

NOVOS RUMOS DO PROCESSO CIVIL



VIII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

ELIDIA APARECIDA DE ANDRADE CORRÊA

RAFAEL CASTILLO FELIPE

RAFAEL GOMIERO PITTA

©2018 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Elidia Aparecida de Andrade Corrêa, Rafael Castillo Felipe & Rafael Gomiero Pitta
(Orgs.)

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior
(Editor)

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

Comissão Científica do VIII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Novos Rumos do Processo Civil / Elidia Aparecida de Andrade Corrêa, Rafael Castillo Felipe & Rafael Gomiero Pitta, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2018. (Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-68-5

1. Novos Rumos do Processo Civil / Elidia Aparecida de Andrade Corrêa, Rafael Castillo Felipe & Rafael Gomiero Pitta
CDU-340.14

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Novos Rumos do Processo Civil.
340.14

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 AMBIGUIDADE ENTRE ESTABILIDADE E IMUTABILIDADE: ANÁLISE ACERCA DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A (IM) POSSIBILIDADE DE CRISTALIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL	5
Gustavo H. B. SANTOS Gilberto Notário LIGERO	
A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS FRENTE À CULTURA DA JUDICIALIZAÇÃO SUPERLATIVA CONTEMPORÂNEA	31
Cleide Aparecida da SILVA José Alexandre Ricciardi SBIZERA	
AMOR, SEJA COMO FOR: O POLIAMOR E A NECESSIDADE DE SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	52
Danielle Augusto GOVERNO	
COLABORAÇÃO DAS PARTES NO SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO CONTEXTO DA DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL	69
Laura Junqueira LEITE	
CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE	84
Fábio Dias da SILVA	
EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS PROCESSUAIS CIVIS FUNDAMENTAIS	104
Carlos Miguel de MEIRA Caroline de Castro e SILVA	
ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE E A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓPTICA DO REQUERENTE	125
João Pedro Brigatto WEHBE Gilberto Notário LIGERO	
HOLDING FAMILIAR: BENEFÍCIOS E RISCOS DA ADMINISTRAÇÃO DE PATRIMÔNIO POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA	140
Kleber Luciano ANCIOTO Guilherme Prado Bohac de HARO	
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: BREVES APONTAMENTOS GERAIS E O SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS	162
Silas Silva SANTOS Henrique Miuki Koga FUJIKI	

OS DEVERES DE COOPERAÇÃO DO JUIZ À LUZ DA EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE PROCESSO	175
Alexia Domene EUGENIO	
MEDIAR É PRECISO? A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA JUSTIÇA RESTAURATIVA	189
Andreia Garcia MARTIN Beatriz Pádua Marques GOMES	
MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS COMO FACILITADORES PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL	216
Daniella Cristina Mendes SEHABER	
REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE	229
Igor Gustavo Bezerra de ARAÚJO	
REFLEXÃO SOBRE O MODELO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	250
Luis Fernando NOGUEIRA	
REFLEXÕES SOBRE CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SUAS CONTRIBUIÇÕES À MEDIAÇÃO	265
Júlio César Lourenço do CARMO Vitória Moinhos COELHO	

A AMBIGUIDADE ENTRE ESTABILIDADE E IMUTABILIDADE: ANÁLISE ACERCA DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A (IM) POSSIBILIDADE DE CRISTALIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

Gustavo H. B. SANTOS¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO

O presente artigo aborda o micro sistema das Tutelas Provisórias, sobretudo, a inovação ocasionada pela possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela de urgência requerida em caráter antecedente, com vistas a desvelar os efeitos dessa estabilização, bem como os efeitos gerados a partir do prazo decadencial de 02 (dois) anos previsto no artigo 304, parágrafo 5º do Código de Processo Civil de 2015. O engenho acadêmico transita entre os diversos argumentos sobre o tema, de sorte a angariar elementos suficientes para se chegar à conclusão de que a coisa julgada material é constitucionalmente incompatível com a sumariedade da decisão que estabiliza os efeitos da Tutela Provisória, e que o prazo previsto no dispositivo processual sobredito, somente tem o condão de inviabilizar o ajuizamento de demanda com finalidade única de rever, reformar ou desconstituir a decisão que estabilizou os efeitos da demanda, mas não, de impedir o ajuizamento de nova demanda de conhecimento, que por via oblíqua poderá lhe influenciar. Desenvolve-se a pesquisa mediante seleção e leitura crítica de bibliografia acadêmica pertinente, bem como análise de fontes normativas afetas ao tema nuclear. Os métodos utilizados na presente pesquisa são o hipotético-dedutivo, dialético e comparativo, os quais foram fundamentais na diagramação dos elementos levantados a partir da referencial teórico.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Provisória. Estabilização. Imutabilidade. Coisa Julgada.

ABSTRACT

This article deals with the micro system of Interim Tutorship, above all, the innovation caused by the possibility of stabilizing the effects of the urgency protection required in antecedent, with a view to unveiling the effects of this stabilization, as well as the effects generated from the decadential term of 02 (two) years provided for in article 304, paragraph 5 of the Code of Civil Procedure of 2015. The academic ingenuity transits among the various arguments on the subject, so as to gather enough elements to reach the conclusion that the thing deemed material is constitutionally

¹ Atualmente é estagiário - Ministério Público Federal. Tem experiência na área de Direito. Discente do curso de Direito no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - Modalidade Iniciação Científica (2017-2018).

² Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Negocial pela UEL/PR. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Toledo Prudente Centro Universitário. Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Toledo Prudente Centro Universitário. Ex-Coordenador da Pós-Graduação "lato sensu" da Toledo Prudente Centro Universitário. Ex-Coordenador do Grupo de Iniciação Científica "O Novo Processo Civil Brasileiro: garantias fundamentais e inclusão social", mantido pela Toledo Prudente Centro Universitário. Ex-Professor do Programa de Pós-Graduação "stricto sensu" da Universidade de Marília. Membro do Corpo Editorial das Revistas Intertemas e Intertemas Social. Avaliador da Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Professor Convidado da Escola Superior da Advocacia de São Paulo. Professor Convidado dos Cursos de Pós-Graduação do Centro Universitário Toledo de Araçatuba (SP), das Faculdades Reges de Dracena (SP), da Universidade Estadual de Londrina (PR), do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania de Londrina (PR) e da Escola Paulista de Direito de São Paulo (EPD). É advogado com experiência na área de Direito Civil, Empresarial, Administrativo e Direito Processual Civil. A atuação profissional é voltada para a preservação dos princípios da dignidade da pessoa humana e acesso à justiça.

incompatible with the summary of the decision that stabilizes the effects of the Provisional Guardianship, and that the period provided for in the procedural mechanism referred to above, only has the effect of rendering unviable the sole purpose of reviewing, reforming or deconstructing the decision that stabilized the effects of demand, but not, to prevent the filing of new demand of knowledge, which can oblique influence. The research is developed through selection and critical reading of pertinent academic bibliography, as well as analysis of normative sources related to the nuclear theme. The methods used in the present research are hypothetico-deductive, dialectical and comparative, which were fundamental in the diagramming of the elements raised from the theoretical reference.

KEY-WORDS: Provisional Guardianship. Stabilization. Immutability. Thingjudged.

1 INTRODUÇÃO

Vigência de um novo ordenamento processual trouxe consigo uma nova sistemática jurídica processual, assim como importantes impactos na prática jurídica forense, gerando a necessidade de adaptação ao novo *modus operandi* trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, com uma necessária e obrigatória imersão sobre as alterações pertinentes, em especial, os novos institutos elencados pelo CPC/2015.

Uma das grandes e relevantes alterações realizadas no CPC/2015 está na sistematização das Tutelas Provisórias como um instituto macro, com desdobramentos e subespécies, todos eles, sem dúvida, de grande relevância para os aplicadores do direito, que podem se valer desses institutos com a finalidade de abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição.

A utilização das Tutelas Provisórias de modo equivocado durante a égide do CPC/1973, muitas vezes decorrente da confusão entre as finalidades cautelares e satisfativas das Tutelas Provisórias, ou até mesmo acerca da própria utilização de uma ou de outra, em razão da obscuridade que pairava entre os quesitos de diferenciação, trouxe à baila a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o tema, com a finalidade de aclarar as questões que envolvem o instituto das Tutelas Provisórias.

Com o surgimento do Código de Processo Civil de 2015 e a aparente resolução do problema, houve também a insurgência de novas subespécies dentro da Tutela Provisória, em especial, a Tutela Provisória de urgência antecipada antecedente, motivo pelo qual houve necessidade de se estudar mais a fundo os temas relacionados às Tutelas Provisórias, principalmente levando em conta os novos institutos que passaram a compô-la.

Nesse diapasão, o presente engenho científico tem o escopo de fazer uma abordagem panorâmica acerca das Tutelas Provisórias em sentido amplo, com a finalidade de posicionar cada uma das espécies de Tutela Provisória, levando em conta suas finalidades precípuas, de modo a propiciar uma melhor visualização desse instituto macro.

Em momento posterior, será de grande relevância estabelecer algumas diretrizes, sobretudo, acerca da Tutela Provisória de urgência antecipada e da Tutela Provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, sendo esta última, o principal objeto de estudo da presente produção acadêmica.

Em prosseguimento, a pretensão será abordar a sistemática da “Tutela antecipada antecedente”, bem como aclarar a questão dos efeitos gerados a partir de seu deferimento, uma vez que se trata de instituto arraigado de pontos polêmicos e pouco esclarecido, mesmo depois de esforços hercúleos de nossos doutrinadores pátrios.

Por fim, será objetivo primordial da pesquisa, abordar a estabilização da Tutela Provisória de urgência antecipada de caráter antecedente, e, em que pese às diversas questões polêmicas que cercam o fenômeno processual, em especial, buscar-se-á discutir os efeitos decorrentes da estabilização, bem como os efeitos do decurso do prazo que se refere o art. 304, §5º do Código de Processo Civil, emergindo-se, inclusive, na discussão acerca da (im) possibilidade da cristalização da coisa julgada em face da decisão que estabiliza os efeitos da Tutela Provisória requerida em caráter antecedente.

2 A SISTEMÁTICA E ESTRUTURAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

É sabido que existem determinadas situações em que a duração do processo e a espera da composição do conflito geram certos prejuízos ou risco de prejuízo para uma ou algumas das partes que figura em seus polos, os quais podem assumir grandes proporções, comprometendo a efetividade da tutela a despeito da Justiça.

Objetivando evitar situações como esta, criam-se técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja mais bem distribuído entre as partes, e não mais continue a recair sobre quem aparenta ser merecedor da tutela jurisdicional, ainda que carente de uma análise perfunctória acerca do direito debatido.

As peculiaridades dos litígios e dos interesses neles envolvidos nem sempre possibilitam às partes aguardar pela prestação da tutela final ou ao menos justificam a inversão do ônus de espera da tutela definitiva. Daí a relevância de valer-se de tutelas provisórias, técnicas de sumarização aptas a serem substituídas pela tutela definitiva.

Não obstante a necessidade de disponibilização as partes de técnicas de sumarização e antecipação dos efeitos da tutela final tenha sido notada pelo legislador desde tempos outrora, o novo Código de Processo Civil traz diversas inovações quando comparado com a sistemática trazida pelo Código de Processo Civil de 1973. Ele inova ao conferir tratamento unificador às Tutelas Provisórias, que no CPC/2015 apresenta caráter multifacetado.

Diz-se que a estruturação das Tutelas Provisórias é multifacetada, pois, podemos ter a Tutela Provisória fundamentada na evidência ou na urgência, bem como no tocante à tutela de urgência, sua subdivisão em tutela cautelar e antecipada, assim como poderá ser requerida em diversos momentos processuais, ou seja, de forma antecedente ou de forma incidental, como pormenorizaremos mais adiante.

Poderíamos conferir a seguinte definição as Tutelas Provisórias:

O conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu (BUENO, 2017, pg. 257).

No que é relevante para a finalidade da presente pesquisa acadêmica, não nos compete retrooperar e estudar a gênese das Tutelas Provisórias em nosso ordenamento jurídico-processual, mas tão somente compreender a sistemática a estruturação trazida pelo novel Código de Processo Civil, que cingiu as Tutelas Provisórias sob o aspecto de seu fundamento na urgência e na evidência (art. 294 do CPC/2015) e, em seguida, desmembrou aquelas, em provimentos de natureza antecipatória e cautelar (ALVIM, 2017, pg. 675).

Foi tarefa do Código de Processo Civil de 2015, portanto, o agrupamento das tutelas cautelares e antecipatórias/satisfativas no mesmo gênero, situando-os no âmbito da parte geral, diferentemente do que ocorria no CPC/1973, em que as medidas cautelares possuíam livro próprio, ao passo que a tutela antecipatória era regulada no bojo do procedimento comum ordinário, de sorte que não havia como se falar em tutela antecipatória sem processo de conhecimento, como atualmente é possível com a estabilização da tutela antecipada.

O tema das medidas de urgência e de evidência foi amplamente debatido no processo de reforma do Código de Processo Civil. O pano de fundo da elaboração do projeto foi à busca pela efetividade e celeridade da prestação jurisdicional, e a melhor sistematização da questão das tutelas antecipadas foi o ponto central dos debates.

Não por outro motivo que muitas foram as modificações de redação e estrutura propostas pelas casas legislativas, até que o Código fosse efetivamente definido, em suas atuais conjecturas no que se refere às Tutelas Provisórias.

3 TUTELA PROVISÓRIA: URGÊNCIA OU EVIDÊNCIA

Em que pese à divisão das Tutelas Provisórias em tutela de urgência e de evidência, nota-se que ambas se assemelham no que se refere às suas características, pois, como característica das Tutelas Provisórias em sentido amplo pode-se ressaltar:

(a) sumariedade da cognição, vez que a decisão que concede a Tutela Provisória se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade; (b) precariedade, pois, a princípio, a Tutela Provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo (art. 296, *caput*, do NCPC) e; (c) inaptidão de tornar-se indiscutível pela coisa julgada, vez que concedida mediante cognição sumária e de forma precária.

Nesse sentido é o magistério de Kazuo Watanabe, citado por Arruda Alvim, ao destacar uma das características essenciais em comum das Tutelas Provisórias:

Uma característica essencial às tutelas provisórias consiste na sumariedade da cognição mediante a qual são proferidas as decisões que as concedem. Referimo-nos, nesse ponto, à superficialidade da atividade cognitiva, sob a perspectiva dos elementos fático-probatórios e dos argumentos jurídicos que poderiam embasar sua decisão (WATANABE *apud* ALVIM, 2017, pg. 692).

Fato é que, quando comparadas per si, percebe-se que as Tutelas Provisórias fundamentadas na urgência e na evidência se diferenciam quanto aos seus requisitos e finalidade, pois, a Tutela Provisória de urgência pressupõe a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (art. 300 do NCPC), ao passo que a Tutela Provisória de evidência, pressupõe tão somente a demonstração de que as afirmações de fato apresentam elevada verossimilhança, tornando o direito evidente.

No que tange as suas finalidades gerais, embora ambas as modalidades de Tutelas Provisórias possam ter caráter satisfativo, ou seja, se prestarem a antecipar os efeitos da tutela que a parte objetiva ao final da demanda, forçoso mencionar que a Tutela Provisória de urgência, especificamente, também pode ter finalidade cautelar, uma vez esta se subdivide em tutela satisfativa e tutela cautelar.

Frise-se, ainda, que as tutelas de urgência e de evidência se diferenciam no tocante à sua finalidade específica, pois, a Tutela Provisória de urgência objetiva afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, ao passo que a Tutela Provisória de evidência, tem como finalidade específica 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 de seu adversário. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

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 (THEODORO JR., 2015, pg. 794).

Portanto, o que se mira com a Tutela Provisória de evidência não é simplesmente afastar o

perigo de dano gerado pela demora típica ou atípica do processo, mas sim, eliminar de imediato, a injustiça de manter insatisfeito um direito subjetivo, que a toda evidência existe e merece guarita do Poder Judiciário. Outra relevante distinção que pode ser estabelecida entre as Tutelas Provisórias de urgência e de evidência, é no tocante a sua forma de obtenção, vez que a tutela de urgência (cautelar ou satisfativa) pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental, assim como é possível extrair do art. 294, §único do NCPC, ao passo que por falta de disposição legal e pela própria natureza desta modalidade de tutela provisória, a tutela de evidência somente pode ser requerida de forma incidental.

Conquanto existam calorosas discussões doutrinárias acerca da possibilidade da tutela de evidência ser requerida de forma antecedente, em razão da finalidade da presente pesquisa, e levando em conta o risco de nos alongarmos em demasia, não nos impende aprofundar sobre esse ponto, cabendo apenas estudo sumário acerca das formas de obtenção da tutela de urgência em momento oportuno, tendo em vista ser afeta ao instituto principal abordado na pesquisa (tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente).

3.1 Tutelas de Urgência Cautelar e Satisfativa

O manejo das técnicas de sumarização outrora salientadas redundava nas medidas cautelares, que se limita a conservar bens ou direitos, cuja preservação se torna indispensável à boa e efetiva prestação jurisdicional, na justa composição do litígio, e, por isso, se qualificam como medidas conservativas. Das referidas técnicas também podem surgir provimentos que antecipam provisoriamente resultados materiais do direito perquirido em juízo, motivo pelo qual as medidas provisórias que ostentam tal característica se denominam como medidas ou tutelas satisfativas, pois na grande maioria das vezes, tem o escopo de entregar, desde logo, o bem da vida objetivado pelo demandante.

Assim, quando a tutela de urgência tiver natureza satisfativa, será chamada de antecipada, e quando tiver natureza conservativa, será tida como cautelar, observando-se, para tanto, os procedimentos específicos inerentes a cada espécie de tutela de urgência.

Nos termos do artigo 300, a tutela de urgência será concedida, independentemente de sua natureza, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Embora apresentem os mesmos requisitos, a tutela conservativa não possui fim em si mesmo, pois serve a outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo a garantir-lhe a efetividade e a utilidade. Sendo assim, as diferenças entre tutela cautelar e antecipação de tutela (natureza satisfativa) são clarívidentes. Em uma frase, se pode resumir a distinção diametral entre essas duas

subespécies de tutela de urgência: **cautela é segurança para a execução, ao passo que antecipação é execução para a segurança.**

Embora se possa vislumbrar uma função acautelatória na antecipação da tutela, ela corresponde a uma verdadeira execução, ou seja, uma execução antecipada dos efeitos pretendidos no próprio processo em que ela se verifica. Por aí se observa que quando se fala em probabilidade do direito na antecipação, ao contrário do que ocorre na cautela, estamos falando em verossimilhança do direito objeto do próprio processo em andamento e não de objeto de futuro processo. Desta sorte, a finalidade principal da antecipação dos efeitos da tutela definitiva não é acautelar, mas sim a satisfação do direito que se pretende.

Sobre as tutelas satisfativas, leciona José Roberto Bedaque:

Destinam-se a resolver as crises de direito material, os litígios trazidos ao processo pelas partes, a fim de restabelecer o ordenamento jurídico e a paz social. Tais tutelas proporcionam à plena e definitiva satisfação do direito, declarando-se e atuando-o praticamente. (BEDAQUE, 2001, p. 109)

Por outro lado, se pode falar em distinção em relação à tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência antecipada quanto à provisoriedade e temporariedade, em que pese tanto a antecipação quanto a cautela ser destinadas a ter duração efêmera no tempo, pode-se dizer que a primeira é provisória, ao passo que a segunda é temporária.

Frise-se que a temporariedade está ligado com o fato de que a tutela cautelar perdurará enquanto perdurar o risco que ela visa evitar, por isso diz-se temporária (perece com o desaparecimento do gravame que ameaça o direito acautelado), por outra banda, a provisoriedade está ligada com o fato de que o provimento antecipatório sofre de certo modo uma mutação, ou seja, é inerente ao provimento antecipatório que seja substituído por uma sentença definitiva a ser prolatada no âmbito do processo em que se cristalizou, confirmando seu conteúdo e subrogando-se em sua posição.

Com base em reflexões de Ovídio Baptista da Silva (2006, pg. 86), é possível fazer uma boa distinção entre o *provisório* e o *temporário*.

O *provisório* é sempre preordenado a ser "trocado" pelo *definitivo* que goza de mesma natureza ex.: "flat" provisório em que se instala o casal a ser substituído pela habitação definitiva (apartamento de edifício em construção). Já o *temporário* é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessação ex.: andaimes colocados para a pintura do edifício em que residirá o casal lá ficarão o tempo necessário para conclusão do serviço (e feito o serviço, de lá sairão, mas nada será colocado em seu lugar).

Assim, a tutela cautelar não é provisória, pois nada virá em seu lugar da mesma natureza é ela a tutela assecuratória definitiva e inalterável daquele bem da vida, mas seus efeitos têm duração limitada e, cedo ou tarde, cessarão, ao contrário da tutela antecipatória, em que lhe é inerente que a

tutela definitiva a substitua, seja para confirmar seus efeitos e então ocupar seu lugar, seja para reformá-la.

Fato é que, partindo de uma ou de outra modalidade, assim como nos ensina Cássio Scarpinella Bueno (2017, pg. 263), o instituto da tutela provisória deve ser compreendido como a reunião de técnicas aptas ao asseguramento do direito (ou resultado útil do processo), e/ou, tudo a depender das necessidades do caso em concreto, à satisfação imediata de um direito subjetivo do demandante.

O pano de fundo da concessão das Tutelas Provisórias, fundamentada na urgência ou na evidência, e ainda, no caso da primeira, com finalidade cautelar ou satisfativa, em linhas gerais, esbarra no primado pelo modelo constitucional do Código de Processo Civil, pois, cristaliza um dever-poder geral de asseguramento e satisfação que impõe ao magistrado a obrigação de que crie condições efetivas para assegurar direitos e/ou satisfazê-los de imediato.

De mais a mais, evitando maiores delongas, e, ultrapassado a análise sumária acerca das modalidades de tutela de urgência, incumbe-nos realizar uma análise acerca das formas de obtenção da tutela provisória, mormente, voltada a tutela provisória de urgência. Desta sorte, passamos a analisar as formas de requerimento/concessão da Tutela Provisória.

4 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA INCIDENTAL E ANTECEDENTE

O parágrafo único do art. 294 do CPC/2015 aduz que a tutela de urgência pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Essa classificação está ligada com o momento em que o pedido de Tutela Provisória de urgência é feito, comparando-o com o momento em que se formula o pedido de tutela definitiva. Em proêmio, no tocante a tutela provisória de urgência requerida em caráter incidental, à definição trazida por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira é categórica:

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295 do CPC/2015). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, a tutela provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva, e, no seu curso, pede a tutela provisória (2016, pg. 585).

Deste modo, a concessão da tutela de urgência (antecipada ou cautelar) pode ser feita desde o ajuizamento da petição inicial, quando a relação processual for ainda linear (autor – juiz), portanto, liminarmente ou após justificação prévia (art. 300, §2º do NCPC), caso o magistrado julgue necessário para melhor avaliação da presença dos requisitos legais para sua concessão. Em apertada síntese, em se tratando de tutela provisória obtida mediante cognição sumária, ela pode ser

concedida a qualquer momento, ou seja, antes de proferida a sentença, ou antes, de julgado eventual recurso.

No tocante a tutela de urgência requerida em caráter antecedente, ela pode ser cristalizada nas situações em que a situação de urgência impuser a necessidade de tutela provisória (antecipada ou cautelar) antes mesmo de ser reclamada a tutela principal, então a medida urgente poderá ser requerida por intermédio de simples petição suficiente para se obter a tutela urgente, caso em que depois de deferida a medida, deverá o seu requerente aditar a petição inicial robustecendo-a com os documentos, argumentos e fundamentos necessários à obtenção da tutela principal, respeitando os prazos previstos na legislação.

Assim, para a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, o legislador estabeleceu um procedimento descrito nos artigos 303 a 305 do Código de Processo Civil de 2015, que, diga-se de passagem, trata-se de grande novidade, configurando verdadeiro teorema a ser equacionado pelos operadores do direito, que debatem as grandes controvérsias que se instalaram acerca de sua sistemática processual.

5 A TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Consoante mencionado, o CPC de 2015, nas hipóteses de Tutelas Provisórias de urgência, estipulou expressamente a possibilidade de o pedido realizado ser formulado em caráter antecedente, antes mesmo da formação completa da inicial, somente com a exposição dos fatos e do direito referente ao pedido de tutela provisória, sem a necessidade de expor todo o conteúdo, matéria e pedidos da inicial.

Somente as tutelas provisórias de urgência têm essa possibilidade expressa de pedido em caráter antecedente (ressalvada a discussão doutrinária alhures mencionada acerca da possibilidade da tutela de evidência antecedente), contudo, divide-se em dois ritos distintos: um para a tutela provisória de urgência antecipada (arts. 303 e 304) e outro para a tutela provisória de urgência cautelar (fls. 305 a 310).

O artigo 303 do NCPC dispõe que *“nas situações em que o fenômeno da urgência for contemporâneo à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”*.

No tocante a tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente, em seus artigos 303 a 305, o NCPC trouxe uma nova marcha para a tutela provisória. Nesse sentido, o magistério de Cássio Scarpinella Bueno (2017, pg. 268-269):

O que o art. 303 faz é criar verdadeiro procedimento a ser observado por aquele que

formula pedido de tutela provisória antecipada antecedente fundamentada em urgência. Um procedimento tão especializado que até poderia estar alocado, no CPC/2015, dentre os procedimentos especiais do Título III do Livro I da Parte Especial. Tão sofisticado (ao menos do ponto de vista teórico) que ele pode ser entendido como caso de “tutela jurisdicional diferenciada”, expressão que, a despeito de pomposa, conduz à distinção procedimental por vezes eleita pelo legislador para obtenção de tutela jurisdicional levando em conta especificidades do direito material.

Dessa forma, voltando-nos para a sistemática da tutela de urgência antecipada antecedente, o autor se restringe somente, em um primeiro momento, em preocupar-se com o pedido de tutela provisória, para, após a análise do juízo sobre a concessão ou não da tutela provisória, preocupar-se processualmente em aditar a petição inicial.

Em observância à redação do dispositivo processual supracitado (art. 303 do CPC/2015), verifica-se que em se tratando da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, não se dispensa a cristalização dos requisitos inerentes à concessão da tutela provisória de urgência em sentido amplo, todavia, no tocante ao requisito do perigo da demora (ou urgência na antecipação da tutela), requer-se, por assim dizer, uma urgência qualificada, consistente na urgência que é contemporânea a propositura da demanda.

No caso de requerimento da tutela provisória antecipada antecedente, conforme mencionado, o autor se limitará a apresentação da inicial em que requeira a antecipação dos efeitos da tutela, todavia, deverá mencionar na exordial o pedido de “tutela final”, na qual exponha a lide, o direito que pretende realizar, além dos requisitos típicos para a concessão da tutela, assim como a probabilidade do direito e, *in casu*, a urgência qualificada. Sobre a exigência supramencionada, ensinam Fernando Gajardoni e coautores (2015) que a exposição do conflito tem por escopo permitir ao juiz aferir o interesse na obtenção da tutela antecipada.

Não cessam por aí, as exigências no que tange à petição inicial sumária para o requerimento da tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

Deverá o autor, ainda, indicar o valor da causa levando em consideração o pedido de tutela final (art. 303, §4º do CPC/2015), exigência criticada por alguns doutrinadores, assim como Cássio Scarpinella Bueno, o qual aduz que se o caso é de demasiada urgência, deveria haver um enfrouxamento das regras formais mínimas de elaboração da petição inicial, permitindo que o autor, naquele momento, se limitasse a indicar o valor da causa condizente com o pedido de tutela antecipada (2017, pg. 269).

Por fim, há uma exigência prevista no art. 303, §5º do Código de Processo Civil de que o autor indique na petição inicial que está optando pela tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, objetivando evitar errônea interpretação por parte do magistrado, o que poderia comprometer sua admissibilidade, uma vez que se poderia confundir o requerimento com uma

petição inicial genuína, que por sua sumariedade, poderia ser indeferida por inépcia.

Ademais, a indicação da opção pelo “benefício” previsto no art. 303, *caput*, do CPC/2015 permitiria a incidência de todos os seus efeitos, sobretudo, a eventual estabilização da tutela provisória antecipada antecedente, que se trata de novidade no novel Código de Processo Civil, e que será objeto principal de análise em nosso trabalho acadêmico-científico.

6 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Como asseverado, o atual Código de Processo Civil, claramente voltado para a duração razoável do processo e a efetividade da tutela jurisdicional, permite que a antecipação satisfativa seja veiculada de maneira antecedente, ou seja, em petição própria e sumariada, antes da propositura da demanda principal, em razão de situação de urgência qualificada que se instala, onde haveria risco para a efetividade da prestação jurisdicional se o autor fosse compelido a apresentar, de plano, todos os argumentos, fatos e provas.

Nesse caso, depois de formulado o requerimento de tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, respeitando todos os requisitos formais e materiais do requerimento, pode haver dois caminhos distintos ao procedimento, um para o caso de deferimento da tutela antecipada antecedente, e outro, para o caso de indeferimento do pleito antecipatório de demasiada urgência.

Inicialmente, nos incumbe mencionar de forma bem sucinta qual seria o procedimento a ser adotado pelo autor em caso de indeferimento da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, para em momento ulterior, analisar de forma mais heterogênea as consequências que podem advir do deferimento da tutela antecedente.

Pois bem, caso o magistrado não vislumbre elementos que autorizem o deferimento da tutela antecipada, o art. 303, §6º do Código de Processo Civil determina que o autor seja intimado a emendar a inicial no prazo improrrogável de 05 (cinco) dias, sob pena de que a inicial seja indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito.

Há quem diga que a determinação de emenda da inicial pode ter dupla finalidade, devendo o magistrado especificar a qual delas se refere no ato de intimação do autor para a adoção da providência. Para estes, as finalidades da intimação poderiam consistir na instigação do autor para que emende a inicial com novos elementos que possam propiciar a concessão da tutela antecipada antecedente, ou, muito diferentemente, determinar que o autor deixe de lado o pedido de tutela antecipada e, desde já, formule o pedido de “tutela final”, até mesmo com vistas a corroborar a existência de seu interesse processual.

Sobre este ponto, Cássio Scarpinella Bueno é categórico no sentido de haver juridicidade

nas duas alternativas (2017, pg. 272). Em sentido diametralmente oposto, assevera Arruda Alvim que seria oportunidade da busca pela solução definitiva de mérito, bem como propiciar que o autor traga novéis elementos aos autos, o que propiciaria, ainda, novo requerimento de tutela provisória, todavia, agora de forma incidental (2017, pg. 713).

Fato é que, sendo ou não deferida à tutela de urgência, havendo o autor aditado a petição inicial, o réu será citado e intimado da data de audiência de conciliação ou mediação. Desse marco em diante, caso infrutífera a conciliação, o processo seguirá normalmente, e o prazo para contestação será contado de acordo com o art. 335 do NCPC.

No tocante ao procedimento a ser adotado no caso de deferimento da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente é que surge a grande inovação cristalizada pelo Código de Processo Civil. Com ele, sobreveio a possibilidade da tutela provisória concedida, por meio de decisão de natureza sumária, tanto do ponto de vista material como formal, se estabilizar e passar de provisória a “definitiva”, ao menos de fato, vez que se conservarão os efeitos dela provenientes.

Ressalta-se que a propensão do legislador em inserir na sistemática processual a estabilização dos efeitos da tutela provisória não encontra sua gênese no Projeto do CPC/2015, vez que havia sido objeto do Projeto de Lei n.º 186/2005, do Senado Federal, que foi desenvolvido por renomados juristas, assim como a ilustre Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, sendo protocolado no Senado Federal pelo Senador Antero Paes de Andrade (PAIM, 2012, pg. 159).

O projeto de Lei n.º 186/2005, no entanto, acabou arquivado, em razão do Senador proponente ter concorrido ao governo de seu estado, não tendo sido reeleito senador. Assim, conforme o Regimento Interno do Senado Federal, os projetos apresentados por senadores não reeleitos são arquivados, sem que tenha sido analisado o mérito do referido projeto.

Deixado de lado o deambular histórico da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência antecipada no Brasil, forçoso mencionar que na sistemática advinda com o NCPC, deixando o réu de impugnar a decisão que concede a tutela por meio do respectivo recurso (art. 304 do NCPC), a tutela antecipada concedida se tornará estável, eliminando-se seu caráter provisório.

Neste ponto, fervorosos são os debates doutrinários acerca do que o legislador pátrio quis dizer com o termo "respectivo recurso", uma vez que se trata de conclusão importante para saber em quais situações a tutela antecipada concedida pelo nobre magistrado estará propensa a sofrer a estabilização.

Em que pese os diversos posicionamentos doutrinários, havendo àqueles que defendam a amplitude desse conceito, crendo que qualquer tipo de insurgência do réu é suficiente para impedir

a estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada antecedente (MARINONI *et al*, 2015, pg. 216; SILVA, 2015, pg. 126 e DIDIER JR *et al*, 2016, pg. 621-622), cremos que o legislador se referiu ao recurso de agravo de instrumento.

Com efeito, o CPC/2015 é indubitável no sentido de que o recurso cabível em face de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias é o de agravo de instrumento (art. 1.015, I do NCPC), exceto se requerido em segundo grau de jurisdição, situação em que, havendo concessão da tutela provisória antecipada por meio de decisão monocrática, o recurso cabível será o agravo interno (art. 1.021 do NCPC) – (BUENO, 2017, pg. 273; THEODORO JR., 2016, pg. 661 e CÂMARA, 2016, pg. 162-163).

Fato é que concedida a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, bem como restando inerte o réu em relação à decisão que concedeu a tutela provisória ao autor, de acordo com o NCPC, os efeitos da tutela concedida se estabilizarão, e, na sequência, o feito será extinto nos termos do art. 304, §1º do Código de Processo Civil.

