – para ambos. Age como um facilitador de acordo.

“O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não há vínculo anterior entre os envolvidos” (DIDIER JR, 2015, p. 276).

No Brasil, teve-se um claro incentivo da adoção das câmaras de conciliação e mediação pela Resolução n. 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça, fazendo com que essa medida de autocomposição resultasse em uma política pública com mais caráter de celeridade do Judiciário.

Depois com a inauguração do Novo Código de Processo Civil, tem-se no ordenamento jurídico um mandamento mais claro e objetivo sobre essas determinações, a fim de que elas componham de vez os centros de soluções de conflitos.

a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes -direito mais do que legítimo- passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos (YARSHELL, 2009).

Assim, como o trecho acima, encara-se a necessidade de se continuar com questões do poder judiciário com a maestria e técnica dos magistrados e tribunais, mas não se pode fechar os olhos para questões que se podem resolver com meios alternativos, tal qual este

trabalho traz como escopo principal.

2.2 Mediação

A mediação é semelhante à conciliação, através de um terceiro as partes buscam solucionar um conflito. Distingue-se da conciliação, segundo Dinamarco *et al* (2014, p. 47), porque a conciliação busca o acordo e a mediação trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera consequência.

Lis Weingärtner aponta três questionamentos básicos da Mediação, quais sejam:

O primeiro é relativo ao conflito que os levou a solicitar a mediação e se o mesmo pode ser objeto da mediação. O segundo sobre o efetivo interesse das partes em se submeter ao processo. E o terceiro, mais relativo ao papel que cabe ao terceiro imparcial e independente, se refere à escolha do mediador para o caso, podendo recair ou não em profissional que os informou sobre o processo, o pré-mediador. Em sendo positivas as respostas a estas questões, deverão avaliar conjuntamente sobre a conveniência de ser utilizada. No âmbito extrajudicial é apresentada, também nesta etapa, a minuta do contrato de prestação do serviço da mediação, em que estará contemplado o modo em que se realizará. É o momento em que nasce a confiança das partes no processo. A prática freqüente deste momento prévio auxilia e muito na quebra de paradigmas, bem como no início do “desarmamento” das partes para a administração do conflito.

Através de um terceiro imparcial, são realizadas reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas no conflito, estimulando o diálogo cooperativo entre elas e permitindo que através da criatividade, diálogo e construção da solução, as partes voltem ao *status quo* existente antes do conflito de maneira célere e eficiente.

2.3 Arbitragem

A arbitragem é outro mecanismo que pode ser usado na solução de um litígio. Para, Sávio de Figueiredo Teixeira, ela se destaca entre todos os outros meios de solução de conflitos, pelo que se segue: “a eficácia, a aceitação e a tradição da arbitragem, destinada às grandes causas e às causas de grande complexidade, que tem como virtudes a informalidade, o sigilo, a celeridade, a possibilidade do julgamento por equidade e a especialização dos árbitros” (1996, p. 17).

Através dela, um terceiro, escolhido através de um acordo comum entre as partes, soluciona o conflito existente de maneira imparcial, vinculando a vontade daqueles à sua decisão. É importante observar que a arbitragem versa apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A lei Nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 dispõe sobre a arbitragem, seus efeitos, procedimentos, como será executada a sentença arbitral, a comunicação do árbitro com o juiz

através da Carta Arbitral, entre outros fatores.

Por ser mais célere, eficaz e com menos gastos, a arbitragem tem sido uma forma eficaz de superação dos gastos, da morosidade e da burocracia da justiça comum.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil orientou e positivou alguns princípios, que mesmo que constitucionalmente garantidos, foram trazidos novamente para o texto da lei para a sua efetiva e real eficácia e aplicação durante o processo instaurado. O Novo Código também se atentou a garantir que o ordenamento jurídico se baseasse com a nova manifestação constitucionalista do ordenamento jurídico para o direito privado. Aqui uma visão sobre o direito material, válido para essa discussão:

A mudança de atitude também envolve uma certa dose de humildade epistemológica. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado (LÔBO, 1999, p. 100).

De certa forma, o Código de Processo Civil sempre esteve e estará em consonância com a Constituição Federal, pela questão de hierarquia básica de normas dentro do Direito. Mas, o que se encara aqui é um tratamento tanto interpretativo como positivado que garante a real preocupação do instrumento legislativo para com as regras constitucionais, bem como o direito fundamental do acesso à justiça e o devido processo legal.

O acesso à justiça, se mostra também como uma vertente da própria dignidade da pessoa humana apta a receber respaldo e procurar garantias judiciais por meio de um processo eficiente e justo.

“A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte” (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

Assim, demonstra-se que a justiça sempre foi um bem caro dentro do ordenamento jurídico e assim, percebe-se que ela garante outros direitos por meio daquela. A sua não existência, ou a sua falta de acesso, como visto do trecho acima, demonstra que o homem se resta, pois, ao relento do ordenamento, como uma marginalização perante ao sistema. Pela lei que a fundamenta e fortalece a justiça, aquela não pode ser um instrumento, da mesma

maneira, de exclusão do acesso à justiça.

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicidade pelos textos constitucionais em geral, ou de todos assimilados pelos sistemas normativos vigentes. (BANDEIRA DE MELLO. 1993, p.10).

Por isso, e para tanto, deve estar próxima dos princípios constitucionais e das maneiras de efetivá-la de modo correto para a garantia destes no sistema jurídico. O acesso à justiça, portanto, garante uma universalidade de direitos para a população que se concretiza e propaga com sua própria legitimidade.

O acesso à justiça, pois, num enfoque mais amplo, representa exercício da liberdade de expressão, passando o processo a constituir verdadeira via de participação democrática, que obtém realce nos casos de legitimação para a ação popular e para a tutela dos direitos transindividuais. (MARINONI, 1999, p. 66).

Decorrente deste princípio que ocasionará em questões de possíveis obstáculos para se vencer o acesso à justiça, identifica-se outros, tais como a economia processual e a solução da pretensão num prazo razoável, ambos preservando o bom andamento do processo, o contraditório e o devido processo legal.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê no artigo 8º, 1, que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Bem, como o Tratado de Roma no seu artigo 6º, 1, que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

A constituição federal tem grande apreço pelos direitos fundamentais, e também tratados internacionais que assim os reforçam e participam do ordenamento interno para garantir ainda mais direitos e deveres para os indivíduos. Assim, dessa forma, não tem como considerar tais princípios como decorrência constitucional de sua formação e adequação no sistema jurídico brasileiro.

E assim, o Novo Código de Processo Civil se consolida trazendo além de princípios

para constitucionais para a atuação do processo no ordenamento, mas trazendo explicitamente⁵ a possibilidade de meios alternativos, como uma clara demonstração ao apreço à harmonia social e a satisfação pessoal de quem busca o Poder Judiciário.

4. CENTROS JUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA – CEJUSC

Em 29 de Novembro de 2010, através da Resolução de número 125, o Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a política judiciária nacional de solução de conflitos de interesse, incumbido aos órgãos judiciários a tarefa de oferecer meios consensuais de solução de conflitos.

A partir da referida resolução, juntamente com provimento de número 1.892/2011 do Conselho Superior da Magistratura, foram criados os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, unidades do Poder Judiciário que tem como principal objetivo oferecer a conciliação e a mediação aos cidadãos como forma de resolução de seus conflitos, auxiliando os juizados e varas na realização das audiências.

O processo é apenas um dos mecanismos que podem ser utilizados para a solução de um conflito, por isso é necessário que haja um investimento em meios alternativos de pacificação social, principalmente considerando-se que, segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça realizado em 2015, das quase 100 milhões de ações que existem no judiciário brasileiro, o Tribunal de Justiça de São Paulo concentra 26% dos feitos, sendo a maior Corte do país e do mundo. (Relatório “Justiça em Números”. CNJ – 2015)

O Novo Código de Processo Civil prevê que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e que “a conciliação e a mediação e outros

⁵ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1o O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4o A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 8o O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”. (Art. 3º, §§2º e 3º NCPC).

A solução das demandas não deve ser necessariamente incumbência do Estado somente através da jurisdição contenciosa, devemos buscar meios consensuais afim de promover uma solução que não fique presa à esfera jurídica, mas permita aos envolvidos solucionar o conflito também na esfera sociológica, voltando, por exemplo, a conversar ou manter relações jurídicas, garantindo a solução coexistencial (COELHO, 2016, p. 32), e aí se destaca a importância dos CEJUSCs, trazendo ao plano real a efetividade da solução consensual.

Os CEJUSCs são compostos por um juiz coordenador, um servidor chefe de seção judiciário e conciliadores e funcionários capacitados para fornecer ao público um bom atendimento; designados pelo Tribunal de Justiça. Os conciliadores estão submetidos ao Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, presente na Resolução 125/2010 do CNJ, que norteia princípios e garantias da conciliação e mediação, quais sejam: a confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia; trazendo maior segurança aos envolvidos. (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo III – resolução 125/2010. CNJ)

Os conciliadores têm a função de sugerir aos litigantes meios para solucionar os conflitos, esclarecendo os métodos de trabalho empregados, respeitando os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando que cheguem a uma solução voluntária, respeitando a autonomia da vontade de cada um dos envolvidos e garantindo a liberdade para que cada um possa tomar suas próprias decisões.

Cabe ressaltar que os conciliadores estão sujeitos às sanções e responsabilidades, assinando um termo de compromisso no início do exercício, que os submete às orientações, princípio e regras do referido Código de Ética, ficando sujeitos também às causas de impedimento e suspeição aplicadas aos juízes, devendo ser substituídos. O descumprimento das regras e princípios estabelecidos no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais resulta na exclusão do cadastro e no impedimento de atuar nesta função em qualquer outro órgão do judiciário nacional; e só estão aptos para exercer essa função após a capacitação promovida pela Escola Paulista de Magistratura ou outras entidades públicas e privadas que tenham essa função, como por exemplo a UFS - Universidade São Francisco, OAB - ESA – Unidade Centro, IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo, ESMP – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, entre outras. (Ato Normativo Nº 01/2011 – Art.

1º - Núcleo/ Entidades Habilitadas a promover Cursos de Capacitação para Conciliadores e Mediadores – TJSP).

O recorte metodológico de análise deste presente artigo fora o Estado de São Paulo. Para instalação de um CEJUSC é necessário que determinados trâmites sejam seguidos, de acordo com o que prevê o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. É necessário que haja a disponibilização de um espaço físico adequado que se enquadre na estrutura mínima necessária de acordo com o que prevê o Núcleo supracitado. Se necessário, é permitido que sejam formulados convênios para disponibilização de espaço físico, mobiliário ou funcionários, e este deve ser homologado pelo presidente do Núcleo.

Deve ser indicado o servidor que será Chefe de Seção Judiciário do CEJUSC, e deve ser encaminhado ao Núcleo o requerimento solicitando a formal instalação do CEJUSC na Comarca; assim, o Núcleo emitirá um parecer que será encaminhado para a decisão do Conselho Superior da Magistratura, formalizando a implantação do CEJUSC.

O Tribunal de Justiça de São Paulo orienta para que as salas de conciliação sejam agradáveis, com um ambiente calmo, confortável, mesas redondas, cores claras, vasos de flores, quadros com pinturas, de forma que os envolvidos no conflito se sintam dispostos num ambiente agradável, para que consigam alcançar a solução do conflito vencendo a tensão proveniente dele.

Nos CEJUSCs pré-processuais são resolvidos conflitos cíveis em geral e causas de família, como divórcio, pedido de pensão alimentícia, guarda, regulamentação de visitas, entre outras. Se for obtido um acordo, o juiz homologará e terá eficácia de título executivo judicial.

Além da conciliação, o CEJUSC funciona como centro de promoção da cidadania, oferecendo serviços de orientação e encaminhamento para que o cidadão obtenha documentos (identidade, carteira de trabalho, título de eleitor), de psicologia e assistência social, esclarecimento de dúvidas; e ainda pode haver no CEJUSC serviços decorrentes de convênios com a Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, INSS, IMESC, entre outros. (Nota de Esclarecimento – TJSP)

Em junho de 2016, o Tribunal de Justiça de São Paulo contava com 8 CEJUSCs instalados na capital e 158 no interior, totalizando 166 unidades. A meta do TJSP é instalar uma unidade do CEJUSC em cada comarca que possua mais de uma vara instalada, mas a prioridade são as comarcas com mais de 5 varas instaladas.

Pesquisa realizada pelo CNJ em 2015 estima que, só no estado de São Paulo, cerca de 139 mil casos foram realizados com a ajuda de conciliadores e mediadores através dos

CEJUSCs, e cerca de 270 mil processos foram evitados no judiciário brasileiro.

Segundo pesquisas realizadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2015 foram realizadas 122.287 sessões na área pré-processual, com 82.140 conciliações (67% acordos), enquanto na área processual, foram 55.714 acordos em 112.874 sessões efetivadas (49% acordos). (TJSP – Relatório de Atividades NUPEMEC 2015)

Muitas são as vantagens da implantação dos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania, a partir da conciliação, os envolvidos chegam a uma solução boa para ambos sem a imposição de um terceiro, o conflito é solucionado com rapidez e de forma definitiva, sem a possibilidade de recursos e sem quaisquer custos, tendo o acordo validade jurídica⁶.

5. CONCLUSÃO

O conflito, como visto e demonstrado neste trabalho perpassa a história da humanidade como uma própria forma de vivência da coletividade e sociedade. Destarte, não se tem como não compreender o Poder Judiciário como uma saída finalística para as mais variadas lides. Assim, baseado em uma visão mais ampla da tutela e garantias de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico prevê meios alternativos para a solução destes conflitos.

Não se pode olvidar, nem tecer rasas conclusões de que estes meios alternativos são para “desafogar” o Judiciário. Pelo contrário, o acesso à Justiça é universal e constitucionalmente garantido, então não se pode dizer que este ou aquele tenha preferência dentro de vias judiciais. E é visando essa amplitude, bem como a constitucionalização do processo civil, que estes meios são incentivados.

Por fim, o trabalho buscou compreender que essa satisfação pessoal das pessoas que passam por experiências alternativas da Justiça, como no caso dos CEJUSCs, reafirma a harmonia social da qual propõe o direito, e então concretiza princípios básicos do ordenamento, contidos na Constituição Federal. Para tanto, são necessários escopos definidos e planos de ações para agir com os princípios da conciliação e mediação nestes casos, seguindo a lei, e com a possibilidade que ela oferece readmitindo o valor da justiça na sociedade.

⁶ Segundo pesquisas realizadas junto ao CEJUSC, na cidade de Pirajuí, mais de 80% das audiências geram acordos, e na cidade de Marília, no ano de 2015, somente na área de família, 94% das audiências pré-processuais foram frutíferas. Isso demonstra a força e reflexo dos CEJUSCs no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Conciliação: mais de 270 mil processos deixaram de entrar na Justiça em 2015.** Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81709-conciliacao-mais-de-270-mil-processos-deixaram-de-entrar-na-justica-em-2015>>. Acesso em: 06 Ago. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de Outubro de 1988. Brasília, DF, 8 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 06 Ago. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 ago. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Potro Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo,** Napoli, Morano, 1953-1958, nº 232.

COELHO, Fábio Alexandre. **Direito Processual Civil – Volume I.** Bauru: Livraria e Editora Spessotto, 2016.

COLUCCI, Maria da Glória. **Fundamentos da Teoria Geral do Direito e do Processo.** 3. ed. Curitiba: JM Editora, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 05 Ago. 2016.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA. Provimento 2348/2016. Disponível em: <<http://sdmediar.com.br/site/provimento-csm-23482016-dispoe-sobre-a-integracao-dos-centros-judiciarios-de-solucao-de-conflitos-e-cidadania-de-primeiro-e-segundo-graus/>>. Acesso em: 06 Ago. 2016

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Roma: Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1950.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes.** New Haven and London: Yale University Press, 1973. Pp. 1-32; 349-400. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes, in: Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol 3 / André Gomma de Azevedo (org.) – Brasília: Grupos de

Pesquisa, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 1**. 17ª edição. Salvador: Editora JusPodium, 2015.

DINAMARCO, Cândido R. *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Meditores, 2014.

LUIZ NETTO LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. id/496873, 1999. Disponível em senado.leg.gov.br.

MARCATO, Antonio Carlos. **Algumas considerações sobre a crise da Justiça**. Disponível em: <http://www.marcatoadogados.com.br/wp-content/uploads/2015/07/arquivo66.pdf> Acesso em 24/08/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros editores, 1999.

MARX, K.; ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. Revista dos tribunais, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. 1996.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ato Normativo 01/2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/atonormativo1_2011.pdf>. Acesso em: 06 Ago. 2016.

_____. Relatório de Atividades NUPEMEC 2015. Disponível em: <https://issuu.com/tjspoficial/docs/relat__rio_de_atividades_2015_-_nup>. Acesso em: 20 Ago. 2016.

_____. Nota de Esclarecimento. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/NotaEsclarecimento.pdf>>. Acesso em: 06 Ago. 2016.