O objetivo da estabilização da tutela antecipada antecedente, em suma, consiste em evitar a necessária continuidade processual, vez que se não existisse previsão para a estabilização dos efeitos da tutela, depois de concedida, apenas restariam duas saídas, qual sejam: a) a continuidade do processo com a substituição da tutela antecipada pela definitiva (quando devidamente emendada à inicial no prazo legal); b) a extinção do feito sem resolução do mérito em razão da perda superveniente do interesse de agir (cristalizado pela inexistência de emenda da inicial sumária).

Fato é que a inércia do réu em face de uma decisão que defere a tutela antecipada antecedente ao autor pode ocorrer por duas razões, fundamentalmente, a primeira está pautada na inércia por genuína displicência do réu, que não adota as cautelas necessárias para interpor o recurso cabível dentro do prazo legal, ou ainda, a inércia voluntária, caracterizada pela falta de interesse em resistir à pretensão do autor.

Estabilizados os efeitos da tutela provisória antecipada requerida em caráter antecedente, qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada (art. 304, §2º do Código de Processo Civil). Diz, ainda, o CPC/2015, que esse direito de propor a ação revocatória (para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada) extingui-se no prazo de 02 (dois) anos (art. 304, §5º do NCPC).

Fato é que as especificidades acerca das formas de revisão, da reforma e invalidação da tutela antecipada estabilizada ainda são um tanto quando obscuras, assim como estudos que descortine qual seria de fato a via eleita para rever, reformar ou invalidar a tutela, a natureza jurídica do prazo previsto no §5º do art. 304 do NCPC, bem como outros pontos relevantes para o estudo do tema, de sorte que justificam sua abordagem em tópico apartado, fundamental para compreensão do

amalgama do tema.

7 DA REVISÃO, REFORMA E INVALIDAÇÃO DA TUTELA ESTABILIZADA

Em proêmio, antes de analisar as formas de revisão, de reforma e de invalidação da decisão que estabiliza os efeitos da tutela provisória antecipada de caráter antecedente, forçoso identificar qual a natureza jurídica dessa decisão, pois, notadamente, é o primeiro passo para que se possa identificar o cabimento de recursos, incidência de ações autônomas, bem como os efeitos que a decisão produz.

Sem delongas, afirma-se que tem natureza de sentença terminativa a decisão que declara estabilizada a tutela antecipada antecedente, uma vez que o artigo 203, §1º do NCPC é insofismável no sentido de que sentença “*é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução*”.

O art. 485 do NCPC, por sua vez, traz diversas hipóteses que obstam o julgamento do mérito, ocasionando tão somente na extinção do feito sem a resolução do mérito, e, dentre essas hipóteses, o inciso X aduz que o Juiz não resolverá o mérito “*nos demais casos prescritos neste Código*”. Em que pese cláusula aberta, não se olvide que na situação se encaixam todas as demais hipóteses previstas no Código de Processo Civil que conduzem à extinção do feito sem análise do mérito, assim como no caso da decisão que estabiliza os efeitos da tutela antecipada e extingue o processo sumário.

Jaqueline Mielke, em sentido diametralmente oposto, entende e argumenta que “(...) se trata de extinção com resolução de mérito, com sentença de procedência. (...) se o julgamento fosse de extinção sem resolução do mérito como cumprir o provimento antecipatório estabilizado?” (SILVA, 2015, pg. 123).

Dito isso, por sua natureza jurídica de sentença terminativa, poderia a decisão ser objeto de recurso de apelação (ou recurso inominado no Juizado Especial Cível)? Parece-nos que, com muita tranquilidade, podemos afirmar que a decisão que estabiliza os efeitos da tutela antecipada e extingue o feito desafia recurso de apelação (art. 1.009, *caput*, do NCPC), pois expressamente previsto em nosso Código de Processo Civil que “*da sentença cabe apelação*”, de sorte que a parte assim deverá proceder à parte dentro do prazo legal.

Nesse sentido, os ensinamentos de Eduardo Cambi e outros:

Isso significa que, para que a tutela antecipada requerida de forma antecedente se estabilize, após a inércia do réu em interpor o recurso referido no art. 304, *caput*, do NCPC, ou de outra forma impugnar a referida decisão, **deverá o juiz proferir sentença de mérito (NCPC, art. 304, §1º), sujeita à apelação (NCPC, art. 1.009, caput)** - (CAMBI *et al*, 2017, pg. 292).

Insta salientar, todavia, que o recurso de apelação em face da decisão é cabível tão somente dentro do prazo legal de 15 (quinze) dias, consoante o art. 1.003, §5º do NCPC. Decorrido o prazo recursal, a decisão transitará em julgado, e incumbirá às partes proceder de acordo com o art. 304, §§ 2º e 5º do NCPC, caso tenham o objetivo de revisar, desconstituir ou invalidar a decisão que alhures estabilizou a tutela antecipada antecedente.

Neste ponto, qualquer das partes detém legitimidade e interesse para propor ação para discutir aquela que seria a tutela final. Enquanto nenhuma das partes assim agir, os efeitos da tutela antecipada ficam preservados, e só cederá espaço se ela for revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o §2º do art. 304, dentro do prazo de dois anos (art. 304, § 5.º).

Segundo o CPC/2015, o prazo é computado a partir da data de ciência, pela parte, da extinção do processo gerada pela estabilização da tutela provisória (art. 304, §5º do NCPC *in fine*). Ocorre que se admitirmos a possibilidade, assim como amplamente corroborado que existe, de desafiar a decisão por recurso de apelação, visto que sua natureza jurídica é de sentença terminativa, provavelmente uma eventual ação de revisão da tutela estabilizada será indeferida por falta de interesse processual caso ajuizado durante o prazo em que seria possível a interposição do recurso de apelação.

No entanto, discussão mais aprofundada sobre o referido ponto é tema para outro artigo científico, o que nos impende descortinar, por ora, é a natureza jurídica do prazo previsto no art. 304, §5º do NCPC, com vista a identificar quais são os efeitos decorrentes de seu esgotamento. Eduardo Talamini, sem nenhum rodeio, afirma que se trata de um prazo decadencial, pois limita temporalmente o exercício de um direito potestativo (o direito de desconstituir a tutela que se estabilizou) – (2016).

No mesmo sentido Cássio Scarpinella Bueno (2017, pg. 276), além de Eduardo Cambi e outros ao pontuar que “passados mais de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, a estabilidade da decisão não mais poderá ser afastada (NCPC, art. 304, §§5º e 6º), em razão da extinção do prazo decadencial” (CAMBI *et al*, 2017, pg. 295).

Deste modo, verifica-se que diversos doutrinadores afirmam que o prazo de dois anos previsto no art. 304, §5º do NCPC tem natureza de prazo decadencial, todavia, em que pese ter entendimento majoritário, não é preciso esforço exacerbado para encontrar quem defenda posicionamentos distintos. Com efeito, Elaine Harzheim Macedo assevera que “não há que se falar em decadência ou prescrição, porque institutos de natureza de direito material, regrados que são pelas leis de direito material” (MACEDO, 2015).

Negando a natureza jurídica de prazo decadencial para o prazo previsto no art. 304, §5º do

NCPC, Elaine Harzheim Macedo se posiciona de forma ousada, ao dizer que o referido prazo se trata de hipótese de preempção (MACEDO, 2015). Em suma, ela defende que se trata de nova hipótese de preempção, em vista de sua peculiaridade de supostamente impedir o ajuizamento de nova ação futura, transcorrido o prazo de 2 (dois) anos.

Fato é que se aceite o argumento de que se trata de prazo com natureza jurídica de preempção, igualmente ocorreria para o prazo do ajuizamento da ação rescisória, vez que se trata de instrumento processual com natureza jurídica de ação, no entanto, sabemos que o prazo para a ação rescisória é decadencial.

Sem embargos, de fato nos parece que se trata de prazo decadencial, o qual fulmina o direito das partes de se valer de uma ação autônoma para o fim de revisar, desconstituir ou invalidar os efeitos da tutela estabilizada. Ocorre que os debates acerca dos desdobramentos da estabilização e do prazo previsto no art. 304, §5º NCPC não se esgotam em saber sua natureza jurídica, pois, encontramos interessantíssimas discussões doutrinárias acerca dos efeitos decorrentes do decurso deste prazo decadencial.

Deste modo, mergulharemos, por assim dizer, em águas profundas, pois analisaremos os multifacetários posicionamentos sobre o assunto. Assim, antes de ingressar em tópico eminentemente voltado a essa finalidade, deixam-se alguns questionamentos para instigar o nobre leitor à reflexão sobre o tema.

É possível discutir o conteúdo material da tutela estabilizada depois do decurso do prazo decadencial de 02 (dois) anos? Qual é a dimensão dessa estabilidade? Há cristalização da coisa julgada material quando decorrido o prazo de 02 (dois) anos para a revisão, para a desconstituição ou invalidação da tutela estabilizada? Qual a distinção entre estabilidade e coisa julgada material? Enfim, os questionamentos não são estanques, assim, buscar-se-á aclarar a discussão com vistas a atingir o apogeu da presente pesquisa acadêmica.

8 COGNIÇÃO, ESTABILIDADE E A COISA JULGADA

Questão polêmica e de extrema relevância, não apenas para fins doutrinários, mas também, para fins forenses, diz respeito à “definitividade” que surge da decisão estabilizada pelo rito da tutela provisória de urgência antecipada antecedente. Muito se discute acerca da possibilidade da decisão, depois de decorrido o prazo decadencial de 02 (dois) anos, ser agasalhada pelo manto da coisa julgada material.

Em um primeiro momento, podemos nos deixar levar por uma simples interpretação hermenêutica gramatical do art. 304, §6º do NCPC, com a seguinte redação: “*a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada*”

por decisão que revir, reformar ou invalidar, proferida por ação ajuizada por uma das partes”, de sorte a afirmar simplesmente que o NCPC resolve a questão, determinando que não haja coisa julgada na hipótese. Neste ponto, parece-nos que foi essa a interpretação adotada por Cássio Scarpinella Bueno ao fazer breves comentários acerca do dispositivo e da dinâmica da estabilização em sua obra bibliográfica:

O §6º do art. 304, a propósito, tem o condão de evitar discussões interessantíssimas sobre haver, ou não, coisa julgada material na decisão que concedeu a tutela antecipada a final estabilizada. Não há e nisto o dispositivo é claríssimo, revelando qual é a opção política que, a este respeito, fez o legislador (BUENO, 2017, pg. 275).

Sem discordarmos do posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno, nos insurgimos somente quanto ao método hermenêutico aplicado pelo jurista, pois, verifica-se que ele não é suficiente para corroborar eventual inexistência de coisa julgada material, vez que a discussão sobre o tema é bem mais ampla. Ela gira em torno dos efetivos efeitos gerados pelo decurso do prazo decadencial em relação à decisão que estabiliza a tutela antecipada, bem como da compatibilidade da coisa julgada com a profundidade da cognição exercida nas tutelas provisórias em sentido amplo.

Conforme nos ensina Kazuo Watanabe, a cognição pode ser examinada pelos ângulos da horizontalidade (extensão ou amplitude) e da verticalidade (profundidade). No tocante a análise da cognição em relação às Tutelas Provisórias, embora incidentes as duas vertentes de cognição, frise-se que para os fins a que se volta à pesquisa, nos é interessante analisar tão somente a cognição vertical, que por sua vez se subdivide em exauriente e superficial (sumária) (WATANABE, 1999, pg. 111).

Uma primeira tentativa de classificação da cognição foi feita por Giuseppe Chiovenda, que reconhecia a existência de um a cognição ordinária ao lado de outra, sumária (CHIOVENDA, 1998, pg. 174-236). Para esse autor há uma espécie ordinária de cognição, que seria "plena e completa", na qual o juiz teria "por objeto o exame afundo de todas as razões das partes, ou seja, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções do réu". Chiovenda reconhece, ainda, uma cognição sumária, incompleta, "quando o exame das razões das partes ou não é exaustivo ou é parcial" (1988, pg. 175).

Verifica-se, portanto, que àquilo que Giuseppe Chiovenda tinha por cognição ordinária e sumária, não foge muito da concepção de Kazuo Watanabe, acerca dos ângulos de cristalização da cognição, de forma exauriente ou superficial.

Cognição, na definição de Kazuo Watanabe:

É prevalentemente um ato de Inteligência, consiste em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo (1999, pg. 58-59).

No tocante ao exercício da cognição, nem sempre esse caráter intelectual é o que predomina, podendo a cognição sofrer influência de elementos de caráter não intelectual, assim como fatores psicológicos, volitivos, sensitivos, vivenciais, intuitivos, culturais, e outros mais, todos com aptidão a influenciar no ato de inteligência exercido pelo magistrado.

Consoante o paráfraseio de Piero Calamandrei “na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão” (1960, pg. 129).

Sendo assim, em apertada síntese, a cognição é o ato de inteligência praticado pelo magistrado, valendo-se para tanto da análise (ampla ou superficial) dos fatos e provas trazidos ao seu conhecimento na demanda, bem como de elementos não intelectuais pré-existentes, que não deixam de cooperar para o exercício desta cognição que se voltará à resolução da lide cristalizada entre as partes.

Existem diversos procedimentos em nosso ordenamento jurídico processual, sendo que cada um deles poderá sofrer a incidência, de uma, de outra ou de ambas as modalidades da cognição em sua vertente vertical, cada uma delas com uma intensidade e profundidade (sumária ou exauriente).

Conforme alhures mencionado, até mesmo no tópico em que mencionamos as características da Tutela Provisória em sentido amplo, urgência e evidência (tópico 03), a principal característica que se apresenta no tocante as Tutelas Provisórias é que ela é concedida de forma sumária, ou seja, a análise dos fatos e provas é limitada no tocante a profundidade da cognição, uma vez que se abre mão, em primeiro momento, da segurança jurídica e da busca da verdade, em prol da celeridade que se exige diante de determinada situação, por vezes, justificada pela urgência.

Saber a profundidade de cognição que é exercida nas Tutelas Provisórias é de fundamental importância para tratar dos efeitos ocasionados pelo decurso do prazo decadencial previsto no art. 304, §5º do Código de Processo Civil, conforme restará evidenciado no desenvolvimento do raciocínio infra.

Depois de concedida a tutela antecipada antecedente mediante cognição sumária e carente de insurgência pelo réu, quando tentamos compatibilizar essa ocorrência com a disposição legal do art. 304, §6º do NCPC, nos deparamos com a seguinte indagação: Essa imutabilidade da tutela depois de estabilizada e decorrido o biênio decadencial, iria contra a ausência de coisa julgada que o próprio texto prevê? Os doutrinadores têm debatido sobre esse aspecto, ora considerando que poderia a decisão provisória ser discutida a qualquer tempo, ora considerando que, mesmo afirmando a inexistência de coisa julgada, esta teria se formado, dada a inalterabilidade que se opera

em relação à tutela provisória.

O debate é intrincado, e comporta uma breve exposição dos principais argumentos que permeiam o posicionamento dos doutrinadores que se declinam para um ou outro lado da discussão, com vistas a angariar elementos que nos auxiliem na formação de nossa própria convicção sobre o tema, dada a complexidade da discussão, que se estendem durante os mais de 02 (dois) anos de vigência do Código de Processo Civil.

Essa distorcida formulação do art. 304 deriva, provavelmente, da vontade de acolher uma solução de compromisso entre as duas visões opostas em tema de estabilização da tutela antecipada: uma primeira perspectiva tendente a atribuir ao provimento antecipatório de urgência a aptidão a ser acobertado pela coisa julgada; uma segunda solução favorável, ao contrário, a configurar o provimento antecipatório de urgência como provisório, mas dotando-o de uma eficácia indefinidamente protraída, seguindo o recordado modelo francês do *référé* e da tutela cautelar italiana.

Com arrimo em Araken de Assis (2015, pg. 608) e em parte do entendimento de Jaqueline Mielke (2015), há quem diga que o provimento que extingue o processo caso não haja recurso (§1º do art. 304) é sim uma sentença de mérito, e, por isso, o provimento deve ser cumprido na forma do cumprimento definitivo de sentença, e, ainda, haverá sim a formação de coisa julgada material, passado o prazo de dois anos do esvaimento do prazo fixado no § 5.º do art. 304. Para a saudosa jurista Ada Pellegrini Grinover:

Apesar do caráter de provisoriedade, que não dispensa o processo de conhecimento, comum a muitos ordenamentos em tema de tutela antecipada, em alguns países pode-se chegar à Estabilização da Antecipação de Tutela, quando a ela não se opuser qualquer das partes, de forma a dispensar o processo de conhecimento e a sentença de mérito: é o caso do “*référé*” francês e belga e de algumas hipóteses específicas na Itália. Nesses casos, reconhece-se ao provimento antecipatório, não impugnado, o caráter de título executivo ou até mesmo a natureza de sentença coberta pela coisa julgada (GRINOVER, 2005, pg. 14 *apud* PAIM, 2012, pg. 169).

Verifica-se, portanto, que não sou poucos os juristas que defendem a cristalização da coisa julgada em relação à decisão que estabiliza os efeitos da tutela, mormente quando decorrido o prazo decadencial de dois anos previsto na legislação de regência.

Impende salientar, todavia, que existem àqueles doutrinadores que embora afastem a ocorrência da coisa julgada em relação à decisão que estabiliza os efeitos da tutela antecipada, asseveram existir, por assim dizer, uma estabilização qualificada, que embora não se trate propriamente do instituto da coisa julgada material, possui efeitos semelhantes, pelo menos parte deles, pois torna indiscutível a decisão que estabiliza os efeitos da tutela.

É neste ponto que entra a influência da cognição para saber se há, ou não, cristalização da coisa julgada em relação à tutela estabilizada, pois para àqueles que afastam sua incidência, a coisa

julgada material é incompatível com a sumariedade que se apresenta como característica das Tutelas Provisórias em sentido amplo.

Neste sentido, o magistério de Eduardo Cambi e outros:

Passados mais de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, a estabilidade da decisão não mais poderá ser afastada (NCPC, art. 304, §§ 5º e 6º) em razão da extinção do prazo decadencial. Assim, embora a decisão que antecipou a tutela antecipada não se revista da autoridade da coisa julgada material, pois está fundada em cognição sumária e a vinculação constitucional da coisa julgada depende de cognição exauriente (inerente à observação das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal), seu conteúdo se torna imutável e indiscutível para as partes, permitindo-se concluir que a equiparação dos efeitos dessa estabilidade qualificada possui autoridade de coisa julgada material (CAMBI *et al*, 2017, pg. 295-296).

Embora os doutrinadores tenham sido extremamente felizes ao pontuar a incompatibilidade entre a cognição sumária e a coisa julgada material, visto que esta última apenas se cristaliza, por uma vinculação constitucional, quando se trata de decisão de mérito com cognição vertical exauriente, nos parece que há equívoco quando afirmado que o conteúdo da tutela estabilizada se torna imutável.

Isso porque a estabilidade e a imutabilidade são fenômenos diferentes. Como vimos, a imutabilidade é típica da coisa julgada material, e o novo Código de Processo Civil, no artigo 304, menciona que a tutela antecipada se tornará “estável” se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso (BUIKA, 2017).

Nesse ponto, aproveitamos para nos posicionar sobre o tema, embora deixado implícito que não concordamos com a cristalização da coisa julgada material em relação à decisão que estabiliza os efeitos da tutela e extingue o feito, vez que afirmamos que a natureza dessa decisão é de sentença terminativa, de sorte que impossível se cristalizar a coisa julgada material, mas tão somente a coisa julgada formal, ou *intra muros*.

Quanto à estabilidade gerada a partir da decisão que trata o art. 304, poderá o interessado desconstituir a decisão estabilizada, desde que faça uso de ação revocatória a ser ajuizada no prazo decadencial de 02 (dois) anos. Findo o referido prazo, não é correto falar em coisa julgada, haja vista que esta é dependente de uma cognição plena por permitir o exercício do devido processo legal e de todos seus consectários constitucionais.

Nesse caso, a fim de evitar incongruências com a sistemática do processo civil democrático, o entendimento é de que a proteção à estabilidade da decisão pelo decurso do tempo se fundamenta sob as bases do instituto da decadência, o que faz com que qualquer demanda que vise especificamente à impugnação da tutela antecipada nestes termos seja necessariamente julgada improcedente conforme o art. 487, II, CPC/2015.

Significa dizer que a estabilidade da tutela antecedente atuará *ad eternum*?

Acreditamos que não é bem assim, pois assim como afirma Heitor Vitor de Mendonça Sica (2016, pg. 353-354) “passados dois anos da decisão extintiva do feito, produz-se o que a doutrina vem chamando de estabilidade qualificada e, em face da decadência, não poderá mais ser ajuizada a ação do art. 304, § 2º, que será extinta”.

De igual modo, o art. 304, §5º é claro no sentido de que “*O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º*”.

Se interpretado o dispositivo legal, em consonância com todas as ponderações que foram feitas sobre a natureza do prazo previsto no dispositivo, verifica-se que a decadência do direito se dá apenas em face da faculdade de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada outrora estabilizada. Verifica-se, portanto, que em nenhum momento o dispositivo menciona que o prazo em comento fulmina o direito da parte de buscar a tutela final mediante cognição vertical exauriente, em que pese em determinadas situações o próprio pedido de tutela final se confundir exatamente com o pedido formulado de forma sumária.

Exemplificando, se um menor impúbere, devidamente representado, objetiva ajuizar uma ação de reconhecimento de paternidade cumulada com alimentos, e devido à situação de miserabilidade que vem enfrentando utiliza-se da tutela antecipada requerida em caráter antecedente eminentemente para pleitear os alimentos, havendo concessão da tutela antecipada antecedente e não havendo recurso ou emenda da inicial para realização do pedido principal pelo autor, os efeitos da tutela se estabilizariam.

Desta sorte, estaria estabilizada a decisão que determinou que o réu, suposto genitor, pagasse alimentos ao suposto filho. Sendo assim, seria correto dizer que, decorrido o prazo de 02 (dois) anos a partir da decisão que estabilizou os efeitos da tutela provisória, o direito do réu em ingressar com nova demanda, agora visando à tutela declaratória de que não é o genitor do menor estaria fulminado?

Em um primeiro momento, nos parece que não, pois, assim como afirmado, a decisão que estabiliza os efeitos da tutela não faz coisa julgada material, e apenas essa tem o condão de impedir o ajuizamento de nova demanda (efeito negativo). O que houve foi à decadência do direito de rever, reformar e desconstituir a tutela antecipada antecedente diretamente.

Essa decisão que concede tutela antecipada proferida nos termos do artigo 304 do Código de Processo Civil está fundada em um juízo de cognição sumária a respeito dos fatos articulados pelo autor, em que o juiz avalia o *fumus boni iuri* e o *periculum in mora*, e, uma vez presente, concede a tutela requerida pela parte.

Neste caso, o direito não é declarado, mas a decisão é concedida, com base na

probabilidade de que o direito existe. O que se antecipa não é a própria tutela, mas apenas seus efeitos práticos, visto que a tutela em si poderia ser prestada em um futuro juízo de cognição exauriente sobre a existência do direito.

Nicolò Trocker, citado por Leonardo Greco, observa que:

A sumarização exige que se assegure ao prejudicado a faculdade de se defender amplamente em uma fase ou processo posterior, com a possibilidade de suspensão ou revogação do provimento sumário anterior, mesmo que já submetido à execução. Se o provimento não tiver sido antecedido dessa amplitude cognitiva, deve ter o prejudicado uma nova oportunidade de acesso à cognição plena, no mesmo ou em outro processo (TROCKER, 2001, p. 394-395 *apud* GRECO, 2012, s/p).

Sendo assim, mesmo esvaído o prazo decadencial de 02 (dois) anos que prevê o art. 304, §5º do NCPC, não se olvide que a estabilidade que se instala em relação à decisão poderá ser alterada, se sobrevier decisão de mérito em novo pleito que desta vez declare a existência/inexistência do direito. Frise-se que no exemplo supra o objetivo do réu, agora fazendo às vezes de autor, fica adstrita a declaração de que não é genitor do infante, todavia, não há dúvidas que por via oblíqua isso ensejará na reforma da decisão que estabilizou os efeitos da decisão e obrigou o réu a pagar os alimentos.

Eduardo Talamini, ao tratar do prazo decadencial do art. 304, §5º do NCPC:

Esse prazo aplica-se especificamente à ação de revisão (desconstituição) da tutela estabilizada. Já a ação destinada à discussão do mérito da pretensão principal não se submete àquele prazo. Poderá sujeitar-se eventualmente a outros prazos decadenciais ou prescricionais, conforme a pretensão veiculada (TALAMINI, 2016, s/p).

Verifica-se, portanto, que no tocante ao direito de ação, a qual se tenha por objetivo perquirir a pretensão principal, não há incidência do prazo decadencial previsto no art. 304, §5º do NCPC, e nem mesmo sofre qualquer óbice por anteriormente ter sido estabilizada pela decisão a que se refere o art. 304, *caput* do NCPC.

Há um resgate do que ocorria no *référé* Francês, instituto que inspirou o legislador e a doutrina italiana, que, por sua vez, inspirou o direito processual brasileiro.

Essa decisão que faculta o *référé* faz coisa julgada *au provisoire*, ou seja, não há uma imposição para que seja proposta ação de cognição exauriente que venha a declarar o direito ou não. No caso de não ser proposta a ação que objetive uma decisão de mérito, prevalece a coisa julgada *au provisoire*, obtida por intermédio do *référé*; ao contrário, caso haja uma decisão de mérito sobre o assunto, em razão da propositura de uma ação com esse objetivo, a decisão de mérito substituirá a decisão que concedeu o *référé*, que em nosso caso seria a tutela antecipada antecedente (PAIM, 2012, pg. 159).

Situação semelhante ocorre com a tutela antecipada antecedente estabilizada, pois, decorrido o prazo decadencial de 02 (dois) anos, a decisão torna-se estável e não imutável, de modo

que seus efeitos persistirão por tempo indefinido, até que nova decisão, proferida em ação que se objetive a tutela declaratória mediante cognição exauriente, sobrevenha e substitua a tutela anteriormente estabilizada, diretamente ou por via oblíqua.

9 CONCLUSÃO

Um dos grandes dilemas enfrentados pelos estudiosos e aplicadores do Direito é a exacerbada duração dos processos, que foge do razoável e é capaz de impor severas dúvidas acerca da efetividade do Poder Judiciário. Por meio de processos eivados de uma sumariiedade maior, seja ela de natureza procedimental ou material, possibilita-se aos jurisdicionados a obtenção do bem da vida de maneira mais célere.

Essa inquietação dos operadores do direito por uma justiça mais célere na prestação jurisdicional trouxe a inovação da possibilidade de requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, vindo a propiciar um novo entusiasmo por uma atividade jurisdicional a ser perquirida em um tempo mais hábil assegurando o resultado útil do processo.

Trata-se de inovação que trouxe diversas questões a serem desveladas por nós, dentre elas, as especificidades do fenômeno da estabilização dos efeitos da Tutela Provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, bem como os efeitos do decurso do prazo previsto em lei para insurgência em face de tal decisão.

Dentre os fervorosos impasses sobre o instituto, o que ganha notório destaque é a (im) possibilidade da decisão que estabiliza os efeitos da tutela antecedente e extingue o feito (para nós, sem resolução do mérito), ser agasalhado pelo manto e autoridade da coisa julgada material (art. 502 do Código de Processo Civil).

É sabido por uma vez que o instituto da coisa julgada material é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial, pois esta além de se assentar em uma análise superficial também é precária, portanto é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada. O que se pretende é antecipar provisoriamente os efeitos da decisão ao longo do processo, com vistas a conferir-lhe maior efetividade instrumental.

O que ocorre com o decurso do prazo previsto no art. 304, §5º do NCPC, é um óbice ao ajuizamento de demanda que pretenda revir, reformar ou desconstituir especificamente a decisão que estabilizou os efeitos da Tutela Provisória. No entanto, não significa dizer que a tutela estabilizada, portanto, meramente estável, tornar-se-á imutável, pois essa qualidade exclusiva da coisa julgada material.

Não haverá impedimento algum à parte, que mesmo decorrido o prazo previsto no art. 304, §5º do NCPC, pretenda ajuizar ação de conhecimento em relação ao pedido principal que seria

trazido à baila se emendada à petição inicial da demanda em que o autor logrou na Tutela Provisória de urgência antecipada antecedente, mesmo que provimento favorável tenha como consequência, por via oblíqua, a extinção dos efeitos da tutela estabilizada.

Para tanto, o eventual autor deverá observar tão somente prazo decadencial e prescricional próprio para o direito que pretenderá perquirir em juízo, isso se tratando de provimento jurisdicional de natureza outra, que não a declaratória, pois essa última nem mesmo se submete a prazo prescricional ou decadencial.

Nos termos do art. 304, §6º do NCPC, a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mesmo que seus efeitos sejam estabilizados em razão da postura omissiva do réu. O dispositivo é comemorado pela melhor doutrina, que mantém a tradição do direito pátrio de reservar a coisa julgada apenas a decisões proferidas mediante cognição exauriente.

Afinal, não parece ter muito sentido lógico se conferir a imutabilidade e indiscutibilidade, próprias da coisa julgada material, a uma decisão proferida mediante cognição sumária. A certeza se torna imutável e indiscutível, a probabilidade não.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 17ª ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2017.

ASSIS, Araken. **Processo Civil Brasileiro. V. II. Tomo II: parte geral – Institutos fundamentais**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Tutela provisória: considerações gerais**. In: O NOVO Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Gen-Atlas, 2015.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Comentários às Inovações do Código de Processo Civil Novo CPC: Lei 13.105/2015**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: Lei n.º 13.105, de 16.03.2015 - Volume Único**. 3º Ed. Saraiva *Jur*, 2017.

BUIKA, Heloisa Leonor. **A Ambiguidade da Estabilização dos Efeitos da Tutela Antecipada e a Coisa Julgada no Novo Código de Processo Civil**. Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil. Vol. 3/2018. Revista de Processo, Vol. 267/2017. Pg. 289-315. Maio/2017.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Trad. De Héctor Fix Zamudio. Buenos Aires: EJE, 1960.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo:

Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo; DORIA, Rogério Dotti; PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert e KAZIKASKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil – Completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela Provisória. Art. 304** In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. Ed. – Salvador: Ed. *Jus Podivm*, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo, comentários ao CPC de 2015, parte geral**. São Paulo: Gen-Editora Método, 2015.

GRECO, Leonardo. **Cognição Sumária e Coisa Julgada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 10/2012. Pg. 275-301. Agosto/2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20351> Acesso em: 06.07.2018.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Prestação Jurisdicional em Sede de Tutela Antecedente: Procedimento, Estabilização da Decisão e Decurso do Prazo de 2 (dois) Anos: Um Novo Caso de Perempção?** Revista de Processo. Vol. 250/2015. pg. 189-215. Dez/2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Vol. II. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018 (Livro Digital).

MITIDIERO, Daniel. **Autonomização e Estabilização da Antecipação da Tutela ao Novo Código de Processo Civil**. Revista Eletrônica – Novo Código de Processo Civil. Tribunal Regional do Trabalho, Vol. 4, n. 39, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. Salvador: Ed. *Jus Podivm*, 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da Tutela Antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 40, n. 244, jun. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto a chamada**

“estabilização da tutela antecipada”. In: DIDIER JR., Fredie; COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. Coleção grandes temas do novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016. V. 6: tutela provisória.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Atutela provisória no novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, Ovídio Baptista de. **Processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Ainda a Estabilização da Tutela Antecipada. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236877,31047Ainda+a+estabilizacao+da+tutela+antecipada>>. Acesso em: 03.07.2018.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 56ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. Ed. atual. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS FRENTE À CULTURA DA JUDICIALIZAÇÃO SUPERLATIVA CONTEMPORÂNEA

Cleide Aparecida da SILVA
José Alexandre Ricciardi SBIZERA¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir a mediação proposta por Luis Alberto Warat como um meio adequado à solução de conflitos tendo em vista a tradicional cultura da judicialização no contexto jurídico contemporâneo. Para isso, num primeiro momento aborda-se a problemática da judicialização, discutindo-se temas como o acesso à justiça e a atual crise do poder judiciário brasileiro; e, num segundo momento, apresenta-se a proposta de mediação waratiana como um processo de construção de autonomia e emancipação das partes para a construção alternativa da solução dos conflitos. O método utilizado é o hipotético dedutivo e teve como fonte principal para a discussão os referencias bibliográficos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação Waratiana; Cultura da Judicialização; Conflitos; Luis Alberto Warat

ABSTRACT

This article aims to discuss the mediation proposed by Luis Alberto Warat as an alternative means to the solution of conflicts in view of the traditional culture of the judicialization in the contemporary legal context. For that, in a first moment the problematic of the judicialization is approached, discussing subjects like the access to justice and the current crisis of the Brazilian judicial power; and, secondly, the proposal of Waratian mediation is presented as a process of building autonomy and emancipation of the parties for the alternative construction of conflict resolution. The method used is the hypothetical deductive and had as main source for the discussion the bibliographic references.

KEY-WORDS: Waratian Mediation; Culture of the Judicialization; Conflicts; Luis Alberto Warat

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a mediação proposta por Luis Alberto Warat como um meio adequado à solução de conflitos tendo em vista a tradicional cultura da judicialização no contexto jurídico contemporâneo. Para isso, numa primeira sessão serão abordadas a problemática da judicialização, discutindo-se temas como o acesso à justiça e a atual crise do poder judiciário brasileiro. Numa segunda parte, serão apresentadas a proposta de mediação waratiana como um processo de construção de autonomia e emancipação das partes para a construção alternativa da solução dos conflitos.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná, UNOPAR; especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina, UEL; mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Linguagem Jurídica, Teoria, Filosofia e História do Direito. Pesquisa as articulações entre Arte e Direito, principalmente entre o Direito e a Literatura. Advogado.

2 A CULTURA DA JUDICIALIZAÇÃO, O ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A palavra conflito deriva do latim *conflictu*, e traz a ideia de contraposição, pois o conflito nasce das interações sociais e representa a resistência às opiniões do outro.