_____. Entidades Habilitadas a promover Cursos de Capacitação para Conciliadores e Mediadores. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Egov/Conciliacao/Nucleo/Default.aspx?f=7>>. Acesso em: 06 Ago. 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Para pensar na Semana Nacional da Conciliação**. Folha de São Paulo, 08/12/2009, p. A3.

WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos**. Publicado na Revista Justilex, ano VII, nº 76, abr. 2009, p. 13.

O MODELO APAC COMO INSTRUMENTO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO, RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO DO PRESO

Roberto da Freiria ESTEVÃO¹
Giovana Aparecida de OLIVEIRA²

RESUMO

Uma das maiores preocupações que há na contemporaneidade, em especial, no Brasil, é voltada à questão prisional. De fato, é lugar comum falar-se da superlotação carcerária, das inúmeras e impressionantes ofensas aos direitos humanos e fundamentais dos presos, do elevado índice de reincidência entre os egressos do sistema prisional, e, pois, da ressocialização do preso, praticamente inexistente. Esse caos penitenciário, há vários anos, fortaleceu organizações criminosas que já existiam, e levou ao surgimento de outros grupos organizados, que efetivamente controlam o sistema prisional comum e dominam por completo o preso, mantendo-o nessa condição de infantilidade depois de sua saída do presídio, de maneira que esse modelo comum de cumprimento da privação de liberdade tem levado ao aumento da criminalidade e da violência contra a sociedade e entre os próprios detidos. Em meio a esse turbilhão, tem-se há muitos anos o modelo APAC de cumprimento da pena privativa de liberdade que, não obstante apresente excelentes resultados para a coletividade, não é muito valorizado no Brasil, com algumas poucas exceções em alguns estados. Sustenta-se neste artigo que o referido modelo é hábil não apenas para a efetiva ressocialização do preso, mas também para o seu reconhecimento e sua emancipação, de maneira que o egresso da APAC passa a viver como pessoa madura, produtiva e útil socialmente.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema prisional. Direitos humanos e fundamentais. APAC. Ressocialização. Reconhecimento. Emancipação.

ABSTRACT

One of the major concerns of the present days in Brazil is about the prison factor. Indeed, it's common to talk about overcrowded prisons, innumerable and impressive attacks to the human rights, the high index of recidivism among the ones who get out of prison and about the almost non-existent ressocialization of those people. This penitentiary chaos, several years ago, strengthened the organized crime already existing and arised other groups of this type. Those organizations control the prisional system and the prisoners themselves, even after liberty. Therefore, this kind of system is increasing the crime and violence against the society inside and outside the prisons. In this context, there is an alternative model called APAC that isn't valued in Brazil, with the exception of some states, even presenting excellent results. This article defends the thesis that the alternative model is able not just to the efective ressocialization of the prisoner but also to the recognition and emancipation of the person. Therefore, the APAC egress can live as a mature, productive and convenient person.

¹ Professor do Curso de Direito (1997), no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP) onde é vice-líder do Grupo de Pesquisa DIFUSO (Direitos Fundamentais Sociais); Mestre em Direito pelo UNIVEM (2006) e Doutor em Ciências Sociais pela UNESP (Campus de Marília); membro do Ministério Público do Estado de São Paulo - Procurador de Justiça aposentado. E-mail: roberto_freiria@terra.com.br

² Acadêmica do Curso de Direito no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), integrante dos Grupos de Pesquisa DIFUSO (Direitos Fundamentais Sociais) e BIOÉTICA (Grupo de Pesquisa em Bioética). E-mail: schinkegi@gmail.com

KEY-WORDS: Prisional system. Fundamental and human rights. APAC. Ressocialization. Recognition. Emancipation.

INTRODUÇÃO

Tormentoso é o problema relacionado à execução da pena privativa de liberdade, notadamente no Brasil. O Estado exerce a persecução penal em suas conhecidas fases, por meio do inquérito policial, da ação penal com a sentença prolatada e, no caso de condenação, com a execução penal.

A pena privativa de liberdade, quando aplicada, é cumprida em diferentes regimes, a saber, o fechado, o semiaberto e o aberto, consoante a disposição do artigo 33 do Código Penal. O condenado a essa espécie de sanção penal é recolhido no estabelecimento prisional tido como adequado para o cumprimento da privação de liberdade. Ocorre que esse modelo - o sistema prisional comum - tem se mostrado totalmente inadequado ao fim a que se destina; pelo contrário, o que se vê é que ele contribui para a não recuperação do detido e ao aumento da criminalidade, em especial a violenta.

Nesse contexto, em contrapartida, tem-se o modelo APAC, que surgiu na década de 1970, em São Paulo. Nas unidades da APAC o detido cumpre a privação de liberdade no regime adequado, submete-se às regras e a rígida disciplina, mas é tratado como ser humano e tem seus direitos fundamentais respeitados.

Neste artigo, no desenvolvimento do tema proposto, aborda-se a situação atual do sistema prisional comum, sua profunda crise e as contumazes ofensas jusfundamentais aos presos, o que, inclusive, é reconhecido em diferentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Na sequência, há explanação a respeito das APACs, da forma de administração e do funcionamento que as unidades têm nesse modelo, cuja característica mais relevante é a ressocialização da pessoa detida.

Destarte, o artigo gira em torno do seriíssimo problema prisional comum, que os poderes instituídos não conseguem resolver e que tem fomentado práticas criminosas violentas.

O objetivo dos autores é procurar demonstrar que, em contrapartida ao sistema prisional comum, o modelo APAC de cumprimento da privação de liberdade é eficaz para levar o preso a sair da infantilidade, de modo a alcançar o reconhecimento e a emancipação, o que concorre para que ele não volte à práticas delitivas. Esse quadro bem explica a baixa reincidência dos egressos desse modelo, o que chama a atenção quando se nota que, entre os egressos do sistema prisional comum, tem-se elevada taxa de recidiva.

Trata-se, pois, de tema muito relevante para a atual crise instalada no sistema prisional pátrio, o que justifica o presente trabalho.

O método adotado é o dedutivo, com procedimento de investigação que envolve análise bibliográfica e abordagem empírica efetivada a partir de pesquisa de campo realizada por outro estudioso do assunto.

1. A ATUAL SITUAÇÃO EXISTENTE NO SISTEMA PRISIONAL COMUM NO BRASIL

Contemporaneamente, não se fala mais na sanção penal como mera retribuição jurídica ao praticante da infração penal, como pregavam as teorias absolutistas, que viam a reprimenda como uma mera exigência da justiça, o que tem relação com o denominado imperativo categórico desenvolvido por Kant, que assim o formulou: “Age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza.” (KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes, Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 52). Em outras palavras, independentemente do fim que se quer atingir, deve-se atuar de uma ou outra maneira, de modo que regras da razão impulsionam à ação de determinada forma, sem qualquer consideração com o fim.

De fato, em tempos passados, a pena não tinha qualquer finalidade outra, além da mera retribuição pelo mal praticado (*punitur quia peccatum est*). Era o mal da pena pelo mal da prática criminosa, em postura de vindita.

Hoje, quando se fala em pena privativa de liberdade não se pode perder de vista que, consoante dispõe o artigo 1º da Lei 7.210/84, no Brasil “a Execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O artigo 3º reza que “ao condenado e ao internado devem ser assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

De acordo com essas disposições da LEP, a execução penal no Brasil tem a finalidade de punir o condenado pela infração penal cometida (retribuição) e reintegrá-lo socialmente, o que alguns denominam de ressocialização ou humanização do preso.

De fato, no denominado Estado Democrático de Direito, como o que se tem no Brasil, a pena possui destacada função de ressocializar o detento, para reintroduzi-lo no convívio social, depois do cumprimento de sua pena, com o fim de que ele viva como cidadão de bem. A esse respeito, Claus Roxin assevera:

Servindo a pena exclusivamente a fins racionais e devendo possibilitar a vida

humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da ideia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da coletividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações”. (ROXIN, 1986, p. 40).

Assim, hodiernamente, a pena não tem o objetivo único de retribuir, reprimindo o praticante do delito, mas, e em especial, reintegrar o sentenciado na sociedade.

Todavia, é de se reconhecer que, em muitas situações, o preso não é sequer integrado à sociedade, de maneira que não se pode falar em reintegração ou ressocialização sem a preocupação voltada à inicial integração e socialização, com a capacitação, para tanto, do condenado e detido, o que exige um sistema prisional que não deixe de considerá-lo como ser humano. Daí a estranheza em se falar na “humanização” do preso, o que tem relação com o denominado direito penal do autor, e não o do fato. É dizer, por mais reprovável que seja o ato delitivo, o condenado não perde sua qualidade e *status* de ser humano, o que, na prática, nem sempre é observado.

E não se pode olvidar da retribuição pelo mal causado à coletividade, função que, todavia, deve ser efetivada de modo racional e proporcional, como se extrai dos artigos 1º e 3º da LEP. Isto significa que a execução da reprimenda não deve ultrapassar os limites impostos previamente na lei e na decisão, o que impede a existência ou manutenção de um sistema prisional em que são constantes as práticas ilegais e não autorizadas judicialmente.

O sistema prisional sempre foi pródigo na violação da dignidade humana, com inúmeras ofensas aos direitos fundamentais dos presos. Lê-se na obra “História das Prisões no Brasil” que, como afirmava Olavo Bilac - apud Maia (2009, p. 9), as primeiras prisões, que eram consideradas “modernas”, já nasceram “tortas e quebradas”.

A mesma autora, em sua obra, faz menção à um relatório de vistoria realizada na Casa de Correção do Estado do Rio de Janeiro, em 1905, por comissão designada pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Do citado relato nota-se que os problemas de então continuam presentes no sistema prisional comum contemporâneo.

O que a Comissão encontrou, e denuncia a V. Ex., foi um depósito de presos, onde tudo é primitivo e desordenado, praticado sem plano, sem conhecimento do que seja sistema penitenciário que tem de ser executado em todas as suas partes, sem discrepância, harmonicamente, para poder atingir seus elevados e humanitários fins [...] E para que fique bem firmado na memória de V. Ex. o que a Comissão pensa, em resumo, ela dirá: A Casa de Correção não tem administração, não tem sistema, não tem moralidade ou melhor: Não há Casa de Correção (MAIA, 2009, pp. 284-285).

No mesmo relatório houve referência aos problemas de disposição física naquele

cárcere, bem como de higiene.

E, conforme inclusive reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgamentos, também atualmente continuam a ser praticadas inúmeras violações aos direitos humanos e fundamentais das pessoas presas.

No Recurso Extraordinário nº 592.581, julgado em 13 de agosto de 2015, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, assim resumiu a situação existente:

Nesse contexto, são recorrentes os relatos de sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios. [...] Abundam relatos de detentos confinados em contêineres expostos ao sol, sem instalações sanitárias; de celas previstas para um determinado número de ocupantes nas quais se instalam diversos “andares” de redes para comportar o dobro ou o triplo da lotação prevista; de total promiscuidade entre custodiados primários e reincidentes e, ainda, entre presos provisórios e condenados definitivamente; de rebeliões em que agentes penitenciários e internos são feridos ou assassinados com inusitada crueldade, não raro mediante decapitações. (BRASIL, STF, RE. 592.581 – RS, 2015, s.p.).

Na sequência, no mencionado voto há a transcrição de parte de vários relatórios de inspeções e visitas realizadas em presídios de diferentes estados brasileiros, que confirmam o caos penitenciário aqui existente.

Invocando Michel Foucault, o relator anotou que, em vez de recuperar os presos, o sistema os devolve à sociedade piores, com “sentimento de revolta pela existência indigna que o Estado lhes impõe para o cumprimento das respectivas penas”. De fato, em “Vigiar e punir”, o filósofo francês observa:

[...] o sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça (FOUCAULT, 2009, p. 62).

Essa situação viola não apenas normas constitucionais e infraconstitucionais do direito interno, mas também tratados dos quais o Brasil é parte.

A título de exemplo, cita-se o “Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos”, de 19 de dezembro de 1966, que passou a integrar o sistema normativo pátrio por meio do Decreto 592, de 06 de julho de 1992, e que dispõe expressamente, em seus artigos 7 e 10.1:

Artigo 7. Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

[...]

Artigo 10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. (BRASIL, decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, s. p.).

Igualmente, há manifesta violação à “Convenção Americana Sobre Direitos

Humanos”, de 22 de novembro de 1969, que passou a integrar o sistema normativo brasileiro pelo do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Assim dispõe o seu artigo 5:

Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (BRASIL, decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, s. p.).

Esses tratados internacionais, que têm caráter supralegal, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, são constantemente violados, o que tem levado o Brasil a ser condenado na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Recurso Extraordinário nº 641.320 – RS, relator o Ministro Gilmar Mendes, também se analisou a grave situação relacionada aos estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena no regime aberto e semiaberto, notadamente a ausência de vagas. No julgamento realizado em 11 de maio de 2016, pelo Tribunal Pleno, decidiu-se encaminhar recomendações ao legislador, para:

5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. (BRASIL, STF, RE. 641.320 – RS, 2016, s.p.).

Em decorrência dessas constantes violações jusfundamentais, o sistema carcerário pátrio foi julgado inconstitucional, com o reconhecimento de que, em relação a ele, configura-se o denominado “Estado de Coisas Inconstitucional” (STF. - ADPF 347), além de ter sido reconhecido o direito dos presos à indenização pelos danos que sofrem em razão das mencionadas violações (STF – RE 580.252 – MS).

Em suma, com base nas decisões já lembradas é possível, rapidamente e sem a pretensão de esgotar as hipóteses, apontar várias indúvidas violações a direitos fundamentais na esfera da execução penal: a) a superpopulação carcerária, com a colocação

de impressionante e elevado número de presos num único xadrez (ou cela), o que leva, até mesmo, à necessidade de verdadeiro “rodízio” entre eles, para que todos tenham a oportunidade de algumas horas de sono na posição horizontal, e não na vertical, por vezes amarrados nas grades; b) a falta de respeito ao mínimo de higiene, salubridade, ventilação, do que resulta a disseminação de doenças infectocontagiosas; c) a não concessão de oportunidade de trabalho a todos os presos, o que implica, muitas vezes, em revolta nas unidades, além da impossibilidade de se conferir o direito à remição da pena; d) a ausência de efetiva assistência jurídica, de modo que os direitos que os detidos têm não são efetivados e, até mesmo, presos que já cumpriram totalmente a pena imposta continuam detidos; e) a falta de concreta assistência à saúde, na prevenção e no tratamento de doenças; f) a não observância da necessidade de atividades culturais, educacionais, sociais, etc., nas unidades prisionais, além de outras tantas violações.

Esse descaso do Estado levou ao domínio do sistema prisional por facções criminosas, e, em decorrência das disputas de poder que se dão entre elas, têm-se as rebeliões, com assassinatos de muitos presos. Aliás, chama a atenção que as autoridades, por meio do serviço de inteligência, conseguem detectar essas disputas e até mesmo as ações de uma facção contra a outra, no interior dos presídios, mas nada fazem para evitá-las, o que demonstra o total desprezo do Poder Público, inclusive em relação às vidas dos presos.

Diante desse quadro, Ana Paula de Barcellos (2010, s.p.) obtempera que o desumano tratamento imposto aos presos não se constitui em problema que a eles fica limitado. Antes, toda a sociedade sofre os reflexos dessas ofensas e violações jusfundamentais, que se constituem em sério obstáculo à segurança, à harmonia social e, pois, à Justiça.

Assim, quando se analisa a situação carcerária no Brasil, tem-se, no particular, o que Agamben chama de Estado de Exceção (AGAMBEN, 2004, p. 132), pois há contumaz e consciente violação jusfundamental no sistema prisional pátrio, pelo que, oficialmente, o Estado é responsável. Bem por isso, ele foi condenado no Supremo Tribunal Federal a tomar diversas providências e a indenizar os presos.

Em rápidas palavras, esse é o terrível quadro carcerário que se tem no Brasil. Em decorrência, o índice de reincidência dos egressos do sistema prisional comum é dos mais elevados, falando-se em 70 ou até em 80%, a depender da pesquisa feita e da metodologia empregada.

2. CONHECENDO O MODELO APAC

APAC é a Associação de Proteção e Assistência ao Condenado. Seu embrião é

encontrado em 1970, a partir de um movimento católico-romano e, atualmente, há várias APACs em diferentes estados brasileiros, em especial em Minas Gerais, no qual o Tribunal de Justiça do Estado tem o “Programa Novos Rumos”, que “nasceu com a finalidade de coordenar a implantação do método que se examina como política pública de execução penal no Estado”, e que tem como objetivo a humanização da pena (SILVA, 2011, p. 6).

Ela foi criada pelo Advogado paulista Mário Ottoboni, em São José dos Campos (OTTOBONI, 1997). Todavia, no estado de São Paulo não houve adesão a esse modelo de cumprimento da pena privativa de liberdade, o que acabou por ocorrer em Minas Gerais. Há, em vários estados, centenas de unidades. Além das Minas Gerais, elas funcionam no Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Paraná, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul. Ademais, tem várias unidades em muitos outros países que aderiram a esse modelo, como Estados Unidos, Nova Zelândia e Noruega, Alemanha, Argentina, Bolívia, El Salvador, Bulgária, Cingapura, Chile, Costa Rica, Equador, Eslováquia, Inglaterra, País de Gales, e México, dentre outros, consoante informação da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC (FBAC, 2017, s.p.).

Cada APAC constitui “uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, que adota, preferencialmente, o trabalho voluntário, utilizando o remunerado apenas em atividades administrativas, quando necessário”. A Associação, que conta com estatuto próprio, “tem suas ações coordenadas pelo Juiz da Execução Criminal da Comarca, com a colaboração do Ministério Público e do Conselho da Comunidade, conforme previsto em lei” (SILVA, 2011, pp. 6 e 7).

No 19º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, realizado no período de 27 a 30 de agosto de 2013, no Hotel Tívoli São Paulo Mofarrej, em São Paulo/SP, o coautor deste texto teve sua atenção chamada para uma palestra ministrada por Sacha Darke, Professor de Criminologia na Universidade de Westminster, no Reino Unido, respeitado pesquisador a respeito do tema “prisões”, inclusive no Brasil. Ele abordou a questão do “Gerenciamento de prisões sem guardas no modelo APAC”. O impacto foi muito grande, pois se tratava de um estrangeiro falando aos brasileiros sobre um modelo de cumprimento de pena privativa de liberdade criado no Brasil, por Mário Otoboni. Aquele pesquisador iniciou fazendo uma comparação das terríveis condições do sistema prisional comum com aquelas que ele encontrou no modelo APAC, depois de passar bom tempo numa unidade, em Itaúna-MG.

Na mencionada unidade da APAC cumpriam pena, naquele período (2012), 176 recuperandos, nos três regimes de cumprimento, a saber, o fechado, o semiaberto e o aberto.

O pesquisador verificou a intensa participação dos presos na vida cotidiana da prisão e na fundação que organiza as APACs no Brasil, a “Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC. Constatou ainda que as fugas são raríssimas (à época, havia mais de 9 anos que nenhuma ocorria); na unidade não existe “cela forte” de “seguro”; colheu várias declarações de presos que enaltecem o modelo e o respeito de que gozam como seres humanos; há sempre um funcionário plantonista, e, no mais, o funcionamento da unidade da APAC envolve os próprios presos; há boa participação na comunidade, que acaba por apoiar os detentos, e é comum ex-presos do modelo tornarem-se voluntários na cooperação para o funcionamento da unidade.

Ao contrário do que muitos imaginam, a disciplina é rígida, com uma representação da cela, com o objetivo de mantê-la em ordem, além de desenvolver novas e positivas lideranças, o que acaba por despertar todos à responsabilidade, organização e limpeza, bem como ao respeito às regras do modelo. Tem-se ainda, consoante as observações de Darke no referido evento, um quadro de avaliação disciplinar, com regras bem claramente estabelecidas, com punições por eventuais violações: “um ponto amarelo corresponde a um dia sem lazer, três pontos amarelos são três dias sem lazer e o não recebimento de visitas”; mas, há também o reconhecimento de boas condutas, que geram recompensas.

Os presos são estimulados à posturas de solidariedade e sinceridade; há os encarregados dos cuidados com a saúde, a limpeza e a laborterapia; tem-se, ainda, um diretor artístico e um encarregado dos registros de trabalho para a remissão da pena.

Existe a obrigação de o preso trabalhar durante o desconto de sua pena no modelo APAC. Tem-se as tarefas laborterápicas e o trabalho especializado, além do social, executado pelos colaboradores. Nas APACs femininas, as próprias presas cozinham e há uma escala para esse tipo de serviço, assim como para as outras atividades necessárias ao bom funcionamento da unidade (limpeza, saúde, etc).

Os presos contam com boa assistência jurídica, à saúde, espiritual, além do que as famílias dão constante apoio a eles e deles recebem apoio. Como exemplo, o pesquisador citou que, na unidade de São João Del Rei, vários presos no regime semiaberto trabalham de pedreiros em suas casas.

Conforme a visão que ele teve e externou no mencionado evento, “as APACs são comunidades com autogoverno, o que é um fenômeno”, com a participação dos presos, da comunidade (família, Igrejas, profissionais liberais e ex-detentos) e a mútua ajuda.

Ainda, tem-se o registro do bom relacionamento entre presos e funcionários, além da solidariedade.

Quanto à religiosidade, o pesquisador não a entendeu como de central relevância, no modelo APAC. Segundo afirmou em sua palestra, “mais do que a religião, o respeito aos direitos humanos e o mútuo respeito são muito mais relevantes no modelo, como constatou nas conversas com os recuperandos”.

É de registrar, ainda, que, ao contrário do que muitos imaginam, não há seleção de presos, com a exigência de menor periculosidade. Antes, tem-se um procedimento em que se verifica o real interesse do condenado em ser recuperado, além do que há muita rigidez nas hipóteses que geram a expulsão do detido, por problemas disciplinares.

Em suma, pode-se dizer que toda a forma de funcionamento das APACs considera o preso como ser humano, de maneira que os seus direitos fundamentais são respeitados, e nesse modelo são envidados esforços e efetivadas práticas que propiciam a recuperação do detido, podendo-se, pois, falar-se em socialização aos que não gozavam dessa condição, e em ressocialização aos que a tinham perdido.

Não sem motivo, esse modelo de cumprimento das penas privativas de liberdade impactou a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, que declarou ao Programa Roda Viva, da TV Cultura - São Paulo, em outubro de 2016: “As APACs são a minha aposta. Elas têm dado certo. Basta dizer que a reincidência é menos de 5%, enquanto nos presídios comuns é de até 75%”.

Como se vê, inclusive a presidente do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro faz questão de externar sua esperança na implementação de mais unidades da APAC, em substituição ao falido sistema prisional comum.

No Estado do Paraná, há procedimentos para instalação de 30 (trinta) unidades da APAC, inclusive em Jacarezinho – a mais adiantada – e em Santo Antônio da Platina, esta reservada ao desconto de medidas socioeducativas de internação aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei. Há unidades já implantadas nas Comarcas de Barracão e Pato Branco (FBAC, 2017, s.p.).

3. O MODELO APAC, O RECONHECIMENTO E A EMANCIPAÇÃO DO PRESO

Quando se fala em emancipação a referência é a superação de todas as situações de inferioridade e da infantilidade, e se constituem nas principais finalidades das políticas públicas, que têm como escopo precípua a resolução de mazelas sociais, visto que o ser humano não emancipado fica sempre suscetível de ser manipulado, “como um menininho vulnerável e medroso” (ENRIQUEZ, 1990, p. 92), pois é mantido na condição de infantilizado.

Assim, se a política pública não permite as mencionadas superações, ela não é legítima, de maneira que não pode ser tida como tal, configurando-se somente como uma política de poder, que é contrária a uma política pública, pois a política de poder, como se vê em Maquiavel (2010), destina-se à manutenção do status e do poder que é exercido pelo Estado.

A política pública voltada à emancipação busca levar o ser humano à racionalização, inclusive nas relações sociais, e é implementada por meio do direito racional. Toda a violência estabelece hierarquia (inclusive a do Estado) e, pois, fere primeiramente a igualdade, levando à assimetria.

Pode-se afirmar que o direito racional é que tem potencial emancipatório; todavia, isto não se vê nas posturas do Estado atinentes aos presídios que ele administra.

Relativamente aos presos do sistema carcerário comum, o Poder Público institui e preserva um modelo que os leva à infantilização, de sorte a mantê-los capturados, a fim de discipliná-los, treiná-los e usá-los conforme os seus interesses, robustecendo assim, a cultura da obediência e da fragilização. Conforme aponta Eugène Enriquez (1990, pp. 123-124), o ser humano nessa situação “torna-se agente de castração, agente desta violência secundária que contém o excesso”.

No tocante ao sistema prisional há total inexistência de efetivas políticas públicas da parte do Estado. O que se constata é a contumaz omissão estatal. Até por isto, os presos que cumprem suas privações de liberdade no sistema prisional comum não têm qualquer possibilidade de atingir a emancipação, e são mantidos infantilizados. Nesta seara, verifica-se que o próprio Estado institui e mantém a infantilidade - e dela se utiliza - no sistema prisional comum.

A emancipação significa sair dessa infantilidade que a preso está sujeito, da situação de total dominação a que se submete, exercida pelas organizações criminosas que desempenham suas atividades a partir dos presídios, fato que o leva a viver sob o controle da organização criminosa a que foi obrigado a se filiar, de maneira que ele não terá possibilidade de fazer escolhas e, se necessário, mudá-las para evitar aquilo que não é recomendável e o que é ilícito.

Outro aspecto imprescindível a ser arguido é a direção que é estabelecida pela sociedade para aquele que está disposto entre as paredes do sistema carcerário: a figura do inimigo público. Há a substituição da violência de todos contra todos (HOBBS, 1651) pela violência de todos contra um (FREUD, 1974), por meio da qual o indivíduo se torna sacrificável por consequência de seu status de exclusão.

O julgamento público deixa de considerar que o delito tenha sido apenas um fato da vida do delincente, e passa a vê-lo como “expressão de um indivíduo totalmente criminoso” (SÁ, 2012, p. 220), um homem integralmente mau, acarretando o inverso do que deveria ser sua inclusão. É fazer-se acreditar que, após o crime, o ser humano antes existente morre, e nasce um ser desprovido de humanidade. Desdenham qualquer ato praticado pelo infrator antes de sua prisão, ainda que sejam os mais nobres de se esperar.

Conforme menciona Eugène Enriquez (1990, pp. 12-13):

Por que os homens, dizendo-se guiados pelo princípio do prazer e pelas pulsões de vida, aspirando a paz, a liberdade e a expressão de sua individualidade e, dizendo-se conscientemente desejar a felicidade para todos, criam, frequentemente, sociedades alienantes que mais favorecem a agressão e a destruição do que a vida comunitária? Por que as instituições, que os homens edificam, funcionam mais como órgãos de repressão do que como conjuntos onde a aceitação da regra favorece a sua própria realização e a constituição de uma identidade sólida e maleável?

Partindo dessas premissas, de que dentro do cárcere comum o ser humano, por sua condição de encarcerado, passa por processos de captura e infantilização desenvolvidos e efetivados por três núcleos, quais sejam o Estado, as organizações criminosas e a sociedade, cumpre elencar a indispensabilidade do método APAC.

Um dos objetos capazes de efetivar a emancipação, com o intento de instaurar o processo de inclusão do detento, é o resgate do diálogo com o corpo social. Conforme estabelece o primeiro dos doze elementos do método apaqueano, uma premissa fundamental é a participação efetiva da comunidade na vida do recuperando, dispondo-o a um contato maior com seus familiares, padrinhos (casal de voluntários, cujo papel é substituir os pais do detento) e desconhecidos que integram o voluntariado. Encontra-se nela (comunidade) uma forma de reaproximá-lo progressivamente dos valores e dos preceitos de comportamento da sociedade externa, os quais acabam por serem desprezados frente à cultura carcerária.

Para Honneth, tanto a dominação como a emancipação envolvem dimensões psicológicas e pessoais. Em outras palavras, o reconhecimento é o caminho para a emancipação, bem como para que a pessoa consiga se libertar da dominação (HONNETH, 2003, pp. 07-19).

A este respeito, Nancy Fraser sustenta:

O não reconhecimento, conseqüentemente, não significa depreciação e deformação da identidade de grupo. Ao contrário, ele significa *subordinação social* no sentido de ser privado de *participar como um igual* na vida social. Reparar a injustiça certamente requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa mais uma política de identidade. No modelo de *status*, ao contrário, isso significa uma política que visa a superar a subordinação, fazendo do sujeito falsamente reconhecido um membro integral da sociedade, capaz de participar com os outros membros como igual.” (FRASER. 2007, pp. 107 – itálicos no original).

Quando os enunciados normativos dispõem sobre a ressocialização do preso tem-se exatamente situação caracterizadora desse falso reconhecimento, pois a coletividade não aceita que o egresso participe da vida em comunidade como um igual, situação que configura injustiça social. A propósito, a mesma autora lembra que “o reconhecimento é um remédio para a injustiça social e não a satisfação de uma necessidade humana genérica” (FRASER, 2007, p. 121).

Em outro texto, Fraser propõe uma concepção alternativa de reconhecimento, sustentando ser ele uma questão de estatuto social:

Na minha opinião, baseada no que pode designar-se por um “modelo de estatuto”, o reconhecimento é uma questão de *estatuto social*. O que requer reconhecimento no contexto da globalização não é a identidade específica de um grupo, mas o estatuto individual dos seus membros como parceiros de pleno direito na interação social. Desta forma, o falso reconhecimento não significa a depreciação e deformação da identidade do grupo, mas antes a subordinação social, isto é, o impedimento da participação paritária na vida social. A reparação desta injustiça requer uma política de reconhecimento, mas isto não significa uma política de identidade. No modelo de estatuto, pelo contrário, significa uma política que visa superar a subordinação através da instituição da parte reconhecida distorcidamente como membro pleno da sociedade, capaz de participar ao mesmo nível dos outros. (FRASER, 2002, p. 15 – itálicos no original).

Esse reconhecimento não se tem, na sociedade, ao egresso do sistema comum, pois a ele não se dá possibilidades para a interação social. Antes, o ex-presos é verdadeiramente impedido de participar com paridade na vida em comunidade, que o subordina, de modo que o reconhecimento aqui tratado é imprescindível, para que o cidadão que cumpriu sua pena tenha condições de superar a infantilidade e a dominação, de modo a ser capaz de ter efetiva e útil participação na vida social.

Só assim o ser humano que descontou toda a sua pena se tornará verdadeiro parceiro na vida comunitária, e não um infantilizado excluído, como sustenta Fraser:

Entender o reconhecimento como uma questão de *status* significa examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais padrões constituem os atores como *parceiros*, capazes de participar como iguais, com os outros membros, na vida social, aí nós podemos falar de *reconhecimento recíproco* e *igualdade de status*. Quando, ao contrário, os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente “os outros” ou simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social, então nós podemos falar de *não reconhecimento* e *subordinação de status*. No modelo de *status*, então, o não reconhecimento aparece quando as instituições estruturam a interação de acordo com normas culturais que impedem a paridade de participação. Exemplos abrangem as leis matrimoniais que excluem a união entre pessoas do mesmo sexo por serem ilegítimas e perversas, políticas de bem-estar que estigmatizam mães solteiras como exploradoras sexualmente irresponsáveis e práticas de policiamento tais como a “categorização racial” que associa pessoas de determinada raça com a criminalidade. (FRASER, 2007, p. 108 – itálicos no original).

Evidentemente, em relação ao detento e ao ex-detento do sistema prisional comum

há exatamente essa situação de “*não reconhecimento e subordinação de status*”, pois ele é estigmatizado como um não ser humano, ou como inimigo que precisa ser banido da sociedade.

Essa situação leva a que, na vida em sociedade, estabeleça-se a etiquetagem das pessoas como normais ou corretas, de um lado, e perversas, perigosas, deficientes ou inferiores, de outro:

Em todos esses casos, a interação é regulada por um padrão institucionalizado de valoração cultural que constitui algumas categorias de atores sociais como normativos e outros como deficientes ou inferiores: heterossexual é normal, *gay* é perverso; “famílias chefiadas por homens” são corretas, “famílias chefiadas por mulheres” não o são; “brancos” obedecem à lei, “negros” são perigosos. Em todos os casos, o resultado é negar a alguns membros da sociedade a condição de parceiros integrais na interação, capazes de participar como iguais com os demais. Em todos os casos, conseqüentemente, uma demanda por reconhecimento é necessária. (FRASER, 2007, pp. 108-109).

Nessa etiquetagem, é evidente que aquele que cumpriu pena no sistema prisional comum se enquadra no segundo grupo, dos perversos, perigosos e inferiores. Até por isto, ele é impelido ao cometimento de novos crimes, o que explica os elevados e crescentes índices de reincidência nesse grupo.

Depois de sustentar que o reconhecimento é “uma questão de justiça” (2007, p. 111), Fraser afirma: “Deve-se dizer, então, que o não reconhecimento é errado porque constitui uma forma de subordinação institucionalizada – e, portanto, uma séria violação da justiça.” (2007, p. 112).

Na mesma senda, o posicionamento de Charles Taylor, mencionado por Fraser (2007, p. 111):

[...] o não reconhecimento ou o falso reconhecimento [...] pode ser uma forma de opressão, aprisionando o sujeito em um modo de ser falso, distorcido e reduzido. Além da simples falta de respeito, isso pode infligir uma grave ferida, submetendo as pessoas aos danos resultantes do ódio por si próprias. O devido reconhecimento não é meramente uma cortesia, mas uma necessidade humana vital. (TAYLOR, 1994, p. 25).

O egresso do sistema prisional comum se enquadra nessa situação, de não reconhecimento ou falso reconhecimento. Ele é desrespeitado e inferiorizado pelas demais pessoas, o que o mantém na infantilização recrudescida no cárcere. Daí a vital necessidade humana de seu reconhecimento.