Para abordar o tema judicialização primeiramente precisa-se buscar a compreensão da gênese dos conflitos que são recorrentes na sociedade, haja vista que o ser humano dotado de individualidade, é também por essência um ser social gregário, que carece conviver em sociedade, ser aceito e reconhecido, e por razão dessas e de outras características humanas, naturalmente emergem divergências no modo de pensar, desejar, agir.

Sigmund Freud (2010) em seus estudos sobre o comportamento humano na civilização aponta três fontes geradoras de sofrimento e conflito ao ser humano, quais sejam: o poder exercido pela natureza, sobre o qual o homem não tem domínio algum; a vulnerabilidade dos seus corpos, que podem sofrer ferimentos, adoecer e por fim, morrer; e por derradeiro as regras que tem por finalidade regular os relacionamentos humanos. E, segundo o autor, o fato de reconhecer essas fontes de conflito e sofrimento não é causa de estagnação, mas ao contrário, é sim, uma fonte impulsionadora da busca de mitigação desses fatores.

Ou seja, ainda que seja improvável ao ser humano conviver sem que haja sofrimento e conflitos, quer seja de ordem pessoal, familiar, religioso, político, de trabalho dentre outros onde haja a convivência civilizada, é salutar a busca da redução do sofrimento e da pacificação.

Costa (2018), ao afirmar que os conflitos surgem do próprio convívio social, visto que os indivíduos são dotados de autonomia, sendo normal a existência de oposição entre os interesses, reconhece a necessidade de tratar os conflitos de forma a promover a pacificação.

Ao abordar noções gerais do conflito, Juan Carlos Vezzulla (1995) esclarece que o conflito de maneira geral está presente em todas as pessoas como uma idéia assustadora e negativa que sinaliza um perigo iminente, do qual a pessoa precisa se defender com o fim de preservar a sua integridade. Ao sintetizar algumas definições de conflito diz Juan Carlos Vezzulla (1995, p.17):

Resumindo essas definições, podemos convir que o conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposições aos desejos de outro, que envolve uma luta pelo poder que a sua expressão pode ser explícita ou oculta, atrás de uma posição ou de um discurso encobridor.

Assim essa definição de conflito, denota que na sociedade formada por uma gama de interesses opostos implícitos e explícitos, os conflitos podem ser interpessoais de motivação ocultas vindo a manifestar-se de diferentes formas por meio do discurso e da ação.

Frente à necessidade de compreender, lidar com os conflitos para promover o convívio

social harmônico e pacífico, e até mesmo a sua auto preservação, o ser humano busca de contínuo formas de proteção por meio da criação de regras e normas de convívio social. Nessa linha de pensamento, sustenta Humberto Lima de Lucena Filho (2017):

Justificadas pela inegável existência de interesses contrapostos no tecido social e necessidade de proteção contra a própria barbaridade humana convencionou-se a criação de normas de convivência capazes de regular as relações humanas e aplicar sanções aos violadores do seu conteúdo, em fase do seu cumprimento, qual seja o Direito.

Aquiescendo ao disciplinado acima pelo autor, pode-se afirmar que dos interesses contrapostos surgem os litígios que em grande parte são levados ao Judiciário na busca de solução, devido a inabilidade e ou falta de autonomia das pessoas para buscar solução através do diálogo.

José Alcebíades Oliveira Junior e Moacir Camargo Baggio (2017) ao analisarem a litigiosidade na sociedade brasileira apontam a litigiosidade como sendo um problema social, enraizado política e historicamente, não se tratando exclusivamente de um problema do Judiciário. Os referidos autores afirmam que o fenômeno da litigiosidade não deve ser confundido com a característica conflituosa da sociedade que é composta por múltiplas diferenças.

À luz dessas afirmativas, é possível assegurar que o problema da litigância, antecede a situação própria do judiciário, sinalizando então, para uma sociedade onde todos os seus seguimentos, movidos por acirrado espírito de reivindicação, reclamam por bens da vida ou pela solução de conflitos das mais diversas ordens. Ainda sob a mesma perspectiva, destacam os autores José Alcebíades Oliveira Junior e Moacir Camargo Baggio (2017, s/p):

Anote-se, então, de se supor coisas tão distintas como iguais (litigiosidade e conflituosidade), e, ainda de se propor a criação ou redefinição de instrumentais, eleitos a partir da desconsideração dessa premissa distintiva fundamental, que de certa forma busquem tolher a possibilidade da concreta e casuística discussão da diferença, ou que acabem reduzindo as possibilidades do conflito na esfera mediada do judiciário e o alcance de suas soluções individualizadas e concretamente pensadas pelo filtro dessa mediação, tudo a pretexto de se resolver o problema “do Judiciário” e das dificuldades de prestação de jurisdicional célere decorrente da litigiosidade extremada.

Feitas as distinções entre litigiosidade e conflituosidade, torna-se notória a necessidade de se repensar o tratamento dos conflitos não apenas em termos de redução das demandas judiciais, mas como um fenômeno emanado do viver em sociedade.

Nessa toada, tem-se clareza de que mediante o atual contexto, a tarefa de pacificação social não é responsabilidade exclusiva do estado em resposta a judicialização dos conflitos, e conseqüente asoberbamento do judiciário. Assim, é patente ser missão de todos os que acreditam e buscam a pacificação social. Constituindo a principal missão de todos os operadores do Direito e em específico dos advogados, para os quais os conflitos são apresentados frequentemente pelas partes em conflito.

Do exposto, brota a necessidade de tecer-se considerações sobre acesso à justiça e os

aspectos que envolvem a denominada crise do judiciário, tomando por referência a vertente da crise de eficiência na prestação jurisdicional.

Assim, a Constituição Federal de 1988, nos incisos XXXIV e LXXIV, estabelece que não será excluído da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito, e que ao que comprovar a insuficiência de recursos, o Estado não lhe negará prestação jurisdicional. Nesses preceitos, o acesso à justiça é portanto, parte integrante dos direitos e garantias fundamentais.

André Ramos Tavares (2018) explica que nos últimos tempos o entendimento sobre o princípio de acesso à justiça ganhou outra conotação, qual seja, a de que tal acesso, necessariamente não tem que passar pelo judiciário. O que faz emergir uma nova percepção da prestação jurisdicional, fundada na efetividade do direito e na satisfação das partes, e isso, pode se dar tanto pela resposta judicial adequada quanto pela autocomposição das partes.

Pelo apontado acima, entende-se que o acesso à justiça, significa também a busca de novas formas de solução de conflitos, trazendo como consequência de tal autonomia e a denominada desjudicialização.

Resta claro, no entanto, que o Poder Judiciário desenvolve importantes funções que variam desde a garantia dos direitos fundamentais à preservação da propriedade privada. Sendo assim, estamos a tratar de uma instituição que é imprescindível à sociedade, mas que tende a ocupar outra posição na sociedade, haja vista a urgente necessidade de migração da cultura de litigância para a cultura de pacificação.

Em âmbito nacional, observa-se uma estrutura judiciária que possui um desenho organizacional apto a funcionar de acordo com limitações de ordem metodológica, tecnológica e estrutural. E assim sendo, de acordo com o que demonstram os indicadores da justiça, mesmo tendo melhorando em termos de eficiência, com atendimento das demandas em 100,3%, o número de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramite aguardando a solução definitiva.

De fato, tais evidências objetivas reafirmam que o judiciário não tem sido plenamente capaz de atender em termos não somente quantitativos, mas também qualitativos, as crescentes demandas que diariamente lhes são confiadas pela litigante sociedade brasileira. Nesta senda, Fabiana Marion Splengler (2009, p. 69) assevera:

A crise de eficiência da jurisdição é consequência de outros pontos de ruptura: primeiramente uma crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infra estrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos e de custos; posteriormente, pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização e a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Ainda, a crise de subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também a mudança cultural e de mentalidade,

especialmente quanto ao mecanismo lógico formal que já não atende-se é que algum dia atendeu- às respostas buscadas para os conflitos contemporâneos.

Nesse ponto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 67), com o fim de superar as diversas barreiras e dar enfoque a uma concepção abrangente de acesso ao judiciário e à justiça, fazem referência a criação das três “ondas” de solução prática. Sendo a primeira a da assistência jurídica aos pobres, a segunda da representação dos interesses difusos, e a terceira refere-se ao acesso à justiça.

Partindo de tal perspectiva, é pertinente abordar a denominada “terceira onda” por trazer em seu bojo, alternativas para um efetivo acesso à justiça por meio de outras formas de solução de conflitos. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 67-68), assim explicam a referida perspectiva:

Essa “terceira onda” inclui a advocacia judicial e a extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reformas, mas em tratá-las apenas como algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Notório é, portanto, que nesse cenário, de exacerbado número de processos submetidos à apreciação do judiciário, existe a desconexão entre a finalidade dessa instituição e a expectativa da sociedade para o tratamento dos conflitos, e uma desconexão e um descompasso entre acesso ao judiciário por meio do processo, e o de acesso à justiça, através da efetiva solução dos conflitos e a célere prestação jurisdicional, fortalecendo assim, a prolatada crise do judiciário.

Ainda no que tange ao excesso de demandas judiciais como bem observado por Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso (1996), o problema é que tal fenômeno reflete a tendência de cada povo ao posicionar suas escolhas para resolver os conflitos através da adjudicação, ou da autocomposição.

Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Lamy (2016), afirmam que existirá efetividade no processo, quanto ele for capaz de eliminar vorazmente e de maneira justa os conflitos e as insatisfações. Desse modo, os autores são enfáticos ao dizer que só haverá eficácia processual se o resultado do processo alcançar as dimensões sociais e políticas da jurisdição.

Ao que se depreende, o problema do acesso à Justiça não é uma questão de acesso propriamente dito, pois, o acesso é relativamente fácil, e garantido constitucionalmente. Ou seja, todos podem acessar à justiça, seja através de advogado ou defensor público. O problema então se encontra na crescente demanda processual e na incapacidade do Judiciário de dar respostas ao imenso número de processos judiciais.

Diante do exposto, há que se convir que a ineficácia na prestação jurisdicional, traz à sociedade insegurança e insatisfação. Dessa forma, tornou-se fato comum ouvir pronunciamentos

do tipo: “a justiça é falha e tardia”, recorrei a esse lentíssimo Juiz”, “a justiça é a mãe das injustiças”. Maria Tereza Aina Sadek (2009, p. 170-180), ao abordar aspectos que envolvem o real acesso a justiça, disciplina:

Dificuldades de acesso à justiça contribuem para acentuar a distância entre o universo da legalidade e da realidade. Isto é, favorecem a existência de direitos consagrados na lei, mas desrespeitados no cotidiano. Estes fenômenos constituem um claro indicador de problemas no âmbito da efetividade das normas legais.

Desse modo, a ineficácia da prestação jurisdicional contribui com a sensação de insegurança e o descrédito de parte da sociedade, que não tem satisfeita a sua busca de solução de conflito, nem tão pouco consegue obter respostas céleres aos processos judiciais.

Nesse sentido, tal fenômeno tem sido objeto de críticas sociais e discussões acadêmicas e políticas há muito tempo, tendo-se como exemplo o pronunciamento de Rui Barbosa (2018), proferido em 1921, por ocasião do discurso da sua formatura no curso de Direito, onde ressaltou: “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos dos julgadores contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, na honra e na liberdade”.

Como se depreende, do já exposto nesse tópico, muitos anos se passaram e prevalece a insatisfação com lentidão da justiça, ou da injustiça. Lentidão essa decorrente dentre outros fatores, do crescente número de processos, como da conta os números do relatório 2017 do Conselho Nacional de Justiça, ao qual informa que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva.

Nesse ponto, Kazuo Watanabe (2018) assinala que tal crise de desempenho a qual resulta em descrédito do judiciário, tem origem na intensa conflitualidade social, no qual os sujeitos dos conflitos, mergulhados na cultura da litigiosidade, sustentam a crença de que a decisão imposta por um juiz seria eivada de imparcialidade, fato esse que contribui para agravar ainda mais a crise.

Nos dizeres de Humberto Lucena Filho (2017), o direito de ação e o processo vêm sendo utilizados como uma ferramenta de vingança entre as pessoas em situação de conflito, sendo que nesse caso, elas não recorrem ao judiciário para se servirem da lei e da justiça, mas sim para dar vazão aos ódios pessoais. E dessa forma, é inviável ao judiciário o atendimento dos anseios dos jurisdicionados, que ora se encontram incapacitados para lidar com seus conflitos.

Ante tal situação de flagrante descompasso entre a demanda social por solução de conflitos, e a pouca eficiência do judiciário, necessário se faz ir além das medidas de reforma do judiciário e das leis em busca da eficiência e eficácia judicial.

Nesse passo, coaduna o raciocínio de José Alcebíades de Oliveira Junior e Moacir Camargo Baggio (2017, s/p) ao disciplinarem sobre a possibilidade do surgimento de uma

sociedade que não atribua exclusivamente os seus conflitos à jurisdição.

Surgem cadentes as possibilidades, por exemplo, de métodos alternativos de resolução de conflitos, mormente daquele daqueles que dizem respeito ao resgate de uma ética da mediação, onde os indivíduos, havendo condições para tanto, encaminham seus casos à solução debatida e intermediada, mas ao final definida por um certo consenso a respeito da aplicação das regras pertinentes ao caso concreto.

Do referido cenário, constata-se a necessidade de as instituições ligadas ao direito lançarem mão de outros métodos de solução de conflitos que sejam capazes de possibilitar às pessoas, o resgate da autonomia, da capacidade de diálogo e da habilidade de juntas buscarem a solução dos seus conflitos. Desse modo, judicializar poderá se tornar uma opção alternativa ao invés de prioritária.

Paralelo ao desenvolvimento social, observa-se o número crescente de conflitos. Em vista disso, com o condão de atender as diversificadas demandas oriundas das situações de conflitos, que são frequentemente levadas à prestação jurisdicional, destacam-se a mediação, a conciliação e a arbitragem, ora denominados pela doutrina como meios alternativos de solução de conflitos. Ao abordar a origem histórica e a abrangência dos meios alternativos a solução de conflitos, Ada Pellegrini Grinover (2007, s/p) ensina que:

Nas sociedades primitivas, quando se perceberam os riscos e danos da autotutela, atribui-se a solução dos conflitos a terceiros, que atuavam como árbitros ou como facilitadores, para que se atingisse o consenso. Incumbia-se dessa função uma pessoa respeitável da comunidade – sacerdote, ancião, cacique, o próprio rei (como Salomão) – e se obtinha a pacificação, sem necessidade de recorrer à justiça pelas próprias mãos. Assim, os métodos hoje ditos alternativos de solução de conflitos precederam, historicamente, a jurisdição estatal.

Assentindo a esse modo de pensar, Guilherme Silva Barbosa Fregapani (2017) afirma que os mecanismos de soluções auto compositivos de conflitos, são muito antigos e utilizados desde os primórdios das civilizações, sendo que dados históricos apontam que a arbitragem já era utilizada na Idade Antiga para a solução de conflitos interpessoais relacionados ao direito interno, e conforme foi sendo aceita, passou a ser utilizada também para as questões controvertidas de direito externo entre as cidade-estado, isso por volta de 3.000 anos antes de Cristo.

Guilherme Silva Barbosa Fregapani (2017) destaca que os métodos atualmente denominados alternativos de solução de conflitos são utilizados há muito tempo, e se mostram eficazes para pacificação social, bem como para diminuir o acúmulo de pendências nos Judiciários.

Sob o mesmo ponto de vista, Kazuo Watanabe (2017) ao falar da aplicação dos métodos consensuais de solução de conflito no Brasil, afirma que desde a constituição Imperial de 1.824, no art. 160, a arbitragem estava normatizada para as causas cíveis e que nessa época não era iniciado um processo se as partes antes não buscassem uma solução consensual para o conflito, estando também previsto nos artigo 162 do mesmo diploma que as partes deveriam, prioritariamente,

utilizar a conciliação e a mediação.

Já Ada Pellegrini Grinover (2007, s/p) ao associar os métodos auto compositivos de solução de conflitos aos meios judiciais, afirma que na atualidade o renascimento do interesse pelos meios consensuais de resolução de conflitos é decorrente do momento de crise em que se encontra o Poder Judiciário nacional.

Nesse passo, entende-se o desenvolvimento histórico e efetiva aplicação dos métodos auto compositivos de solução de conflitos a sua função de dar autonomia às partes para construir a solução dos seus próprios conflitos, bem como o também relevante papel desses institutos, que servem de filtro à litigiosidade, assim é que, nas palavras de Kazuo Watanabe (2017):

A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas.

Diante da importância dos referidos meios consensuais de solução de conflitos, é necessário trazer à luz a conceituação recorrente na doutrina para esses institutos.

A conciliação consiste em um empenho das partes para solucionar a controvérsia, valendo-se da ajuda de um terceiro imparcial, o conciliador, que poderá conduzir uma solução para o conflito, inclusive emitindo a sua opinião sobre a melhor solução.

Seguindo linha majoritária de conceitos do instituto conciliação, Lilia Maia de Moraes Sales e Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves (2018), definem a conciliação como uma técnica auto compositiva de solução de conflitos, que conta com a participação de um terceiro capacitado que atua de forma imparcial, escuta ativamente as partes e conduz a discussão entre elas, e pode sugerir solução adequada à resolução do conflito.

Já a arbitragem trata-se de um método convencional privado, onde as partes escolhem submeter suas controvérsias a um terceiro imparcial, o árbitro. E, no caso de não haver solução do conflito pelas partes, ele emitirá o laudo ou sentença arbitral. Saliente-se ainda que para o procedimento de arbitragem as partes podem convencionar as cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais.

Quanto ao desenvolvimento da arbitragem, aponta Antônio Gaio Junior (2018) a existência de duas modalidades de arbitragem, a institucional e a Ad Hoc. A primeira é aquela em que as partes podem escolher a câmara de arbitragem e acordar sobre qual procedimento arbitral utilizarão e posteriormente, escolhem uma pessoa física, para atuar como árbitro (GAIO JUNIOR, 2018). Ao conceituar a arbitragem, Antônio Pereira Gaio Junior (2018, p. 13) leciona:

É válido afirmar ser a arbitragem, efetivamente, um foro privilegiado para a concretização do direito agredido, seja por meio de uma composição amigável ou mesmo através da convergência dos esforços dos litigantes no sentido de lograrem de maneira célere, sem atropelos às garantias essenciais do devido processo legal, da segurança jurídica e da justiça da decisão, a solução da controvérsia.

Quanto à mediação, por seu turno, converge a doutrina ao afirmar que ela se subdivide em judicial e extrajudicial, e tem por objetivo auxiliar as partes na busca de solução satisfatória para ambas no que tange a situação controvertida. Na mediação as técnicas aplicadas permitem que as partes por meio do reestabelecimento da boa comunicação, tomem as decisões sem que haja a interferência do mediador. Para a autora Lília Maia de Moraes Sales (2007, p. 27) mediação é:

O procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor a satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

No mesmo sentido, prelecionam Jéssica Gonçalves e Juliana Goulart (2018) que a mediação é um método auto compositivo onde as partes sem rivalidade, com a facilitação de um terceiro imparcial que não impõe decisão, preservando a voluntariedade e os interesses individuais, chegando a um acordo capaz de resolver o conflito.

Uma vez que a mediação é um método que por meio da comunicação possibilita a reaproximação das partes para que construam a solução dos conflitos, ela é adequada para a resolução de conflitos nas relações continuadas, ou seja, nas relações que se mantêm apesar da existência de controvérsias, pois tal modalidade de conflitos envolvem sentimentos, o que dificulta a comunicação entre as partes.

3 MEDIAÇÃO WARATIANA: UMA PROPOSTA ADEQUADA DE CONSTRUÇÃO PACÍFICA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Verifica-se nos ensinamentos doutrinários, que a nominada litigiosidade não se trata de uma questão eminentemente jurídica, ela se renova com as mudanças da sociedade, frente a tal transformação, e amparada pela garantia constitucional de acesso à justiça, albergado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, à medida que os cidadãos passaram a reconhecer os seus direitos no Brasil, surgiu o fenômeno da explosão da judicialização dos conflitos sociais. Nesse ponto, Antônio Carlos Oliveira (2018, s/p) reitera que:

Após a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira passou a reconhecer e positivar uma ampla gama de direitos, até então negados a seus cidadãos e cidadãs. E, como uma das formas de garantia de sua efetivação, reservou ao Poder Judiciário um papel influente na vida republicana. Neste contexto, atualmente se constata que a sociedade tem buscado, no Judiciário, respostas e soluções para problemas cada vez mais cotidianos.

Sob esse aspecto, de constantes transformações na sociedade, somando-se à propagação da informação seguida do conhecimento das pessoas sobre os seus direitos, na atualidade, tornou-se comum a exponencialização das relações sociais e dos conflitos que frequentemente são levados à litigiosidade.

A esse fenômeno, Luis Alberto Warat (2018) chama de “coisificação do homem” posto que os conflitos decorrentes das relações entre as pessoas passaram a ser convertidos em litígios. E, quando tratados pelo judiciário, não são considerados os efeitos dos conflitos sobre as emoções e as relações sociais dos sujeitos, de modo que o normativo é superposto ao conflituoso.

Ao falar das transformações sociais, e da necessidade de uma forma de tratar os conflitos que não seja através da judicialização, Humberto Lima de Lucena Filho (2017, s/p) afirma:

A sociedade moderna desenvolveu-se numa velocidade frenética e vivencia relações jurídicas fundamentais em postulados antigos, os quais formam consolidados seja pela ausência de uma massiva e contundente política pública estatal dos três Poderes da República quanto à consensualidade e resolução pacífica das disputas ou pelo agigantamento da função jurisdicional como salvação de um povo mergulhado na ignorância intelectual e incapaz de dialogar com o próximo na solução das suas diferenças.

A que se depreende do exposto, a denominada sociedade moderna por seus feitos científicos e tecnológicos parece não ter evoluído em termos de autonomia. Haja vista que, o desenvolvimento social não sinaliza para o desenvolvimento humano, no que tange aos aspectos da comunicação interpessoal e da capacidade para gerir seus conflitos, deixando-os assim, a cargo do judiciário.

Já no que se refere ao próprio poder judiciário, apesar das reformas nos procedimentos, não se constata uma política para tratamento dos conflitos, mas sim para a redução de processos.

E nesse passo, ao discutir o normativismo, a identidade jurídica, e a crença social no poder do judiciário para solucionar o conflito, Luis Alberto Warat (2018, s/p) é categórico ao afirmar:

A resolução jurídica dos conflitos terminou sendo colocada em último plano e quase esquecida para passar-se a privilegiar um sentido do direito exclusivamente normativo, melhor dizendo, os chamados operadores do direito passaram a entender que a sua função era a de aplicar a lei ou de administrar a justiça como se essas duas atividades fossem absolutamente independente dos conflitos, a tal ponto que a maioria dos juristas hoje e a maioria das escolas de direito perderam de vista que as leis foram criadas para conflitos. As leis não têm identidade própria à margem dos conflitos.

Nesse contexto de normativismo jurídico, nasce o paradigma de que o judiciário é o grande responsável por dar solução aos conflitos, de modo a suprimir a capacidade auto compositiva dos sujeitos para tratamento dos conflitos. Observa-se que a doutrina busca de variadas formas expor as causas da cultura da litigância no Brasil. Nessa acepção, afirma Kazuo Watanabe (2018, s/p):

O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a chamada “cultura da sentença”, que traz como consequência o aumento cada

vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos tribunais superiores, até mesmo da Suprema Corte.

Portanto, noutras palavras pode se deduzir em linhas gerais que se formou a ilusão social, a cultura de que a solução para os mais diversificados conflitos sociais encontra-se no judiciário, no direito dito pelo juiz.

Conforme leciona Lucena Filho (2017), de acordo com a doutrina, a cultura processualista tem sido alvo de estudos de diversas áreas, sendo que uma primeira corrente entende esse fenômeno como decorrente da democratização do Estado e ampliação dos direitos e garantias fundamentais, que possibilita o acesso a justiça. Já a segunda, acredita que o referido fenômeno está diretamente associado a fenômenos de ordem social histórica.

De consonante modo, ao discutir a crescente judicialização e a conseqüente crise do Poder Judiciário, Fabiana Marion Spengler (2009, p. 73) reafirma a importância do Poder Judiciário e reconhece a necessidade da criação de estratégias e alternativas de tratamento dos conflitos, de forma a reduzir a atuação Judiciária:

Frente às dificuldades de funcionamento do Judiciário, o que se pretende é diminuir a atuação do mesmo justamente visando autonomizar os cidadãos envolvidos na contenda, a ponto de eles alcançarem o consenso “jurisconstruindo” o tratamento do conflito.

Saliente-se que o atual cenário denominado por “cultura da sentença”, “cultura da processualização” ou crise do judiciário, tornou-se não apenas objeto de estudos e pesquisas, mas um desafio a ser superado pelos magistrados, pelos advogados, e pelos serventuários da justiça e sociedade de forma geral.

Em harmonia com essa linha de raciocínio, Oliveira e Baggio (2017), são enfáticos ao afirmar que mediante o cenário social e jurídico, justifica-se a utilização de outros métodos de resolução de conflitos distintos dos tão demandados meios judiciais, e capazes de permitir aos sujeitos a construção de uma pacificação qualificada.

Nesse diapasão, tem-se por veraz que a cultura da processualização ou litigância no campo das relações sociais cresce constantemente e requer um imediato tratamento, com o intuito de se mudar a forma de lidar e de solucionar os conflitos decorrentes das relações entre os sujeitos. Nesse cenário, tem-se na mediação uma oportunidade, uma técnica qualificada na busca por solução dos conflitos antes de se tornarem controvérsias judiciais.

3.1 A Mediação Amorosa de Luis Alberto Warat

Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os

montes, e não tivesse amor, nada seria.

Ao contextualizar o texto poeticamente escrito, esse nos indica a necessidade humana de comunicação amorosa e de amor fraterno, pois, segundo o autor, sem isso nem toda a ciência ou saber seriam capazes de atingir o ser humano e promover o convívio fraterno e solidário.

No cenário atual, racional, digital e de tempo real, observa-se cotidianamente uma sociedade que sofre relevantes mudanças nas relações sociais, sendo restrito o tempo para o diálogo, o cuidado e o afeto, avançando assim os conflitos.

De acordo com esse pensar, adverte Luis Alberto Warat (2018, s/p) que o considerado mundo moderno, pelo poder de manipulação institucional, inverte valores e transforma vínculos de relações espontâneas entre pessoas em meros cálculos do poder estatal.

Em outras palavras, pode-se dizer que atualmente, não somente as instituições, mas também os seus usuários, submergidos no espírito litigante, estão mais preocupados com a eficiência e eficácia processual, em detrimento do significado, da significância e da busca da real solução dos conflitos.

Tendo ainda por mote, a velocidade com que ocorrem as mudanças na modernidade da também chamada era digital, seus efeitos sobre as pessoas e suas relações privadas e públicas, afirma Luis Alberto Warat (2004, p. 285):

É interessante descobrir como a nova concepção da temporalidade configurativa da modernidade se institui simultaneamente com as diferenças entre o público e o privado entre o dentro de si e o fora de si e a distinção entre a razão abstrata e a razão sensível. Desta forma, se estabelece também uma diferença bastante radical entre a temporalidade do indivíduo e a temporalidade do social, tomada, esta última, pela institucionalização e burocratização. O tempo burocrático e institucional realiza a extração da temporalidade do sujeito que fica, no social, com a sua temporalidade roubada. Nesse registro está muita clara essa afirmação com relação à ordem do jurídico.

Diante do referido processo de mudanças, a subjetividade do sujeito do conflito é alijada, e se passa a tratar o conflito e seus efeitos nocivos de acordo com o tempo institucional. Nesse passo, alegando a falta de tempo, as instituições de ensino e o judiciário que interpretam prioritariamente o escrito em detrimento da escuta e do diálogo reforçam um o modelo adversarial e racional de tratamento dos conflitos.

Luis Alberto Warat (2018, p. 40), ao caracterizar a mediação como uma possibilidade de diálogo, de escuta e de interpretação, que considera afetos envolvidos em situação de conflito, sendo assim, um efetivo método de solução de conflitos afirma:

Na mediação interpretariam - se os ódios e os amores, trabalhando os segredos que os dissimulam. A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes, a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, sem desejos (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações).

Ao que diz Luis Alberto Warat, a mediação permite às partes por meio da escuta sensível, desvendar e compreender os sentimentos de amor e ódio simbolizados no conflito, e somente após tal feito podem migrar para busca da real solução pacífica do conflito.

Seguindo essa linha de pensar, oportuno é restaurar tanto nas instituições de ensino quanto no judiciário, o pensamento de Lacan que impulsiona à busca do resgate do sujeito na relação de conflito, tendo por fundamento a compreensão dos significados dos significantes dos conflitos por meio da escuta e do diálogo. E sobre esse assunto, assim leciona Jaques Lacan (2009, p. 346):

Somos, pois, levados pela descoberta freudiana a escutar no discurso essa palavra que se manifesta através, ou mesmo apesar, do sujeito. Essa palavra, ela diz para nós não somente pelo verbo, mas por todas as suas outras manifestações. Pelo seu corpo mesmo, o sujeito emite uma palavra, que é, como tal, palavra de verdade, uma palavra que ele nem mesmo sabe que emite como significante. É que ele diz sempre mais do que quer dizer, sempre mais do que sabe dizer.

Partindo-se dessa vertente que reconhece através do diálogo, uma possibilidade de resgatar os significados dos conflitos, a que se repensar a maneira normativista de formação dos juristas, e consequentemente a forma de tratamento dada aos conflitos pelo Direito.

E sendo assim, o Direito de forma transdisciplinar, valendo-se das mais diversificadas áreas do conhecimento, precisa buscar novas formas de atuação a fim de responder efetivamente as demandas humanas de solução de conflitos. Pois, o já referenciado cenário social, aponta para a necessidade de novas formas de tratar os conflitos que não apenas as judiciais. Nesse toar, ensina Luis Alberto Warat (2018, p. 17):

A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo. É digno de destacar-se que a estratégia mediadora não pode ser unicamente pensada em termos jurídicos. É uma técnica ou um saber que pode ser interpretado nas mais variadas instâncias. Estou pensando nas possibilidades da mediação na psicanálise, na pedagogia, nos conflitos policiais, familiares, de vizinhança, institucionais e comunitários em seus vários tipos.

Conforme o acima exposto nota-se que para dar respostas aos conflitos sociais nas suas diversas dimensões, não é suficiente apenas o racionalismo legal do direito, é necessário valer-se de outras ciências, de outros saberes. Visando resgatar a sensibilidade e a autonomia do ser humano, para gerir suas relações que naturalmente são conflituosas. Como lucidamente observa Luis Alberto Warat (2018, p. 20):

A mediação, assistida por um mediador, aponta para a produção de uma diferença no conflito que pode ou não determinar a chegada de um acordo ou a produção de uma decisão resolutive. Sintetizando: na mediação nos encontramos com situações de reconstrução simbólica do conflito, realizada pelos diversos afetados, com a intervenção imparcial de um terceiro alheio ao conflito e sem poder propor soluções, que precisam ser buscadas pelos próprios envolvidos na disputa. Mediação como modo de realizar um processo psíquico de construção simbólica.

Desse modo, segundo o autor, urge a necessidade de um novo marco inicial, qual seja, “o resgate da ética de pertencer à espécie humana”. Assim, Luis Alberto Warat (2004) considera que o conhecimento se alberga na transcendência sendo esse o tempo propício à mudança de paradigmas na esfera do conhecimento científico e acadêmico. Sendo necessário empreender esforços no sentido de direcionar o olhar à condição humana como norteadora da transformação do pensamento e das ações, que privilegiam os direitos humanos e a alteridade.

Em conformidade com o que aponta o autor, diante da complexidade conflitiva do ser humano e da necessidade de cuidado com a vida, é preciso deixar de lado o formalismo racional e dar lugar à liberdade das formas de pensar a humanidade, capaz de estimular e promover a auto compreensão e de resgatar o sentido de humanidade, a sensibilidade entre as pessoas. Nesse mesmo sentido, afirma Luis Alberto Warat (2004, p. 28):

Nós homens necessitamos, para viver, do poético e do metafórico. A ciência não pode dar significado à vida. A vida só tem sentido, para nós, por meio do coração, sendo impossível viver unicamente pela mente, pela razão lógica. A mente pode tornar-se perigosa quando pretende se converter no mestre dos nossos sentimentos.

Assim, na proposta waratiana de mediação, a alteridade, a sensibilidade e o amor são eixos centrais, considerando que a alteridade se constitui das relações contrastantes, das distinções e do respeito a essas características presentes em todos os seres humanos. Dessa forma, a mediação precisa estar focada não somente no conflito, mas sim no cotidiano da existência humana.

Para Luis Alberto Warat (2017), conviver significa conflito, pois as procuras pela satisfação podem ser diferentes e produzir conflito. Contudo, se houver consciência dos próprios atos, sensibilidade e responsabilidade sobre si e sobre os outros, será possível conviver sem sujeição às regras, sem terceirizar os conflitos.

Como considera Antônio Pereira Gaio Junior (2018), apesar de todas as mudanças no contexto social prevalece viva a crença de ser o homem o responsável pelos atos que decorrem da sua livre vontade, o que torna viva a expectativa de que ele possa solucionar os seus conflitos, e assim ter mais felicidade ou no mínimo evitar o sofrimento.

Frente a esse cenário, encontra-se a possibilidade de falar de amor e mediação no campo do direito, tendo como sustentação a alteridade que é a capacidade de reconhecer a existência do outro como sendo parte da sua própria existência. Nesse toar, ao comentar a proposta de amor e mediação apresentada por Luis Alberto Warat, os autores Leonel Severo Rocha e Roberta Magalhães Gubert (2017, s/p) escrevem:

Não se trata, portanto, das formas corruptas de amor, como o identitário que é o amor pelo mesmo, pelo igual (amor pela raça ou pela nação), ou ainda o amor como processo de unificação, do casal que se ama, que casa para ser uma unidade, mas, sim, o amor pela alteridade, pelo outro, pelo distante. Essa segunda forma de amor pelo diferente, é criadora das singularidades do comum.