Ainda na mesma linha, também evocado por Fraser (2007, p. 111), Honneth lembra que a integridade do ser humano depende de sua aprovação ou de seu reconhecimento pelas outras pessoas. Outrossim, a negação do reconhecimento o prejudica pois obsta uma visão positiva de si mesmo. (HONNETH, 1992, pp. 187-201).

Esse obstáculo à autoestima, que se dá com o egresso do cárcere, concorre para a reinserção na criminalidade.

De fato, no sistema prisional comum o detento não é tratado para ser ressocializado, e essa distorção conduz a um claro e inquestionável preconceito de classe, de modo que aos presos e egressos do sistema prisional “ninguém se anime a dar voz às necessidades e carências desses seres humanos entregues à sua miserável sorte” (BRASIL, STF, RE. 592.581 – RS, 2015, s.p.).

Exemplo disso tem-se a extremada dificuldade do egresso do sistema prisional comum em conseguir se colocar ou recolocar no mercado de trabalho. As empresas evitam, a mais não poder, dar emprego ao ex-detento.

Pois Bem. Se, de um lado, o sistema prisional comum leva à essa infantilização e ao não reconhecimento do egresso, por outro o modelo APAC possibilita ao detido o reconhecimento enquanto ser humano, consoante se extrai dos princípios que o norteiam, já analisados anteriormente neste trabalho.

Nesse modelo, outro elemento emancipador observado é a autonomia e responsabilidade que o recuperando adquire na associação em que se encontra, mesmo que submetido a regras rígidas, tendo como um dever a responsabilidade sobre seus afazeres, bem como a proteção daqueles que pertencem ao seu cotidiano. O detento adquire possibilidade de se tornar um indivíduo que pensa socialmente e racionalmente, dispondo-se do manto de vingança que sucumbe com a recuperação de sua dignidade.

Destarte, os recuperandos tornam-se verdadeiros atores sociais e imprimem a constituição de uma identidade sólida e imperante, o que propicia a efetiva reabilitação, conforme aponta Darke (2014, p. 2).

Essas prisões tomam o abandono do Estado, a colaboração entre internos e o autogoverno como seus pontos de partida. Eles operam sem agentes estatais e são gerenciados pelos detentos, ex-detentos e voluntários locais. A sua visão é de autogoverno comunitário, de a comunidade facilitar a reabilitação. (tradução nossa).

Essa construção da identidade no recuperando, como se dá no modelo APAC, é essencial para o seu reconhecimento pela comunidade.

Congruentemente ao abordado, notável se faz a corresponsabilidade que o detento exerce pela sua recuperação e salienta-se o significativo índice de recuperação dos indivíduos egressos da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, que, conforme visto alhures, nas palavras da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, chega a 95%, evidenciando, assim, o êxito do propósito inicial, que é precisamente a ressocialização do detento.

Fundado em tais premissas, depois de o detento do sistema APAC alcançar o regime aberto (a partir de sua construção, vez que já reinserido em contato social anteriormente, com início no regime semiaberto), ele se encontra qualificado a exercer atividades profissionais, fruto do preparado recebido durante o cumprimento da pena com estudo básico, cursos profissionalizantes e atividades artesanais. Por conseguinte, após alcançarem a liberdade, tornam-se indivíduos socialmente recuperados, produtivos e úteis. Ascendem, deste modo, ao indispensável reconhecimento e à concreta emancipação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo propôs-se a analisar se, num contexto de um falido sistema prisional, com seus inúmeros e contumazes desrespeitos aos Direitos Humanos e Fundamentais dos apenados – do que decorre o alto índice de reincidência comumente noticiado, e a filiação dos egressos às organizações criminosas, por decorrência da infantilização a que são levados no referido sistema –, poderiam eles alcançar o reconhecimento e a emancipação por meio do modelo adotado pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), criado em solo brasileiro, mas excentricamente, mais valorizado por países estrangeiros.

Como visto no primeiro item, cumpre aludir a falácia apresentada pelo sistema prisional atual que, desrespeitando continuamente os direitos fundamentais do apenado, o dispõe à subordinação das organizações criminosas que, além de mantê-lo sob seus comandos dentro do cárcere, continuam por regrá-lo depois de sua saída, mantendo-o como submisso e infantilizado ante a incapacidade de se regular por seus próprios meios e desígnios.

Compreende-se, similarmente, que o fundamento primordial estabelecido, a saber, da ressocialização do indivíduo capturado pelo Estado, não se mostra efetivo, vez que evidenciado altos índices de reincidência.

Em contrapartida, tem-se no modelo APAC um modo de emancipação dos recuperandos que, pelas medidas internas adotadas, têm restaurada sua dignidade, readquirindo por consequência, o status de ser humano. Outrossim, a partir da responsabilidade e autonomia que os recuperandos adquirem, coadunado com a rígida disciplina e as práticas internas que auxiliam na reabilitação (os elementos fundamentais do método APAC), eles alcançam a efetiva socialização.

Tais elementos substanciais são basilares para a concretização daquilo que é o fundamento da criação de tal instituição, qual seja, a volta do indivíduo recuperado para a sociedade, podendo assim exercer seu efetivo papel como cidadão que, respeitando as normas

sociais, torna-se maduro, produtivo e útil socialmente, não oferecendo mais perigo à sociedade.

Cumpra salientar que, na medida em que alcança tais premissas, o indivíduo deixa de ser infantilizado e manipulado pelos três núcleos já abordados (Estado, organizações criminosas e sociedade), e adquire o reconhecimento e sua emancipação, podendo autodeterminar-se frente a sociedade civil.

Constata-se que não é irreal o otimismo listado por Ottoboni, criador do modelo, ao lembrar: “Eu creio firmemente na capacidade de recuperação do homem. Se o espírito humano é capaz de um infinito aperfeiçoamento, é ele, por igual, acessível a uma recuperação sem limites.” (OTTOBONI, 1997, p. 113). Os excelentes resultados obtidos nesse modelo bem demonstram a importância da disseminação das APACs, visando à superação do atual modelo carcerário comum, falido, dominador e infantilizador, para esse outro, ressocializador e emancipador, que reconhece o preso como ser humano e o leva à interação na vida em comunidade.

Portanto, nessa senda, dado o contexto apresentado no presente artigo, concluiu-se pela indispensabilidade da adoção do modelo APAC para o cumprimento da pena privativa de liberdade em que o apenado, por meio das medidas pré-estabelecidas no estatuto de funcionamento da Associação, é reconhecido e alcança a sua emancipação, sendo efetivamente ressocializado, desvencilhando-se de seu papel infantilizado frente aos três seguimentos basilares elencados, quais sejam: Estado, organizações criminosas e sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giórgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo nº 254**, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, 2010.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 592.581 / RS**.

Julgamento em: 13.08.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília: DJe. 018, divulg. 29.01.2016, public. 01.02.2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 347 - MC/DF - Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Julgamento em: 09.09.2015. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: DJe. 031, divulg. 18.02.2016, public. 19.02.2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 641.320/RS.** Julgamento em: 11.05.2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: DJe-159, divulg. 29.07.2016, public. 01.08.2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 580.252 / Mato Grosso do Sul.** Julgamento em: 16.02.2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

DARKE, Sacha. **O gerenciamento de prisões sem guardas no modelo APAC.** 19º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, realizado no período de 27 a 30 de agosto de 2013, no Hotel Tívoli São Paulo Mofarrej, em São Paulo/SP.

_____. **Self-Governing Prison Communities: the APAC Phenomenon [artigo científico].** 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2368822>. Acesso em: 19 abr. 2016.

ENRIQUEZ, Eugène. **Da horda ao Estado – Psicanálise do vínculo social.** trad. T. C. Carreiro/J. Nasciutti, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991 [1990].

FBAC - **Fraternidade Brasileira de Assistência Aos Condenados.** Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/realidade-atual/mapas-2>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis. **Lua Nova**, São Paulo, 70: 101-138, 2007.

_____. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [Online], 63 | 2002, pp. 7-20. 01 Outubro 2012. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1250>>. Acesso em: 26 set. 2016.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu.** (1913 [1912-13]). Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XIII. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Nova Cultura, 1997.

HONNETH, Axel. Integrity and disrespect: principles of a conception of morality based on the theory of recognition. **Political Theory**, [S.l.], v. 20, n.2, may, 1992, pp. 187-201.

_____. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. de Luiz

Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LÚCIA, Cármem. **Entrevista ao programa Roda Viva**. TV Cultura, São Paulo, 17.10.2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f5Eeubh76-M>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

MAIA, Clarissa Nunes et al (org.). **História das prisões no Brasil**. Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável: APAC: a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

_____. **Vamos matar o criminoso? Método APAC**. São Paulo: Paulinas, 2001.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1986.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Jane Ribeiro (org.). **A execução penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011.

TAYLOR, Charles. **The politics of recognition**. In: TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. New Jersey: Ed. Amy Gutmann/Princeton, Princeton University Press, 1994.

OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO A MOROSIDADE JURISDICIONAL

Matheus Gomes CAMACHO¹
Fernando Guilherme FATEL²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal demonstrar os benefícios advindos da adoção dos meios alternativos para resolução de litígios cíveis e como forma de solucionar a hipertrofia do judiciário brasileiro. A presente pesquisa se justifica pelo fato de o atual sistema de acesso à justiça não ser eficiente a toda sociedade brasileira, de tal forma que a morosidade do Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional causa inúmeros prejuízos às partes e a toda sociedade. Para a consecução dos objetivos propostos, será analisado a situação atual do judiciário e as vantagens advindas dos métodos alternativos de resolução de conflitos e, para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo, por intermédio de revisão bibliográfica de obras jurídicas, legislação pátria e estatísticas colhidas de órgãos oficiais. Como conclusão, tem-se que o acesso à justiça é um direito fundamental, e os métodos alternativos de resolução de conflitos surgem como forma de arrefecer os obstáculos jurisdicionais existentes, dentre os quais destacam-se a mediação e a conciliação como instrumentos hábeis a combater a morosidade do Poder Judiciário, e que colaboram com construção de uma cultura da pacificação judicial, garantindo acesso à justiça.

PALAVRA-CHAVE: Conciliação. Cultura de sentença. Hipertrofia do judiciário. Mediação.

ABSTRACT

Este trabajo tiene como objetivo principal demostrar los beneficios provenientes de la adopción de los medios alternativos para resolución de litigios civiles y como forma de solucionar la hipertrofia del poder judicial brasileño. La presente investigación se justifica por el hecho de que el actual sistema de acceso a la justicia no es eficiente a toda sociedad brasileña, de tal forma que la morosidad del Poder Judicial en la prestación de la tutela jurisdiccional causa innumerables perjuicios a las partes ya toda sociedad. Para la consecución de los objetivos propuestos, se analizará la situación actual del poder judicial y las ventajas derivadas de los métodos alternativos de resolución de conflictos y, para ello, se utilizará del método deductivo, por intermedio de revisión bibliográfica de obras jurídicas, legislación patria Y estadísticas recogidas de órganos oficiales. Como conclusión, se tiene que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, y los métodos alternativos de resolución de conflictos surgen como forma de enfriar los obstáculos jurisdiccionales existentes, entre los que se destacan la mediación y la conciliación como instrumentos hábiles a combatir La morosidad del Poder Judicial, y que colaboran con la construcción de una cultura de la pacificación judicial, garantizando el acceso a la justicia.

KEY-WORDS: Conciliación. Cultura de sentencia. Hipertrofia del poder judicial. Mediación

INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Justiça e Exclusão Social, na linha de pesquisa Função Política do Direito, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado e professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Graduado em Direito (2013) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Recebeu o Prêmio "Clóvis Beviláqua".

² Possui ensino-medio-segundo-graupelo Horacio Soares(2012). Tem experiência na área de Direito.

O Judiciário brasileiro encontra-se em uma situação de hipertrofia sem bons prognósticos: as demandas vêm crescendo a cada ano. A morosidade em apresentar uma resposta em tempo compatível com a complexidade da causa tem causado, em diversos setores da sociedade, sentimentos antitéticos: ao passo em que desacreditam no Judiciário para uma resposta eficaz para seu problema, veem nele a única forma de solução dos litígios, tendo em vista a falta de disseminação de uma cultura de pacificação e de participação ativa dos cidadãos.

Desse modo, a presente pesquisa se justifica pelo fato de que o atual sistema de acesso à justiça não ser eficiente a toda sociedade brasileira – e ser ainda mais prejudicial com a os setores mais vulneráveis da população, que acabam renunciando total ou parcialmente seus direitos, gerando graves consequências para toda o corpo social.

Vale lembrar, que o Brasil apresenta uma significável desigualdade social, de tal forma, que a morosidade do processo colabora com o seu crescimento, sendo que por intermédio dos métodos alternativos, referidos desequilíbrios podem ser reduzidos, como se demonstrará no decorrer do trabalho, e ainda minimizar a morosidade que afeta o ordenamento jurídico brasileiro.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos soluções de conflitos são mecanismos alternativos que tempo por objetivo complementar à solução proporcionada pelo Poder Judiciário, por intermédio de uma tutela jurisdicional, sendo que encontram seu fundamento de validade no atual Código de Processo Civil, no qual buscam solucionar problemas ao acesso e justiça, principalmente a morosidade.

A questão aqui levantada corresponde à análise da morosidade processual e os meios que possivelmente possam minimizar seus reflexos. Logo, este trabalho tem como objetivo principal demonstrar os meios alternativos de resolução de litígios existentes de natureza civil e os reflexos da morosidade processual.

Nesse contexto surgem algumas indagações que norteiam esta pesquisa: quais são os métodos alternativos de solução de conflitos? Quais os reflexos da tutela jurisdicional intempestiva? A mediação e conciliação são formas de implementação de duração razoável do processo e garantir direitos fundamentais?

A primeira parte deste trabalho traz a morosidade e os seus reflexos que afetam o sistema do Poder Judiciário, bem como a problemática existente para a sua efetividade. Assim, a morosidade inviabiliza a efetivação dos direitos fundamentais e consequentemente o acesso à justiça. Em seguida, busca-se apresentar o conceito e o papel dos métodos alternativos de solução de conflitos e a sua importância para a pacificação social, sendo um

instrumento extremamente vantajoso ao Judiciário na sua busca constante de realizar o acesso à justiça. Por derradeiro, demonstrar-se-ão os benefícios da autocomposição e mecanismos empregados pelo Estado buscando acabar com o fim da cultura da sentença.

Para a elaboração do presente trabalho, utilizar-se-á o método dedutivo. Para tanto, será utilizada revisão bibliográfica, legislativa e estatística, constituída de material já publicado, como artigos científicos e livros, bem como material disponível em internet que versem sobre Direito Constitucional e Direito Processual Civil, tendo marcos teóricos referência as obras de Vinícius José Corrêa Gonçalves, sobre acesso a justiça e os obstáculos encontrados para a efetivação dos direitos fundamentais e à razoável duração dos processos, a obra Roberto Portugal Bacellar, no qual se discute sobre os meios alternativos, sejam eles mediação, conciliação e arbitragem e ainda a obra de Fredie Didier Junior, o qual trata sobre acesso a justiça, bem como dos meios alternativos de resolução de conflitos.

1 REFLEXOS DA MOROSIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O Poder Judiciário brasileiro tem como principal função típica a solução dos litígios existentes na sociedade, por meio da outorga de tutela jurisdicional tempestiva. Entretanto, tal poder estatal encontra-se em crise, ante o número excessivo de demandas, aliado a uma cultura de sentença impregnada em muitos juristas e a insuficiência de recursos humanos e materiais.

Neste sentido, manifesta-se Vinícius José Corrêa Gonçalves:

Entretanto, não se pode negar, ainda que genericamente, a existência de graves consequências decorrentes da demora na prestação da tutela jurisdicional. Buscar-se-ão aferir, com base em doutrina avalizada, quais são os principais efeitos emergidos do fenômeno em análise. José Rogério Cruz e Tucci divide as consequências da intempestividade da tutela jurisdicional em dois grupos principais: a) efeitos prejudiciais aos protagonistas do processo; b) efeitos prejudiciais de natureza socioeconômica. No primeiro grupo, sob a perspectiva dos juízes, pode-se apontar a questão do descrédito e desgaste do Poder Judiciário, cuja imagem torna-se cada vez mais maculada. Além disso, o perene acúmulo de processos tende a diminuir proporcionalmente a qualidade e o acerto dos pronunciamentos jurisdicionais. E, como será demonstrado adiante, tal realidade é absolutamente notória no caso brasileiro, o que pode ser aferido pelas altas taxas de congestionamento no Poder Judiciário (2011, p.83-84).

Assim, a demora da efetivação da tutela jurisdicional, ou seja, a falta de uma solução satisfatória do conflito levado ao Poder Judiciário, acarreta em problemas econômicos e morais, tendo em vista que as partes não têm seus direitos protegidos e a demora do processo pode causar desgastes psicológicos aos envolvidos, que esperam e anseiam por uma resposta ao conflito.

Contudo o referido problema não atinge somente as partes do processo, as quais

devem arcar com as custas processuais, mas também toda a sociedade em que os tutelados convivem, pois a descrença numa resposta tempestiva por parte do judiciário aumenta, fazendo com que muitos deixem de defender seus direitos ou os façam lançando mão da violência – aumentando assim a criminalidade.

Insta destacar que a morosidade é a principal deficiência do Poder Judiciário, sendo que um dos fatores que acarretam a morosidade é o numero excessivo e crescente de demandas. Sendo que, segundo o gráfico do Conselho Nacional de Justiça, é apontado a Justiça Estadual como a mais congestionada, tendo como base o ano de 2015:

Gráfico 1 - Taxa de congestionamento no Poder Judiciário, por justiça em 2015.



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016

Os dados trazidos pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016, demonstram a insuficiência do Poder Judiciário para lidar com todas as demandas existentes, tendo em vista, no ano de 2015, foram contabilizados 74 milhões de processos em tramite, com um aumento de 1,9 milhão de processos em relação ao ano de 2014. O relatório aponta ainda que o índice de recorribilidade no âmbito da Justiça brasileira atingiu a marca 15%, sendo que 89% das demandas que tramitam perante os Tribunais Superiores são de natureza recursal. Importante mencionar ainda que a Justiça Estadual recebeu só no ano de 2015, aproximadamente 18,9 milhões de processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 49; 168; 381).

É evidente que existe um número excessivo de processos, o que redundando em uma morosidade altíssima no sistema judiciário, sendo criticada pela sociedade brasileira. O Poder Judiciário, como uma instituição primordial do Estado Democrático de Direito, é um órgão imprescindível para a garantia e efetivação da ordem jurídica, tendo como objetivo salvaguardar direitos de toda sociedade brasileira. Entretanto, a população hipossuficiente,

seja pelo ponto de vista cultural ou econômica, acaba sendo desestimulada a ingressar no Poder Judiciário, pois não têm condições de esperar por uma decisão final que proteja efetivamente seus direitos, razão pela qual acabam se sujeitando à solução mais rápida existente, ainda que não seja a mais justa.

Enfim, os efeitos da morosidade da prestação jurisdicional são mais devastadores para os economicamente desfavorecidos que são pressionados a abandonar suas causas ou aceitar acordos irrisórios, trocando seus direitos, por valores muito inferiores àqueles a que realmente fariam jus. Desse modo, o processo civil deixa de ser uma conquista civilizatória para a promoção da justiça e passa a ser mais um locus da prevalência da lei do mais forte sobre o mais fraco, causando ainda mais exclusão social. O acesso a uma ordem jurídica justa, destarte, deixa de ser uma garantia constitucional efetiva, ficando reduzida ao plano meramente formal. Acerca deste tema, Kazuo Watanabe explana:

[...] Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. (...) São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características (1988, p. 128).

Parte da população desacredita no Poder Judiciário brasileiro, sendo que este elevado número de insatisfação serve de alerta para que haja mudanças em todo o sistema. Assim, a intempestividade da tutela jurisdicional inviabiliza a efetivação dos direitos fundamentais e consequentemente o acesso à justiça, acabando por lesionar o preceito do Estado Democrático de Direito.

O acesso à justiça é visto como um direito fundamental e a busca pelo Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro não se encerra no simples direito de propositura de uma ação, mas sim assegurando o cumprimento da norma prevista no artigo 5^o, inciso XXXV, da Carta Magna de 1988, facilitando ao máximo o acesso ao Poder Judiciário, assim a aplicação deste

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

direito busca efetivar aos seus jurisdicionados o reconhecimento de seus direitos. A duração razoável do processo também é consagrada pela Constituição Federal em seu inciso LXXVIII⁴ do art. 5º da Constituição Federal de 1988 como um princípio fundamental, de tal forma que caiba ao legislador combater a morosidade processual, implementando mecanismos e procedimentos especiais. Importante mencionar que a adoção dos referidos procedimentos deve sempre respeitar os direitos fundamentais e as normas vigentes, de tal forma que os procedimentos adotados não gerem dilação injustificada, bem como respeitem o devido processo legal.

Assim, após assegurado o direito de ação, deve-se buscar a tutela jurisdicional justa, seja ela em um momento pré-processual — com o conhecimento de seus direitos e obrigações — ou no exercício do devido processo legal, na ocasião do efetivo ingresso no processo, de tal forma que o processo não ultrapasse a duração razoável, dentro das peculiaridades de cada caso.

O descrédito da população em relação ao ordenamento jurídico, faz com que diversas pessoas, que apesar de terem seus direitos ofendidos, deixem de recorrer ao Poder Judiciário para que haja uma resolução aos seus litígios, ocasionando o fenômeno da “litigiosidade contida”, o que pode gerar provocar em um índice maior de criminalidade e violência em toda a sociedade, pois muitos decidem lançar mão da autotutela (como ameaças, agressões físicas e morais, exercício arbitrário das próprias razões, cobranças vexatórias) para proteger seus interesses – ou até mesmo mostrar sua indignação (DINAMARCO, 2005. p. 133).

Ademais, inúmeras empresas beneficiam-se da prestação jurisdicional tardia, bem como pelo próprio ente estatal, buscando a postergação da efetivação de direitos e deveres, gerando em uma desigualdade social, pois força a parte vulnerável a aceitar acordos irrisórios, além de concentrar dinheiro nas mãos de poucos(notadamente no caso dos grandes empresários), obstaculizando o aquecimento da economia. Relevantes às lições de Vinícius José Corrêa Gonçalves acerca do tema:

Por fim, para encerrar o primeiro grupo, afirma-se que a excessiva duração dos processos pode gerar mais um efeito, uma vez que distribui de modo injusto e desigual os riscos, custos e encargos, entre os litigantes eventuais e os habituais. Como já sumariamente analisado, aqueles são pessoas físicas e pequenas pessoas jurídicas que, só raramente, vêm a figurar em um dos pólos de um processo, enquanto estes, também chamados de *repeat players*, frequentemente estão relacionados a uma demanda judicial (normalmente grandes pessoas jurídicas e multinacionais: bancos, financeiras, redes em geral, etc; ou mesmo órgãos do Poder Público: Fazenda Pública, INSS, etc). Obviamente, a duração desarrazoada da lide pesa muito mais para os litigantes eventuais que para os habituais. Para estes, um

⁴ [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

processo é simplesmente mais um dentre vários, e por isso sempre estão bem amparados juridicamente por seus próprios departamentos jurídicos ou por grandes escritórios.[...] (2011, p.87).

Referida prática processual infringe o direito fundamental à razoável duração do processo, bem como o acesso à justiça, devendo o Estado impor medidas buscando a reforma da atual situação de crise no ordenamento jurídico. Vale ressaltar ainda que há reflexos de natureza econômica a toda sociedade, uma vez que a estabilidade econômica afeta, de forma mais contundente, a classe hipossuficiente da sociedade, com a não efetivação de seus direitos – ou com uma tutela tardia. Nos ensinamentos de Vinícius José Corrêa Gonçalves:

Outro efeito socioeconômico advindo da longa tramitação processual é a geração de danos econômicos, bem como o favorecimento da especulação pelos detentores do poder econômico e da insolvência generalizada. Por sua vez, tais fatos geram instabilidade à economia do país, o que pode ganhar proporções internacionais (índice de “risco país”), tal como, *verbi gratia*, a diminuição de investimentos estrangeiros pelo congelamento dos capitais investidos ou, ainda, pela própria insegurança jurídica. Destarte, a demora no julgamento dos processos pode gerar enormes repercussões na economia de uma nação, tanto interna quanto externamente (2011, p.88).

O atual cenário do Poder Judiciário brasileiro, mediado pela morosidade prestação da tutela jurisdicional, acarreta em inúmeros prejuízos extrapolando o âmbito processual e interfere inclusive nas relações com os mercados mundiais, pois, vislumbrando um judiciário lento, muitos investidores podem optar por aplicar seus recursos em outros países, o que impede o crescimento da economia brasileira. Conclui-se que a morosidade processual traz inúmeros reflexos negativos à sociedade, como a privação do exercício da cidadania, bem como a coletividade, em razão dos danos econômicos. Ainda se observa a afronta ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a violação à duração razoável do processo colabora para o crescimento de desigualdades sociais e reduz o investimento de capital estrangeiro no país.

2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os métodos alternativos são mecanismos que buscam soluções de conflitos, de forma alternativa e complementar à solução proporcionada pelo Poder Judiciário por intermédio de uma tutela jurisdicional (BACELLAR, 2012, p.36). Pode-se dizer ainda que os métodos alternativos de solução de conflitos buscam minimizar a morosidade do Poder Judiciário, bem como solucionar os obstáculos do acesso à justiça, promovendo, assim, uma tutela jurisdicional tempestiva e útil, ou seja, são meios alternativos que visam complementar o processo civil comum.

Nesse sentido, destaca-se os ensinamentos de Roberto Portugal Bacellar:

Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (Mascs) representam um novo tipo de

cultura na solução de litígios, distanciados do antagonismo agudo dos clássicos combates entre partes – autor e réu no Poder Judiciário – e mais centrados nas tentativas de negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, num sentido, em realidade, direcionado à pacificação social quando vistos em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos. (GARCEZ, 2003). São utilizadas ainda as siglas Mesc a indicar Métodos ou Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos ou controvérsias e RAC a indicar Resolução Alternativa de Conflitos, meios esses sempre caracterizados pela aplicação alternativa, complementar ou paralela às atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário. (2012, p.36-37).

Assim, os meios alternativos de solução de conflitos, caracterizam-se pelo fato de serem realizados de maneira complementar à justiça civil formal – e não excludente – existindo uma série de disposições legais a serem observadas pelas partes e pelo terceiro (mediador ou conciliador), não se aceitando práticas contrárias ao ordenamento ou abuso de direitos.

Nesse passo, a solução de litígios por meios alternativos apresenta-se como um estímulo ao exercício de cidadania, como bem destaca Fredie Didier Junior:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido com o um reforço da participação popular do – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático (2012, p.273).

Assim, pode-se dizer que os métodos alternativos de resolução de conflitos devem ser estimulados, pois as partes envolvidas neste conflito participam ativamente da solução do litígio, exercendo o seu papel de cidadão. Logo, tais instrumentos apresentam-se como mecanismos de democratização do processo civil e do empoderamento das partes ali envolvidas, que deixam de ser dubladas por seus advogados e podem efetivamente auxiliar na construção de uma decisão mais adequada ao caso concreto.

Esse entendimento é corroborado por Vinícius José Corrêa Gonçalves que, ao dissertar sobre o tema, aduz que:

Ao se utilizar a expressão “meio alternativo”, reconhece-se que a via jurisdicional estatal ainda constitui o mecanismo padrão de resolução de conflitos, uma vez que toda alternativa faz referência a algum padrão. No entanto, é de se destacar que, hodiernamente, ante a ineficiência na prestação jurisdicional pelo Estado, em especial pelo perfil contencioso e pela pequena efetividade em termos de pacificação real das partes, as denominadas resoluções alternativas de disputas tendem a deixar de ser consideradas “alternativas” para passar a integrar a categoria de formas “essenciais” de resolução de conflitos, funcionando como verdadeiros equivalentes jurisdicionais, dada a substituição da decisão adjudicada do magistrado pela decisão conjunta das partes (2011,p.137).

Dessa forma, o legislador, sensível a essas novas formas de prestação da tutela jurisdicional, na criação do Código de Processo Civil de 2015, ratificou os mecanismos de resoluções de conflitos alternativos, ao instituir, no rol das normas fundamentais do processo

civil, os métodos de solução consensual de conflitos, como se observa do artigo 3º⁵, § 2º e 3º do Códex.

Constata-se pelo ensinamento de Fredie Didier Junior que o:

Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a auto composição, com a edição de diversas leis neste sentido do. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165 - 175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição com o ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts.334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, 111; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190). (2015, p.273).

Assim, pode-se dizer que, com advento do atual Código de Processo Civil, nasce um novo objetivo processual, o fomento à solução dos litígios através da autocomposição, uma vez que traz em seu texto, no artigo 3º, §3º⁶, o dever dos juízes, advogados e outros auxiliares do Poder Judiciário de orientar as partes com vistas à autocomposição. Fato é que um estabelecimento de um diálogo entre as partes, demanda em uma menor atuação do Estado nas soluções dos conflitos, e conseqüentemente exige o Estado de atuar criticamente no litígio, ocasionando em uma economia processual e material.

Torna-se evidente as relevantes lições de Célia Regina Zapparolli:

Por que ainda reina a cultura adversarial, ineficaz e destrutiva? [...] não quero afastar a importância da atuação jurídica, visto que as pessoas só têm a liberdade de transigir quando são informadas e estão conscientes de seus direitos, bem como asseguradas pela existência de um sistema jurídico e judicial eficazes. Entretanto, pretendo indicar que as pessoas e seus conflitos não têm natureza exclusivamente jurídica, têm múltiplas faces, portanto, não enxergar ou aceitar isso é restringir, segmentar e subestimar demasiadamente o universo humano. Também quero expressar o meu inconformismo com a absoluta falta de diálogo e o número desnecessário de processos ajuizados. Quantas vezes as partes propõem ações sem, ao menos, antes terem se falado? Quantas oportunidades já presenciei em que as partes conhecem-se diante do magistrado? Inúmeras. E isso, sem sombra de dúvida, é uma questão cultural (2003, p. 56).

Dessa forma, pode-se dizer que a autocomposição ocasiona em uma mudança cultural da sociedade brasileira, no que tange ao pensamento da cultura da sentença, pois o processo judicial deixa de ser a única solução empregada pela sociedade como resolução de seus conflitos e traz uma alternativa aos litigantes.

Importante mencionar ainda que somente no ano de 2015 ingressaram no Poder Judiciário cerca de 27.300 milhões de processo, sendo que conforme se depreende do gráfico

⁵ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

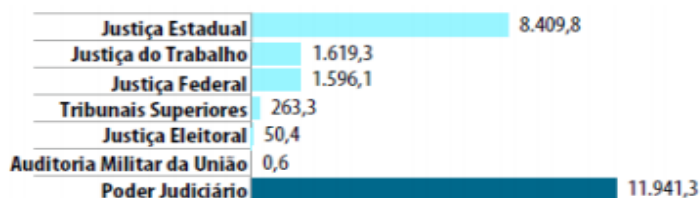
1º É permitida a arbitragem, na forma da lei

2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁶ [...] § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

abaixo, a cada 100.000 habitantes há 11.941,3 casos novos, sendo a justiça estadual, dado seu caráter residual, a que mais concentra processos, perfazendo aproximadamente 8.410 processos para cada 100.000 habitantes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p.43).

Gráfico 2 - Taxa de casos novos a cada 100.000 habitantes, por justiça em 2015:



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016.

Antes do advento do atual Código de Processo Civil, o Conselho Nacional de Justiça, editou a resolução de n.º 125/2010, sendo que a referida resolução ainda é uma das principais forças normativas no que tange a mediação e conciliação, bem como o Conselho Nacional de Justiça aprovou em 31 de maio de 2016 a resolução de n.º 225 que em seu texto fomenta a prática da justiça restaurativa – e tais passos caminham em prol da construção de uma cultura de pacificação e empoderamento dos agentes sociais.

Vale ressaltar que a resolução 125/2010, tem por objetivo:

Os objetivos dessa Resolução estão indicados de forma bastante taxativa: I) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); II) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); III) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º) (2015, p.12).

Percebe-se que referida resolução tem o condão de minimizar as causas da morosidade do sistema judiciário, com a implantação dos serviços autocompositivos de qualidade. Importante mencionar ainda que a Resolução n.º 225/2016, traz em seu corpo o procedimento alternativo de resolução de conflitos em seu art. 2º como um caráter restaurativo, sendo derivado dos seguintes princípios: a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, confidencialidade, a celeridade e a urbanidade. No Brasil são apontadas três formas de resoluções de litígios, sendo elas a arbitragem, mediação e a conciliação, a seguir exploradas.

2.1 Arbitragem

A arbitragem, de uma forma ampla, é um procedimento consensual pelo qual um terceiro devidamente capacitado soluciona um litígio existente entre as partes. Trata-se de um procedimento instituído pelas partes em um acordo genérico denominado convenção de

arbitragem, pelo qual convencionam-se, por escrito, submeter à arbitragem os litígios que possivelmente possam surgir de um negócio jurídico firmando os envolvidos (BACELLAR, 2012, p.129), a ser realizada fora do âmbito do Poder Judiciário: é uma “justiça particular”,

Nesse sentido, Roberto Portugal Bacellar define:

A arbitragem pode ainda ser definida (nossa posição) como a convenção que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas. Para que se instaure a arbitragem, é essencial o consentimento das partes: enquanto o juiz retira seu poder da vontade da lei, o árbitro só o conquista pela submissão da vontade das partes (2012, p. 120-121).

Assim, a arbitragem somente é utilizada quando há um consenso e voluntariedade das partes em eleger um ou mais árbitros para decidir eventual conflito. Essa eleição ocorrerá, na maioria das vezes, por força contratual, ou seja, em decorrência de uma convenção existente. Dessa maneira, a arbitragem não é considerada uma modalidade de jurisdição do Poder Judiciário, uma vez que é exercida fora do âmbito judicial.