Como apontam os autores, na proposta de mediação de Luis Alberto Warat, o amor é uma possibilidade de cuidado e de cooperação entre pessoas que se opõe apenas na forma de pensar, pois necessitam conviver em relações continuadas.

Segundo Luis Alberto Warat (2004), a mediação requer um clima de ternura e afeto, amor, respeito ao outro, de modo a eliminar atitudes egoístas, dando-se credibilidade à palavra e à escuta. Desse modo, para ele o respeito ao outro define o fundamento ético da relação entre as pessoas.

Ao reputar o conflito como algo natural ao relacionamento humano, um desencontro de desejos individuais, Luis Alberto Warat (2004) considera fundamental para a solução dos conflitos que o mediador fuja da mera racionalidade e dê às partes a oportunidade de entrar em contato com os seus próprios sentimentos, para compreender as diferenças entre si e o outro, de forma a equilibrar a relação. E, para que isso ocorra, faz-se necessário ao mediado falar a linguagem do coração, ouvir o outro, e também compartilhar as suas angústias, e seus conflitos.

Por certo, esse modelo de mediação se assemelha a um processo terapêutico capaz de permitir a emancipação e a reconstrução de liames entre as partes mediadas, e conseqüentemente, promover benefícios outros à sociedade.

Coadunando a esse pensar, Juan Carlos Vezzulla (1995) diz que a mediação é reconhecida mundialmente por estar demonstrando eficiência no trato dos conflitos civis, posto que essa técnica permite autonomia às partes para buscarem o entendimento. Além disso, a mediação tem baixo custo, é mais célere que o processo judicial, é capaz de promover a satisfação entre as partes por meio do livre entendimento, e conseqüentemente ela promove a paz social tão almejada pelos seres humanos.

A proposta de mediação waratiana, busca restaurar a sensibilidade nas pessoas, para atingir a simplicidade do conflito, de forma a não subestimar o seu valor positivo. E dessa forma, possibilitar às partes a resolução dos seus conflitos, para que assim possam verdadeiramente estar abertas ao amor, e por tal razão, essa modalidade de mediação, como diz Luis Alberto Warat (2004, p. 32): “mediação com sensibilidade é um estado de amor”.

Por outras palavras, a mediação waratiana, busca resgatar a sensibilidade, e ao propor a transformação nos mecanismos de tratamento dos conflitos, ela aposta na cultura de paz social e na emancipação do ser humano, que mediante o resgate da sua autonomia, poderá encontrar por si só, novas formas de construir e reconstruir vínculos de cuidado, de amor de afeto, e de respeito para com os outros humanos. Ou seja, a alteridade.

E assim, para Luis Alberto Warat (2018), a mediação é uma possibilidade para se alcançar a autonomia, a democracia e a cidadania, na medida em que cria um ambiente educativo de respeito

as diferenças e permite as partes a tomada de decisão.

A mediação conforme essa proposta rechaça o desrespeito, o egoísmo, o enfrentamento, a vingança, o perde e ganha, a delegação da resolução dos conflitos a terceiro. Ao contrário, ao abrir a possibilidade de escuta e de diálogo, ela pressupõe um ambiente solidário, de afeto, respeito, amor, autonomia e de satisfação das partes.

Nessa direção, Luis Alberto Warat destaca que a mediação é uma forma ecológica de transformação do conflito, por ser instrumento para a realização da autonomia, da democracia e cidadania, de forma a ser componente da visão ecológica de mundo e de sociedade. E, assim esclarece:

A partir da ecologia política temos que coincidir no sentido de que a mediação não é uma nova profissão; uma técnica jurídica de resolução não adversarial de disputas. Suas incidências são ecologicamente exitosas como estratégia educativa, como a realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia, assim como o dever de subjetividades que indicam uma possibilidade de fuga da alienação (WARAT, 2018, p. 19).

Ao falar da mediação a partir de uma visão ecológica e de reconstrução da realidade pelos sujeitos em situação de conflito, o autor reforça a autonomia como uma das dimensões da qualidade de vida. Nesse sentido, mediante a aceitação das diferenças individuais, o conflito perderia a sua característica destrutiva de competição e se tornaria uma possibilidade de recolocar o amor como pulsão de vida de alteridade e de pacificação.

Por fim, considerados os argumentos postulados, pode-se concluir que Luis Alberto Warat, por meio de sua visão inovadora e criativa, enxerga na mediação, um instrumento capaz de resgatar a sensibilidade, propiciara transformação do conflito, e restaurar vínculos desfeitos.

Posta dessa forma, a mediação será a condutora do amor entre as pessoas, uma aposta na cultura de paz, um exercício de alteridade, capaz de produzir o autoconhecimento e a emancipação dos indivíduos para tratamento dos seus conflitos de modo extrajudicial.

A proposta waratiana vê a mediação como instrumento de pacificação da sociedade, não como uma forma alternativa de solução de conflitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese possa parecer algo inovador ou alternativo para a mitigação das demandas judiciais, na constante busca de estabelecer a paz social, os meios de solução de conflitos ora denominados meios alternativos de solução de conflitos, conforme identificados nesse estudo são utilizados desde o início da civilização.

Assim, à luz da doutrina fica evidenciado pelos fundamentos da mediação apresentados no primeiro capítulo deste estudo, que os conflitos de ordem interna do ser humano, ou de ordem

relacional, sempre existiram e possivelmente continuarão a existir.

Partindo de tais considerações preliminares, frente à dificuldade de se compreender os componentes da cultura da litigância e as suas repercussões no sistema judiciário brasileiro, buscou-se demonstrar as diferenças entre conflito e litígio, restando claro do conteúdo investigado que a cultura competitiva e processualista da nossa sociedade, tem raiz na crença de que o conflito só poderá ser resolvido por meio de uma ação apreciada e julgada pelo juiz, ou seja, a chamada “Cultura da Sentença”.

Nesse toar, consolidou-se então no que diz respeito ao conflito, que este é inerente ao convívio humano, noutro turno, quanto a cultura da litigância, essa reafirma a falsa crença de inabilidade das partes em buscar outras alternativas para solucionar seus conflitos. Salienta-se ainda a isso, a disseminação da crença de que todo conflito deve ser levado à justiça por tratar-se de defesa de direito, ou de ofensa à dignidade da pessoa humana. Assim, muitas são as causas para uma pessoa ameaçar à outra de entrar com um processo na justiça.

Para além de tudo isso, como decorrência da conflitualidade e da litigância exacerbadas, tem-se a cada dia o acirramento da crise de ineficiência do judiciário, que atualmente conforme demonstra em seus indicadores de desempenho, apesar de demandar grande esforço em prol da eficiência e eficácia, não tem logrado o êxito desejado.

Vale notar que tanto o texto de lei quanto o judiciário, incentivam a utilização e aplicam os denominados meios alternativos de solução de conflitos, quais sejam: conciliação, mediação e a arbitragem. Posto que sob o prisma da legislação, e sob o ponto de vista judicial, esses meios seriam alternativos ao processo que ainda é considerado como o principal meio de solução de conflitos.

Verifica-se também, por meio desse estudo que a conciliação, mediação e a arbitragem, embora legalmente amparados, e aplicados no Brasil, necessitam de ampla divulgação para a sociedade. E, principalmente precisam compor as grades curriculares das faculdades de direito, pois, o ensino nessas faculdades é em regra baseado no litígio, tendo predominância as disciplinas que fundamentam o processo.

Diante desse panorama social brasileiro que é considerado como litigante, onde o judiciário não tem conseguido responder às demandas de eficiência e de eficácia, surge então, um alvissareiro espaço para o ensino e a prática da mediação. E conectado nesse espírito pacificador, os outros métodos consensuais, devem ser ensinados nas instituições de ensino, e ser estimulada ainda mais a sua aplicação durante a formação acadêmica dos advogados(as), justificando-se por essa categoria profissional ser responsável por operar o direito e buscar a justiça.

À luz da doutrina investigada, advogado(a) pode ser considerado(a) como mediador(a) por excelência, pois o primeiro contato da parte em busca de resolução do conflito é feita com esse(a)

profissional, estando ele(a) incumbido(a) do dever de pacificação social.

Ademais de tudo isso, igualmente importante, foi constatar que o mediador, segundo a proposta de mediação waratina, não deverá apenas atender e cumprir os requisitos dispostos na legislação, mas sim, necessariamente ter habilidade de escuta, valer-se da transdisciplinaridade, estar focado na pacificação e na resolução dos conflitos. Por conta disso, para mediar não basta apenas a formação acadêmica de direito com visão processualista, pois se assim o for, segundo as lições de Luis Alberto Warat, tal mentalidade transformaria a mediação em uma conciliação.

Avulta nesse desenho, a importância da Constituição Federal, a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil de 2015, que nitidamente amparam e incentivam a pacificação social valendo-se dos métodos consensuais de solução de conflitos. Já se pode notar então, que a advocacia encontra na mediação terreno fértil, ou seja, um meio para a promoção e disseminação da cultura da paz. Destaca-se ainda, que o mediador pelo disposto no artigo 149 do Código de Processo Civil é considerado como auxiliar da justiça.

No que tange especificamente a mediação extrajudicial, ela é reconhecida e amparada em lei, e pelo disposto no artigo 168, Caput do Código de Processo Civil, respeita a autonomia da vontade das partes, de escolher o mediador privado. E o no parágrafo 1º do mesmo artigo, afirma que o mediador não precisa necessariamente estar cadastrado no tribunal.

Ao buscar neste artigo contribuir para o estudo e também para a disseminação do instituto da mediação waratina, tem-se cristalino que o fundamento da proposta de mediação feita por Luis Alberto Warat, enxerga no conflito uma oportunidade para as partes se reencontrarem através do diálogo e da reflexão.

Desse modo, essa modalidade de mediação, é uma forma saudável de reestruturação de laços de afetividade no âmbito das relações sociais, por dar espaço à criação de uma comunicação não violenta, para a construção de solução autônoma, democrática e responsável dos conflitos entre as pessoas.

Portanto, a mediação waratiana fundada no amor e no respeito às diferenças entre as pessoas em situação de conflito, diverge da mediação jurídica por se alicerçar na transdisciplinaridade, e também em uma perspectiva psicanalítica. Dessa forma, essa modalidade de mediação não busca apenas a solução do conflito, mas a transformação, a melhoria da relação e o fortalecimento dos vínculos afetivos e sociais.

Considerando todos os argumentos postulados neste estudo, entende-se, portanto, a relevância à sociedade e especificamente ao mundo jurídico, do instituto da mediação tanto judicial quanto extrajudicial, destacando-se a mediação extrajudicial pelas características dos seus elementos fundantes. Ou seja, a mediação extrajudicial é voluntária, sigilosa, prioriza o diálogo

entre as partes, a autonomia, o respeito às diferenças e aos afetos, é também um meio mais célere do que um processo judicial, é menos oneroso, prima pela satisfação das partes, pois na mediação não há perdedor e ganhador.

É, portanto, cabível o registro de que a palpitante indagação feita inicialmente nesse trabalho tem a pretensão de um convite ao estudo, à reflexão, a disseminação e aplicação da proposta de mediação trazida por Luiz Alberto Warat, como sendo um método adequado à solução extrajudicial de conflitos nas relações sociais continuadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Justiça em Números, 2017, ano base 2016**. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>

Acesso em: 05.05.2018

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

CHAVES, Wilson Camilo. **A noção lacaniana de subversão do sujeito**. Revista Psicologia Ciência e Profissão, 2002. Vol. 22. p. 68-73

COSTA, Alexandre Araújo. **Cartografia dos métodos de composição de conflitos**. Disponível em:<<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/cartografia-dos-metodos-de-composicao-de-conflitos>> Acesso em: 10.01.2018

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9 Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a lei dos juizados especiais**. Disponível em:<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/199/r133-11.PDF?sequence=4>> Acesso em: 07.06.2017

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **A teoria geral da arbitragem: manual básico para a sala de aula**. Curitiba: Juruá 2018.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. **Mediação de conflitos: teoria e prática**. Florianópolis: EModara, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela** (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 10, p. 13-19, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf> Acesso em: 13.03.2017

GUBERT, Roberta Magalhães. **A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Poso Alegre, v.33, n.1: 101-124/jan. Jun.2017. Disponível em:

<<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/5378183e03056a79b0050d0bf187009c.pdf>> Acesso em: 10.12.2018

_____. **O mini sistema brasileiro de justiça consensual**. Disponível

em:<<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 19.01.2018

LACAN, Jaques, **O seminário, livro 1, os escritos técnicos de Freud** (1953-1954). Rio de Janeiro: Zahar, 2009

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A cultura da litigância e o poder judiciário**: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Disponível

em:<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>> Acesso em: 24.11.2017

MELEU, Marcelino; THAINES, Aletéia Hummes. **Mediação Waratiana**: uma proposta de alteridade. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/artigos/Revista_Ano%20VII_n15/9-ALETEIA-ARCELINO-POSDOC.pdf> Acesso em: 06.09.2017

MIRANDA, Maria Bernadete. **Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil**. Disponível em:

<<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>> Acesso em: 16.09.2017

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; BAGGIO, Moacir Camargo. **Jurisdição**: da litigiosidade à mediação. Disponível em: <www.costituzionalismo.it/articoli/323> Acesso em: 20.12.2017

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 37 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. **Genealogia de uma pedagogia da sedução para o ensino do Direito**. Disponível em:

<[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a aula magica de luis alberto warat por leonel severo rocha-definitivo-12-2012.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a%20aula%20magica%20de%20luis%20alberto%20warat%20por%20leonel%20severo%20rocha-definitivo-12-2012.pdf)> Acesso em 21.10.2017

RODRIGUES, Horácio Wanderlei Rodrigues; LAMY Eduardo. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa, **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2000

SPLENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os descaminhos da jurisdição**. São José: Conceito, 2009

_____. CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e conciliação judicial-mediação e**

conciliação judicial: a importância da capacitação e de seus desafios. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf>> Acesso em: 16.01.2018

_____. MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, fev.1996

TAVARES, André Ramos. **Desjudicialização.** Disponível em:
<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>> Acesso em:
30.03.2018

VEZZULLA, Juan Carlos. NETO, Angelo Volpi, JUNIOR, Áureo Simões, FERREIRA, José Ribamar Gaspar, VOLPI, Maria Augusta de Oliveira. **Teoria e prática da mediação.** Curitiba: Instituto de mediação,1995.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação.** Disponível em:
<<http://www.cahali.adv.br/arquivos/artigo-kazuo-watanabe-modalidade-de-mediacao.pdf>> Acesso em: 11.12.2017

_____. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos.** Disponível em:
<<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>> Acesso em: 22.02.2018

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. v.3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Mediação comunitária além do procedimento.** <<https://www.youtube.com/watch?v=9kpZJawI7io><http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/mediacao-psicanalise.pdf>> Acesso em: 16.09.2017

_____. **Em nome do acordo.** Florianópolis. Emodara, 2018.

_____. Café filosófico. (6 de maio de 2009). **Entrevista concedida a Marcelino da Silva Meleu.** Disponível em:<<http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/2009/06/ecos-del-cafe-de-passo-fundo.html>> Acesso em: 06.07.2017

AMOR, SEJA COMO FOR: O POLIAMOR E A NECESSIDADE DE SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Danielle Augusto GOVERNO¹

RESUMO

O presente estudo acerca do poliamor e seu reconhecimento é assunto demasiadamente complexo, visto que este trabalho pretende ir muito além de Tristão e Isolda, ou seja, do amor romântico no direito de família, mas sim mostrar os reflexos desse modelo familiar que está ganhando cada vez mais adeptos. Nesse diapasão, o tema não se estagnarà com o presente trabalho, mas pelo contrário sofrerá inúmeras mudanças, conforme a sociedade irá se modificando, ainda mais que se trata de um tema relativamente novo para o Direito. O instituto jurídico do poliamorismo adquiriu destaque quando foi formalizada a união poliafetiva composta por duas mulheres e um homem que viviam em união estável na cidade de Tupã/SP, sendo que tal formalização se deu por meio da lavratura de uma escritura pública, porém a mesma perdeu validade jurídica, já que, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça proibiu os cartórios de tal feitura e declarou sem efeitos as escrituras já existentes. Nessa seara, o objeto deste estudo é trazer à baila os efeitos jurídicos das uniões poliafetivas e, mormente, demonstrar o porquê dessa identidade relacional ser respeitada e considerada pelo Estado, haja vista que decisões como essa negam direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros. Neste sentido, buscar-se-á através do método dedutivo de investigação científica, analisar que é mister reconhecer este tipo de união de modo urgente, pois muitos praticantes do poliamor estão tendo seus direitos negados, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito que é o Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Monogamia; Poliamorismo; Direito.

ABSTRACT

The present study about polyamory and its recognition is too complex a subject, since this work intends to go beyond Tristan and Isolde, that is, of romantic love in family law, but rather to show the reflexes of this familiar model that is gaining each more fans. In this context, the theme will not be stagnant with the present work, but on the contrary it will undergo numerous changes, as society changes, even though it is a relatively new theme for the Law. The polyamorism legal institute was highlighted when the poly-union was formed by two women and one man who lived in a stable union in the city of Tupã / SP, and this formalization took place through the writing of a public deed, but the same has lost legal validity, since, recently, the National Council of Justice banned the notaries of such making and declared without effect the existing deeds. In this section, the object of this study is to bring to light the juridical effects of poliaffective unions and, in particular, to demonstrate why this relational identity is respected and considered by the State, given that such decisions deny fundamental rights to Brazilian citizens. In this sense, it will be sought through the deductive method of scientific investigation, to analyze that it is necessary to recognize this type of union in an urgent way, since many practitioners of the polyamor are having their rights denied, which does not agree with the Democratic State of Right which is Brazil.

KEY WORDS: Family; Monogamy; Polyamory; Right.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI. É Pós-graduanda em Direitos Humanos e Ressocialização pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. É Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo PROJURIS Estudos Jurídicos. Atua como advogada na área criminalista, em especial no Tribunal do Júri. Integrante dos Grupos de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais; A Interferência do Estado na Vida da Pessoa Humana – INTERVEPES; e Direitos Fundamentais e a Sistematização Precedentalista Vinculante no Brasil.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as famílias brasileiras têm tomado novas formas e acepções e um exemplo dessa mudança é o poliamor, que é uma relação guiada pelo amor, honestidade, afeto, ética, estabilidade, respeito, em que mais de duas pessoas conhecem e aceitam a coexistência de duas ou mais relações afetivas simultâneas.

A entidade familiar vem mudando, passando a ter como finalidade maior a realização da personalidade e da dignidade de seus membros, sob o manto de proteção estatal.

Nesse contexto e na busca por essa proteção que o presente trabalho se justifica, que é o reconhecimento e a legitimação da relação poliamorosa em face do Estado, uma vez que este não pode continuar negando a sua existência como ocorreu com a união homoafetiva até um determinado tempo atrás.

O presente trabalho vem com o objetivo de afirmar que os membros das uniões poliafetivas não têm a sua autodeterminação afetiva respeitada pelo ordenamento jurídico pátrio, o que traz grande insegurança jurídica e prejuízos de diversas naturezas e isso precisa ser modificado o quanto antes.

A escolha do tema não tem outra razão senão pelo fato de que o Conselho Nacional de Justiça recentemente decidiu pela proibição de lavraturas de escrituras públicas de uniões poliafetivas, o que foi um grande retrocesso no avanço nada linear dos direitos fundamentais, além do fato de que os alguns tribunais têm negado o reconhecimento desse tipo de união, ao passo que outros têm declarado a sua existência no ordenamento jurídico pátrio, em que pese estas decisões favoráveis ao poliamor serem a minoria, infelizmente.

Para tanto, será tratado a respeito da entidade familiar, sua história juntamente com os seus inúmeros significados, bem como sua proteção feita pela Lei Maior de 1988 e pela legislação infraconstitucional. Nesse ínterim, será debatido também o conceito de monogamia como um princípio que rege o direito de família e que não pode ser o único fundamento daquele, devendo-se abrir espaço e respeitabilidade para com o poliamor.

Serão analisados o conceito, as características, os princípios do poliamor, sendo que este trabalho emprestará conceitos e conhecimento de outras áreas da ciência, demonstrando a relevância desta pesquisa, que demonstra o quanto não se pode mais negar a existência desta identidade relacional.

No último capítulo, tem-se o ápice da presente discussão, que é o urgente reconhecimento pelo sistema jurídico do poliamorismo e também serão vistas questões sucessórias, previdenciárias,

relacionadas à filiação e jurisprudência.

Cumprido mencionar que a metodologia utilizada foi o método dedutivo, haja vista o presente trabalho partir de análises em obras existentes acerca do assunto, amparando-se principalmente nas obras de grandes doutrinadores da ciência jurídica, além da legislação, das notícias e também da jurisprudência brasileira, ou seja, faz-se uso da dedução para se alcançar uma conclusão a respeito do assunto em tela.

Dessarte, pretende-se, com o presente artigo, fazer com que as abordagens adotadas sobre o poliamor faça com que este instituto jurídico adquira respeito igual a união estável e o casamento têm e traga a reflexão dos leitores e, mormente, dos que realizam a função de Estado-juiz ao se depararem com casos em que o poliamor norteie os seus membros, com o objetivo de que o ordenamento jurídico seja uma ferramenta para a consolidação dos direitos fundamentais inerentes às pessoas.

A ENTIDADE FAMILIAR E A MONOGAMIA

Antes de qualquer explanação a respeito da figura da família na sociedade e do aspecto monogâmico, é necessário esclarecer, desde já, que o poliamor sempre esteve presente na história do homem e no cenário brasileiro não é diferente, em que pese a sociedade brasileira ter a monogamia como fundamento da entidade familiar.

A partir desta afirmação, é possível compreender como isso ocorreu, visto que ao analisar a trajetória familiar, bem como suas perspectivas futuras, haverá fortes subsídios para que realmente haja o reconhecimento do poliamor perante o ordenamento jurídico pátrio.(GONÇALVES, 2012)

Nesse diapasão, é preciso alvitrar que a palavra família tem origem latina que significava escravo doméstico, o que designava na Roma Antiga um novo grupo social, o qual nasceu entre as tribos latinas, ao serem apresentadas à agricultura e à escravidão legalizada. (SILVA, 2014)

A história da entidade familiar tem inúmeros significados, pois, exemplificativamente, os primeiros grupos de seres humanos são tidos como família, já que se uniram baseados na proteção recíproca, no afeto e na procura pela completude existencial.

A situação retratada encontra perfeita descrição nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 47):

Se o nosso conceito “genérico” de família é de um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes, a formação de grupamentos, em sociedades antigas, já permitiria realizar algumas finalidades, ainda que rudimentares, como a de produção (o trabalho conjunto para satisfação das necessidades básicas de subsistência), a de reprodução (preocupação procriacional, na formação de descendência) e a de assistência (defesa contra inimigos e seguro contra a velhice).

Ainda nessa direção, em que pese o Código Civil não definir o que vem a ser família, este termo alcançou, no passado, o significado de que todas as pessoas que tem uma ligação sanguínea e que descendem de um tronco ancestral em comum, bem como as pessoas unidas pela adoção e afeto, porém, como se verá neste trabalho, a entidade familiar avançou um pouco além do sobredito, ganhando novos contornos. (2002, *online*)

Calha transcrever, neste ponto, o magistério de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 23):

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo.

Assim, a família deve ser entendida como o grupo étnico que vincula o indivíduo ao Estado.

E diante desta afirmação irrefutável, há previsão de proteção da família por parte do Estado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Lei Maior de 1988 protege a família construída a partir da convivência duradoura e ostensiva, que é a união estável, bem como a convivência entre pessoas do mesmo sexo, que são as uniões homoafetivas.

Outrossim, a família monoparental, constituída por qualquer dos pais e seus descendentes é amparada pela lei constitucional.

Em outras palavras, este rol presente na Constituição Federal não é taxativo, mas sim exemplificativo, visto que há diversos tipos de arranjos familiares, que são e devem ser cada vez mais dotados de idêntica dignidade quando comparadas às famílias constitucionalmente previstas e resguardadas.

Nessa seara, percebe-se que novos rumos que tem tomada a questão familiar a partir de tais

tutelas e não pode estagnar em tais conquistas, como esta pesquisa irá demonstrar com a questão da urgente necessidade de reconhecimento do poliamor perante o ordenamento jurídico pátrio. (GONÇALVES, 2012)

Com fulcro na psicanálise, a ciência jurídica não pode mais deixar de ver a família como uma estruturação psíquica, no sentido de apreender mais profunda e corretamente as relações que busca legislar e ordenar.

Hodiernamente, a estrutura e os valores da família têm se modificado com fundamento nos fatos sociais que a compõem e a cercam, marcando o *modus vivendi* de toda a sociedade.

Em razão disso, é mister questionar se a monogamia permanece como o sustentáculo para afirmar a existência ou não de uma entidade familiar.

Nesse sentido, a monogamia é um princípio no direito brasileiro, porém sua conceituação vai muito além de um princípio, uma vez que se trata de uma determinação social e legal, em que o ser humano deve ter apenas um companheiro, sendo totalmente excluído e não aceito pela lei e, muito menos, pela sociedade a participação de uma terceira pessoa nesta relação sexual e amorosa. (SILVA, 2014).

Oportuno, neste momento, aportar a seguinte manifestação de Friedrich Engels (1991, p. 18):

A monogamia não aparece na história, portanto, absolutamente, como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de matrimônio. Pelo contrário, ela surge sob a forma de escravização de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, na pré-história.

Isto é, a monogamia é tida como uma espécie de associação, na qual cada um dos sexos concentra apenas outro indivíduo para a reprodução, havendo a formação de um relacionamento exclusivo de longa duração.

Entretanto, com o intuito de analisar como a monogamia se tornou um valor que norteia o direito de família brasileiro, é preciso fazer uso dos estudos da ciência da sociologia, da psicologia, da antropologia, dentre outras, pois, segundo tais ciências, a monogamia não é algo natural aos animais e, menos ainda, ao ser humano.

Nessa linha de raciocínio, importante o seguinte asserto da lição do professor David Barash e da psiquiatra Judith Eve Lipton (2007, p. 59):

Em quase todos os mamíferos, inclusive na maioria dos primatas, não aparece a monogamia. Nem os cuidados masculinos com os jovens. Já as aves, embora nem de longe tão monógamas como se pensava antigamente, pelo menos tendem a esse sentido. (Podemos dizer o mesmo dos seres humanos.) E não apenas isso, mas a monogamia social – ao contrário da monogamia genética – tem uma forte correlação com o envolvimento dos pais e das mães na criação dos filhos, uma situação que é comum em aves e muito incomum entre mamíferos, a não ser pelo primata semelhante às aves, o *Homo sapiens*.

Segundo tais autores, há dois tipos de monogamia, quais sejam, a monogamia genética e a social, sendo aquela em que os seres dão exclusividades de relação sexual a um parceiro somente, como ocorre com o cisne, no reino animal; ao passo que a monogamia social trata-se uma invenção cultural criada em uma época em que as uniões sexuais já eram instituições formais, sendo que não é algo natural do ser humano, segundo a ciência biológica. (*online*, 2018)

Para David P. Lipton e Jud Barash (2007, p. 14) “Para muitas pessoas monogamia e moralidade são sinônimos. O casamento é a sanção definitiva e os desvios da monogamia marital são o pecado interpessoal por definição”.

Note-se, com efeito, que a monogamia veio como uma resolução do catolicismo, aliado a outros fatores, tais como a precisão de regulamentar o direito à propriedade privada, o reconhecimento da prole humana, enfim, a normatização no que tange ao direito de herança e sucessão, entre outras questões.

Friedrich Engels (1991, p. 31), assim, se manifesta:

A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada, na qual já podemos estudar a natureza das contradições e dos antagonismos que atingem seu pleno desenvolvimento nessa sociedade.

Cumprе salientar que tal sociedade tem na monogamia um “freio” deste suposto lado irracional do homem, como afirma Barash e Lipton (2007).

Como sobredito, a monogamia é um dos princípios mais relevantes que cuidam do direito matrimonial, sendo que dele origina-se o impedimento, que é a proibição da bigamia, bem como o dever de fidelidade, o qual, no passado, dava fundamento para a separação.

A monogamia tornou-se um princípio do direito de família brasileiro, o qual prega que a fidelidade recíproca entre dois indivíduos deve ser o norte da relação, partindo daí as demais obrigações, sendo que este princípio tornou-se o sustentáculo para instituir o casamento, ou melhor, a entidade familiar. (LIMA FILHO, *online*, 2018)

A propósito, Orlando Gomes (2000, p. 62) destaca que o casamento:

[...] tem que ser monogâmico. Não se permite a existência simultânea de dois ou mais vínculos matrimoniais contraídos pela mesma pessoa. A bigamia é punida. Quem é casado está proibido de contrair segundas núpcias, defesas enquanto permanece o vínculo. Nessa proibição consiste, tecnicamente, a monogamia.

Contudo, em que pese a bigamia ser punida, não é a realidade social de diversas famílias brasileiras, as quais vivem uma relação poliafetiva e que exigem respaldo por parte do Estado.

Percorrendo tal raciocínio, percebe-se que o Estado tem notado, cada vez mais, a mudança da ideia do dever de fidelidade e, por consequência, da monogamia no que tange à união afetiva e,

em especial, suas novas expressões e formas e em virtude disso, o direito de família deve se adequar à realidade brasileira, para melhor amparar a família em suas diversas necessidades, o que justifica o próximo capítulo, que irá se debruçar sobre o instituto jurídico do poliamorismo.

CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DO POLIAMORISMO

Como sobredito, a prática da monogamia e do poliamor demonstram as novas formações da sociedade no tocante à construção das famílias, à heteronormatividade, às organizações de parentesco e à orientação sexual, entre outros aspectos, os quais clamam por atenção da sociedade e, mormente, do ordenamento jurídico pátrio. (SANTIAGO, 2015)

O poliamor como identidade relacional é uma construção social nova, tendo suas aparições marcadas no início da década de 1990, porém essa prática acontece desde a origem humana, como se denota nos estudos bíblicos e em outras fontes históricas.

Contudo, é cada vez mais perceptível a notoriedade deste instituto jurídico.

Um exemplo disso é a obra literária “Dona Flor e seus dois maridos”, de Jorge Amado, na qual é contada a história da protagonista Dona Flor que era viúva e casou-se novamente, porém o fantasma do marido morto lhe aparecia constantemente com o fim de viverem como um casal normal e, desse modo, Dona Flor não precisava optar entre os seus dois amores, já que não estava infringindo nenhuma norma moral ou jurídica. (FRANÇA, 2016)

Sem mencionar que o poliamor está presente também nas músicas e filmes brasileiros, sendo tratado como uma relação normal, como a monogamia, por exemplo.

Nesse ínterim, Rafael da Silva Santiago (2015, p. 126) vai além ao declarar que:

O casamento tradicional, inclusive, é alvo de grandes debates. Enquanto alguns ainda conseguem prosperar com o vínculo marital, percebe-se uma queda das taxas de casamento, bem como a marcante presença da infidelidade, o que tem deixado diversas pessoas preocupadas quanto às suas perspectivas de felicidade conjugal e curiosas sobre alternativas.

Nesse contexto, o instituto do poliamor vem a ser marcado pela união de duas ou mais uniões afetivas simultâneas, sendo que as partes, sujeitas desta relação, têm plena ciência e concordância para com esta realidade amorosa.

Diante dessa conceituação, o romancista Gabriel García Márquez (1985, p. 47) poetiza ao afirmar que “pode-se estar apaixonado por várias pessoas ao mesmo tempo, por todas com a mesma dor, sem trair nenhuma”.

Para melhor compreensão deste instituto, faz-se necessário transpor as linhas fronteiriças da ciência jurídica e dialogar com outras ciências, como a antropologia, sociologia, psicologia, biologia, entre outras, sendo que a psicologia é a mais analisada no assunto em tela, visto que o

poliamor é, antes de tudo, uma teoria psicológica, a qual começou a descortinar-se para a sociedade e o direito.

Afinado a este ponto de vista, Matheus Gonçalves França (2016, p. 24) apontou o seguinte em sua dissertação de mestrado na área da ciência antropológica:

Para poliamantes, o amor romântico é instrumento de violência e opressão nas relações afetivas; é a idealização de um sentimento que implica necessariamente na monogamia e que reitera afetos por eles/as considerados nocivos, tais como o ciúme, a possessividade, a angústia pela iminência da infidelidade, entre outros.

Tais apontamentos feitos por Matheus Gonçalves França são frutos de sua pesquisa sobre o grupo Poliamor Brasília – DF, o qual foi criado em 2014, com o desiderato de analisar os indivíduos que o compõem, que são pessoas de 18 a 25 anos, sem qualquer distinção de raça/cor e sexualidade.

Percorrendo este entendimento, chega-se a deparar com o seguinte questionamento levantado por Zygmunt Bauman (2004, p.14):

O que sabemos, o que desejamos saber, o que lutamos para saber, o que devemos tentar saber sobre amor ou rejeição, estar só ou acompanhado e morrer acompanhado ou só - será que tudo isso poderia ser alinhado, ordenado, adequado aos padrões de coerência, coesão e completude estabelecidos para assuntos de menor grandeza? Talvez sim - quer dizer, na infinitude do tempo.

Assim, nota-se que o poliamor apresenta uma nova dimensão para o entendimento e a prática de relacionamentos íntimos, sexuais e amorosos.

Salutar esclarecer que esta teoria psicológica tem como elementar o consentimento entre as pessoas em mesmo intervalo de tempo com o intuito de manter um relacionamento afetivo e duradouro, sem atritos, o que torna o poliamor diferente da traição.

Está claro que a honestidade é a palavra de ordem nesta espécie de união afetiva.

Além da honestidade, o poliamorismo é marcado também pela igualdade, intimidade, comunicação, crescimento pessoal dos envolvidos e a não possessividade.