O Estado não deve intervir na sentença de arbitragem, uma vez que a mesma possui um caráter contratualista, previamente estipulado, exceto para corrigir eventuais ilegalidades, como ocorre em casos vícios de consentimento, ou seja, a arbitragem terá força obrigatória, após convenção das partes, afastando integralmente a possibilidade do juiz (estatal) adentrar no mérito da causa. Assim, pode-se concluir que a sentença arbitral não necessita de homologação judicial, tão pouco é recorrível ao Poder Judiciário, contudo tanto ela quanto as medidas impostas pelo juízo arbitral podem ser levadas ao judiciário (BACELLAR, 2012, p. 126; 134).

Ademais a própria resolução do Conselho Nacional de Justiça de n.º 125/2010, traz a ideia do caráter contratualista, senão vejamos:

A característica principal da arbitragem é sua coercibilidade e capacidade de pôr fim ao conflito. De fato, é mais finalizadora do que o próprio processo judicial, porque não há recurso na arbitragem. De acordo com a Lei n. 9.307/96, o Poder Judiciário executa as sentenças arbitrais como se sentenças judiciais fossem. Caso uma das partes queira questionar uma decisão arbitral devido, por exemplo, à parcialidade dos árbitros, uma demanda anulatória deve ser proposta (e não um recurso) (2015, p.38).

Dessa forma, a sentença arbitral, possui a mesma eficácia de uma sentença exaurida pelo Poder Judiciário transitado em julgado, ou seja, irrecorrível e exigível. Importante mencionar que a adoção do procedimento da arbitragem deve sempre respeitar o devido processo legal e o contraditório.

Por último, destaca-se que a arbitragem se trata de um meio célere e eficaz. Afirma Roberto Portugal Bacellar que a arbitragem oferece as seguintes vantagens:

A arbitragem (privada como ela deve ser) pode contar com muitas vantagens: celeridade, sigilo, ausência de duplo grau de jurisdição, possibilidade de escolher os árbitros mesmo após o surgimento do conflito, liberdade para que as partes decidam a forma do procedimento e as regras de julgamento, se de direito ou de equidade, dentre outras tantas possibilidades de ajustes por vontade das partes (2012, p.126).

Assim, conclui-se que a arbitragem é um instrumento, que busca a celeridade processual e possuem inúmeras vantagens as partes litigantes, sendo que referido procedimento auxilia no acesso à justiça, bem como proporciona a quebra da cultura da judicialização dos conflitos.

2.2 Mediação

A mediação é um processo consensual pelo qual um terceiro desinteressado no litígio, soluciona o conflito existente entre as partes, objetivando a preservação dos laços existentes entre as partes, podendo ser exercida fora e dentro do âmbito jurisdicional, por um terceiro mediador, podendo ser um funcionário do Poder Judiciário ou privado (BACELLAR,2012, p. 107).

Nesse sentido, Roberto Portugal Bacellar define da seguinte forma:

Como uma primeira noção de mediação, pode-se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam (2012, p.107).

Assim, a mediação é o instrumento no qual o mediador atua como um facilitador de uma negociação, buscando entre as partes a construção de uma solução viável, a elas próprias, sem que haja uma quebra de confiança. Aqui, as partes agem de forma mais ativa (notadamente quando comparada à jurisdição formal ou à arbitragem e até mesmo à conciliação, que exigem postura proativa do terceiro julgador) na busca de uma solução que melhor solucione o problema, levando em considerações as particularidades daquele caso em espécie.

Insta destacar a lição de Roberto Portugal Bacellar:

Na mediação, há de se ter em mente que as pessoas em conflito a partir dessa concepção geral (negativa), ao serem recepcionadas, estarão em estado de desequilíbrio, e o desafio do mediador será o de buscar, por meio de técnicas específicas, uma mudança comportamental que ajude os interessados a perceber e a reagir ao conflito de uma maneira mais eficaz (2012,p.109).

O mediador deve agir como um facilitador do diálogo, de tal forma que somente auxilie as partes a entender as questões envolvidas no conflito, ou seja, ele não apresenta soluções ao litígio, porém auxilia para que as próprias partes possam chegar a uma solução

em conjunto. O desfecho deve partir, então, dos atores processuais (autor e réu), de modo a empoderá-los enquanto agentes sociais, ao passo em que contribuem para a dicção do direito.

O Código de Processo Civil, traz em seu art. 149, o mediador como um auxiliar à justiça:

Art. 149 - São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

O mediador, como um auxiliar da justiça, é vital no ordenamento jurídico, uma vez que reconhece o papel do mediador como garantidor do acesso à justiça, de tal forma que a celeridade e a eficácia da justiça dependem da atuação destes auxiliares.

O aludido Códex traz ainda, em seu art. 165, § 3º, a conduta que o mediador deve seguir:

Art. 165 - Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.[...]3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Uma conduta eficaz do mediador com uma abordagem adequada sobre o conflito pode mudar as percepções das partes sobre a lide, de tal forma que o diálogo estabelecido no procedimento de conciliação poderá recuperar a comunicação direta e inclusive melhorar o diálogo posterior entre as partes, bem como reestruturar e manter as relações pessoais posteriores (BACELLAR, 2012, p.109).

Nota-se portanto, que as partes têm o direito de se comunicarem diretamente, cabendo ao mediador apenas conduzir as comunicações, sendo que todas as soluções apontadas devem ser tratadas com relevância. Desta forma, diz-se que a mediação também busca minimizar a morosidade do Poder Judiciário e, assim como a arbitragem, traz inúmeras vantagens às partes, bem como se ressalta o seu papel em ser um meio de acesso à justiça eficaz.

A mediação se distingue da arbitragem pelo fato de que busca solucionar o conflito apresentado, mas com vistas à preservação dos laços existentes entre os litigantes, sendo que não há interferência do mediador, que somente atua para a restauração do diálogo, de tal forma, que as partes cheguem a um acordo sozinhas, ou seja, as próprias partes apresentam as soluções. Já a arbitragem é usada quando inexistente uma solução amigável à questão, sendo, em regra, previamente estipulada através de um contrato, de tal forma que um terceiro imparcial e eleito pelas partes decide a questão.

2.3 Conciliação

A conciliação é um processo consensual pelo qual um terceiro desinteressado soluciona o litígio existente entre as partes, objetivando a realização de um acordo, podendo ser realizado fora ou dentro no âmbito do Poder Judiciário. A figura do conciliador poderá ser qualquer pessoa, advogado, juiz, bem como qualquer outra pessoa devidamente capacitada da sociedade (BACELLAR, 2012, p.85).

Ainda nesse panorama, o conceito trazido por Roberto Portugal Bacellar:

Definimos a conciliação (nossa posição) como um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial (2012, p.85).

Sendo assim, o foco principal da conciliação é efetivação de um acordo, que conduz à extinção do processo, sem a necessidade de produção de provas e realização de demais atos processuais, como forma de efetivas o acesso à justiça de forma mais célere. Acerca do tema, continua Bacellar (2012, p.85) afirmando que a conciliação tem como objetivo principal a construção de um acordo entre as partes que extinga o processo, focando-se na lide apresentada, em busca de uma solução consensual entre as partes que, se conduzida por um conciliador capacitado, colaborará com a construção de uma cultura de pacificação e empoderamento dos cidadãos.

Saliente-se que o consenso produz um acordo, ou seja, atinge um ideal de justiça, já que no acordo todas as partes são beneficiadas, de tal forma que não existe um vencedor ou um perdedor na demanda. Importante ainda mencionar que, a realização de um acordo acaba com a protelação do processo, por este ser irrecorrível, uma vez que é realizado pelas próprias partes com o auxílio do conciliador.

O conciliador exerce um papel fundamental na conciliação, atuando como um auxiliar da justiça, assim, advertindo às partes os riscos do litígio. Assim, explica Roberto Portugal Bacellar:

Recomenda-se na conciliação que ocorra, pelo conciliador, a descrição das etapas do processo judicial, demonstrando para as partes os riscos e as consequências do litígio como: a) a demora e a possibilidade de recursos das decisões;b) o risco de ganhar ou perder, que é ínsito a qualquer demanda;c) a imprevisibilidade do resultado e de seu alcance;d) dificuldade na produção e o subjetivismo na interpretação das provas;e) os ônus da eventual perda (despesas, honorários advocatícios,sucumbência). É conveniente que o conciliador ressalte ainda o fato de que,algumas vezes, embora as pessoas tenham o direito a seu favor, nem sempre é fácil a produção da prova necessária e eficiente a demonstrar isso ao juiz (2012, p. 88).

Advertir as partes dos procedimentos do processo judicial e dos riscos dos litígios, serve para aumentar as chances da realização de um acordo, de tal forma que as partes ao tomarem conhecimento dos riscos de ganharem ou perderem a demanda, bem como informar sobre as outras consequências do litígio, acabam por entrarem em um consenso, objetivando por fim ao processo em um tempo razoável, sem maiores prejuízos, sejam eles de natureza financeira ou psicológica. Encerrada a demonstração dos riscos do litígio, deverá o conciliador demonstrar os benefícios da autocomposição, como a extinção do processo sem demora e sem maiores gastos, reduzindo os gastos com a continuidade do processo, bem como ressaltar o resgate à autonomia das partes acerca do mérito da conciliação, que poderão, ainda, antever e já discutir eventuais consequências do acordo (BACELLAR, 2012, p.88-89).

Assim, pode-se dizer que um conciliador que possua instruções técnicas de como proceder e conduzir uma conciliação possui maiores chances de obter êxito, ou seja, a realização de um acordo, pelo simples fato de as partes, conhecendo melhor os riscos do litígio e suas vantagens, da conciliação, provavelmente optarão por se conciliar (BACELLAR, 2012, p.88).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador, buscando minimizar os efeitos da morosidade, trouxe a conciliação como uma norma fundamento do processo, senão vejamos:

Art. 3º-Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

1ºÉ permitida a arbitragem, na forma da lei.

2ºO Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

3ºA conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Desta forma, ressalta que o atual Código de Processo Civil apresenta as soluções de conflitos de forma consensual são objetivos processuais, bem como afirma que os juristas deverão incitar os referidos instrumentos, entre eles a conciliação.

Nas considerações da resolução nº 125/2010, tem-se que:

O CPC/2015 fortalece, em boa hora, a conciliação, a mediação e a arbitragem como mecanismos hábeis à pacificação social. Na realidade, a nova codificação estabelece como uma de suas principais premissas o incentivo à utilização dos métodos adequados de solução consensual de conflitos, conforme se vê do artigo 3º, § 3º, inserido no capítulo inicial que trata das normas fundamentais do processo civil. Não obstante, o CPC/2015 menciona a conciliação, a mediação e a arbitragem em diversas passagens, deixando clara a intenção do legislador de incentivar a utilização de variados métodos de resolução de controvérsias (2015, p.45).

Realça-se que há o interesse do Poder Judiciário e do Legislativo, em incentivar os métodos alternativos e consensuais de resoluções de conflitos, de tal forma a dar uma resposta

menos custosa a toda sociedade pela morosidade existente, proporcionando assim um efetivo acesso à justiça e, por via reflexa, a concretização dos direitos fundamentais, ao passo que, concomitantemente, empodera os sujeitos e auxilia no fortalecimento da democracia.

Por derradeiro, a conciliação e mediação são procedimentos, pelo qual um terceiro intervém com a função de auxiliar as partes a chegarem a autocomposição, ou seja, ao mediador ou conciliador não cabe resolver o problema, o que a diferencia da arbitragem. Sendo que a diferenciação da conciliação da mediação reside no fato de que o conciliador possui uma participação proativa no procedimento, de tal forma que pode propor soluções aos litigantes; já o mediador serve apenas como um facilitador do diálogo entre as partes, não podendo propor soluções, de tal forma que as próprias partes possam chegar a um acordo sem maiores intervenções (DIDIER JÚNIOR, 2012, p.275).

Dessa forma, diante de todo o acima exposto, o Poder Judiciário vem buscando a promover a conciliação minimizando os obstáculos que enfrenta o judiciário. Criando políticas de incentivo aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, em especial os métodos de conciliação e mediação.

3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Pelo todo até aqui exposto, restou demonstrar que o Poder Judiciário é incapaz em garantir uma tutela jurisdicional eficaz, útil e tempestiva, aos seus litigantes. A hipertrofia do Poder Judiciário é um fato incontroverso, a cultura da judicialização ainda é presente na sociedade brasileira, o que torna crescente o ajuizamento de ações e insistir nas mesmas receitas, como mais funcionários e mais juízes já não atingem o resultado esperado.

Vinícius José Corrêa Gonçalves ainda tem o seguinte entendimento acerca do tema:

Atualmente, uma das principais preocupações no âmbito do direito processual, sem sombra de dúvidas, é a questão do tempo no processo ou, ainda, da tempestividade da prestação da tutela jurisdicional. A justiça prestada de forma intempestiva redundando na injustiça, já dizia Rui Barbosa. O litígio que se arrasta por anos, e por vezes décadas, transforma-se em instrumento de revolta, angústia, descontentamento e indignação para aqueles que esperam por uma solução em suas vidas. É um inquestionável fator de instabilidade social. O direito fundamental à razoável duração do processo, apesar de só ter sido positivado constitucionalmente há poucos anos, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, já era reconhecido pela interpretação extensiva de outros dispositivos constitucionais e, ainda, pelos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil (2011, p.75).

A incapacidade do Estado ao prestar uma tutela jurisdicional célere acarreta em reflexos negativos a toda sociedade, dentre elas pode-se destacar o aumento das desigualdades sociais. Assim, não basta apenas garantir o acesso ao judiciário, mas também que referido

litígio não perdure por anos e cause ainda mais a descrença no Judiciário, devido à falta de solução ao conflito em um tempo razoável.

Assim, buscando solucionar o problema de morosidade no judiciário brasileiro, há a necessidade da criação da cultura da pacificação social – a qual busca a solução dos litígios existentes por meio de métodos adequados a cada conflitos, por vezes com decisões construídas pelos próprios sujeitos processuais, ou seja, autor e réu dialogando em na elaboração e dicção de uma solução mais adequada ao caso.

Com isso, tenta-se, afastar e desconstruir a cultura da sentença impregnada em na sociedade brasileira – a qual busca à solução dos litígios por meio da judicialização dos conflitos, no qual é proferida uma sentença pelo órgão estatal jurisdicional – e isso poderá se dar por intermédio do estímulo e implementação dos métodos alternativos de solução de conflitos, notadamente a mediação e a conciliação (GONÇALVES, 2011, p.147).

Neste sentido, se manifesta Roberto Portugal Bacellar:

Percebe-se hoje que é preciso encontrar, dentro de um portfólio de técnicas, instrumentos, processos e métodos, aqueles que melhor se ajustam ao conflito de interesses existente entre as partes. Em outras palavras, significa perceber e utilizar os métodos mais adequados para o tratamento de conflitos (de acordo com sua natureza, com as relações envolvidas, valores, com o grau e intensidade do relacionamento e extensão de seus efeitos perante o grupo familiar, social, dentre outros fatores). Estejam esses conflitos dentro do Poder Judiciário (judicializados) ou fora do ambiente do órgão oficial de resolução de disputas – o Poder Judiciário (desjudicializados) –, é possível projetar medidas processuais ou pré-processuais e preventivas para dar a eles o tratamento mais adequado (2012, p.53).

Assim, pode-se dizer que a conciliação e mediação, devem ser incitadas, por se tratarem de métodos consensual, no qual se soluciona o litígio, porém objetiva a preservação dos laços existentes entre as partes.

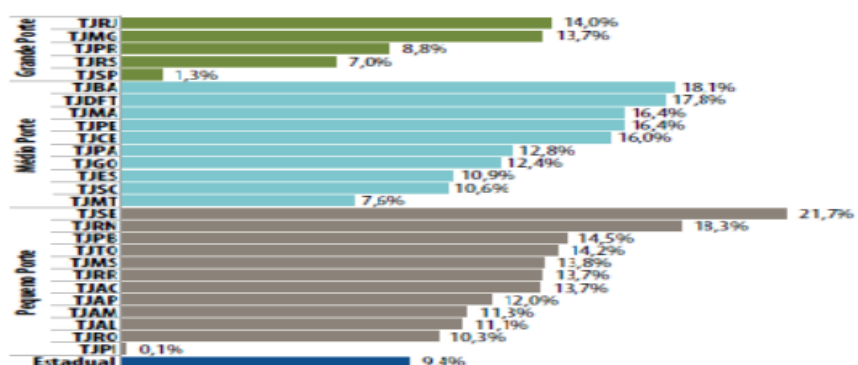
Contudo, apesar deste objetivo processual, o estímulo à solução dos litígios através da autocomposição, corroborado pelo atual Código de Processo Civil, que tem em sua redação a previsão legal da tentativa de conciliação e sua obrigatoriedade, deve haver uma difusão das vantagens da utilização dos instrumentos extrajudiciais de conciliação e mediação. Com esse objetivo, devem ser promovidas políticas de conscientização em toda a sociedade brasileira, com o enfoque nos principais benefícios da utilização da conciliação e mediação, sobre os benefícios dos instrumentos extrajudiciais. Vinícius José Corrêa Gonçalves destaca alguns dessas vantagens:

[...] O Poder Judiciário, desonerado dos litígios encaminhados aos métodos alternativos, poderá esperar mais de seus magistrados, posto que, presumivelmente, terão mais tempo para a análise e deslinde de casos que efetivamente necessitem da intervenção estatal (casos singulares, complexos e não ajustados aos mecanismos alternativos). Os jurisdicionados, por sua vez, poderão ter seus conflitos resolvidos de modo mais célere, menos custoso e com melhor qualidade. Mais célere porque os

mecanismos alternativos são mais ágeis e, além disso, pela natural desobstrução do Judiciário. Menos custoso em virtude da simplicidade e da inexistência de grandes gastos com os meios alternativos de resolução de conflitos, além da desnecessidade de se custear o estado de litispendência de um processo. Com melhor qualidade porque os conflitos são adequados aos métodos de solução mais apropriados, de acordo com o caso concreto (2011,p. 204).

Nota-se, com isso, os reais benefícios advindos, para as partes e para a sociedade, com uma prestação célere e menos onerosa, proporcionada pela conciliação e mediação, pode-se destacar, ainda, a vantagem do sigilo que é revestido os métodos alternativos, bem como da irrecorribilidade de um acordo realizado. Contudo, os índices de conciliação no Poder Judiciário, no ano de 2015, ainda são baixíssimos conforme se percebe do gráfico abaixo.

Gráfico 3 - Taxa de conciliação no Poder Judiciário no ano de 2015.



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA 2016

Vale ressaltar que, apesar do índice de conciliação atingir somente o percentual de 9,4%, referido índice tende a aumentar nos próximos anos, em decorrência da postura adotada pelo Código de Processo Civil que traz em seu art. 334⁷ a obrigatoriedade da audiência de conciliação, bem como pelo estímulo que o Conselho Nacional tem dado às soluções alternativas, expedindo diversas resoluções e relatórios a respeito.

Entretanto, um grande passo ainda deve ser dado em prol da construção de uma cultura de pacificação: fomento das soluções alternativas dentro das academias, com criação de núcleos e disciplinas específicas, tendo em vista que o curso de Direito, no Brasil, ainda foca e fomenta demais a cultura adversarial, olvidando-se dos demais métodos para solução harmoniosa das lides existentes.

Dessa forma, diante de todo o acima exposto, pode-se dizer que os instrumentos de resolução de conflitos alternativos, em especial a conciliação e mediação, são meios de o Judiciário efetivar o acesso à justiça, bem como possibilita um processo menos moroso e

⁷ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

oneroso às partes, possuindo assim, uma tutela jurisdicional tempestiva, além de colaborar com o fim da cultura da judicialização de conflitos e, ainda, empoderar os cidadãos e efetivar com maior agilidade seus Direitos Fundamentais, contribuindo para a consolidação de um efetivo Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro é constantemente criticado face a demora na solução dos conflitos a ele levados, em razão da situação de hipertrofia que vivencia, sendo que o número excessivo e crescente de demandas ocasionam a morosidade processual. Dessa forma, o direito fundamental à duração razoável do processo é violado.

Como se pôde perceber, a existência da morosidade deve ser superada para que se efetive o acesso aos tribunais e a uma ordem jurídica justa, tendo em vista que a demora ou a não efetivação do acesso à justiça e uma tutela jurisdicional intempestiva implica na ineficácia dos demais direitos e garantias fundamentais e conseqüentemente na desigualdade processual. Em análise do ambiente fático brasileiro, pode-se destacar que a sociedade brasileira tem o Judiciário como a última salvação aos seus problemas, sendo que, inclusive os litigantes, utilizando-se de medidas processuais visando à postergação do processo, acabam por contribuir significativamente no aumento das desigualdades sociais.

Dessa forma, o Poder Judiciário encontra-se abalroado de processos, sendo que grande parte da sociedade brasileira mostra seu descontentamento na obtenção de uma resposta efetiva e com prazo compatível com a complexidade de sua demanda. Como se percebe, a intempestividade da tutela jurisdicional inviabiliza a efetivação do acesso à justiça, e acaba por não apenas lesionar os litigantes, mas também toda a sociedade que fazem parte, pois o descrédito na justiça se alastra, investidores desistem e a riqueza se concentra nas mãos de poucos, que se utilizam do processo para postergar direitos.

Como um dos meios hábeis a diminuir a morosidade do Poder Judiciário, e propor uma solução a morosidade e a intempestividade da tutela jurisdicional, destacam-se os métodos alternativos de solução de conflitos, sejam eles a arbitragem, mediação e conciliação os quais possuem uma proposta singular ao enfrentar as questões judiciais.

Inúmeras são as vantagens da utilização dos métodos de soluções alternativos de conflitos, sendo que o Poder Judiciário e Legislativo têm incentivado o uso dos métodos alternativos, objetivando assim uma tutela jurisdicional tempestiva e útil, tendo a mediação e conciliação em especial, devido a seus benefícios.

Perante o exposto, pode-se concluir que o Poder Judiciário em conjunto com o Poder

Legislativo, vêm incentivando a difusão dos instrumentos de resolução de conflitos alternativos, os quais têm o caráter de colaborar com o fim da cultura da judicialização dos conflitos e de alguns obstáculos jurisdicionais, por exemplo a morosidade. Vale ressaltar ainda que a mediação e conciliação exercem um papel fundamental no atual ordenamento jurídico, uma vez que proporciona um processo menos moroso e oneroso às partes, e ainda atingem um ideal de justiça justa e eficaz, além de contribuir com a celeridade processual e consolidação de um Estado Democrático de Direito, por estimular os cidadãos a terem uma postura mais ativa na construção do direito.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem: coleção saberes do direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 de mar. 2017.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html>. Acesso em 24 de mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Guia de Conciliação e Mediação – orientações para implantação de CEJUSCs. Brasília/DF. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>> Acesso em: 28 de abr de 2017.

_____. Justiça em números. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> ,Acesso em: 06 mai. 2017.

_____.Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225 - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf> > Acesso em: 28 de abr. 2017.

_____. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual

civil, parte geral e processo de conhecimento, 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Editora Malheiros, 2005.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. Tribunais Multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. 2011. 225 f. Dissertação de mestrado – Programa de mestrado em ciência jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Paraná, 2011.

GONÇALVES, Vinícius José Correia; BREGA FILHO, Vladimir. Descenso à justiça como fator de inclusão social. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010, p. 62-76. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3055.pdf>., Acesso em: 25 abr 2017.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In MUSZKAT, Malvina E. (org.). Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003, p. 56.

TUTELA DE EVIDÊNCIA DOCUMENTADA NO AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO

Fábio Dias da SILVA¹

RESUMO

O presente estudo trouxe por bem tutelar a tutela fundada na evidência para com aplicação aos benefícios previdenciários, principalmente o auxílio-doença que pressupõe em pleito inicial a existência de prova robusta consignada por atestados/relatórios/laudos médicos que, por óbvio, uma contestação ou resposta contrária não é capaz de induzir em contrário o direito do autor para a percepção do benefício alimentar em questão. Com a consagração do direito do autor que é evidente, necessita de um provimento adequado e tempestivo, consagrando a efetividade procedimental e uma tutela jurisdicional de acordo com os princípios constitucionais e processuais civis.

PALAVRAS-CHAVE: Evidência. Efetividade. Auxílio-doença. Prova documental. Alimentar.

ABSTRACT

The present study has provided a safeguard for the protection based on the evidence to apply for the social security benefits, mainly the sickness benefit that presupposes in the initial plea the existence of robust evidence set forth by medical certificates/reports that, of course, a challenge or to answer to the author's right to perceive the food benefit in question. In the consecration of the right of the author that is evident, it needs an adequate and timely provision, consecrating the procedural effectiveness and a judicial protection according to the constitutional and civil procedural principles.

KEY-WORDS: Evidence. Effectiveness. Sickness aid. Documentary evidence. Food character.

1 INTRODUÇÃO

A tutela de evidência como sinônimo de eficácia jurisdicional pressupõe que o jurisdicionado possa obter o bem da vida tutelado desde que preencha determinados requisitos, vezes que a demora processual poderá inviabilizar o que se pretende com a busca perante o Poder Judiciário.

Pela própria denominação do que seja uma tutela de evidência é certo que esta se destina a um direito evidente, latente, ou seja, que por mais que seja em sede de cognição sumária tem o condão de demonstrar o direito à tutela jurisdicional pretendida pelo jurisdicionado.

No mais aplicável da tutela denominada de evidência é ir em sentido contrário aos

¹ Advogado. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL e Pós-graduando em Direito Processual Civil (NOVO CPC) pela Toledo Prudente Centro Universitário. fabiodiasilva@gmail.com.

efeitos que a demora processual pode advir no que concerne à uma prestação jurisdicional adequada, visto que se já é evidente e devidamente demonstrando por meio da prova documental, não há que se falar em demora na prestação jurisdicional.

E é nesse sentido que a tutela de urgência, fundada na evidência, pode comprovar sua eficácia junto ao benefício por incapacidade auxílio-doença que, no mais das vezes, a prova documental, produzida por um médico especializado, viabiliza a prestação jurisdicional sem que haja a necessidade e possa ser controvertida por prova alguma produzida nos autos da ação previdenciária.

A relevância da tutela de evidência ganha campo neste tipo de benefício previdenciário tendo em vista que, no mais das vezes, se trata de uma situação de urgência e o que é recebido a título de benefício previdenciário traz um cotejo alimentar para com o beneficiário e, assim, exige um provimento emergencial.

2 TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência adveio expressamente no Código de Processo Civil de 2.015 como uma espécie de tutela de urgência para que, consoante denominação “de urgência”, possa evitar os efeitos que a demora no provimento jurisdicional possa ocasionar para o bem material objeto dos autos.

Como título de tutela de urgência a evidência impõe seja conhecido pelo órgão julgador determinadas matérias que se houvesse o transcorrer natural do processo poderia inviabilizar uma prestação jurisdicional adequada.

Denota-se que a tutela de evidência pressupõe a existência de uma direito evidente, e não provável e, também, que necessita de um provimento jurisdicional dotado de caráter emergencial.

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 29-30) obtêm que:

Evidência na linguagem comum significa clareza, visibilidade ou *certeza manifesta*. Na teoria do conhecimento evidência é um “caráter de objeto de conhecimento que não comporta nenhuma dúvida quanto à sua verdade ou falsidade”. Mas a “evidência” com base na qual o juiz pode conceder essa espécie de tutela é menos que isso. Não passa de uma grande *probabilidade* com fundamento na qual o juiz poderá conceder essa espécie de tutela – a qual, justamente por não traduzir uma *certeza*, é suscetível de revogação ou modificação a qualquer tempo, sendo por isso *provisória* (CPC, art. 296). No fundo é um *fumus boni juris* qualificado, ao qual o legislador, em disposição discricionária, entendeu de atribuir o efeito de autorizar a antecipação do julgamento da causa, independentemente da concreta presença de uma urgência.

Apesar da doutrina citada salientar que a tutela de evidência significa uma grande

probabilidade de que o que se está afirmando, e conseqüentemente comprovando, é capaz de induzir o convencimento do magistrado visando a concessão deste tipo de tutela, é certo que se trata de um direito de manifesta certeza.

A fumaça do bom direito, ou “*fumus boni juris*”, como bem quer dizer a doutrina, neste caso não se trata de uma fumaça, mas sim que o direito está fervoroso no intuito de condizer de que os fatos tal como alegados na inicial corroboram ao direito latente que faz jus a parte requerente.

De tal modo, tamanha grandeza que condiz com a certeza da tutela de evidência que mesmo que ofereça resposta através de contestação, as alegações e conseqüente provas a serem utilizadas no bojo do processo não poderão fazer com que desconfigure o direito latente do requerente.

No mesmo parâmetro Humberto Theodoro Junior (2017, p. 615) sedimenta:

[...] a *tutela da evidência*, que tem como objetivo não propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas, sim, o de combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário. Se o processo democrático deve ser *justo*, haverá de contar com remédios adequados a uma gestão mais equitativa dos efeitos da duração da marcha procedimental. É o que se alcança por meio da *tutela sumária da evidência*: favorece-se a parte que à evidência tem o direito material a favor de sua pretensão, deferindo-lhe tutela satisfativa imediata, e imputando o ônus de aguardar os efeitos definitivos da tutela jurisdicional àquele que se acha em situação incerta quanto à problemática juridicidade da resistência manifestada.

A tutela de evidência, como já frisado, visa evitar que o jurisdicionado seja privado do seu direito que é evidente, vezes que sujeita-lo a demora procedimental e processual acarretará em latente violação a cada momento que passa de um direito que já poderia estar usufruindo.

Com a concretização do direito do jurisdicionado que estabelece uma determinada evidência em seu direito pode se levar a ideia de um processo justo que, nada mais é do que uma prestação jurisdicional adequada mediante a entrega do bem da vida àquele que a requer e que a comprova que faz jus para tanto.

Por esses parâmetros, a tutela de evidência, tal como preconizada no Código de Processo Civil de 2.015 pressupõe uma determinada urgência na prestação jurisdicional e não depende de demonstração de um perigo de dano ou de resultado útil ao processo, embora muitas vezes são demonstrados esses requisitos para fins de deferimento da medida.

2.1 Princípio da efetividade procedimental

O procedimento a ser utilizado pelo jurisdicionado visa sempre uma prestação

jurisdicional adequada e efetiva, sendo que efetividade se assemelha, mas não se confunde, com entrega do bem da vida àquele que a requer.

A semelhança entre efetividade e procedência (entrega do bem da vida) se dá em razão de que o jurisdicionado ao requerer a prestação jurisdicional busca a satisfação de seu direito de seu modo.

Entretanto, o objetivo primordial de um processo ou até procedimentos é a utilização e resguardo de princípios constitucionais consagrados e, principalmente, interessa ao Estado, haja vista detentor da jurisdição.

Com relação à jurisdição Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 150) a conceituam nos seguintes termos:

[...] podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Como a jurisdição é privativa do Estado este, como detentor do monopólio da jurisdição, vezes que a autotutela foi retirada de nosso ordenamento jurídico, atua visando a pacificação social, ante o conflito que foi proposto à sua apreciação e esta atuação se dá por meio do processo.

A jurisdição, tal como preconizada em nossa Constituição da República de 1.988, se destina ao Estado, vezes que este detém de maior interesse do que as próprias partes para que se tenha uma entrega da tutela jurisdicional efetiva e conseqüentemente tempestiva.

Com esse parâmetro, obtemos que a efetividade procedimental materializada pelo processo evidencia uma prestação da jurisdição de forma adequada e pacificadora, pouco importando se procedente ou não a demanda proposta.

Sobre princípio Humberto Ávila (2015, p. 102) leciona:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

O princípio da efetividade concretiza um processo justo por consequência e principalmente uma prestação jurisdicional adequada às partes não somente no modo como a requerem como quando fora requerida, devendo ser de forma tempestiva, sob pena de inviabilizar os efeitos necessários requeridos.

Por sinônimo de efetividade, no que concerne à tutela de evidência, obtemos que

efetiva será uma tutela que ao demonstrar sua evidência preleciona uma entrega imediata ou até mesmo naquele determinado momento em que fora requerida.

No mesmo trilho, uma das maiores problemáticas do processo civil foi e ainda é a demora da entrega jurisdicional, muito embora prevista como um direito fundamental, não é respeitado em qualquer órgão do Poder Judiciário e isto se dá não somente a atuação dos servidores da justiça, mas, também, ao costume de litigiosidade que os brasileiros tratam de obter e, por consequência, ocasiona um abarrotamento no judiciário.

Por essa razão o texto constitucional do Brasil de 1988 trouxe por bem tutelar como uma garantia fundamental a duração razoável do processo, em seu inciso LXXVIII em que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, evidenciando a preocupação do constituinte na demora processual.

Muito embora previsto expressamente há anos, este direito fundamental vem encontrando resistência na prática até que o Código de Processo Civil de 2015 refletiu em suas normas fundamentais, em seu artigo 4.º, um direito das partes de obter em prazo razoável uma atividade satisfativa.

Bento Herculano Duarte e Zulmar Duarte de Oliveira Junior (2012, p. 77-80) adotam o pensamento de que a demora processual traz prejuízos para o processo em si e para às partes, sendo que o fator temporal é indispensável para a própria efetividade da tutela jurisdicional e se houver a demora na entrega e prestação da jurisdição acarretará em uma injustiça social, prevalecendo somente a parte mais forte do processo.

Por atividade satisfativa, e conseqüente efetividade processual e procedimental, verificamos a ideia de uma entrega jurisdicional adequada e inspirada no que o jurisdicionado requereu e provocou a atividade jurisdicional.

Vale destacar que no caso da tutela de evidência, visto que devidamente resguarda o direito daquele que detém de um direito dotado de certeza, busca resguardar os efeitos que a demora procedimental poderia ocasionar no caso do transcorrer normal do processo em si.

2.2 Tutela de evidência documentada

Por tutela de evidência documentada o Código de Processo Civil de 2015 trouxe por bem preconizar em seu inciso IV do artigo 311, *in verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
[...]
IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos

constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

[...]