Todas as pessoas envolvidas têm total ciência da situação e se sentem confortáveis com ela. Há um constante movimento de negociação, sendo imprescindível a divulgação das informações íntimas e dos sentimentos, a comunicação entre os parceiros e a predisposição para transações permanentes. Além do conhecimento do outro, o autoconhecimento é entendido como condição essencial para o sucesso da relação. Os relacionamentos são colaboracionistas, na medida em que as pessoas não se disputam, mas se complementam. Há uma divisão do sentimento afetivo sem que, daí, haja a formação de conflitos. Da mesma forma que uma criança pode dividir o amor entre sua mãe e seu pai na infância, o adulto também pode dividir o amor entre vários seres humanos, não se justificando a exigência de um amor unidimensional. O amor é central no discurso poliamoroso, permeado pelos valores da liberdade, igualdade e honestidade, com especial ênfase na intimidade, no compromisso e na afetividade. Fica fácil perceber, portanto, que o poliamor deve ser diferenciado de outros tipos de relacionamentos não monogâmicos que se fundam no sexo casual, como o swing. O poliamor circunscreve-se à prática da não monogamia responsável. (SANTIAGO, 2015, p. 151)

Sob o ponto de vista de que o poliamor é uma teoria psicológica acerca de relacionamentos, não se tratando tão somente de uma prática social, Elizabeth Emens (*apud*

SANTIAGO, 2015) destaca que há princípios, que orientam o poliamorismo, quais sejam, o autocontrole, a honestidade extrema, o autoconhecimento, a ênfase no amor e no sexo e, em especial, o consentimento.

No que tange ao autocontrole, é um princípio que demonstra uma contraposição sobre o poder e a possessividade, tão presentes nos relacionamentos monogâmicos, com o escopo de auxiliar no respeito ao âmbito individual de cada envolvido no relacionamento.

Já no princípio da honestidade extrema, existem duas vertentes, sendo que um é de orientação filosófica com caráter amplo e a outra diz respeito a uma conduta de vida exercida diariamente pelas partes.

Desse teor, cabe citar a lição de Rafael da Silva Santiago (2015, p. 149):

Nesse contexto, muitos praticantes do poliamor acreditam que nenhum ser humano vive a monogamia plena, de modo que todos seriam, ao menos indiretamente, poliamorosos. Um dos argumentos mais recorrentes para justificar essa visão seria o fato de que muitas pessoas são poliamorosas na medida em que fingem praticar a monogamia enquanto, na verdade, têm um estilo de vida não monogâmico, pois costumam manter relacionamentos secretos sem o conhecimento de seus companheiros.

Assim, para as pessoas que vivem o poliamor, a honestidade é o requisito essencial desse tipo de relação, sem o qual não haveria relacionamento algum, ou seja, trata-se de um princípio primordial para o poliamorismo.

No tocante ao princípio do autoconhecimento, este está vinculado ao entendimento do indivíduo sobre a sua orientação sexual e do que vem a ser a união poliafetiva.

Acerca do princípio da ênfase no amor e no sexo, é um norteador no relacionamento em que a parte deve se preocupar a respeito dos sentimentos do companheiro, seja na esfera emocional, seja na esfera sexual.

Outrossim, o consentimento é um princípio que se origina da liberdade de opção entre as regras da relação afetiva para as pessoas envolvidas.

Por derradeiro, é indispensável esclarecer que o poliamor diverge da poligamia, a qual se trata de uma prática unilateral, sendo que apenas um dos indivíduos tem o direito de ter mais de um companheiro, ao passo que no poliamorismo, tem-se uma bilateralidade, isto é, todos os envolvidos têm o direito de amarem e se relacionarem com mais de uma pessoa.

REFLEXOS JURÍDICOS DO POLIAMOR E A NECESSIDADE DE SEU RECONHECIMENTO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A espécie relacional do poliamor tornou-se um importante instituto que deve ser estudada também pela ciência jurídica, como, assim, acontece com as demais ciências, devendo ser reconhecido pelo Estado e pela sociedade.

Nesse diapasão, o poliamor está ancorado nos princípios da afetividade, da autonomia da vontade, da personalidade, da não discriminação e, mormente, na dignidade da pessoa humana.

Perceptível, neste ponto, que analisar as consequências no âmbito jurídico é uma necessidade que se faz urgente hodiernamente, pois, segundo Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2018, p. 566):

O Direito como padrão de reconhecimento é relacional e normativo. O que significa dizer que só nos reconhecemos como sujeitos de direito se reconhecermos – tendo em vista a norma – o outro, aquele “outro generalizado”, como ele também um sujeito de direito. [...] É preciso ter claro que o Direito enquanto padrão de reconhecimento é um processo de “mão dupla”. Deve-se reconhecer o valor universal da norma e a singularidade de todos os integrantes de uma sociedade, identificando cada pessoa como livre e igual diante dos outros. Essa estrutura dual do Direito está relacionada à ligação existente entre ampliação dos direitos reconhecidos às pessoas pela norma e enriquecimento das capacidades dos sujeitos como consequência do reconhecimento mútuo. Em outras palavras, reconhecimento: (1) da validade em relação às normas; e (2) da capacidade em relação aos sujeitos.

Dessa forma, a aquilatação, por consequência, será o reconhecimento jurídico daquele indivíduo na situação de poliamor, ou seja, como sujeito de direitos terá respeitada sua liberdade afetiva, sexual, bem como outros bens jurídicos envolvidos.

Deve-se ter em mente que ao estudar os reflexos jurídicos da relação poliamorosa, muitas injustiças e a fragilização da família serão evitados, ou pelo menos, reduzidos, uma vez que questões relacionadas à previdência, sucessões e ao direito de família devem ter suas regras igualmente aplicadas na situação ora estudada.

Assegura-se isto em virtude de que caso isso não ocorra, o ordenamento jurídico estará se negando a dar amparo, ou pior, rejeitando os direitos fundamentais, de maneira injustificável e inaceitável, o que é profundamente grave para um Estado que anseia ser Constitucional Democrático de Direito para além da teoria.

Versando o tema, Maria Berenice Dias (2013, p. 54) escreve:

[...] Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria sequer possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial.

Assim, tanto nas hipóteses de que a relação poliamorosa em que se origine uma união estável ou um casamento, os efeitos no que tange aos patrimônios, exemplificativamente, devem ser os mesmos quando das relações monogâmicas.

Além disso, o Código Civil, em seu artigo 1.724, prega que “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”, o que deve ser também aplicado nas uniões poliafetivas de modo igualitário.

(2002, *online*)

É mister destacar que o Estado não pode, de forma alguma, limitar a afetividade dos cidadãos e isso deve ocorrer por meio de sua proteção para com todos que fazem parte dessa relação, que tem o intuito de formar família de maneira pública, continua e duradoura.

Nesse sentido, está claro que se trata de uma realidade social e que requer atenção por parte da sociedade e, sobretudo, do ordenamento jurídico nacional.

Em raciocínio similar, tem-se a seguinte manifestação de Rafael da Silva Santiago (2015, p. 219):

Desse modo, à luz da solidariedade, o Estado é responsável pela existência social dos membros da família, sobretudo por aqueles que estão em situação de fragilidade, devendo garantir condições para o desenvolvimento de sua dignidade. É imperativa, nessas situações, a intervenção estatal no sentido de oferecer um auxílio para concretizar o direito à moradia, p. ex., até que esses membros da união estável poliamorosa dissolvida possam retomar suas vidas com segurança econômica.

Seguindo este entendimento, por exemplo, todos os indivíduos envolvidos na relação guiada pelo poliamor têm direito de pleitear alimentos em face da antiga família poliamorosa, caso necessitem para a sua sobrevivência, devendo o ordenamento jurídico deferir tal pedido, caso a parte consiga demonstrar os requisitos ensejadores de tal situação.

Outrossim, aplica-se o disposto do artigo 1.597, do Código Civil, o qual cuida da presunção da paternidade acerca dos filhos nascidos na constância da relação poliamorosa, seja no casamento ou na união estável, com fulcro no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. (2002, *online*)

Nesse sentido, é cediço que o Estado, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem aceito a pluriparentalidade, a qual se fundamenta essencialmente no direito à felicidade e, por isso, também deve ser reconhecida no caso de famílias regidas pelo poliamor, até porque não há prejuízo algum à criança.

Já na esfera previdenciária, os mesmos direitos aplicados nas hipóteses de união estável e casamento monogâmicos devem ser também emprestados às relações poliamorosas, como, à título de exemplo, em que uma das partes desse tipo relacional falece, a pensão de morte deve ser dividida por todos os participantes da união estável ou casamento de poliamor.

Com o escopo de melhor compreender o tema em debate, traz-se um exemplo de como funcionaria a divisão de obrigações em um relacionamento poliafetivo:

Ilustrando essa situação, se Pedro e Letícia, casados sob o regime de comunhão parcial de bens e praticantes do poliamor, mantêm outras famílias derivadas com João e Fernando, respectivamente, é possível que João auxilie Pedro na manutenção ou construção do patrimônio da família originária, formada por Pedro e Letícia. A depender do nível e da intensidade do auxílio de João, não há como negar que ele possui uma parcela de direitos incidentes sobre esse patrimônio, caso contrário se admitiria o enriquecimento ilícito de Letícia. Frise-se: Letícia não pode questionar que não mantém relacionamento íntimo,

sexual e/ou amoroso com João, pois ela, ao aceitar a vivência de uma relação poliamorosa com Pedro, exercendo sua autodeterminação afetiva e liberdade de constituir família, estava ciente de que essa situação poderia ocorrer. Admitir o contrário seria aceitar o desrespeito à legítima confiança de Pedro e de João, tuteladas pelo Direito das Famílias. Nessas hipóteses, o juiz dependerá, sobretudo, da análise fática, sendo ônus das partes envolvidas trazerem aos autos a maior quantidade de provas possíveis para o convencimento do magistrado. Trata-se de um ônus com o qual os praticantes do poliamor devem arcar em virtude da excepcionalidade de sua identidade relacional. (SANTIAGO, 2015, p. 220)

Em que pese não haver previsão legal das inúmeras situações fáticas do poliamor, ou melhor, nenhum dispositivo de lei no ordenamento jurídico pátrio prever expressamente este tipo relacional, não é possível prever todas as prováveis situações, assim como ocorre na monogamia.

Entretanto, isto não é fundamento para o Estado brasileiro, principalmente seu legislador e os tribunais, não se atentar para o poliamor e cuidar das partes envolvidas, até porque seria negar os direitos fundamentais dos praticantes de poliamor e de seus envolvidos.

E isto é preocupante, uma vez que os tribunais brasileiros têm divergido quanto reconhecimento desse modelo de família, sendo que alguns decidem com base no argumento de que a sociedade não está preparada para recepcionar o poliamor, ao passo que outros recepcionam este instituto com fulcro no exercício da autonomia privada das pessoas com a intervenção mínima do Estado.

Nesse contexto, para melhor entendimento, segue o julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. 1) UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2) RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. Apelação parcialmente provida. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005)

No caso em comento, vê-se que é cabível, justo e devido o acolhimento do pedido da autora da ação, que pleiteou pelo reconhecimento de união estável e, por consequência, do ressarcimento por danos materiais, com o intuito de ser reconhecida a sua relação com o falecido, o qual também tinha uma outra companheira.

Nessa jornada pelo reconhecimento do poliamor, o Supremo Tribunal Federal (STF), em situação semelhante, criou precedente na ADI 4.277 e na ADPF 132, nas quais o Supremo confirmou que a Constituição Federal não fixou hierarquia entre as entidades familiares e o rol do artigo 226 não é taxativo. (CARVALHAL, *online*, 2017)

Todavia, esse processo de reconhecimento do poliamor por parte do sistema jurídico brasileiro regrediu recentemente (junho de 2018), tendo em vista que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi chamado para julgar um pedido de providência, que foi realizado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), na qual esta associação alega que o poliamor é ilegal, com base no argumento de que a Lei Maior de 1988 impõe a monogamia como requisito necessário para o reconhecimento da união estável (FARIELLO, *online*, 2018).

Foi tão polêmico o tema, que o julgamento foi feito em três sessões até chegar no resultado contrário ao reconhecimento, ou seja, os cartórios não podem lavrar qualquer tipo de documento que declare a união estável entre mais de dois indivíduos.

E o prejuízo maior ainda dessa decisão foi o fato de que as lavraturas feitas anteriormente nos conhecidos casos de Tupã (SP) em 2012, do Rio de Janeiro (RJ) em 2015 e de São Vicente (SP) em 2016 perderam totalmente qualquer validade na seara jurídica.

Assim, está claro uma grave situação de retrocesso do Estado brasileiro no reconhecimento do direito de família.

Assim como se sucedeu no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, as uniões poliafetivas têm um longo caminho a ser percorrido para serem reconhecidas de modo igualitário, mas se trata de sua situação urgente, pois direitos fundamentais estão sendo violados e, pior, negados pelo Estado, que anseia ser democrático em suas decisões.

A propósito, Anthony Giddens (1993, p. 100) vai além ao afirmar que:

A democratização da esfera privada está atualmente não apenas na ordem do dia, mas é uma qualidade tácita de toda vida pessoal que está sob a égide do relacionamento puro. [...] A democratização da vida pessoal é um processo menos visível, em parte justamente por não ocorrer na área pública, mas suas implicações são também mais profundas.

O respeito ao exercício da democratização na esfera privada do indivíduo é que, ao julgar uma causa que envolva o poliamor, o juiz deve estar atento à dignidade da pessoa humana e à igualdade, assegurando a total fruição de direitos fundamentais, devendo ser norteados pelo princípio da proporcionalidade, com o intuito de proferir uma solução justa e razoável para todos os envolvidos, que respeite sua condição de fragilidade social em virtude da prática de uma identidade relacional que não conta com um grande número de adeptos na sociedade.

Em raciocínio similar, Matheus Gonçalves França (2016, p. 127) alvitra que:

A profícua discussão que tem surgido no campo do Direito em torno do reconhecimento de uniões poliamorosas indica também o quanto este tema tem permeado não somente fóruns de debates entre poliamoristas, mas também esferas públicas. Tal dado mostra não só a necessidade da visibilidade do poliamor enquanto afetividade que deve ser respeitada e aceita, mas também a demanda por reconhecimento legal dessas relações a fim de resguardar seus direitos sobre a garantia de aspectos patrimoniais, de compartilhamento e sucessão de bens, entre outros.

Dessa maneira, resta claro a urgente necessidade de reconhecimento por parte do Estado desse modelo familiar, visto que haverá, por meio desta acepção, respeito e inclusão de direitos dos envolvidos.

Nesse triste contexto, ainda se tem a falta de legislação que disponha sobre o tema, como sobredito; há o preconceito por grande parte da sociedade que vê esta união como algo imoral e contrário aos bons costumes; tem-se a ausência de informação tanto do no meio social, bem como acadêmico, já que, infelizmente, acredita-se ilusoriamente que não é uma preocupação do direito e de outras ciências; e, claro, a resistência de uma nação predominantemente religiosa que não admite novos modelos familiares.

Merece transcrição literal a observação de Rafael da Silva Santiago (2015, p. 220):

Nesses casos, respeitando a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, o Estado, em conduta que deve se estender a todos os arranjos familiares que passem por situação semelhante, deve concretizar não só a priorização do indivíduo, mas também a especial proteção à família, prevista no caput do art. 226 da Constituição, assegurando auxílio material aos integrantes dessa entidade familiar dissolvida até que eles consigam o mínimo economicamente necessário para prover sua vida com dignidade.

Nota-se que recusar a existência do poliamorismo e não lhe dar amparo é o mesmo que fechar os olhos e desamparar tal entidade familiar, que deve ser respeitada e protegida como qualquer outra.

Diante do que foi debatido neste capítulo, deve-se buscar erradicar qualquer forma de discriminação pela sociedade, mas, principalmente, pelo ordenamento jurídico pátrio, com o escopo de aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana à essas uniões poliafetivas, para que, assim, os membros familiares tenham capacidade de desenvolvimento dentro dessas famílias e, sobretudo, para que “realmente” vigore no país um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os argumentos expendidos no presente trabalho, entende-se plenamente que as mudanças por que passam a sociedade obrigam os pesquisadores, instituições e grupos sociais a pesquisar, discutir, orientar-se e atualizar-se quanto aos aspectos sociais, jurídicos, psicológicos e institucionais dessas mudanças no cenário do direito de família brasileiro.

Por isso, esse trabalho é importante, pois se viu, ao longo da pesquisa, que a entidade familiar vem modificando-se ao longo da história humana, ora se guiando pela monogamia, ora outras vezes pela poligamia, sendo que hodiernamente, a monogamia é princípio que rege o direito de família tradicional brasileiro.

Contudo, o poliamor vem ganhando existência e espaço nas famílias brasileiras cada dia mais e, em virtude disso, deve ser reconhecida pelo sistema jurídico pátrio, bem como seus reflexos

regulamentados pela legislação, até porque não se trata de soluções imediatas e estanques para esta nova identidade relacional.

Ao longo desta pesquisa, observou-se que a ciência jurídica não existe tão somente para defender a observância das leis e princípios, mas, sobretudo, para garantir a fruição de todos por uma vida com qualidade e amparada pelo Estado. Assim sendo, viu-se elementos relevantes como a conceituação, as características, os princípios do poliamor, que, no todo, mostram como o direito não pode ficar silente diante dessa nova realidade.

Percebeu-se que a decisão contrária do Conselho Nacional de Justiça em analisar um pedido de providência foi um retrocesso no direito de família, visto que proibiu a lavratura de documentos, que dariam respaldo legal aos envolvidos da união poliafetiva. Em outras palavras, o Estado se negou a garantir os direitos fundamentais aos praticantes do poliamor.

Nesse sentido, é mister que os efeitos que a união estável e o casamento monogâmicos têm devem ser também os mesmo para a união poliafetiva, visto que se parte de uma identidade relacional, em que a família ora formada é constituída por mais de uma pessoa e exercida sob a bandeira da honestidade, do afeto, da eticidade, da moralidade e do conhecimento para com os demais envolvidos.

Pelo exposto, com o término deste trabalho, aponta-se que o reconhecimento do poliamor como um novo molde familiar levará um determinado tempo, porém esta aceitação por parte do sistema jurídico é urgente, uma vez que cada dia mais ganha novos adeptos e, por isso, o Estado não pode continuar a chancelar injustiças quando se depara com uma família regida pelo poliamor, mesmo que para tanto seja necessário flexibilizar arcaicos institutos jurídicos, já que a dignidade da pessoa humana, de modo algum, pode ser flexibilizada, como tem ocorrido nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade de laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do direito*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal da República*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARVALHAL, Ana Paula. *Supremo reconhece a juridicidade do afeto nas relações familiares*.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-01/observatorio-constitucional-supremo-reconhece-juridicidade-afeto-relacoes-familiares>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. *Famílias pós-modernas*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

EMENS, Elizabeth, 2003, *apud* SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e consequências jurídicas*. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

FARIELLO, Luiza. *União poliafetiva: pedido de vista adia a decisão*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86892-uniao-poliafetiva-pedido-de-vista-adia-a-decisao>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FEDERAL, Supremo Tribunal. Informações: *audiências públicas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciapublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

FRANÇA, Matheus Gonçalves. *Além de dois existem mais: estudo antropológico sobre poliamor em Brasília/DF*. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social - Unb. Brasília, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: direito de família*. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. Vol. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA FILHO, Lima e Leitão Advocacia e Consultoria. *O princípio da monogamia diante das repercussões jurídicas das uniões paralelas*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4380, 29 jun. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40272>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

LIPTON, David P.; BARASH, Jud. *O mito da monogamia: fidelidade e infidelidade entre pessoas e animais*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

MÁRQUES, Gabriel Garcia. *O amor nos tempos do cólera*. Rio de Janeiro: Record, 1985.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias - Reconhecimento e Consequências Jurídicas*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

SILVA, Américo Luís Martins Da. *Direito de Família: uniões conjugais, estáveis, instáveis e costumes alternativos*. Leme: Editora Cronus, 2014.

SILVA, Marcos Alves da. *Da Monogamia – a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível N° 70012696068, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Poliamorismo: Ofensa ao Ordenamento Jurídico ou apenas conservadorismo desnecessário?*. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/poliamorismo-ofensa-ao-ordenamento-juridico-ou- apenas-conservadorismo-desnecessario/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

COLABORAÇÃO DAS PARTES NO SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO CONTEXTO DA DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL

Laura Junqueira LEITE¹

RESUMO

A democratização tornou-se uma característica do Direito Processual Civil, confirmada pelo Código de Processo Civil de 2015. Desta maneira, o caráter democrático do processo enfatizou a importância dos princípios constitucionais e processuais, como a celeridade, a isonomia, o contraditório, a boa-fé e, principalmente, a colaboração. Nesse sentido, importante destacar a importância da colaboração dos sujeitos durante o processo, com ênfase na ocorrência da colaboração durante o saneamento e organização processual. Faz-se necessário analisar a possibilidade da colaboração entre sujeitos parciais, ou seja, se a previsão legal do princípio é uma realidade no processo e durante o momento de saneamento e organização, ou se essa norma fundamental é uma utopia, impossível de ser colocada em prática.

PALAVRAS-CHAVE: Saneamento Processual. Colaboração Processual. Democratização do Processo.

ABSTRACT

Democratization became a feature of Civil Procedural Law, confirmed by the Code of Civil Procedure of 2015. In this way, the democratic character of the process emphasized the importance of constitutional and procedural principles, such as celerity, isonomy, contradictory, good and especially collaboration. In this sense, it is important to highlight the importance of the collaboration of the subjects during the process, with emphasis on the occurrence of collaboration during sanitation and procedural organization. It is necessary to analyze the possibility of collaboration between partial subjects, that is, if the legal prediction of the principle is a reality in the process and during the moment of sanitation and organization, or if this fundamental norm is a utopia, impossible to be put into practice.

KEY WORDS: Process Sanitation. Process collaboration. Democratization of the Process.

1 INTRODUÇÃO

A importância social e acadêmica do tema se mostrou evidente quando analisada a evolução do Direito Processual Civil. Após as fases sincretista e autonomista, o processo passou a ter caráter instrumental, dando destaque à necessidade de melhoria de assistência judiciária, de uma justiça mais colaborativa, visando o efetivo acesso à justiça.

Assim, iniciou no Direito Processual Civil uma onda de democratização, confirmada pelo Código de Processo Civil de 2015. Seguindo a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, as partes devem ter maior participação, prezando sempre pelo diálogo como meio de alcançar um acordo

¹ Discente do 2º ano do Curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista no Grupo de Iniciação Científica: Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social do Programa de Iniciação Científica da Toledo Prudente Centro Universitário. E-mail: laura.junqueira@outlook.com.br.

entre elas. Assim, o juiz, que anteriormente possuía certo poder discricionário, tornou-se um administrador do processo, cujos protagonistas são as partes.

Percebe-se então que a democratização processual atingiu diversos institutos processuais, entre eles o saneamento e a organização do processo, que têm hoje um caráter colaborativo, divergindo do que era estabelecido no antigo código.

O saneamento processual já era previsto pelo CPC/73, porém, como reflexo da fase processual da época, o juiz detinha maior arbitrariedade. Hoje, no atual momento processual, preza-se pela participação efetiva das partes (art. 357 do NCPC), como maneira de efetivar o acesso à justiça. Contudo, ainda é matéria de diversos debates e pesquisas acadêmicas. Uma das questões mais recorrentes sobre o saneamento e organização do processo previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 é se as partes, mesmo sendo sujeitos parciais, estão devidamente preparadas para colaborar no saneamento e organização processual.

O objetivo do trabalho foi compreender o funcionamento do saneamento e da organização do processo, considerando o contexto da democratização processual. Para tal, fez-se necessária uma análise da evolução história do Direito Processual Civil, visto que tal democratização é resultado de um longo trajeto evolutivo.

Após superada a análise histórica e metodológica, foi importante também entender a colaboração processual, analisando sua vertente como norma fundamental, bem como sua relação com outros princípios processuais, como a boa-fé, a isonomia, a celeridade e o contraditório, e, por fim, como a colaboração se materializa em dispositivos legais.

Também, importante foi analisar como o CPC/2015 trouxe em seu texto a colaboração processual, e em quais dispositivos este princípio se encontra positivado.

Além disso, pretendeu-se demonstrar como o Código de Processo Civil estabeleceu as hipóteses e como deve ocorrer o saneamento e organização do processo, em especial, como as partes devem participar desse procedimento, sempre visando um processo justo e célere, e respeitando a boa-fé processual.

Por fim, o intuito da pesquisa foi analisar se a democratização processual e a efetiva participação dos sujeitos no saneamento e organização do processo é uma realidade ou se é apenas uma ideia do legislador, que não se concretizou.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, tendo por base especialmente a doutrina especializada e estudos e reflexões sobre a temática.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

Inicialmente, faz-se mister compreender a evolução metodológica do processualismo civil, desde o período sincretista, quando sequer falava-se em Direito Processual Civil, passando pela fase autonomista e instrumentalista, bem como, a democratização processual, a qual justificaria o novo caráter do saneamento processual.

O sincretismo, tido como primeira fase do processualismo, foi uma fase obscura cientificamente, tendo em vista que o Direito Processual era um mero apêndice do Direito Material. Assim, embora houvesse estudos sobre o processo, estes não se davam de forma independente, pois, de acordo com Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 76): “Faltavam-lhe elementos mínimos para separar, para distinguir, as normas processuais civis e, conseqüentemente, o próprio direito processual civil das normas de outra qualidade, de outra categoria, as normas substanciais”. Desta forma, não se falava em Direito Processual Civil durante este período.

Contudo, em 1868, Oskar Von Bülow, com sua obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatatórias”, iniciou a transição do sincretismo para uma nova fase processual, marcada pela autonomia científica do processo civil, ou seja, fase em que foi reconhecida a existência da disciplina Direito Processual Civil, e conseqüentemente, diversas pesquisas tiveram como foco esta matéria, exclusivamente.

Assim, de acordo com Scarpinella Bueno (2011, p. 77):

Não há razão para criticar o que, analisando com os olhos de hoje, pode parecer errado ou exagerado. Todas as escolas se voltaram a estudar “cientificamente” o direito processual civil, isolando-o dos demais ramos do direito e, de forma bem ampla, do direito material, negando qualquer grau de interferência entre um e outro plano, apenas aplicaram as premissas mais amplas do pensamento jurídico reinante de sua época.

Percebe-se, porém, que houve um distanciamento exagerado entre o direito material e o direito processual, o que, apesar de ter intensificado o desenvolvimento científico, acabou dificultando a aplicação prática do processo, devido a sua discrepância com a realidade.

Finalmente, após duas fases completamente divergentes, sobrevém uma nova era do processualismo, qual seja, a fase instrumentalista. Esta nova fase reconheceu os avanços trazidos pela fase autônoma, como a inegável evolução científica, mas, também, cuidou de lembrar que, para que haja eficácia da jurisdição na resolução de lides, o direito material e o direito processual devem ser aplicados em conjunto, evitando falhas no sistema processual:

É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto de vista dos produtores do serviço processual (juizes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 52)

Assim, com o advento do instrumentalismo, novas portas foram abertas, tanto em relação

ao desenvolvimento de novos estudos, assim como, no âmbito da aplicação do Direito Processual Civil. De acordo com Scarpinella Bueno (2011, p. 90) “A própria utilidade do processo só tem condições de ser medida e avaliada na proporção em que se saiba quais os fins que ele deve atingir e em que grau estes fins são ou conseguem ser alcançados”.

Iniciou-se, então, uma onda de constitucionalização processual, reconhecendo a necessidade de aplicação das normas processuais em conformidade com os direitos e garantias processuais e constitucionais, e conseqüentemente, em conformidade com a própria Constituição Federal, para que, finalmente, haja efetiva e justa resolução de conflitos sociais.

Como resultado desta longa jornada evolutiva temos o Código de Processo Civil de 2015, que traz consigo os ideais desenvolvidos ao longo da evolução do Direito Processual Civil. Entre esses ideais está a democratização processual, que teve como base a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas.

Essa teoria dispõe que o processo legítimo somente será possível quando as partes tiverem efetiva participação no processo. Desta forma, Roberto Basilone Leite (2008, p. 122) declara que:

Quando diz que todos os cidadãos devem participar do processo hermenêutico, Habermas não pensa num tipo de participação periférico. A legitimidade desse processo só se aperfeiçoa quando os cidadãos deixam a platéia e vão para o palco, deixam a periferia do acontecer histórico e passam a influir em seu núcleo, onde se situam os poderes parlamentar, administrativo e judiciário.

Fica claro, então, que o CPC/2015 tem uma tendência constitucional e democrática, fundamentada principalmente pela Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, tendo, inclusive, pontuado em seu artigo sexto que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Além disso, e talvez principalmente, deve, sempre, obedecer ao princípio da boa-fé, que está também previsto no referido Código, no artigo quinto, que dispõe que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Assim, pretende este estudo analisar se essa tendência democrática, materializada no CPC na colaboração processual, tem realmente efeitos e aplicações práticas, ou se é apenas uma ideia utópica do legislador.

3 COLABORAÇÃO PROCESSUAL

A colaboração é um princípio processual que tem suma importância na realização do saneamento e organização do processo. Devido a isso, passaremos à análise desse princípio, observando desde sua definição até sua relação com outras também importantes normas fundamentais processuais, bem como, a maneira pela qual a colaboração é materializada no

ordenamento jurídico.

3.1 Definição

A colaboração processual, quando pela primeira vez foi citada – na Alemanha, como considera Fredie Didier Junior – era tida como um princípio aplicável especialmente ao juiz, tendo em vista o contexto anteriormente mencionado, qual seja, o momento em que o juiz já não mais era o “fiscal” do processo, e sim um agente-colaborador. Assim, nas palavras do próprio jurista:

[...]Atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal – e, já com algumas repercussões na doutrina brasileira o chamado “princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras[...]. (DIDIER JUNIOR, 2006, p.75)

Assim, a colaboração processual apenas confirma a nova vertente do Direito Processual Civil, que preza pela ampla participação dos sujeitos do processo, pelo diálogo, democracia e, principalmente, o respeito a princípios constitucionais. Foi, inclusive, positivada no ordenamento jurídico pátrio, no já mencionado artigo sexto do nosso Código de Processo Civil, de 2015.

Este artigo traz não a definição da colaboração processual, mas sim, e talvez mais importante, o que se pretende alcançar por meio desta. Assim, analisando novamente o texto da lei, temos que o legislador preocupou-se com a obtenção, em tempo razoável, de uma decisão de mérito justa e efetiva.

Neste sentido, a definição de colaboração processual pode ser encontrada em doutrina e, por isso, vale citar Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 27), que muito bem a conceituou:

O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “co-operar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo. Em outros termos, os sujeitos do processo vão, todos, em conjunto, atuar ao longo do processo para que, com sua participação, legitimem o resultado que através dele será alcançado. Só decisões judiciais construídas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Depois de entender seu significado, devemos então estudar a colaboração processual como uma norma fundamental do processo, bem como, sua relação, direta ou indireta, com outros princípios processuais e constitucionais positivados no Código de Processo Civil.

3.2 Colaboração Como Norma Fundamental

A colaboração, como já explanado, é essencial para o devido andamento do processo, e para que este tenha um desfecho justo e efetivo, em tempo hábil, ou seja, para que haja a solução da lide de modo que se alcance satisfação do direito pleiteado. Assim, a colaboração é uma norma fundamental do processo, visto que, sem ela, este perde seu propósito, já que a ausência de

colaboração torna impossível um resultado justo.

Muito importante aqui uma consideração, sem a qual se torna impossível prosseguir neste estudo. Quando se fala em colaboração processual, é necessário que se tenha em mente que colaborar não significa abrir mão da tutela de seu direito, muito menos colaborar para que a outra parte tenha seus direitos tutelados. A ideia de colaboração não pretende, de maneira alguma, que os sujeitos caminhem de mãos dadas, como bons amigos. Neste sentido:

Seria evidentemente uma ingenuidade acreditar que os sujeitos do processo vão se ajudar mutuamente. Afinal, litigantes são adversários, buscam resultados antagônicos, e seria absurdo acreditar que o demandante vai ajudar o demandado a obter um resultado que lhe interesse (ou vice-versa). Mas não é disso que se trata. (CÂMARA, 2017, p. 27)

Afinal, a colaboração processual, como o próprio nome define, deve acontecer durante processo. É válido então retomar o significado de “processo”, conceituado de forma brilhante por Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 13):

A terceira [função estatal] é a jurisdição, que incumbe ao Poder Judiciário, e que vem a ser a missão pacificadora do Estado, exercida diante das situações litigiosas. Por meio dela, o Estado dá solução às lides ou litígios, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto, e como missão mediata “restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a da sociedade”.

Para cumprir essa tarefa, o Estado utiliza método próprio, que é o processo, que recebe denominação de civil, penal, trabalhista, administrativo etc., conforme o ramo do direito material perante o qual se instaurou o conflito de interesses.

Para regular esse método de composição dos litígios, cria o Estado normas jurídicas que formam o direito processual, também denominado formal ou instrumental, por servir de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito material ou substancial, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob a forma de lide.

Desta forma, quando se fala em colaboração, é preciso que seja entendida como um modo de agir dos sujeitos no processo. Os sujeitos, mesmo em lados opostos da lide, devem colaborar para que se chegue a um resultado justo. O sujeito parcial não pode, de maneira a obter o resultado desejado, praticar atos que vão contra, por exemplo, a boa-fé processual, apenas para prejudicar a outra parte. Ou seja:

O modelo de processo cooperativo, participativo, exige de todos os seus sujeitos que atuem de forma ética e leal, agindo de modo a evitar vícios capazes de levar à extinção do processo sem resolução do mérito, além de caber-lhes cumprir todos os deveres mútuos de esclarecimento e transparência (FPPC, enunciado 373). (CÂMARA, 2017, p. 27)

Fica claro, então, que a colaboração é uma norma fundamental que não pode ser estudada e aplicada isoladamente. Ela está relacionada diretamente com outros princípios processuais, como o contraditório, a isonomia, a celeridade e – talvez principalmente – a boa-fé processual.

3.3 Colaboração e Sua Relação Com Outros Princípios

Todos os princípios que regem o Direito Processual Civil tem fundamento legal na própria

Constituição Federal. Esta é, portanto, uma confirmação do que tem sido dito a respeito da constitucionalização do processo, devendo este, então, obedecer todos os preceitos constantes da Lei Maior. Também, com base em tais princípios, o legislador, para reforçar os preceitos fundamentais, inseriu no Código de Processo Civil também algumas normas fundamentais, derivadas no que se tem na Constituição. Nesse sentido, ensina Alexandre Feitas Câmara que,

Dos princípios constitucionais do Direito Processual, o mais importante, sem sombra de dúvida, é o do devido processo legal. Consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição da República, esse princípio é, em verdade, causa de todos os demais. (2013, p. 42)

O devido processo legal, como citado, é garantido pelo artigo 5º, inciso LIV, de nossa Constituição, que traz em seu texto os seguintes dizeres: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, o devido processo legal foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, como um direito fundamental.

Vale recordar que o devido processo legal, ou pelo menos o início do que temos hoje, teve seu primeiro registro na Carta Magna inglesa, em 1215, que dispunha:

Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.²

É importante que fique claro que o que se entendia por devido processo legal de volta ao século XIII, e o entendimento contemporâneo têm, sem dúvida, suas especialidades. A sociedade evoluiu e, com ela, o Processo. Assim, hoje, em especial, no Brasil, com o Código de Processo Civil de 2015, o que se entende por devido processo legal é aquele que observa, além da legislação, todos os princípios que regem a matéria.

Nesse sentido, em relação ao Direito Processual Civil, temos o princípio da colaboração, do contraditório, da isonomia, da celeridade, da boa-fé e muitos outros consagrados no *Codex*. Assim, para que realmente haja o devido processo legal consagrado na Constituição, todos os princípios devem ser obedecidos.

Dito isso, nos interessa no momento compreender a importância da colaboração processual e sua relação com as outras normas fundamentais retro mencionadas.

Assim, analisando o artigo sexto do Código de Processo Civil³, aquele que positiva a colaboração processual, pode-se facilmente perceber que ele traz em si outro princípio, a celeridade processual. Este princípio tem escopo, além do artigo quarto do CPC/2015 (“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade

² Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado dos seus bens ou dos seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado. Não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, a não ser pelo julgamento regular dos seus pares ou de acordo com as leis do país.

³ Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

satisfativa”), na Constituição Federal, em seu artigo 5º, 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.” Um desses meios é, portanto, a colaboração processual.

Além disso, outro princípio que está diretamente ligado à colaboração processual é o do contraditório, que deve ser estudado junto ao princípio da isonomia, até porque estes estão previstos no mesmo artigo sétimo do Código de Processo Civil:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Ambos os princípios, juntamente com a colaboração, garantem o resultado justo e efetivo previsto no artigo sexto. Para melhor compreender o que se tem por contraditório:

Em primeiro lugar, o contraditório deve ser compreendido como a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. (CÂMARA, 2017, p. 25)

Assim, a partir do momento em que é exigido o diálogo e há a impossibilidade de um resultado ser de exclusiva arbitrariedade do juiz, é preciso que as partes, no momento de sua participação e debate, hajam de acordo com o princípio da colaboração e, também, obedecendo a boa-fé.

Por sua vez, o princípio da boa-fé processual é aquele que possibilita que sujeitos parciais possam colaborar para o bom andamento do processo, e para que assim seja obtido, em tempo razoável, um resultado justo e efetivo.

A boa-fé está também prevista no Código de Processo Civil, em seu artigo quinto, que dispõe que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Contudo a boa-fé, neste artigo, não deve ser interpretada apenas subjetivamente, como a ausência de má-fé. Deve-se respeitar também a boa-fé objetiva, como expõe também Alexandre Freitas Câmara:

Não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se da maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio e surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo, e veda seus comportamentos contraditórios (FPPC, enunciado 378). (2017, p. 24)

Assim, levando em conta os princípios da celeridade, da isonomia e do contraditório, a colaboração processual, orientada pela boa-fé dos sujeitos parciais, não só é possível, como

necessária para a concretização do devido processo legal.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio no processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 124 -125)

Também neste sentido:

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia (DIDIER JÚNIOR, Fredie, 2015, p. 129).

Percebe-se, então, a importância e a relação de tão importantes princípios do Direito Processual Civil.

3.4 Materialização da Colaboração em Dispositivos Legais

A colaboração processual, antes da democratização do processo, era aplicada, principalmente, ao juiz. Assim, no CPC/73 e na doutrina respectiva, quando se falava em colaboração, logo se pensava em como o magistrado deveria agir durante o processo. Dessa maneira, eram incumbidos ao juiz certos deveres, dentre eles, esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio, como segue:

O juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes – a fim de que o processo possa de fato dar tutela aos direitos e refletir em seu resultado não um desfecho apenas formal, que extinga o processo sem resolução de mérito (art. 488), mas um fim que efetivamente enfrente o litígio existente entre as partes (art. 490), extinguindo o processo ou uma de suas fases com resolução do mérito da causa (art. 487). O dever de esclarecimento constitui “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”. O de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 37)

Contudo, com o advento da democratização do processo, a colaboração processual passou a dar maior destaque à participação dos sujeitos parciais. Assim, foram introduzidos no Código de Processo Civil alguns dispositivos que trouxeram uma nova vertente de tais deveres do magistrado, como se observa a seguir: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Desta maneira, de acordo com Daniel Mitidiero (2011, p. 102),

(...) pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre

aquelas questões que deve conhecer de ofício.

Percebe-se a importância do artigo 10 do CPC/2015 no que diz respeito à colaboração processual. Além deste, temos outros dispositivos como aqueles relacionados ao afastamento do excesso de formalismo – já que tal formalismo distancia os sujeitos do processo e dificulta a efetiva democratização deste – previstos nos artigos 76, 139, inciso IX, 317, 321, 357, inciso IV, 370, 932, parágrafo único, 938, §1º, 1.007, §7º, 1.017, §3º e 1.029, §3º.

Também é notável o caráter colaborativo nos artigos 927, §2º; art. 983, §1º; art. 1.038, II, que tratam sobre audiências públicas, bem como, nos artigos 138 e 1.038, I, relativos ao *amicus curiae*, que busca introduzir outros personagens para que estes também colaborem com o processo.

Por fim, além de dispositivos legais, cabe citar pronunciamentos de Tribunais a respeito da cooperação processual e analisar a importância dada pelos magistrados a esse princípio processual:

(...) Consoante preceitua o princípio da cooperação, o magistrado também possui relevante papel na condução do processo, de modo que sua atuação deve se dar de maneira a contribuir com a celeridade e efetividade da tutela jurídica. **(TJ-MG Agravo de Instrumento 1014513067669800, Data de publicação: 24/03/2015)**

(...) O princípio da cooperação impõe que o magistrado comunique às partes a intenção de abreviar o procedimento, julgando antecipadamente a lide. Essa intimação prévia é importantíssima, pois evita uma decisão-surpresa, que abruptamente encerre o procedimento, frustrando expectativas das partes. **(TJ-AM APL 07195088020128040001, Data de publicação: 01/03/2016)**

(...) O princípio da cooperação consiste no dever de cooperação entre as partes para o deslinde da demanda, de modo a se alcançar, de forma ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. 3. O indeferimento da petição inicial, sem a oportunidade de emenda, constitui cerceamento do direito da Autora, em verdadeiro descompasso com o princípio da cooperação. **(TJ-DF AC 20150110703592, Data da publicação: 01/10/2015)**

Estando evidenciada a insuficiência de elementos para orientar o julgador acerca do juízo de mérito, impõe-se a instrução do processo, contando o magistrado com poderes para determinar o suprimento de falhas e a produção de provas. Prestígio ao art. 6º do CPC, que enaltece o princípio da cooperação entre todos os agentes do processo a fim de se alcançar a justa, efetiva e completa decisão de mérito. DE OFÍCIO, DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA. UNÂNIME. **(TJRS Apelação Cível Nº 70070067863, Julgado em 15/09/2016)**

Fica clara, então, a importância da cooperação entre os sujeitos para o efetivo e justo resultado do processo. Dito isso, passemos então ao estudo do saneamento e organização do processo.

4 ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PARCIAS NO SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DE PROCESSO

O saneamento processual, como se pretende demonstrar, é de suma importância para a concretização dos princípios até então mencionados, por outro lado, o saneamento somente será possível e eficaz se forem observadas as citadas normas fundamentais. Veja. O saneamento busca preparar o processo para que este tenha uma justa e eficaz resolução de mérito e, assim, concretizar

princípios como isonomia, contraditório e, talvez principalmente, celeridade. Para tanto, é preciso que os sujeitos parciais ajam em conformidade com o princípio da colaboração e da boa-fé processual, por exemplo.

A princípio, importante delimitar o que se entende por saneamento processual. Para tal, faz-se necessário trazer a definição e funções de tal instrumento:

[...] é nítida a importância do saneamento, considerando-o como instrumento capaz de tornar claro o procedimento, expõe as falhas e nulidades, delimita o objeto da pretensão, versa sobre as provas e suas possibilidades e conduz o feito a fase instrutória, em sua perfeição procedimental. (PEDRON; COSTA, 2017, p. 15)

Assim, inquestionável a importância de tal instrumento para o devido andamento do processo, que visa uma solução rápida, justa e efetiva da lide. Com isso em mente, passaremos a uma breve análise das disposições sobre saneamento e organização processual do antigo Código de Processo Civil, de 1973, para que, posteriormente, seja possível comparar os procedimentos com o advento do Código de Processo Civil de 2015, com sua vertente constitucional e democrática.

Mesmo que com uma perspectiva diferente em certa medida do que temos no CPC/2015, o saneamento processual estava já presente no Código de Processo Civil de 1973. Este, contudo, ainda muito próximo do que nossa antiga colônia trazia em seu ordenamento jurídico. A denominação, por exemplo, que o CPC/73 trazia era “despacho saneador”. Tal denominação era considerada imprópria por três razões:

(a) o provimento tinha conteúdo decisório (e, portanto, não poderia ser catalogado como mero despacho); (b) a decisão não saneava o processo, mas apenas declarava que os vícios que existiam já haviam sido sanados; (c) não se limitava a dispor sobre vícios, mas sim deferia as provas a serem produzidas. (SICA, 2016, p. 2)

Assim, ainda durante o período de *vacatio legis* do antigo Código, a Lei 5.925/1973 já tratou de mudar o título do artigo 331 para “saneamento do processo”, corrigindo o antigo erro da redação original apontada pelos juristas da época.

Bem assim, alguns anos depois, com o objetivo de incentivar a oralidade processual, a Lei 8.952/1994 reformou o Código de Processo Civil, introduzindo a chamada audiência preliminar, na qual deveria haver tentativa de conciliação, além da decisão de saneamento e o andamento do processo para a fase instrutória. Assim, aqueles que defendiam a reforma argumentavam que esta traria as seguintes vantagens ao processo:

(a) prestigiar a concentração dos atos e o contato do juiz com partes e advogados (imediatidade) em uma fase processual em que antes tal prática não era prevista; (b) prestigiar a conciliação, que ainda não tinha palco para que fosse tentada antes da audiência de instrução e julgamento (art. 448 do CPC/1973);¹² e (c) melhorar a instrução processual, com a fixação dos pontos controvertidos do litígio, para que, incontinenti, o juiz deferisse as provas necessárias a aclará-lo (por meio de atividade que passou a ser chamada de organização do processo). (SICA, 2016, p. 3)

Contudo, uma nova reforma, em 2002, pela Lei 10.444/2002, demonstrou que a audiência

preliminar preocupou-se mais com as tentativas de conciliação do que com o saneamento do processo. E ainda que fosse dada maior importância ao saneamento, este ainda não contava com a efetiva colaboração das partes, e nem foi corretamente aplicado pelos juízes da época:

Mesmo com a realização da audiência preliminar, o diálogo entre as partes ainda era remoto, sendo a oralidade, de certa forma, uma utopia dos juristas. O conteúdo do saneamento de 1973 não foi de todo absorvido pelos juízes, que, muitas vezes, não o realizavam efetivamente. (PEDRON; COSTA, 2017, p. 12)

Assim, em 2015, tivemos a introdução de um novo Código de Processo Civil em nosso ordenamento jurídico, que trouxe consigo, como já mencionado, uma nova vertente processual. Importante agora trazer o dispositivo do CPC/2015 que dispõe sobre o saneamento processual.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizando o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato e de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do §3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez) sendo 3 (três), no máximo para prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art.465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Percebe-se que o §3º traz expressamente a expressão “cooperação com as partes”, um reflexo da fase processual que preza pelo processo democrático e obedecendo aos princípios constitucionais e processuais. É inegável a importância dada a tais princípios pelo Código de Processo Civil, como bem coloca Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 46):

O novo CPC evidencia essa tendência ao conferir grande importância aos princípios fundamentais do processo, característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o texto, especialmente, quando se percebe que o conteúdo destes princípios servirá de premissa interpretativa de todas as técnicas trazidas na nova legislação. Assim, a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhe determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo, tendo como grande vetor o modelo constitucional do processo e seus corolários (...)

Como decorrência, percebe-se a ampla possibilidade de realização de negócio jurídico processual entre as partes, o que pode ser considerada uma materialização da colaboração processual no saneamento.

Seguindo para o parágrafo 2º do art. 357, como uma novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil, é perfeitamente possível que as partes em consenso – negócio jurídico –, decidam sobre a delimitação das questões de fato e de direito, sendo tal apresentação homologada pelo magistrado e vinculando as partes. Nesse ponto, destacamos o princípio da cooperação, já mencionado anteriormente. (PEDRON; COSTA, 2017, p. 17)

Vale ressaltar que o saneamento não deve ser entendido como um ato isolado ou que deva ocorrer em apenas determinado momento do processo, pois “sanear e retirar do processo quaisquer vícios é algo de que se deve ocupar o juiz no curso de todo o feito”. (MEDINA, 2017, p. 590).

Além disso, não só às partes diz respeito os dispositivos do *Codex*. A figura do juiz, antes protagonista do processo, passou a ter caráter fiscalizador. O juiz é o responsável pela possibilidade de saneamento, para que então possa ser proferida uma decisão justa e efetiva. Desta maneira:

O Código de Processo Civil de 2015 nos possibilita refletir acerca da real função do juiz. O magistrado não pode mais ser inflexível, protagonista do processo. O juiz no Código vigente utiliza o diálogo entre as partes, sobretudo na fase de saneamento, viabilizando a construção de uma decisão de qualidade, fiscalizando e orientando as partes e possibilitando o equilíbrio durante a marcha processual. (PEDRON; COSTA, 2017, p. 28)

Contudo, percebe-se que mesmo no que diz respeito ao juiz, tem-se a importância deste conduzir o diálogo com e entre as partes. Assim, resta claro que a colaboração processual, bem como os demais princípios demonstrados anteriormente, são de suma importância na realização da organização e saneamento processual, e, por consequência, para o devido processo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para estudar a colaboração das partes no saneamento e organização do processo no contexto da democratização processual foi necessário realizar uma análise prévia da evolução metodológica do Direito Processual Civil, bem como, da colaboração processual e demais princípios, e por fim, do saneamento e organização do processo.

A democratização processual é resultado de uma ampla trajetória, com início na fase sincretista, quando sequer havia o estudo isolado do processo; após isso, teve-se a separação científica do Direito Processual e do Direito Material, momento denominado de autonomista, tendo em vista o caráter autônomo do Direito Processual. Contudo, percebeu-se que a separação total entre Direito Processual e Material não condizia com as necessidades da sociedade e, assim, houve o advento da fase instrumental, em que o processo e o Direito Material devem caminhar de maneira a atender às necessidades sociais.

Nesse sentido, o processo tomou caráter democrático, com influência da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, abrindo às partes espaço para diálogo, e limitando os poderes arbitrários do juiz, que passou a ser um administrador do processo.

Também, deu-se maior importância aos princípios constitucionais e processuais, como a boa-fé processual, a celeridade, isonomia, contraditório e, como destaque neste momento, a colaboração processual. Todos os princípios, em conjunto, são indispensáveis para um resultado justo, efetivo e célere da lide.

Em especial, foi abordado o que se tem por colaboração processual, e também, que colaborar em nada se assemelha a ajudar a outra parte a satisfazer a tutela de seu direito. Pelo contrário. Colaborar é agir, durante ao processo, de maneira que este possa ser solucionado de maneira mais justa, efetiva e célere possível.

Por fim, foi analisado se é possível a colaboração processual, por parte de sujeitos parciais, durante o saneamento e organização do processo. Tem-se que as partes têm o dever legal e moral de cooperarem neste momento, dada a sua importância para que o processo e os sujeitos alcancem sua finalidade.

7 REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. -- São Paulo : Atlas, 2013.

_____. **Os juízes e o Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie, **O Princípio Da Cooperação: Uma Apresentação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 127/2005, p. 75 - 79.

_____. **Curso de direito processual civil - volume. 1**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LEITE, Roberto Basilone. **A chave da teoria do direito de Habermas: direitos humanos e soberania popular**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed., rev., atual. e

ampl. . São Paulo: Ed. RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. **O Saneamento no Processo Civil como Instrumento de Efetividade da Atividade Jurisdicional**. Revista de Processo, vol. 274/2017, p. 161 – 203. Disponível em www.revistadotribunais.com.br.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Evolução Legislativa da Fase De Saneamento e Organização do Processo**. Revista de Processo, vol. 255/2016, p. 435 – 460. Disponível em www.revistadotribunais.com.br.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Civil Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 58. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Fábio Dias da SILVA¹

RESUMO

O trabalho em tela objetivou traçar parâmetros para a realização das convenções processuais para com o Poder Público, mormente no que tange ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe qualquer restrição quanto à realização de autocomposição de direitos, sendo disposta uma cláusula negocial geral para a tutela de direitos de uma forma consensual. É de grande relevo a utilização dos negócios jurídicos processuais nos benefícios por incapacidade por ser um instrumento mais célere e hábil a concretizar o Direito Social à Previdência Social, vezes que os benefícios por incapacidade detém de uma necessidade latente de resguardar o direito alimentar do contribuinte e consequentemente trazer uma vida digna quando se encontrar incapacitado para suas atividades laborativas. Com essas premissas que o estudo fez por bem delinear tanto do caráter geral das convenções processuais realizadas para com o Poder Público, relevando a cláusula negocial geral preconizada no Código de Processo Civil de 2015 quanto sua aplicabilidade aos benefícios por incapacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção. Poder Público. INSS. Negócio Jurídico. Incapacidade.

ABSTRACT

The present work aimed to outline parameters for carrying out the procedural conventions with the Public Power, especially with regard to the National Institute of Social Security - INSS, as the Civil Procedure Code of 2015 did not bring any restrictions on the realization of self-composition of rights, a general negotiating clause is provided for the protection of rights in a consensual way. The use of procedural legal business on disability benefits has great relief because it is a faster and more effective instrument to implement the Social Law to Social Security and sometimes the disability benefits have a latent need to safeguard the right to food of the taxpayer and consequently to live a dignified life when he is incapacitated for his work. With these premises the study did well to delineate the general nature of the procedural conventions made with the Public Power, highlighting the general negotiating clause advocated in the Code of Civil Procedure of 2015 and its applicability to disability benefits.

KEY WORDS: Convention. Public Power. INSS. Juridic business. Inability

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 foi possível verificar a existência da idealização de convenções/negócios processuais para que a tutela de direitos seja realizada de uma forma consensual, sendo que as normas fundamentais de direito processual civil vieram a estimular essa prática negocial.

Não obstante, verifica-se que há previsão expressa da possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais para todo e qualquer tipo de direito, haja vista que o legislador de

¹ Advogado. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-graduado em Direito Processual Civil (NOVO CPC) pela Toledo Prudente Centro Universitário. fabiodiasilva@gmail.com.

2015 retirou expressões que inviabilizavam a própria negociação processual, tal como a impossibilidade de serem objeto de composição amigável questão que versasse sobre “direito indisponível”.

Desta forma que as convenções processuais para com o Poder Público, enquadrando a autarquia federal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, vezes que pouco importa se o direito é indisponível, se ele é passível de autocomposição é possível a formação de uma convenção processual sobre suas disposições.

Ademais, é vislumbrado que para a realização das convenções processuais perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é necessária à observação de diversos requisitos específicos para que seja resolvido o intento de forma consensual, vezes que o direito tutelado é peculiar, atrelado ao direito alimentar do contribuinte.

Não obstante essa especialidade, visto ser um negócio jurídico realizado para com o Poder Público e, também, para solução dos benefícios por incapacidade, não há que se falar em obstáculos à sua idealização.

Destarte, para todo e qualquer negócio jurídico, mesmo que se tenha uma cláusula geral de negociação, é preciso sustentar que há limites a serem impostos de uma forma que não caia em desvalia os valores da Administração Pública e conseqüentemente suas prerrogativas.

E para um adequado equacionamento do presente trabalho foi realizada a pesquisa a partir da utilização do método dedutivo, onde se tratou da delimitação e conceituação das convenções processuais para que pudesse ser analisada a fundo a possibilidade dos negócios jurídicos nos benefícios por incapacidade.

Por assim ser que as convenções processuais nos benefícios por incapacidade devem ser tratadas de uma forma a englobar toda e qualquer gama de direitos possível, sendo que o Código de Processo Civil de 2015 fez com que a solução consensual dos conflitos seja realizada, também, por meio da via negocial, mais célere que a judicial.

2 CONVENÇÕES PROCESSUAIS

Por convenções processuais devemos pensar nos negócios jurídicos realizados pelas partes visando uma adequação procedimental quanto às peculiaridades que entenderem necessárias.

Para fins de conceituação é possível observar em primeiro plano que essa categoria de negócio veio bem delineada no *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Da interpretação dessa disposição legal observa-se que no conceito de negócio jurídico processual devem ter diversos requisitos para que seja definido como de aplicabilidade à negociação processual, seja prévia ou durante o transcurso processual.

Com a redação legal temos que as convenções processuais são aquelas realizadas por partes capazes, de tal sorte que podem estabelecer mudanças no procedimento para o fim de ajustar às suas vontades, bem como dispor acerca dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Com brilhantismo o legislador de 2015 fez por bem estabelecer critérios a fim de conceituar o que determinado ato jurídico seja, muito embora se trate de um instrumento mais abrangente do que um ato processual em que necessariamente se trata de um negócio jurídico processual.

Pela doutrina de Fredie Didier Jr. (2015, p. 376) temos pela doutrina uma conceituação esperada:

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

Pelo que se observa a doutrina citada estabelece o negócio jurídico com suas características e posições, sendo que podem as partes dispor acerca das situações jurídicas processuais que entenderem plausíveis atreladas às minuciosidades do caso concreto e trazendo dentro da sua conceituação os limites a serem postos aos negócios jurídicos processuais.

De outra banda, Antônio do Passo Cabral (2016, p. 68) define convenções/negócios processuais como:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.

Com o parâmetro doutrinário exposto, ainda mais com relação às concepções trazidas, vislumbra-se que a convenção processual, em que pese estar sujeita ao controle de validade jurisdicional, não pode ter qualquer limitação quanto ao seu objeto, haja vista que as partes podem dispor como quiserem dos seus interesses processuais.

As convenções processuais, assim, não são somente atreladas às situações jurídicas das partes, mas, sim, com o fim de adequar o procedimento tal como necessário e suficiente para cada um dos interesses dos litigantes, ou até daquelas partes extrajudicialmente dizendo.

É possível termos como conceito de que convenção processual é, pela sua própria denominação, a possibilidade das partes convencionarem acerca de seus ônus, deveres e faculdades processuais, envolvendo as situações jurídicas processuais que entendem que serão enfrentadas no

transcorrer da negociação havida.

Denota-se, por fim, que as convenções processuais detêm de uma aplicabilidade ampla, sem qualquer limitação, salvo com relação às normas cogentes, que fizeram com que o legislador de 2015 impusesse uma possibilidade de que as partes possam adequar o direito abstrato às suas peculiaridades de seu caso.

2.1 Requisitos para sua celebração

Para os requisitos da celebração dos negócios jurídicos processuais podemos estabelecer que são aqueles dispostos para todo e qualquer tipo de negócio jurídico.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 369) defende a existência de 03 (três) planos de visualização do negócio jurídico, tal como o plano da existência, validade e eficácia para que possa ser considerado um negócio jurídico adequado.

Pelo plano da existência denotamos a necessidade de observação de determinados requisitos para que, assim, exista o negócio jurídico para, posteriormente verificar a validade desse negócio e se esse é capaz de ser eficaz perante terceiros ou sobre o próprio direito que o negócio possa tratar.

Flávio Tartuce (2016, p. 347) salienta que nesse plano se tem os pressupostos para o negócio jurídico, que são os elementos mínimos considerados como as partes, vontade, objeto e forma.

A adoção do mínimo necessário para que se tenha sua existência é pressuposto para que o negócio jurídico tenha o seu início, a começar pela averiguação das partes, vontade, objeto e forma.

Acerca do plano de validade dos negócios jurídicos processuais temos a dicção do artigo 104 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Pelo plano da validade verificamos que são condições necessárias para a validação de uma negociação jurídica entre as partes envolvidas, sendo que o agente que expressou sua vontade tem de ser capaz para a prática de atos civis, o objeto da negociação tem que ser lícito, sendo vedado todo e qualquer outra composição ilícita do negócio e, também, deve ser respeitado, quando existir, a forma prescrita na própria legislação sobre o negócio idealizado.

Por plano da eficácia, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 455) lecionam que “[...] verifica-se se o negócio jurídico é eficaz, ou seja, se repercute juridicamente no plano social, imprimindo movimento dinâmico ao comércio jurídico e às relações de direito privado

em geral.”.

Após a adequação do negócio jurídico aos requisitos de existência e validade existentes em lei é preciso verificar se esse é eficaz socialmente, ou seja, se produz os seus efeitos esperados, ou se não produzidos como esperado, que ensejam no meio para um outro fim próximo ao que se esperava quando da sua celebração.

Nesta esfera de pensamento, Miguel Reale (2002, p. 224) sedimenta:

[...] negócio jurídico é o ato jurídico pelo qual uma ou mais pessoas, em virtude de declaração de vontade, instauram uma relação jurídica, cujos efeitos, quanto a elas e os demais, se subordina à vontade declarada, nos limites consentidos pela lei. Como se vê, todo negócio jurídico culmina numa relação jurídica, ou abre possibilidade para instituí-la.

A existência do próprio negócio jurídico, na esfera de direito material, já é composta de limites expressos por lei, sendo que sua negociação é estrita em realizar uma relação jurídica, expressada por uma declaração de vontade em que, ambas as partes estejam com o fim de estabelecer uma convenção necessária e, principalmente útil, para todos.

Como já salientado alhures os 03 (três) planos concernentes dos negócios jurídicos processuais são necessários para que possa ser considerado um negócio jurídico adequado e, da mesma forma como o plano de existência necessita de requisitos, o plano da validade trata de trazer especificidades sobre aqueles, visualizando uma validação da negociação processual de uma forma a se tornar eficaz dentre os demais.

Sobre o plano do processo colocamos que o negócio jurídico processual necessita dos mesmos requisitos expostos pelo direito material, só que nesse viés devem ser relacionados à obtenção de uma tutela jurisdicional satisfativa e eficaz para os litigantes ou até para aquelas partes pré-processuais.

Nesse contexto Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 591) preconiza o seguinte:

[...] pode-se dizer que os negócios processuais pressupõem: a) manifestação de vontade, sem a qual não se tem a configuração de qualquer ato jurídico; b) autorregramento de vontade, significando o espaço de autonomia deixado pelo ordenamento jurídico para que os sujeitos possam escolher, dentro de amplitude variada, os tipos de atos (sentido amplo) a serem praticados e, em alguns casos, até a configuração da respectiva eficácia, representando a diferença específica dos negócios jurídicos em relação aos atos jurídicos em sentido estrito; c) a referibilidade a um procedimento, sem a qual pode até haver negócio jurídico (como sucede na eleição contratual do foro), mas ele não merecerá a adjetivação de “processual”.

Pelo que se constata os negócios jurídicos processuais possuem requisitos próprios para sua celebração, sendo que do contrário estaria se falando em negócios jurídicos de direito material.

Deve-se, por essa esfera de pensamento, ter como relevante a existência de um autorregramento da vontade, onde as partes podem escolher de qual maneira que atuarão dentre as prováveis consequências advindas do processo judicial, se eventualmente necessário.

Resta cristalino que esse autorregramento pressupõe tanto os atos a serem praticados quanto os atos que serão praticados quando advier alguma consequência da atividade jurisdicional, ou seja, tanto os atos preparatórios quanto os esperados quando determinado ato processual ocorrer.

Não obstante esse requisito, a novidade que se extrai é a existência de uma referência a um procedimento a ser adotado, vezes que as partes devem, pelo negócio jurídico processual, estabelecer pressupostos para que não sejam pegas de surpresa e, também, coloquem o procedimento adotado a seu favor.

É preciso destacar que a amplitude da negociação processual não é uma cláusula ilimitada, sendo que todo e qualquer negócio jurídico é sujeito às limitações, seja pelas normas cogentes, quanto pelo controle de validade a ser exercido quando interpelado pelo Poder Judiciário.

Sob o plano da validade dos negócios jurídicos processuais observamos as mesmas minúcias expostas ao plano do direito material e o Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC já enfrentou essa questão em seu Enunciado de n.º 403 ao dispor que “a validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.”.

Pela adoção dos pressupostos em lei, vezes que os negócios jurídicos processuais são originários do direito material, verificamos que para se ter a validade de um negócio jurídico processual é necessária a constatação da existência dos requisitos de validade expressados no direito material a partir do artigo 104 do Código Civil de 2002.

Sobre o prisma da eficácia é preciso consignar que esse deve ter a utilidade e a finalidade para o fim no qual a convenção processual foi idealizada, sendo que de modo contrário não se teria um negócio eficaz para as partes e direitos envolvidos.

Nesse trilha é possível observar que os requisitos necessários para a realização das convenções processuais são originários do direito material e refletidos no plano de direito processual, trazendo uma interpretação e adoção em conjunto para que se vislumbre sua validade no meio jurídico e social.

2.2 Direitos objeto de negociação processual

De proêmio vislumbramos que as convenções processuais possuem um objeto amplo de negociação, sendo que toda e qualquer matéria de direito pode ser objeto de negócio jurídico pelas partes.

Consoante à dicção do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 temos somente uma limitação quanto à sua realização que são aqueles direitos que admitam autocomposição.

A doutrina elogia essa nova definição do legislador quanto à possibilidade de realização

dos negócios jurídicos processuais, tal como Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 330):

[...] o legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita *autocomposição*, porque mesmo nos processos que versam sobre direito indisponível é cabível a *autocomposição*. Naturalmente, nesse caso, a *autocomposição* não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação.

No mesmo sentido Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 200) ao ensinar que “[...] “direitos que admitam *autocomposição*”, conceito mais amplo (e mais preciso) que o mais tradicional, de direitos patrimoniais disponíveis. Sim, porque há aspectos de direitos indisponíveis que admitem alguma forma de *autocomposição*”.

Por esses parâmetros o próprio legislador fez por bem estabelecer de forma abrangente a aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais para que, assim, as partes busquem adequar o objeto de uma futura lide, ou até aquela em curso, para com o seu interesse comum.

Com as brilhantes observações da doutrina é possível dispor que a expressão “direitos que admitam *autocomposição*” é uma forma de estabelecer uma amplitude de aplicação dos negócios jurídicos processuais, podendo ser realizados para todo e qualquer tipo de direito material objeto de negociação processual.

Entretanto, há certa limitação que, muito embora o legislador de 2015 não estabelecesse de forma expressa, é decorrente da própria atuação dos litigantes junto ao Poder Judiciário, que é a impossibilidade de dispor sobre os poderes e deveres dos membros desse Poder, de uma forma a mitigar a aplicabilidade das suas prerrogativas constitucionais.

Nesse contexto Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 201) defende:

Não se trata, cabe enfatizar, de hipertrofiar o “processo” em detrimento do “direito”, mas de ter (consciência dos limites que existem para o exercício da função jurisdicional – sempre e invariavelmente desde o “modelo constitucional” –, e que o processo, o procedimento e, de forma ampla, a atuação das partes não estão sujeitos a negociações que atrimem com o seu núcleo duro, muito bem representado pelas normas de ordem pública ou cogentes. Não pode a lei federal, passando por cima do inciso XI do art. 24 da CF, em verdade desconsiderando-o – e isso é uma tônica do CPC de 2015 –, “delegar” liberdade a determinados sujeitos do processo para estabelecer o *seu* próprio procedimento ou os *seus* próprios ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Em rigor, nem a lei federal poderia fazê-lo, sobrepondo-se aos limites dos parágrafos do mesmo art. 24.

As advertências da doutrina citada cingem-se na impossibilidade de que as partes possam ditar como o órgão jurisdicional atuará, sendo um limite já exposto desde antes da previsão expressa pelo legislador de 2015, vezes que não podem as partes negociarem acerca das normas cogentes disciplinadas no ordenamento jurídico pátrio.

Salta aos olhos que não podem as partes disporem, em conjunto, de como o órgão jurisdicional atuará frente ao seu caso, vezes que retiraria a imparcialidade necessária para todo e qualquer provimento jurisdicional e, também, a independência do Poder Judiciário para resolução

de controvérsias judiciais.

Além disso, pela estrutura das normas existentes no Direito Brasileiro, não pode uma lei ordinária retirar efetividade e aplicabilidade de uma disposição constitucional, sob pena de inversão dos valores estabelecidos das normas, somente podendo ser feito, no caso em apreço, por meio de emenda à constituição.

Ao se pautar da amplitude da cláusula negocial inserida pelo Código de Processo Civil não poderia estabelecer critérios que pudessem retirar do órgão julgador as suas prerrogativas, direitos e deveres, vezes que esses são inerentes à sua profissão e cargo e que às partes não cabem dispor em sentido contrário às suas caracterizações.