Pela dicção legal o que se exige com a tutela de evidência documentada é a existência, por óbvio, de prova documental capaz de afirmar o direito alegado em petição inicial sendo que, mesmo que a parte contrária produza provas em sentido contrário, não é capaz de enfraquecer todo o conteúdo probatório documental juntado pelo jurisdicionado.

Cabe observação de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 337) quanto à correta leitura do inciso ora citado em que:

Admitida a falta de técnica jurídica, é possível ler no lugar de prova documental prova capaz de ser apresentada mediante papel, ou seja, prova que pode constituir documento e também prova testemunhal ou pericial documentada. Nessa dimensão, a defesa que pode ser oposta aos fatos constitutivos não se limita à alegação de falsidade.

Com a adoção do exposto pela doutrina, a prova documental no qual necessita para o deferimento de uma tutela de evidência é, melhor dizendo, uma prova documentada, vezes que o documento somente constituirá uma forma de demonstração de uma prova produzida pela parte.

E é nesse sentido que a tutela de evidência deverá ser deferida, caso verificar uma prova documentada que possa afirmar o direito da parte autora, nada mais justo do que conceder uma tutela de evidência, tendo em vista que nem alegação de falsidade poderá desconsiderá-la como também outra produção de prova colocará em cheque suas alegações.

Em seguimento Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 629) dispõem acerca de três pressupostos a serem perseguidos:

O primeiro deles é que a evidência seja demonstrada pelo autor e não seja abalada pelo réu mediante *prova exclusivamente documental*. [...] O segundo é que o autor traga *prova documental (ou documentada)* suficiente dos *fatos constitutivos* do seu direito, que, por isso, já é evidente. E o terceiro é *ausência de contraprova documental suficiente* do réu, que seja apta a gerar “dúvida razoável” em torno: a) do fato constitutivo do direito do autor; ou b) do próprio *direito* do autor – quando adequadamente demonstrado fato que o extinga, impeça ou modifique.

Com os pressupostos para o deferimento da medida de uma tutela de evidência consigna-se que a prova documentada deve ser dotada de uma força probante de tamanha grandeza a prevalecer o direito afirmado e evidenciado pela parte autora no bojo do processo, sendo que qualquer outra forma probante, não somente a documental, poderá acarretar em sua desconsideração ou fraquejar sua apreciação.

O maior intuito do legislador, nesse caso, é prevalecer a prova documentada/documental robusta trazida pelo autor em uma ação, vezes que mesmo que a outra parte produza qualquer prova documentada a fazer frente com relação ao fato

constitutivo do direito do autor, esta não possa acarretar em inviabilidade de seu direito que é certo.

Em adendo a esta concepção, com relação ao que leciona Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 337-338) visualiza-se o significado de “capaz de gerar dúvida razoável”:

Mas o inciso IV melhor se aplica à hipótese em que há prova documental dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa de mérito indireta – alegação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos – infundada. Como é óbvio, a defesa indireta, não obstante infundada, tem que exigir instrução dilatatória, uma vez que de outra forma o caso será de julgamento antecipado do mérito. Em outras palavras, quando há prova dos fatos constitutivos e o réu apresenta defesa indireta – “incapaz de gerar dúvida razoável” – que requer produção de prova, cabe tutela de evidência.

Pelo que foi salientado o momento pelo qual inviabiliza o deferimento de uma tutela de evidência é aquele previsto quando da apresentação de resposta ou consequente manifestação ao pleito realizado, mormente com relação ao conteúdo probatório acostado à inicial.

Se a parte contrária não fazer prova capaz de gerar uma dúvida no direito que o autor alega ser verdadeiro, evidente e real, haverá uma correta direção ao órgão julgador para que defira, de plano, a tutela de evidência requerida.

É possível notar que o mero requerimento de prova, mesmo que fundamentado, não inviabiliza que a tutela de evidência seja concedida, vezes que se por prova documental o autor pôde fazer prova de seu direito, ao réu incumbia o ônus de fazer prova documental/documentada contrária ao fundamento alegado pela parte autora.

Por ser assim, tutela de evidência documentada se fundamenta na produção de prova em inicial pelo autor que acarreta em uma evidente demonstração de que seu direito é concreto e latente e que, mesmo que apresente resposta para tanto, a parte contrária não é capaz de infirmar este requerimento realizado.

3. TUTELA DE EVIDÊNCIA DOCUMENTADA NO AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO

3.1 Força probatória dos documentos médicos para requerimento de tutela de evidência

A princípio, é necessário conceituar o que se trata de doença e invalidez, conforme entendimento de Wagner Balera (1989, p. 97):

A doença é o evento que mereceu, desde os primórdios da proteção social, os cuidados da legislação. Ela gera a incapacidade para o trabalho e impossibilita o trabalhador de obter o próprio sustento. Do mesmo modo a invalidez só que, agora, com contornos de definitividade da situação. Além dos cuidados médicos que cada um desses eventos impõe sejam prestados, fará jus o trabalhador a benefício, cujo valor será calculado de conformidade com alguns critérios que a própria Constituição já define.

Por doença podemos consignar que se trata de um evento que não necessariamente impossibilita a parte de exercer suas atividades laborativas em caráter definitivo, podendo ser uma doença curável, por exemplo. De outra banda, invalidez condiz com incapacidade definitiva, exigindo conteúdo probatório robusto neste sentido.

Ao indivíduo que estiver acometido de doença que acarreta em incapacidade temporária ou definitiva é devido um benefício previdenciário denominado como benefício por incapacidade.

No que concerne aos benefícios previdenciários por incapacidade em geral é necessário acostar aos autos, principalmente em pleito inicial, documentos comprobatórios da incapacidade seja ela temporária ou definitiva, para fins de averiguar, em grau de cognição sumária, a plausibilidade do direito do autor.

O conteúdo probatório que acosta a exordial cinge-se em atestados, laudos, relatórios médicos que relatam concretamente o quadro de saúde do autor frente a um requerimento de benefício por incapacidade.

Por qualquer que seja o documento médico acostado pelo autor nos autos em sua inicial poderá condizer a uma capacidade definitiva ou temporária, sendo que para fins de tutela de evidência, em que é utilizado somente prova documental/documentada, é restrito ao benefício temporário auxílio-doença, vezes que para a configuração de invalidez necessária se faz realização de perícia médica.

É certo que a força probatória do documento médico particular assinado é presumida, em consonância com redação do artigo 408 do Código de Processo Civil de 2015 e, em detrimento disto, poderia se falar em uma relativização desta prova para com uma tutela de evidência requerida.

Entretanto, no que tange ao benefício auxílio-doença, visto que temporário e relacionando à ideia de uma tutela de evidência documentada, pode se dar valia ao que está sendo documentado, tendo em vista que o profissional médico, quando da sua formação e diplomação, tem como dever ético salientar a realidade de seu paciente.

Ao se atrelar para com a força probatória da prova documental relacionada a uma tutela de evidência requerida Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 663) prelecionam:

[...] a presunção de que trata o artigo em viso poderá tornar-se ainda mais proeminente se o sujeito contra quem é utilizado o documento comparece em juízo e confirma o teor das declarações lá contidas, ou, pelo menos, se abstém de negá-las (conforme prescreve o art. 436 do CPC/2015).

A veracidade absoluta do documento particular, elaborado neste caso por médico do autor, torna-se evidente quando a parte contrária não faz as contrarie ou quando ratifica os termos desta.

Em se pautando por este pressuposto, a força probante dos documentos médicos particulares trazidos pelo autor em sua inicial pode condizer em uma veracidade absoluta que, no caso da tutela de evidência, não podem ser corroborados ou trazer dúvida alguma do que ali está disciplinado pelas alegações da parte contrária.

No mesmo trilho verificamos que a presunção de veracidade cai por terra, e se torna absoluta, quanto à tutela de evidência, se a parte adversa não evidenciar, por força documental, que o que ali está disposto não é evidente e traz algum fato desconstitutivo do direito do autor.

Muito embora para os benefícios previdenciários necessita-se de uma prova pericial pode o autor, desde já, quando da propositura da demanda previdenciária, trazer prova documental de tamanha magnitude que mesmo que produzida prova pericial seus fatos alegados não são desconstituídos.

Na realidade os documentos médicos necessários devem corroborar com evidência o retratado no quadro clínico da parte autora, trazendo relatos de evolução da doença, impossibilidade e conseqüente incapacidade para seu trabalho, sob pena de inviabilizar eventual tutela de evidência a ser requerida.

Com a presença de provas documentais relacionadas às enfermidades que está acometido o autor não há outra forma a evidenciar o direito retratado na inicial, vezes que mesmo que o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, apresente requerimento de outras provas, não inviabilizará o deferimento da tutela de evidência.

Cabe destacar o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim (2014, p. 651) em que “a doença, por si só, não garante o benefício – o evento deflagrador é a incapacidade”, ou seja, para que colacione documentos à exordial, viabilizando uma tutela de evidência documentada, estes devem se relacionar à incapacidade do autor e não à mera existência de doenças.

Neste parâmetro que a força probante dos documentos elaborados por médicos particulares serão de grande valia para o pleito de benefício previdenciário auxílio-doença, sendo que estes evidenciam a incapacidade para suas atividades laborativas, por força de um médico que consulta com regularidade o autor.

3.2 O caráter alimentar relevante na decisão da tutela de evidência documentada no auxílio-doença previdenciário

Nos benefícios previdenciários é evidente o caráter alimentar das prestações previdenciárias, visto que o beneficiário necessita de suporte econômico por parte do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS ante a ocorrência de algum evento não programado que o impossibilita de exercer suas atividades laborativas habituais.

Tendo por base o caráter alimentar dos benefícios previdenciários o auxílio-doença, como benefício por incapacidade temporário, é destinado à subsistência do beneficiário quando advém uma incapacidade que é devidamente atestada por prova documental e perícia se for o caso e que por via de consequência inviabiliza que o indivíduo trabalhe/exercite suas atividades laborativas da mesma maneira como se estivesse plenamente capaz para estas.

Ao se adotar o sentido alimentar do benefício previdenciário é cediço que, resguardando a dignidade da pessoa humana, o indivíduo necessita de um provimento emergencial ou em prazo hábil para que tenha meios de garantir sua subsistência, tendo em vista que o que se recebe é destinado à sua sobrevivência.

Neste parâmetro que a tutela de evidência se verifica, não somente para uma decisão emergencial, mas, que por tão evidente que demonstra ser a prova documental/documentada acostada aos autos, consigna a existência do direito patente ao benefício previdenciário auxílio-doença.

Salta aos olhos que uma decisão de tutela de evidência, quando ainda mais se trata de benefício previdenciário, deve ser devidamente fundamentada e, também, resguardar não só interesse público, uma vez que o direito previdenciário se insere nesse ramo, como também, e isso é o primordial, o interesse do beneficiário que, ante uma incapacidade temporária, inviabiliza de que suas atividades laborativas habituais sejam exercidas.

Para essa decisão cabe os ensinamentos de José Antonio Savaris (2011, p. 263) em que sustenta que:

A aplicação do Direito da Previdência Social que não leva em conta a dimensão real do problema concreto o qual reivindica solução culmina por prender o sistema previdenciário em uma lógica formal e insensível às diversas particularidades do caso. A subsunção, ademais, custa a própria efetividade do sistema previdenciário, mina a sua razão de ser, coloca em risco a vida desprovida de recursos para subsistência.

Como o Direito Previdenciário evidencia uma proteção daqueles necessitados, enfermos, incapazes e, também, beneficiários de benefícios sucessórios como a pensão por morte, no mais das vezes a tutela deste ramo do direito se evidencia em indivíduos que estão desprovidos de meios tanto econômicos quanto sociais para prover sua subsistência.

Dada a peculiaridade do ramo do direito previdenciário, ainda mais em se tratando de benefícios por incapacidade como o auxílio-doença, a este é necessário o resguardo e adoção

de posições relacionadas às particularidades que o caso denota, não podendo, qualquer decisão advinda deste ramo de direito, ser desprovida de fundamento específico, adotando uma interpretação de forma geral, como se todos casos fossem iguais.

Cabe destacar sobre interpretação o sedimentado por Sérgio Nascimento (2007, p. 98):

Assim, a interpretação dos textos normativos não se dá no campo da ciência, ela se opera no âmbito da prudência, ou seja, o juiz submete-se ao desafio desta, não daquela, pois na ciência há ainda questões sem resposta, enquanto na prudência há múltiplas soluções corretas para uma mesma questão, inexistindo uma única resposta correta para um determinado caso jurídico.

Pelos ensinamentos colocados a interpretação dos textos normativos previdenciários deve se dar de uma cautela do órgão julgador, visto que não pode se atrelar especificamente às restrições expostas por lei, deve buscar uma interpretação e decisão mais abrangente, frente às minúcias que o caso concreto lhe traz.

A adoção de fundamentação específica e atenta às peculiaridades do caso concreto denota uma utilização correta do direito previdenciário, visando os fins nos quais foi exposto na Constituição da República de 1.988, como o atendimento aos necessitados quando enfermos e incapazes, mesmo que temporariamente.

É nesse parâmetro que a fundamentação de uma eventual tutela de evidência, caso deferida, deve se cingir, ou seja, o magistrado deve se atentar quanto aos documentos acostados em exordial que, mesmo que oposta resposta, não acarretará em mudança fática e jurídica nos fundamentos alegados pela parte autora.

Ao se pautar com uma fundamentação específica e adequada frente às disposições do caso concreto se buscará, por via de consequência, a efetividade procedimental e processual, acarretando em um evidente respeito aos interesses do indivíduo quando incapaz temporariamente e requerer a tutela jurídica de um benefício por auxílio-doença.

Com isso, Teori Albino Zavascki (1997, p. 64) leciona:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, *direito de acesso à justiça* ou *direito à ordem jurídica justa* – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Por se tratar de benefícios previdenciários por incapacidade que versam sobre a dignidade da pessoa humana e, também, resguardam o direito alimentar do indivíduo, estes devem exigir uma prestação jurisdicional adequada e tempestiva para que, assim, tutele os interesses do beneficiário.

A concessão de uma tutela de evidência documentada pressupõe que a prova

documental/documentada fundamenta uma decisão jurisdicional adequada e efetiva, vezes que neste caso efetividade se condiz com uma prestação jurisdicional que resguarde o direito à alimentos (benefício previdenciário) e, por consequência a dignidade da pessoa humana.

Quando se trata de benefícios previdenciários é cediço que o momento para sua concessão, pelo caráter alimentar que o fundamenta, pode se dar após a apresentação da contestação que, quase sempre, é genérica por parte do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, ou seja, não trará qualquer documento a corroborar a limitação do direito à percepção do benefício previdenciário requerido.

Ao se emprestar a disposição de Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 797) obtemos que:

Como regra, a concessão da tutela da evidência depende do cotejo entre as posições jurídicas do autor e do réu no processo: é dessa comparação que será oriunda a noção de evidência. Isso porque a base da tutela da evidência está ligada ao oferecimento de defesa inconsistente – que normalmente pressupõe o seu exercício.

Pela apresentação de uma defesa genérica, ou até mesmo desprovida de prova documental/documentada a fazer contraprova à vasta documentação colhida pelo autor em sua inicial, não pode a tutela de evidência ser indeferida, ainda mais na sua esfera documental/documentada.

Com isso, denota-se que a tutela de evidência documentada detém de grande respaldo e interesse processual para com o benefício previdenciário auxílio-doença, tendo em vista que a prova documental realizada por meio de atestados/relatórios/laudos médicos consagra um direito latente do autor na percepção desta prestação previdenciária.

E, pelo caráter alimentar que já se obtém do auxílio-doença, não pode uma interpretação suprimir este direito, pelo simples fato de que uma defesa genérica do INSS, ou até mesmo desprovida de prova documental a fazer frente às alegações do autor, viabiliza a concessão de uma tutela fundada na evidência documentada.

3 CONCLUSÃO

Pela exposição colocada, a tutela de evidência documentada pressupõe a existência de prova documental/documentada robusta, haja vista a necessidade de se desconfigurar a presunção relativa da prova documental particular.

No caso dos benefícios previdenciários por incapacidade estes necessitam, como prova documental inicial, a existência de atestados/relatórios/laudos médicos condizentes à condição incapacitante da parte autora.

Ao se pautar com prova documental/documentada esta já fundamenta o deferimento

de uma tutela de evidência na sua forma documentada, tendo em vista que toda alegação trazida em sede de contestação não é capaz de induzir em contrário o alegado pelo autor em sua exordial.

E, com o caráter alimentar do benefício auxílio-doença, a tutela de evidência documentada ganha maior relevância e aplicação, em razão de que esta decisão que defere esta medida consagra um direito latente e evidente por prova documental/documentada, resguardando a dignidade da pessoa humana e um direito fundamental do autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2 : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Princípios do processo civil: noções fundamentais (com remissão ao novo CPC) : jurisprudência do STF e do STJ**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, Sérgio. **Interpretação do Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SAVARIS, José Antonio. **Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social: Contributo para superação da prática utilitarista.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** volume 1 : teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.