Cabe destaque para os ensinamentos de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 96):

A natureza de direito público da norma processual não importa em dizer que ela seja necessariamente *cogente*. Embora inexista processo convencional, mesmo assim em certas situações admite-se que a aplicação da norma processual fique na dependência da vontade das partes – o que acontece em vista dos interesses particulares dos litigantes, que no processo se manifestam. Têm-se, no caso, as normas processuais *dispositivas*.

Embora se trate de ensinamento sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, ao extrair uma interpretação adequada sobre essa disposição vislumbramos que a negociação processual pode sim estabelecer critérios que versem sobre os interesses das partes, e não daqueles interesses e prerrogativas além da sua própria concepção como parte de processo ou de eventual demanda judicial.

Denota-se que os interesses das partes se assemelham aos estabelecidos dos direitos disponíveis e, também, na concepção estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015 que dispõe acerca da possibilidade de autocomposição mesmo em relação aos denominados direitos indisponíveis.

As normas denominadas como “cogentes”, assim, não podem ser objeto de convenção processual, uma vez que não são flexíveis, porém, podemos ter, da mesma forma dos direitos indisponíveis, uma relativização de seus efeitos frente ao caso concreto.

Por assim ser, vislumbramos que todo e qualquer direito pode ser objeto de negociação processual, tendo em vista que o legislador de 2015 retirou a expressão limitadora de “direitos indisponíveis” para “direitos que admitam autocomposição” e, também, coloca-se como limitador toda e qualquer disposição que se evada da sua atuação como parte.

3. CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

A partir da concepção de que as convenções processuais podem ter como objeto diversas

disposições, nada impede de que sejam realizados referidos negócios jurídicos processuais sobre os benefícios por incapacidade, haja vista que influenciam, e muito, o direito alimentar do contribuinte.

Nesse diapasão que se vislumbra a existência de uma negociação processual nos benefícios por incapacidade para que se evadam da morosidade do Poder Judiciário para que, assim, realize o direito material pela via consensual, mais célere e mais especializada.

3.1 Da Admissibilidade dos Negócios Jurídicos Processuais com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Pelo que foi extraído do artigo 190 do Código de Processo Civil, quando dispusera acerca dos negócios jurídicos processuais, não há qualquer restrição quanto à sua realização, vezes que esses negócios devem garantir eficácia pelo fim no qual se fundaram e, também, serem possíveis quando o objeto admitir autocomposição.

Pela expressão utilizada pelo legislador de 2015 ao estabelecer o termo como “autocomposição” ao invés de direitos disponíveis, não é somente um tratamento adequado e digno de elogios, mas, também, reflete o âmbito de abrangência que quiseram dar aos intitulados “negócios jurídicos processuais” ou convenções processuais.

Por autocomposição, Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 353) assim ensina:

A **autocomposição** deve ser entendida como o conjunto de técnicas por intermédio das quais as partes podem atingir a solução da controvérsia entre si estabelecida sem que exista a prolação de uma decisão judicial de accertamento de direitos. Em outras palavras, as partes, por intermédio da **autocomposição**, chegam à solução do problema que mantêm entre si em virtude de consenso que estabelecem a respeito, fazendo-o por intermédio da conciliação, da mediação ou mesmo da negociação direta.

Com a autocomposição surge um instrumento adequado de solução de controvérsias de forma consensual, ou seja, sem que haja um enfrentamento até decisão final acerca de determinado objeto de direito, de um modo a fazer com que os direitos e interesses das partes sejam tutelados de uma forma mais simples e amigável entre si.

Da mesma forma, pela abrangência da autocomposição, é possível consignar que há a viabilidade de realização de convenções processuais com o Poder Público e todos seus entes e autarquias, haja vista que todos os direitos tutelados que envolvam a Administração Pública são passíveis de serem objeto de autocomposição.

Entretanto, necessário se faz a observação das limitações expostas por Lorena Miranda Santos Barreiros (2016, p. 345):

[...] como regra, as prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas não podem ser restringidas ou afastadas por negócios jurídicos processuais, sob pena de se caracterizar

a ilicitude de objeto de acordo que assim disponha. No entanto, essas prerrogativas não são absolutas e estão sujeitas a limites, sendo possível que uma convenção processual lícita indiretamente as afete, sem qualquer comprometimento à validade do pacto celebrado.

Com as considerações expostas colocamos que há, tanto por parte da doutrina, quanto por parte do legislador, uma determinada amplitude dos negócios jurídicos processuais realizados com a Fazenda Pública, sendo que as disposições contrárias ao interesse público e às suas prerrogativas devem ser levadas em consideração no caso concreto, para que haja um aproveitamento maior das negociações consensuais das partes.

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 491-493) estabelece que das prerrogativas autárquicas se destacam a imunidade tributária de seus serviços, patrimônio e renda, a impenhorabilidade de seus bens e de suas rendas, a imprescritibilidade de seus bens, a prescrição quinquenal quando envolver direitos e deveres de terceiros, créditos sujeitos à execução fiscal, podendo seus créditos serem cobrados pelo processo especial e, também, situação processual específica quando a autarquia figurar em processo judicial, considerando-a como fazenda pública, sua sujeição ao duplo grau de jurisdição só produzindo efeito após confirmação pelo Tribunal, dentre outras prerrogativas processuais.

Essa limitação ao envolver as prerrogativas de direito material se funda no sentido de que não pode haver qualquer negociação processual quando se tentar modificar o modo de funcionamento dos entes de direito público, no mesmo parâmetro de pensamento quanto às limitações impostas para a discricionariedade do Poder Judiciário.

De outra banda, as prerrogativas da Administração Pública/Autarquias não podem ser obstáculo para que sejam realizadas as convenções processuais com os contribuintes, sendo que é plenamente possível levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Fernando Rubin (2014, p. 134) quando tratou da possibilidade de autocomposição pelo INSS salientou que é viável a composição do litígio já na fase postulatória quando houver fortes indícios que se colocam contra o resultado da perícia administrativa, avaliando e colocando a divisão de riscos e expectativas da demanda.

Não é raro que se tenha junto à Justiça Federal diversas audiências de conciliação quando uma das partes seja o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sendo que no caso dessa autarquia esta realiza a autocomposição quando o objeto da lide seja passível de negociação que, no mais das vezes se assemelha à evidente procedência do pedido.

Em que pese somente os casos analisados como de evidente procedência, é certo que temos que vislumbrar o real interesse do contribuinte, que é nada mais, nada menos, do que ter seu direito alimentar resguardado para que se tenha a viabilização de uma negociação consensual e, também,

com o viés de obter uma resolução mais rápida do objeto da lide ou eventual litígio.

No caso dos benefícios por incapacidade, quando tratados pela via negocial, devem estes ser provados por meio de prova documental, sendo que no âmbito das convenções processuais a perícia muitas vezes não é realizada, visto abranger as esferas pré-processual e administrativa.

Entretanto, quando a convenção processual partir para um intento judicial é certo que perante o Poder Judiciário será realizada perícia para, assim, delinear o que restara estabelecido no negócio jurídico, podendo as partes disporem acerca do termo de início de incapacidade e até a questão da não restituição das verbas percebidas enquanto recebia benefício previdenciário de incapacidade.

Salta aos olhos que a possibilidade de autocomposição e realização de audiência de conciliação e mediação reforça a ideia de que é possível, sim, dispor acerca da tutela de direitos dos benefícios por incapacidade por meio dos negócios jurídicos/convenções processuais, visando obter uma solução consensual da tutela de direitos envolvida.

Por esses parâmetros expostos é possível consignar que há sim a possibilidade concreta de realização de negociação processual para com o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, mesmo que envolva suas prerrogativas, mas, desde que não acarrete em negócios relacionados ao funcionamento da máquina administrativa.

3.2 Especificidades das Convenções Processuais nos Benefícios por Incapacidade

Pela latente possibilidade da existência dos negócios jurídicos realizados para com o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, dada a amplitude negocial que foi trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, temos que por figurar o Poder Público de um lado há diversas especificidades que devem ser respeitadas para que seja válido.

Uma das particularidades já salientadas nesse estudo é a possibilidade restrita de se dispor acerca das prerrogativas autárquicas em sede de negócios jurídicos processuais, sendo que outras restrições podem ser impostas por se tratar da existência de fatos/atos administrativos em que é necessária sua devida motivação.

Com isso, dentre as especificidades a serem tratadas destacam-se a necessidade, ou não, do prévio requerimento administrativo do benefício previdenciário, a existência de fundamentação/motivação do ato administrativo negocial e a concreta impossibilidade de exercício de suas atividades laborativas habituais delineada por prova documental.

Em primeiro ponto a necessidade do prévio requerimento administrativo foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos autos do RE n.º 631.240/MG de relatoria do Ministro Roberto Barroso o qual podemos destacar de seu acórdão o seguinte trecho:

[...] 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. [...] (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário de n.º 631.240/MG, Min. Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 07.11.2014)

Há entendimento de que é necessário o prévio requerimento administrativo para que se tenha o interesse de agir, antes mesmo que se tenha a interpelação judicial, nos casos de demandas propostas contra o Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS.

Contudo, no caso das convenções processuais, essa disposição não se aplica, haja vista que a negociação se idealizará em conjunto com o Estado, suprimindo essa necessidade e, também, relacionando ao viés da celeridade e economicidade processual.

Em adendo a essa concepção de ideias Daniel Machado da Rocha (2004, p. 111) traz lições importantes:

É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial, maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a previdência social evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado.

Por esse parâmetro, e tendo em vista que o Direito à Previdência Social é um direito fundamental, verificamos que o papel da previdência não deve ser relativizado por questões de limitação ao acesso da benesse dos benefícios por incapacidade, tal como exposto no prévio requerimento administrativo.

Destarte, como as convenções processuais que tenha por objeto os benefícios por incapacidade se objetiva um interesse maior, que é a ideia de concretizar um mínimo existencial aos contribuintes quando estiverem com sua força laboral afetada, é certo que a obrigatoriedade do pleito administrativo é relativizada.

Com a desnecessidade do prévio requerimento administrativo se terá, assim, uma concretização do Direito Social à Previdência Social como também o pleno acesso às vias negociais, detendo de um caráter mais consensual entre as partes quando optarem por essa via, pouco importando o momento pelo qual foi realizado, seja pré-processual ou nos próprios autos.

Em relação à necessidade da fundamentação/motivação dos atos administrativos temos que há a prevalência de decisões fundamentadas, trazida expressamente pelo artigo 11 do Código de Processo Civil e pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição da República de 1988, sendo que os atos administrativos devem resguardar esse pressuposto explícito.

Tanto a necessidade de fundamentação quanto a motivação dos atos administrativos são

indispensáveis para a validade do ato negocial, sendo que se trata da tutela de direitos públicos que se sujeitam a controle social e jurisdicional.

Lorena Miranda Santos Barreiros (2016, p. 355-356) sustenta que a existência de motivação administrativa negocial é necessária para que se tenha a validade do ato praticado, devendo ser suficiente, inteligível, congruente, racional e dotada de controlabilidade, sendo que todos esses pressupostos atinentes à motivação condizem à adequação do ato negocial frente ao caso concreto e que a Administração não seja alvo de falcatruas negociais.

Pela observância da motivação dos atos administrativos como também da sua fundamentação correta será conferido um controle social e até jurisdicional, quando for interpelado nesse sentido, de tal sorte que possa se configurar a existência e validade da negociação processual.

Esse pressuposto é ainda mais latente quando se trata dos benefícios por incapacidade, tendo em vista que se deve ter um maior controle dos negócios jurídicos realizados objetivando a inexistência de prejuízo ao erário público e garanta mais transparência às disposições convencionais, trazendo reflexos positivos para que os contribuintes partam para a esfera negocial propriamente dita.

Por último, e não menos importante, a especificidade acerca da impossibilidade de que o contribuinte exerça suas atividades laborativas habituais seja aferida por prova documental, guardando compatibilidade com a celeridade e informalidade dos atos negociais.

O que gera a incapacidade laborativa em si é não somente a impossibilidade para que realize suas atividades profissionais por um período, mas, também, quando se encontrar doente para todos os fins.

Wagner Balera (1989, p. 97) muito antes do advento da Lei n.º 8.213/91 já trouxe, em análise ao contexto da Constituição da República de 1988 disposição de que doença gera incapacidade para o trabalho, impossibilitando o trabalhador de obter o próprio sustento, e a invalidez é aquela incapacidade dotada de definitividade.

Por esse ponto a impossibilidade de que o contribuinte exerça suas atividades laborativas é diretamente necessária para a confecção de uma convenção processual, vezes que o interesse precípua desse negócio jurídico é a cobertura do contribuinte quando não for capaz de prover seu próprio sustento.

E essa incapacidade, no caso de uma negociação jurídica processual pré ou endoprocessual, deve ser constatada por meio de prova documental, haja vista que nem sempre se terá a realização de uma perícia médica, salvo nos casos de prévio requerimento administrativo ou de interpelação judicial.

Surge, assim, a questão da volatilidade da capacidade do contribuinte e até a má-fé dos

profissionais da saúde que atestarem determinada condição incapacitante, porém, deve-se partir da boa-fé objetiva para todo e qualquer comportamento, negocial ou processual.

Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 661-662) defende que as declarações inseridas em um documento particular são presumidas verdadeiras no que tange às suas declarações e relacionadas às pessoas e fatos que são declaradas, podendo ser elididas por prova em sentido contrário.

Ao trazer essa linha de pensamento aos documentos comprobatórios da incapacidade do contribuinte, em sede de negociação processual, podemos colocar que é plenamente possível verificar a existência de incapacidade, e o seu grau, quando se sujeitarem às convenções processuais no caso dos benefícios por incapacidade, trazendo mais força probatória às declarações dos profissionais de saúde.

Em que pese essas declarações sejam realizadas de forma unilateral, sem a observância de contraditório por parte do Estado (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS) é certo que é nesse viés de pensamento que todo e qualquer negócio jurídico deve ser tratado, pela concessão mútua de disposições afim de que sejam concedidas as benesses negociadas.

Ademais, dentre as especificidades dessas convenções vislumbramos que não podem transpassar os requisitos para todo e qualquer benefício por incapacidade, sendo que há disposições legais expressas, tal como carência e a não filiação ao Regime Geral da Previdência Social portador de uma lesão/doença.

A exigência legal de não se filiar portador de uma lesão/doença guarda direta consonância com a disposição negocial, vezes que retira os dotados de má-fé, bem como aqueles que só se filiam no Regime Geral para adquirir um benefício, permanecendo sustentado pelo Governo Federal.

Por ser assim, as especificidades das convenções processuais quando se trata de benefícios por incapacidade se cingem precipuamente nos requisitos legais para a concessão dos benefícios por incapacidade e a existência de fundamentação e motivação dos atos administrativos, de um modo a tutelar a concessão de benefícios por incapacidade por meio das convenções jurídicas processuais.

3.3 A Efetividade da Convenção Processual nos Benefícios por Incapacidade

Em primeiro plano, o pressuposto de se ter efetividade se dá ao fato de que, tal como previsto no artigo 4.º do Código de Processo Civil, todo e qualquer provimento jurisdicional ou ao menos a entrega da sua tutela deve ser realizada de forma efetiva.

Embora essa norma fundamental seja trazida ao caráter jurisdicional é cediço que toda e qualquer forma de entrega de tutela, até quando se tratar da esfera negocial, deve ser concretizada de uma forma satisfativa e principalmente efetiva.

Para se ter uma efetividade das convenções processuais denotamos uma relação estrita com

a finalidade pela qual foram instituídas, adequando-se à uma satisfatividade e efetividade do procedimento adotado.

Lorena Miranda Santos Barreiros (2016, p. 362) coloca que a finalidade da convenção processual deve se tratar daquela legal de se ajustar o procedimento às especificidades do caso concreto e aquela que guarda atendimento à finalidade de interesse público pela qual fora instituída, guardando limites com a impossibilidade de oneração demasiada do erário público.

Denota-se que a disposição doutrinária acerca da finalidade da negociação processual nada mais faz do que estabelecer um critério de adequação dos negócios jurídicos processuais quando envolver entes públicos, interpretando essas convenções com os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública como o da eficiência da administração.

Aos parâmetros da convenção processual aos benefícios por incapacidade temos que deve ser adequado às peculiaridades do caso concreto, tal como o grau de incapacidade no qual o contribuinte está afetado, por exemplo, de uma forma a tornar a negociação mais específica.

Dentre as finalidades esperadas quando da entrega satisfativa e efetiva da tutela jurisdicional por parte das convenções processuais dos benefícios por incapacidade é, por óbvio, a concessão do benefício por incapacidade.

A concessão dos benefícios por incapacidade, por essa forma consensual, idealiza um modo interpretativo do direito previdenciário, que é o preconizado e defendido por Sérgio Nascimento (2007, p. 97):

[...] os direitos sociais exigem ações positivas do Estado para sua concretização e uma nova postura do juiz frente ao processo em razão de revelar-se insuficiente o conceito tradicional de interpretação da lei como atividade meramente declaratória, já que no Estado do Bem-Estar Social mostra-se mais adequado o entendimento que essa atividade é constitutiva.

Para a concretização dos direitos sociais é exigida uma ação positiva por parte do Estado e, assim, a ideia de interpretação das convenções processuais deve ser aquela a englobar uma maior gama de direitos dos contribuintes, de uma forma que viabilize o respeito ao direito alimentar da pessoa.

E essa ação positiva do Estado para a concessão dos benefícios por incapacidade tem relação direta com o estímulo à solução consensual dos conflitos disciplinada no artigo 3.º do Código de Processo Civil.

Pela doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 192) observamos que “[...] a solução consensual passa a ser dever de Estado – logo, o Estado também deverá tomar medidas que criem nos litigantes a necessidade de tentar a conciliação. [...]”.

Como o dever do Estado é a prática da solução consensual verifica-se que as convenções processuais quando tratam dos benefícios por incapacidade ganham grande relevância, vezes que os

direitos sociais devem ser dotados de ações positivas, e mais com a obrigatoriedade de solução consensual de conflitos.

Pela concessão da benesse por meio da convenção processual teremos que o direito social à previdência social será tido como um objetivo a ser proporcionado pelo Estado para que este sempre tenha o fim de que a entrega de uma tutela seja de forma satisfativa e efetiva.

A partir da exigência de um agir por parte do Estado já se vislumbra que o interesse público será plenamente resguardado e respeitado, enquadrando a finalidade da convenção processual idealizada para a concessão de benefícios aqueles que não forem capazes de exercerem suas atividades laborativas habituais.

Sob esse parâmetro não é somente com relação à concessão dos benefícios previdenciários que se terá a concretização dos negócios jurídicos processuais, mas, também, quando se atingir o interesse público que é a realização do direito social à previdência social e o estímulo para com a solução consensual dos conflitos.

Outrossim, com a concessão do benefício previdenciário regrado na incapacidade, já faz com que seja concretizado o direito alimentar do contribuinte, resguardando a dignidade da pessoa humana e uma sobrevivência com um mínimo necessário.

Com isso, temos que a efetividade das convenções processuais concretizam o direito alimentar do contribuinte possuidor de uma enfermidade que inviabiliza a realização de suas atividades laborativas habituais como também interessa ao Estado, haja vista que de forma amigável faz com que se evite uma demanda processual.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto observamos que as convenções processuais realizadas para com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS nada mais trazem do que parâmetros para o contribuinte realizar uma negociação consensual para com referida Autarquia visando à obtenção de um benefício previdenciário ou, ao menos, resolver de forma amigável seu intento pré-processual ou endo processual.

Foi possível observar que as convenções/negócios processuais foram trazidas pelo legislador de 2015 para que as partes pudessem negociar de forma conjunta e de um modo mais preciso sobre as disposições processuais e até acerca da tutela de seus direitos, sempre vislumbrando uma obtenção de uma resolução de seus interesses da forma mais célere e adequada.

Por bem o Código de Processo Civil de 2015 fez com que o ordenamento jurídico fosse regrado de normas fundamentais de Processo Civil, a qual podemos observar a solução consensual dos conflitos como reflexo de uma tutela jurisdicional adequada e satisfatória às partes.

Ao ter a previsão expressa da possibilidade dessa negociação constatou-se que, não obstante serem irrestritos, referidas convenções, ainda mais aquelas idealizadas para com o Poder Público, necessitam da observância de requisitos e pressupostos específicos para a sua realização, sob pena de terem como inválidos juridicamente e socialmente.

Denotou-se que a presença do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS no outro lado da relação jurídica traz consigo a presença do direito alimentar a ser resguardado, haja vista que, no mais das vezes, por essa Autarquia são tutelados direitos sociais relacionados à própria sobrevivência do contribuinte, tal como os benefícios previdenciários por incapacidade.

Ademais, os benefícios por incapacidade, por refletirem diretamente o direito alimentar do indivíduo, demonstram uma forma de tutela de direitos que demanda mais atenção e maior cautela quanto ao seu tratamento, visto que o contribuinte já está incapaz para suas atividades laborativas habituais e, ao realizar o negócio jurídico processual, deve este fazer com que sua cobertura seja a mais adequada possível.

Desta forma que o presente trabalho trouxe por bem tratar desse novo rumo do Processo Civil, qual seja da negociação consensual dos direitos, haja vista que os benefícios por incapacidade resguardam o direito do contribuinte a uma vida digna quando incapaz e, nada mais adequado e concreto do que resguardar o direito alimentar e a dignidade da pessoa humana por meio de instrumento consensual de resolução de litígios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. 2. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Brasília, DF. 24. jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF. 10. jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. 16. mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. RE 631.240/MG. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social –

INSS. Recorrido: Marlene de Araújo Santos. *Amicus Curiae*: União, Defensoria Pública-Geral da União, Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP. Relator: Ministro Roberto Barroso, Brasília, DJe 07.11.2014. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+631240%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+631240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2bu6g>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

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. **Curso de direito processual civil**: volume 1 : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

RUBIN, Fernando. **Benefícios por incapacidade no regime geral da previdência social: questões centrais de direito material e de direito processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS PROCESSUAIS CIVIS FUNDAMENTAIS

Carlos Miguel de MEIRA¹
Caroline de Castro e SILVA²

RESUMO

O presente estudo teve por objetivo analisar a existência de vinculação das partes, procuradores e demais participantes do processo às normas definidoras de princípios e garantias processuais fundamentais, procurando demonstrar a presença de sua eficácia horizontal no âmbito da relação jurídica processual. O problema do trabalho evidenciou-se na aparente verticalidade existente no processo, que é conduzido e fiscalizado pelo juiz, o que permitiria, a um olhar menos atento, que se afirmasse a inexistência da horizontalidade dos direitos fundamentais no âmbito do processo civil. O artigo se justificou na importância da observância e respeito a esses direitos não apenas pelo órgão jurisdicional, mas também pelas partes. Observou-se que a busca por novos rumos do processo civil deve ter como pressuposto básico a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no âmbito do processo civil, exigindo-se uma superação do modelo verticalizado em favor de um modelo de processo mais colaborativo e democrático. Visando atingir ao objetivo proposto, foram utilizados os métodos indutivo e dedutivo, além de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e em legislação vigente sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: direitos processuais fundamentais; eficácia horizontal; processo civil; Constituição Federal; Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The objective of this study was to analyze the existence of binding between the parties, lawyers and other process' participants and the rules that define fundamental procedural principles and guarantees, trying to demonstrate the presence of their horizontal effectiveness in the process. The work problem was the apparent process' verticality, that is led and supervised by the judge, which could suggest that the fundamental rights' horizontality doesn't exist in the civil procedure. The article was justified in the importance of the respect for those rights not only by the judge but also by the parties. It was observed that the search for new directions of the civil procedure must have as basic assumption the effectiveness of the civil procedure's fundamental rights and guarantees, requiring a breakthrough of the vertical model in favor of a more cooperative and democratic process model. Aiming to reach the proposed objective, the inductive and deductive methods was utilized, in addition to doctrine, jurisprudence and current legislation research about the subject.

KEY WORDS: fundamental procedural rights; horizontal effectiveness; civil procedure; Federal Constitution; Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende realizar uma articulação entre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o processo civil, oferecendo uma nova perspectiva à efetividade das normas processuais fundamentais e uma revisão do modelo verticalizado de processo, em que o órgão

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: carlos.mssd@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: carolinecsilva1@hotmail.com.

jurisdicional figura como vinculado e o jurisdicionado como destinatário de tais garantias.

A problemática se baseia no conflito existente entre a intrínseca verticalidade do processo, em que o magistrado figura como garantidor da efetiva tutela jurisdicional frente ao interesse dos litigantes, e o incontestável caráter imediato da eficácia horizontal das normas definidoras de princípios e garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal.

A importância da pesquisa se funda na premente necessidade de se buscar um processo civil mais constitucionalizado, no qual seja possível a afirmação de direitos processuais fundamentais, que foram histórica e dificultosamente conquistados por meio dos baluartes do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo, tendo como premissas básicas as garantias do devido processo legal e do acesso à justiça.

A investigação se sustenta nos pressupostos da imediata aplicabilidade, da plena eficácia dos direitos processuais fundamentais, da qual decorre o fenômeno da eficácia horizontal, bem como do caráter unitário do ordenamento jurídico, em virtude do qual se opera a axiomática impossibilidade de o processo civil figurar à margem das disposições constitucionais relativas à jurisdição.

Entretanto, a aplicação de tais preceitos ao processo civil esbarra em um complexo problema de adequação, tendo em vista o caráter eminentemente verticalizado que a própria jurisdição historicamente adquiriu. A oponibilidade de tais normas às partes não ocorre de maneira integral, haja vista que algumas delas estão revestidas de um peculiar duplo grau de verticalidade, conforme devidamente demonstrado adiante.

Tendo como suporte a metodologia indutiva-dedutiva, além de pesquisa em jurisprudência e doutrina especializada, o estudo buscou verificar individualmente cada uma das normas processuais fundamentais que poderiam exercer sua eficácia vinculante além do sentido vertical, ou seja, irradiando suas determinações também no sentido horizontal, atingindo partes, procuradores, peritos e demais sujeitos do processo.

Por fim, há que se ressaltar que o trabalho traz resultados apenas elucidativos e preambulares, não pretendendo esgotar em si mesmo uma hipótese tão inexplorada na doutrina pátria e estrangeira. Em outras palavras, tratam-se de prolegômenos de uma tese meramente potencial.

1 DIREITOS PROCESSUAIS CIVIS FUNDAMENTAIS

1.1 Direito Processual Constitucional e neoprocessualismo

Como é sabido, as leis e atos normativos infraconstitucionais devem estar em

conformidade e ser examinadas com base naquilo que está estabelecido na Constituição Federal. Isso também ocorre, evidentemente, no Direito Processual Civil, que tem as suas normas fundamentais previstas na Carta Magna, nas quais encontra o fundamento de sua validade.

Nesse sentido, o artigo 1º, do Código de Processo Civil prevê que “*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil*” (BRASIL, 2015).

Por isso, tem se mostrado pertinente, nos dias atuais, o estudo do Direito Processual Constitucional, que se constitui no “*método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela*” (DINAMARCO, 2013, p. 193).

Diante de tal ideia, é possível afirmar que os pilares básicos e fundamentais do processo civil são fixados pelo Direito Constitucional. Esse ramo do Direito traz, além de tantos outros pontos, as garantias fundamentais do indivíduo, entre as quais estão o devido processo legal e seus princípios informadores.

Além disso, vale ressaltar que, tratando-se o Direito Processual de ramo do direito público, torna-se ainda mais evidente a necessidade de sua adequação às normas e garantias constitucionais, que se mostram como modelo ao legislador processual para a efetivação dos direitos fundamentais das partes do processo.

Assim, a doutrina entende que

[...] é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 85)

Fala-se, aqui, no neoprocessualismo: um instrumento de efetivação dos valores constitucionais no âmbito da estrutura processual, de modo a oferecer uma nova perspectiva ao processo com fundamento no neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, por sua vez, também chamado de constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, busca a efetividade da Constituição diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais e da implantação de um Estado Democrático Social de Direito.

É fundamentado na concepção da força normativa da Constituição, idealizada por Konrad Hesse, segundo a qual a Carta Magna deve ter eficácia plena, não representando apenas os princípios que levam à formação do Estado, mas também a incorporação da realidade jurídica do Estado, em conexão com a realidade social.

Nesse sentido, Hesse entende que

Quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. (HESSE, 1991, p. 8)

Assim, conforme expõe Elpídio Donizetti (2010, p. 195), essa atual visão do processo leva à conclusão de que restou superada a sua tradicional concepção instrumentalista, diante da exigência de sua realização à luz da Carta Magna e do respeito aos direitos fundamentais por ela impostos.

É possível afirmar, então, que o neoprocessualismo faz com que o processo tenha como parâmetro os direitos fundamentais, seja na dimensão subjetiva, como meio de efetivação dos direitos fundamentais das partes, seja na dimensão objetiva, no que tange à estruturação do processo conforme as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

De acordo com os ensinamentos de Canotilho,

Com a constitucionalização dos tribunais e dos procedimentos judiciais em observância aos direitos fundamentais, se verifica notável vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais a esses direitos, atuando como autênticas medidas de decisão material, servindo como instrumentos de orientação às decisões judiciais (CANOTILHO *apud* ASSIS; VIANA, 2016, p. 602).

Nesse sentido, é possível se pensar em uma tutela constitucional do processo, traduzindo-o como um instrumento público de realização da justiça e contrapondo-se ao antigo conceito, que o definia apenas como um conjunto de regras acessórias para a aplicação do direito material (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 86).

É dentro da noção de uma tutela constitucional do processo que são justificados vários institutos processuais previstos na Carta Magna, verdadeiros princípios e garantias processuais fundamentais, cuja especificação é apresentada a seguir.

1.2 Princípios, garantias e direitos processuais fundamentais

Conforme expõe Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 200), “[...] a tutela constitucional do processo não seria efetiva se as grandes linhas-mestras desenhadas pela Constituição (princípios) não ganhassem eficácia imperativa mediante as correspondentes garantias”. Constituem os princípios um caminho que leva à correta e justa aplicação das leis por eles garantidas.

Sendo assim, há que se atentar para a distinção entre princípios e garantias. Os princípios são os preceitos fundamentais e abstratos que orientam a interpretação e a aplicação dos direitos,

enquanto as garantias são as normas que asseguram a sua efetividade, instrumentalizando a sua aplicação.

São garantias básicas do Direito Processual Civil as do devido processo legal e do acesso à justiça, das quais decorrem todas as demais.

A doutrina define o devido processo legal como

[...] o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 88).

É possível dizer que a garantia do devido processo legal ou do *due process of law* é a cláusula ampla e genérica da qual dependem todas as outras garantias processuais, vez que lhes serve tanto como fundamento jurídico quanto parâmetro de interpretação.

De acordo com Nelson Nery Junior, “*bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa*” (2013, p. 92).

O devido processo legal é cindido em duas concepções, a saber: o *substantive due process*, quando esta garantia é aplicada no direito material, e o *procedural due process*, quando a garantia é aplicada no próprio processo.

Vale dizer, portanto, que, aqui, interessa o estudo do devido processo legal no âmbito do *procedural due process*, tendo como parâmetro o disposto no artigo 5º, inciso LIV, que prevê que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (BRASIL, 1988).

Muitas são as garantias processuais que têm origem no devido processo legal, como o direito de ação, o direito ao contraditório e à ampla defesa, o direito ao duplo grau de jurisdição, a do juiz natural, a da proibição da prova ilícita, a da duração razoável do processo, entre outras.

Já a garantia de acesso à justiça ou de ação e de defesa é prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (BRASIL, 1988).

Significa dizer que todos têm o direito à tutela jurisdicional adequada quando o seu direito for violado, devendo o órgão jurisdicional conceder a oportunidade de apresentar todos os meios legais de defesa frente à pretensão adversária.

Ainda, conforme expõem Denise Almeida Albuquerque de Assis e Juvêncio Vasconcelos Viana,

O acesso à justiça passou a ser, [...] intrinsecamente, relacionado com o acesso à “ordem jurídica justa”, não podendo ser identificado com a “mera admissão ao processo” ou a “possibilidade de ingresso em juízo”. Configura-se como efetivo instrumento de realização dos direitos fundamentais. (ASSIS; VIANA, 2016, p. 596)

No que tange aos princípios processuais, eles dividem-se em duas categorias: a dos princípios informativos e a dos princípios fundamentais.

Os princípios informativos ou universais são as normas gerais aplicáveis às normas constitucionais e infraconstitucionais, cuja observância no Estado Democrático de Direito é essencial. Elas constituem um parâmetro a ser seguido para que se alcance a justa e efetiva tutela jurisdicional.

Tais princípios dividem-se em: a) princípio lógico, relacionado com a necessidade de utilizar os meios adequados à descoberta da verdade e soluções corretas; b) princípio jurídico, segundo o qual deve haver igualdade no processo e adequação do julgamento ao direito substancial; c) princípio político, que defende que se deve respeitar a garantia social e evitar o sacrifício pessoal; d) princípio econômico, que garante a produção do melhor resultado possível com o menor dispêndio de recursos (DINAMARCO, 2013, p. 200-201).

Por sua vez, os princípios fundamentais são aqueles que estão precipuamente previstos na Constituição e que servem como diretrizes gerais para a compreensão de todas as demais normas estabelecidas no âmbito infraconstitucional. Eles servem para garantir a consecução dos fins sociais e políticos do processo.

Ainda, de acordo com Wambier e Talamini,

Tais princípios constituem garantias fundamentais, na medida em que são essenciais para a assecuração de todos os demais direitos e liberdades reconhecidos constitucionalmente: todos os direitos, para serem efetivos, dependem de um aparato jurisdicional seguro e eficaz, que possa ser facilmente ativado se eles forem ameaçados ou violados. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 31)

Os princípios processuais previstos constitucionalmente são basicamente os seguintes: o princípio do devido processo legal, o princípio da liberdade, o princípio da igualdade, o princípio do juiz natural, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio da publicidade e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Isto posto, constata-se que a Constituição Federal atribuiu caráter constitucional e fundamental a vários princípios e garantias processuais, revestindo-os como verdadeiros direitos processuais fundamentais. Além disso, fez-se o topo do ordenamento jurídico, devendo, então, ser preliminarmente observada, inclusive para a existência de uma ordem jurídica justa e para a realização de um processo justo e eficaz.

Os direitos processuais fundamentais, de um modo geral, têm como fundamentos básicos a dignidade da pessoa humana e a liberdade. E, por serem garantidos pela Carta Magna, não

necessitam de previsão em lei infraconstitucional para que sejam aplicados, em razão de sua aplicabilidade concreta e imediata e de sua eficácia plena, conforme previsto no artigo 5º, §1º, da Constituição.

Apesar disso, como leciona o professor Elpídio Donizetti, sem prejuízo dessa aplicabilidade imediata, o novo diploma processualista teve por objetivo reafirmar os valores insculpidos na Constituição, sobretudo em relação à democratização e à efetividade da tutela jurisdicional:

Pode-se pensar que a explicitação infraconstitucional dos direitos fundamentais processuais seja mera repetição inútil (tautologia). No entanto, essa reafirmação tem um importante significado ao disseminar para o ordenamento jurídico em geral o tratamento e a interpretação da legislação infraconstitucional como decorrência direta da Constituição. A positivação principiológica no novo CPC demonstra que todo e qualquer processo deve ser permeado pelos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição, tornando-o um instrumento de participação democrática e promovendo decisões efetivamente justas. (DONIZETTI, 2017, p. 71)

Vale ressaltar, por fim, que a concretização desses direitos processuais fundamentais deve ser realizada diretamente pelo juiz no caso concreto. Contudo, têm também as partes o ônus de respeitá-los e garanti-los por meio de seus atos processuais, sendo possível, assim, falar em uma eficácia horizontal dos direitos processuais civis fundamentais.

2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações terminológicas

Antes de adentrar na questão principal desse tópico, cumpre analisar em que sentido o termo eficácia deve ser empregado no decorrer desta investigação, uma vez que a amplitude do termo suscita muita discussão no âmbito doutrinário. O problema terminológico envolvendo o conceito de eficácia das normas jurídicas exige que seja realizada uma distinção muito clara entre os aspectos da “eficácia social” e da “eficácia jurídica”, mesmo que entre ambos exista uma forte correlação.

Vale dizer que o emprego da terminologia adequada é imperioso para o desenvolvimento deste estudo, porque, sem a devida delimitação do âmbito da análise, surgiria o risco de tangenciar o tema da pesquisa, principalmente no que concerne em reconhecer a horizontalidade dos direitos processuais civis fundamentais na relação jurídica processual estabelecida entre as partes.

Segundo a Constituição Federal, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicáveis de imediato. Entretanto, a doutrina se pergunta em qual sentido dar-se-ia essa aplicação, tendo em vista que o princípio da máxima efetividade da Constituição exige do intérprete um esforço hermenêutico no sentido de garantir a maior eficácia possível das normas

constitucionais.

No que diz respeito à eficácia social, Luís Roberto Barroso entende que tal aspecto se refere à capacidade da norma jurídica em produzir efeitos no plano fático, ou seja, à sua efetividade no meio social:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1982, p. 48)

É justamente nesse sentido que a eficácia social se diferencia da eficácia jurídica, uma vez que esta última, segundo leciona o professor José Afonso da Silva, é medida pela sua capacidade de produzir mudanças na ordem abstrata, no plano jurídico:

A eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. Possibilidade, e não efetividade. (SILVA, 2012, p. 83)

Pode-se dizer, portanto, que enquanto a eficácia social se confunde com efetividade, a eficácia jurídica trata justamente da aplicabilidade, ou seja, da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos de imediato. E no que tange à interpretação da Constituição, em seu artigo 5º, § 1º, entende-se que as normas definidoras de princípios e garantias fundamentais são aplicáveis de imediato, sem a necessidade de posterior regulamentação infraconstitucional.

Conclui-se que o âmbito de análise dessa investigação se limita a reconhecer de que modo e sob quais limites os direitos processuais fundamentais relativos ao processo civil são aplicáveis em sua horizontalidade, ou seja, até que ponto os sujeitos do processo estão vinculados a esses direitos fundamentais.

2.2 Marco histórico: o Caso Lüth

A concepção clássica da eficácia dos direitos fundamentais entende que eles são oponíveis somente ao Estado, na medida em que a finalidade precípua da Constituição seria garantir aos particulares direitos e garantias que serviriam como defesa às arbitrariedades estatais, reconhecendo somente uma eficácia no sentido vertical, na relação indivíduo-Estado.

O problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra a sua origem em diversas obras doutrinárias do constitucionalismo alemão pós-guerra, sob inspiração doutrinária dos notáveis juristas Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner.

Segundo a tese defendida pelos constitucionalistas alemães, os direitos fundamentais também vinculam os particulares em suas relações com os demais indivíduos, reconhecendo uma eficácia irradiante, que transcenderia a relação indivíduo-Estado para também se aplicar à relação

indivíduo-indivíduo.

Os estudiosos do tema apontam como *leading case* dessa tese o emblemático precedente do Tribunal Constitucional Federal, que posteriormente ficou conhecido como *Caso Lüth*, em que a egrégia corte alemã entendeu que o direito à livre expressão do pensamento, constitucionalmente consagrado, também deveria ser aplicado no direito privado, uma vez que não vinculava somente o Estado, mas todos os indivíduos.

Tratava-se de uma ação cominatória ajuizada pelo cineasta alemão Veit Harlan contra o empresário judeu Eric Lüth, acusando-o de ser o responsável pelo fracasso comercial seu filme “Amada Imortal” após a publicação de um manifesto conclamando o público alemão a boicotar o filme em razão do histórico do cineasta, que na década anterior havia sido um dos principais responsáveis pela propagação das ideias nazistas no meio cinematográfico, sobretudo com o filme “Jud Süß” (1940).

Após ter sido condenado em todas as instâncias ordinárias, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal oferecendo uma reclamação constitucional, alegando que as decisões judiciais inferiores configuravam um atentado ao seu direito à liberdade de expressão de pensamento, garantido na Constituição Alemã.

A Corte Constitucional entendeu que, em sede de colisão dos princípios constitucionais com as normas de direito privado, haveria a necessidade de um sopesamento, não sendo possível analisar ambos os pressupostos isoladamente sem antes ponderá-los. Nesse sentido, reconheceu que a aplicação rígida do artigo 826 do Código Civil Alemão violaria o direito fundamental à livre expressão do pensamento, previsto na Lei Fundamental.

Em comentário à decisão paradigmática, Robert Alexy entende que a decisão foi determinante para uma mudança nos rumos do constitucionalismo alemão:

Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à “todas as áreas do Direito”. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (unbiquitous). (ALEXY, 2013, p.132)

Dessa forma, em contraposição à concepção clássica, surge a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que reconhece a sua aplicabilidade às relações jurídico-privadas, exercendo uma eficácia irradiante para além da sua tradicional vinculação exclusiva dos poderes públicos.

2.3 As teorias da eficácia

Em virtude do desenvolvimento da tese, logo se verificou que a teoria da eficácia dos

direitos fundamentais esbarra em uma necessidade básica de adequação, uma vez que a vinculação dos particulares não pode ocorrer no mesmo grau do que ocorre com o Poder Público.

Isso porque a própria natureza das normas constitucionais reveste-as de uma finalidade precípua, qual seja a de garantir aos particulares mecanismos de defesa e proteção em relação ao Estado.

Nesse sentido, emergiram da doutrina importantes teorias na tentativa delimitar sob que circunstâncias e em qual medida poderia ocorrer a aplicabilidade das normas definidoras de princípios e garantias fundamentais nas relações jurídico-privadas.

Primeiramente, a *teoria do state-action*, inspirada nos clássicos constitucionalistas americanos e deveras prestigiada nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, não reconhece a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, defendendo que somente o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais presentes na Constituição Americana e reconhecendo a denominada *eficácia vertical* dos direitos fundamentais.

Entretanto, a partir da década de 1940, a jurisprudência americana passou a reconhecer a chamada *public function theory*, uma espécie de *state action* mitigada, uma vez que esta última se mostrava incompatível com algumas questões doutrinárias preponderantes no âmbito constitucional, sem falar na sua clara e inequívoca contradição com a 13ª Emenda à Constituição Americana de 1865, cuja abolição da escravatura e da servidão involuntária vinculou diretamente todos os cidadãos americanos, especialmente quando estes exercessem funções de autoridades públicas.

Em virtude do *Caso Lüth*, o paradigmático precedente do Tribunal Constitucional Federal, a doutrina constitucionalista alemã desenvolveu duas teorias na tentativa de adequar a horizontalidade dos direitos fundamentais, a saber: a *teoria da eficácia mediata ou indireta* e a *teoria da eficácia imediata ou direta*.

A teoria da eficácia mediata ou indireta reconhece que os direitos fundamentais irradiam suas disposições nas relações entre os particulares de maneira indireta, por meio das chamadas *cláusulas gerais*. Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, a teoria reconhece uma espécie de recepção dos direitos fundamentais:

De acordo com a primeira corrente, que pode ser reconduzida às formulações paradigmáticas do publicista alemão Dürig, os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito à luz dos direitos fundamentais, falando-se, neste sentido, de uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado. (SARLET, 2012, p. 387)

Dessa forma, as cláusulas gerais serviriam como portas de entrada para os direitos fundamentais na esfera do direito privado, sem as quais a sua aplicabilidade estaria comprometida,

preponderando o princípio da autonomia da vontade em relação aos preceitos de ordem pública, sempre que ausentes disposições legislativas nesse sentido.

Portanto, os direitos fundamentais estariam revestidos de uma eficácia irradiante, propagando suas disposições pelo ordenamento jurídico privado de maneira indireta/mediata, mediante o uso pelo legislador de preceitos basilares de ordem pública, por exemplo: “função social do contrato”, “liberdade contratual”, “boa-fé contratual”, entre outros.

Vale dizer que esse foi o posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgamento do Caso Lüth, prevalecendo na doutrina e na jurisprudência alemã até os dias atuais.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro afasta a incidência da horizontalidade mediata, tanto em virtude de disposição constitucional expressa quanto pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no RE 201.819/RJ, de relatoria da ministra Ellen Gracie, entendeu que:

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. De espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. (STF, RE 201.819/RJ, DJ de 27.10.2006)

Desde então, o Supremo Tribunal Federal se alinha à teoria da horizontalidade direta/imediata, defendendo que os direitos fundamentais possuem eficácia jurídica nas relações particulares no momento em que se revestem de validade e passam a integrar o ordenamento jurídico, afastando a necessidade das denominadas cláusulas gerais para que possam vincular as relações particulares.

Para os adeptos dessa concepção, mesmo que se possa admitir a necessidade de uma ponderação e da aplicação da proporcionalidade, não se pode imaginar que o direito privado estaria à margem da eficácia das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme observa Sarlet:

Já para a corrente oposta, liderada originalmente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional. (SARLET, 2012, p. 387)

E é justamente nesse conflito que se funda o problema principal desta pesquisa: de que modo o antagonismo existente entre a rigorosa verticalidade do processo judicial e a eficácia horizontal dos direitos processuais fundamentais pode ser superado sem que seja necessário um dos

aspectos suprimir completamente o outro?

Sabe-se, contudo, que mesmo que se reconheça uma vinculação dos sujeitos que integram uma relação jurídica processual dever-se-á também reconhecer, à luz dos principais pensadores adeptos da teoria da eficácia horizontal imediata/direta, que as partes não podem estar sujeitas ao mesmo ônus em relação aos direitos fundamentais que o Estado, agora na condição de juiz, conforme se verificará mais adiante.

A necessidade de adequação em relação aos deveres dos particulares quando submetidos aos direitos fundamentais também deverá ocorrer em relação às partes, seus procuradores e os demais sujeitos integrantes do processo, uma vez que a própria natureza dos direitos fundamentais torna-os precipuamente oponíveis ao Estado, em favor dos particulares.

3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS PROCESSUAIS CIVIS FUNDAMENTAIS

3.1 Fundamentos

O aspecto unitário da ordem jurídica e a força normativa da Constituição consolidam a tese de que os princípios e garantias fundamentais consagrados pelas normas constitucionais devem servir como pressupostos de validade a todas as demais normas jurídicas. Dessa forma, a sua eficácia vinculante se difunde por todo o ordenamento, atingindo todas as áreas do Direito, sem exceções.

E é justamente o caráter transcendente da eficácia de tais direitos que sustenta a possibilidade de se admitir que também os direitos processuais fundamentais, a despeito de sua precípua oponibilidade em relação ao Estado representado pelo juiz ou pelo órgão colegiado, vinculam todos aqueles que vierem a integrar a relação jurídica processual.

No entendimento do professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, a participação no processo se constitui no exercício de um direito fundamental substancialmente qualificado, exigindo-se de todos os sujeitos processuais a observância dos postulados da boa-fé e cooperação consagrados nos artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil:

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas e etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade (OLIVEIRA, 2006, p. 259).

Mostra-se evidente, portanto, que a eficácia vinculante do direito à razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e reproduzido no artigo 4º do Código de Processo Civil, não converge exclusivamente ao juiz. Isso porque todos aqueles que integram a relação jurídica processual devem realizar os atos processuais visando à justa e efetiva

tutela jurisdicional.

Nesse sentido, é possível que se reconheça a existência de uma verdadeira eficácia horizontal imediata, vez que as partes e os demais participantes do processo encontram-se diretamente vinculados a esse direito fundamental estabelecido na norma constitucional.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição, que prevê a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ratifica a teoria da eficácia horizontal imediata/direta. Dispensa-se, assim, as denominadas cláusulas gerais, que serviriam como portas de entrada para a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, conforme exposto anteriormente.

No âmbito do processo civil, essa aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se revela ainda mais presente. Isso porque a própria natureza da relação processual pressupõe um ambiente necessariamente equilibrado e imparcial, onde as partes submetam sua vontade à vontade do Estado, que deve constantemente coibir os excessos e as condutas contrárias ao bom andamento da marcha processual.

Sendo assim, entende-se que o dever de promover e colaborar com a realização da efetiva tutela jurisdicional não se trata de um preceito normativo de ordem axiológica, localizado no plano moral, mas sim de um dever jurídico constitucional, que vincula tanto o órgão judicial quanto todos os participantes do processo.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em comentário sobre os precedentes do Tribunal Constitucional Espanhol, entende que tal dever deve nortear a realização do processo por todos os sujeitos nele envolvidos:

O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais como as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nessa matéria. (OLIVEIRA, 2006, p. 259)

Assim, constata-se claramente um caminhar da ordem jurídica processual no sentido de que não apenas o juiz, mas todos os sujeitos do processo têm o dever de cooperar e agir conforme a boa-fé para que se atinja a efetiva solução do litígio em tempo razoável. Dessa forma, busca-se um novo modelo de processo, mais colaborativo e menos verticalizado.

Essa revisão do modelo clássico de processo, eminentemente verticalizado, é uma das bandeiras no neoprocessualismo, do qual o Novo Código de Processo Civil está inteiramente revestido, principalmente no tocante às normas fundamentais consagradas em seus primeiros dispositivos (artigos 1º a 12).

O caráter neoprocessual do Código de Processo Civil de 2015 visa criar um modelo

processo colaborativo, erigindo à categoria de normas fundamentais os deveres de colaboração e boa-fé processual.

Nesse ambiente, as normas definidoras de princípios e garantias fundamentais encontram solo fértil para a sua plena eficácia (vertical e horizontal), uma vez que logo no artigo 1º o novo diploma determina que o processo civil deve ser “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal” (BRASIL, 2015).

Dessa forma, não é concebível que os sujeitos processuais que se encontram no plano da horizontalidade estejam à margem das disposições constitucionais, principalmente quando a sua conduta processual violar direitos fundamentais da outra parte, seja por meio de excessos ou por meio de adoção de atitudes procrastinatórias para desacelerar o andamento do processo.

E é justamente com o objetivo de dar ampla efetividade à norma constitucional que se pretende reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação jurídica processual. Isso se justifica na busca por novos rumos do processo civil, que visa atingir um modelo de processo no qual os valores da ordem constitucional estejam cada vez mais presentes, ou seja, um processo civil constitucionalizado.

É perfeitamente possível se questionar a respeito da relevância do Código de Processo Civil de 2015 para que os princípios e valores da Constituição Federal se tornassem mais palpáveis no âmbito do processo civil. Se ainda sob a égide do antigo Código de Processo Civil de 1973, evidente que restaria comprometida a presente tese da eficácia horizontal do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, que prevê a razoável duração do processo.

Observe-se, por fim, que, ainda que se possa reconhecer que a vinculação dos direitos processuais fundamentais também ocorre em relação às partes, desde logo se verifica a necessidade de se estabelecer determinadas adequações. Tratando-se a jurisdição de função eminentemente estatal, natural que determinados direitos oponíveis ao Estado-juiz não sejam sequer possíveis de o serem às partes e demais participantes do processo.

3.2 Adequação

Da mesma forma que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais reconhece a necessidade de se adequar a aplicação de suas normas às relações entre particulares, o presente estudo reconhece que os direitos processuais fundamentais não são oponíveis às partes na mesma proporção em que ocorre em relação ao órgão judicial. Isso se deve à clara e inequívoca desproporção no que tange à responsabilidade.

Já não bastassem as intrínsecas dificuldades encontradas pela doutrina em se determinar de que modo e sob quais circunstâncias a aplicação dos direitos fundamentais ocorre nas relações

particulares, no âmbito do processo civil enfrenta-se, ainda, o problema de um “duplo grau de verticalidade”.

A verticalidade inerente às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais se soma, aqui, ao problema de consistir a jurisdição em uma atividade precipuamente estatal. Dessa forma, a margem de atuação dos sujeitos que poderiam ser vinculados a tais direitos se torna ainda mais restrita.

É nesse sentido que se reconhece que o problema desta investigação, sem prejuízo da já conhecida dificuldade em se verificar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações indivíduo-indivíduo (horizontalidade), é a existência de um duplo grau de verticalidade, vez que é difícil imaginar uma das partes infringindo o direito de inafastabilidade da atuação jurisdicional consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por exemplo.

Sendo assim, faz-se necessário estabelecer um critério de adequação, por meio do qual se reconheça quais direitos processuais fundamentais seriam passíveis de serem opostos às partes do processo.

Em outras palavras, o que exatamente permite que exista a eficácia horizontal do artigo 5º, inciso LXXVIII, que prevê a razoável duração do processo, e veda que essa mesma eficácia exista em relação ao artigo 5º, inciso XXXV, que garante a inafastabilidade da atuação jurisdicional, ambos da Constituição Federal?

O professor Ingo Wolfgang Sarlet, ao enfrentar a questão da adequação da eficácia dos direitos fundamentais às relações particulares, entende que é justamente nesse ponto que o aspecto jurídico-objetivo dos direitos fundamentais ganha relevância:

É neste contexto que assume relevo a assim denominada (e já analisada) perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, como também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 386-387)

Portanto, se o Estado está obrigado a promover e zelar pelo respeito aos direitos fundamentais, isso somente pode ocorrer quando ele for, seja por disposição legal ou porque a própria estrutura do direito fundamental assim exige, o único e exclusivo vinculado a tal norma. Isto é, tal somente ocorrerá quando a relação jurídica não for essencialmente vertical.

Do mesmo modo, apenas será possível que o particular esteja vinculado a tais normas quando lhe for possível infringi-las, por ação ou omissão. Assim, para efeitos da presente investigação, entende-se que os direitos processuais fundamentais são oponíveis às partes desde que qualquer delas possa frustrar a sua realização pelo juiz ou outro sujeito do processo.

Dessarte, se, de qualquer forma, por atos processuais ou extraprocessuais, for

juridicamente possível a qualquer das partes violar um direito processual fundamental da outra, estar-se-á diante da possibilidade da eficácia horizontal dos direitos processuais fundamentais.

E é justamente nesse ponto que se verifica a diferença entre os incisos LXXVIII e XXXV do artigo 5º da Constituição Federal: à parte é possível frustrar a razoável duração do processo através de condutas procrastinatórias, mas obviamente ela não pode ser responsabilizada por afastar a tutela jurisdicional. Isso porque tal dever é oponível única e exclusivamente ao detentor do monopólio da jurisdição, ou seja, ao Estado-juiz.

Cumpra, ainda, enfrentar o problema que surge quando o próprio Estado se coloca na condição de parte. Suscita-se a seguinte questão: os direitos processuais fundamentais podem ser aplicáveis nos processos em que figure como parte o próprio Estado, de modo a permitir que ele esteja, ao mesmo tempo, na condição de vinculado e de destinatário do direito fundamental?

Quanto às pessoas jurídicas em geral, admite-se a possibilidade de que sejam destinatárias de direitos fundamentais quando esses forem compatíveis com suas peculiaridades estruturais (inexistência biológica e caráter artificial), vez que é perfeitamente plausível que elas atuem no processo por meio de seus representantes legais ou procuradores.

No caso das pessoas jurídicas de direito público, o problema se funda, principalmente, na questão da dupla subjetividade. Imagine-se um processo em que figurem como partes duas pessoas jurídicas de direito público (autarquia x unidade federativa, por exemplo), em que o próprio Estado, na condição de juiz, poderia punir uma das partes (ele mesmo) por adotar uma conduta que prejudicasse a outra parte (ele mesmo).

O problema, porém, é meramente aparente, pois a boa aplicação da justiça não interessa única e exclusivamente às partes do processo, mas à sociedade como um todo.

Dessa forma, a observância dos direitos e garantias processuais fundamentais deve ocorrer em todos os processos judiciais, independentemente de quem ocupe o polo ativo ou passivo da relação jurídica processual.

3.3 Aplicação

Cumpra analisar, agora, de que forma os direitos processuais civis fundamentais são oponíveis na relação direta entre as partes do processo, vez que, conforme exposto anteriormente, a tutela desses direitos é mais facilmente perceptível na dimensão triangular, ou seja, na relação estabelecida entre o juiz e as partes.

Inicialmente, analisando o princípio da boa-fé processual ou da cooperação, previsto como norma fundamental no artigo 5º do Código de Processo Civil, nota-se que a sua aplicação é evidente na relação entre as partes.

Apesar de não se encontrar expressamente previsto na norma constitucional, dela pode ser extraído de maneira implícita, uma vez que está fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como na garantia básica do devido processo legal, prevista no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Dessa forma, não somente as partes, mas todos os sujeitos do processo encontram-se vinculados ao dever de agir conforme a boa-fé e de cooperar para o bom andamento do processo, a fim de que ele atinja os seus fins, quais sejam, a aplicação do direito ao caso concreto e, principalmente, a promoção da justiça.

Nesse sentido, mostra-se claro que, não agindo a parte conforme a lealdade e a boa-fé, não estará ela apenas descumprindo um dever previsto no Código de Processo Civil, o qual a disposição do artigo 77, incisos IV e VI, identifica como ato atentatório à dignidade da justiça, mas estará violando também um direito fundamental da parte contrária de participar de um processo pautado na cooperação e na lealdade processual.

Wambier e Talamini trazem a seguinte hipótese:

As partes também têm o dever de cooperar. Por exemplo, embora elas não estejam obrigadas a produzir provas contra si mesmas, nada justifica que possam recusar-se, de modo imotivado ou desarrazoado, a fornecer elementos imprescindíveis para que o adversário (ou o juiz, quando tal couber) produza determinada prova relevante para a causa (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 36).

Já pensando no caso de o executado apresentar determinado bem à penhora e depois alegar a sua impenhorabilidade, verifica-se evidente hipótese de violação ao princípio da boa-fé, pois a vedação do comportamento contraditório ou *venire contra factum proprium* constitui uma das formas por meio das quais a boa-fé se efetiva na ordem jurídica processual.

É possível dizer, portanto, que a boa-fé constitui-se em um direito-dever, vez que a parte tem, de um lado, o direito de participar de um processo pautado em valores e condutas idôneas e, de outro, o dever de fazer valer em seus próprios atos tais padrões objetivos de conduta, agindo conforme o que dela se espera.

Quanto ao princípio da razoável duração do processo, garantido pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, compreende-se que ele está nitidamente relacionado à celeridade processual, um dos mais importantes objetivos do Novo Código de Processo Civil, conforme previsto no seu artigo 4º.

Na hipótese em que uma das partes adota um comportamento procrastinatório, requerendo a suspensão do processo em virtude de uma simples providência que lhe foi atribuída pelo juiz, protelando, assim, a solução da lide, é manifesto que ela viola o direito fundamental da outra parte à razoável duração do processo.

Sendo assim, quaisquer meios utilizados por uma das partes para retardar a conclusão do processo podem ser entendidos como formas não apenas de comprometer a efetiva prestação jurisdicional, mas também de violação ao direito fundamental da parte contrária.

Outro direito processual fundamental consagrado pela Carta Magna é o da vedação à produção de provas ilícitas, previsto no artigo 5º, inciso LVI. Segundo Wambier e Talamini, tal disposição tem por escopo “*resguardar ampla e peremptoriamente a integridade, a intimidade e a vida privada dos indivíduos*” (2016, p. 34).

Considerando a hipótese de uma das partes furtrar um documento e utilizá-lo como prova, mostrar-se-ia evidente a eficácia horizontal do direito fundamental supramencionado, podendo ser alegado pela parte que foi prejudicada pela prova documental obtida por meios ilícitos.

O Novo Código de Processo Civil inovou ao trazer a liberdade negocial do processo, previsto no artigo 190, exemplo irrefutável de que os direitos processuais fundamentais também podem ser opostos às partes, vez que decorre diretamente do direito à liberdade, consagrado no artigo 5º da norma constitucional.

Tal dispositivo prevê a possibilidade de as partes alterarem, de comum acordo, procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres nos processos que admitam autocomposição, realizando um verdadeiro negócio jurídico processual.

Ora, sendo um direito das partes, que podem avocá-lo de comum acordo, evidente se mostra a sua eficácia horizontal, restando ao juiz apenas controlar a sua validade, ficando as partes responsáveis pela sua aplicabilidade e efetividade dentro do processo.

Já em relação ao princípio da paridade de armas ou da igualdade processual, entende a doutrina o seguinte:

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade de armas*, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 88).

Tal princípio decorre do artigo 5º, *caput*, da Constituição, que prevê que todos são iguais perante a lei. Tem, ainda, previsão no artigo 7º do Código de Processo Civil, que estabelece que “*é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório*” (BRASIL, 2015).

É inegável que, aqui, há o dever do juiz de garantir a efetividade desse princípio, sendo o responsável por analisar as situações de desigualdade e, utilizando da ideia de igualdade substancial, que impõe tratamento desigual aos desiguais, fazer valer a paridade de armas no

processo.

Nesse sentido, cumpre analisar o caso de ausência de nomeação de curador especial ao réu incapaz, por não ter o autor informado ou por ter criado obstáculos ao acesso pelo juiz de informação sobre tal condição do réu.

De acordo com o artigo 72, inciso I, do Código de Processo Civil, deve o juiz nomear curador especial ao incapaz. É possível afirmar que essa nomeação consiste em uma forma de mitigação à presunção de veracidade dos fatos alegados no caso de revelia do réu.

No caso, a igualdade seria respeitada se ao réu tivesse sido nomeado curador especial para representar os seus interesses, mas foi violada quando o autor prejudicou o acesso a tal informação pelo juiz.

Saliente-se que todas as hipóteses acima levantadas têm ampla ligação à garantia do devido processo legal, já analisada neste estudo.

Assim, acima de todos os outros direitos processuais civis fundamentais aqui estudados, observa-se que o devido processo legal, além de ser assegurado precipuamente pelo juiz em todo o andamento processual, deve ser observado pelas partes, por meio de seus atos, para que, além de colaborarem para um processo justo e eficaz, garantam tal direito à parte contrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto anteriormente, verifica-se que há uma íntima relação entre os direitos e deveres das partes decorrentes da Constituição e do Novo Código de Processo Civil e os principais objetivos do neoprocessualismo.

O neoprocessualismo, conforme dito, tem em vista um processo pautado em valores constitucionais de respeito aos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, sendo o processo um instrumento destinado a aplicar o direito ao caso em litígio, seus procedimentos devem ser pautados e dirigidos conforme os preceitos basilares estabelecidos na norma constitucional.

Essa nova perspectiva foi sustentada no ordenamento jurídico brasileiro com o Novo Código de Processo Civil, que materializa e instrumentaliza os princípios processuais fundamentais, trazendo diversos mecanismos destinados à garantia de um processo civil constitucional, cuja observância dos direitos fundamentais também se dá no sentido horizontal.

Diante disso, torna-se inegável o dever de efetivação desses direitos processuais fundamentais não somente pelo juiz, mas também pelas partes, que devem igualmente respeitar os direitos processuais umas das outras e garantir a sua efetividade no âmbito da relação jurídica processual.

É nesse sentido que é possível afirmar a existência de uma eficácia horizontal dos direitos

processuais fundamentais, uma vez que a sua vinculação se aplica na relação entre as partes do processo, seja nas situações acima expostas como em tantas outras.

Ressalte-se que não se afasta, aqui, a eficácia vertical desses direitos, vez que é evidente que cumpre ao juiz garantir a sua aplicabilidade na relação processual. Entretanto, o que aqui se demonstrou é que referidos direitos também podem ser oponíveis diretamente na relação entre as partes, sem que necessariamente precise o juiz nela intervir para garanti-los. É, assim, um dever direto das partes o respeito aos direitos processuais fundamentais.

Portanto, conclui-se que os direitos processuais fundamentais no processo civil devem ser respeitados tanto pelas partes na relação entre si quanto pelos outros participantes do processo, tendo em vista a efetividade da tutela jurisdicional, de modo que as partes possam ser consideradas, ao mesmo tempo, garantidoras e destinatárias dos direitos fundamentais no âmbito do processo civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Ratio Juris, v. 16. n. 2., jun. 2003. 131-140 p.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 132 p.

ASSIS, Denise Almeida Albuquerque de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Direitos fundamentais e o moderno perfil do juiz. In: LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito *et al.* (Org.). *Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 596-602 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito Constitucional Brasileiro: O problema da Federação*. São Paulo: Saraiva, 1982. 48 p.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: 17 mar. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. RE 201819/RJ. Relator (a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005. DJ 27-10-2006. PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 84-93 p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. 7. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 193-203 p.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 71 p.

_____. *O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. v. 51. n. 81. p. 195-204, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/74283>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*. 8 p.

MARMELSTEIN, George. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Fortaleza: Direitos Fundamentais, 13 mai. 2008. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 91-110 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 26, 2006. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo.290808.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 386-387 p.

_____. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 83 p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 1. 5. ed. e-book baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 29-38 p.

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE CARÁTER ANTECEDENTE E A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓPTICA DO REQUERENTE

João Pedro Brigatto WEHBE¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO

Tendo como premissa o instituto do acesso à justiça, previsto no artigo 5º inciso XXXV, da Constituição Federal, partindo-se da abordagem histórica levantada pelo Projeto de Florença de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, busca-se na atualidade, um instrumento pelo qual, sane uma barreira e confira ao cidadão um acesso substancial a justiça e não tão somente formal. Assim, empregando uma interpretação sistemática, defronte ao novel instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, prevista, pelo novo CPC/2015, sobretudo sob a óptica do requerente, tem-se um procedimento totalmente coligado ao ideal buscado. Pode-se dizer que o CPC/1973 feria o princípio do acesso à justiça, ao passo que, nas hipóteses em que uma pessoa, encontrando-se em situação de extrema urgência, não tinha tempo hábil para a elaboração de uma petição inicial completa, de forma a convencer o julgador quanto ao seu direito, não encontrava no ordenamento jurídico um procedimento célere o bastante a satisfazer sua pretensão o quanto antes, ainda que provisoriamente. Deste modo, com o advento do CPC/2015, por meio do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter preparatório, junto ao instituto da estabilização dos efeitos da decisão que concede essa tutela, vislumbra-se a superação de um entrave e o consequente alcance do acesso à justiça de modo eficaz para com aquele que, terá agora, prestada uma tutela jurisdicional provisória, adequada a satisfazer sua pretensão, com grande potencial de se tornar definitiva.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; CPC/2015; Tutela antecipada antecedente; Estabilização; Requerente;

ABSTRACT

Based on the historical approach raised by the Florence Project of Mauro Cappelletti and Bryant Garth, the institute of access to justice, provided for in article 5, item XXXV, of the Federal Constitution, is currently seeking an instrument by which, heal a barrier and give the citizen substantial access to justice and not just formal. Thus, using a systematic interpretation, in front of the novel institute of stabilization of the anticipated protection required in antecedent character, predicted, by the new CPC / 2015, especially from the perspective of the applicant, there is a procedure totally related to the ideal sought. It could be said that CPC / 1973 violated the principle of access to justice, whereas, in cases where a person, in a situation of extreme urgency, did not have the time to prepare a full petition, in order to convince the judge about his right, he did not find in the legal system a procedure that was quick enough to satisfy his claim as soon as possible, albeit provisionally. Thus, with the advent of CPC / 2015, through the procedure of early protection required in a preparatory manner, with the institute of stabilization of the effects of the decision that grants this tutelage, it is envisaged to overcome an obstacle and the consequent reach of the access to justice in an effective way with the one who will now have provided a provisional judicial

¹ Discente do 7º termo C, no curso de Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail joaowehbe@gmail.com

² Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela UEL/PR. Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação “lato sensu” da Toledo Prudente Centro Universitário. Professor do Programa de Pós-Graduação “stricto sensu” da Universidade de Marília. Advogado. E-mail: gilberto.ligero@gmail.com. Orientador do trabalho.

protection, adequate to satisfy his claim, with great potential to become definitive.

KEY WORDS: Access to justice; CPC/2015; Guardianship anticipated antecedent; Stabilization; Claimant.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da abordagem histórica, levantada no Projeto de Florença, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1978, no qual os autores elencaram barreiras ao acesso à justiça em alguns países, e formas de solução para tais obstáculos, sempre em busca de uma real concretização desse ideal, encontrou-se, no mesmo lapso temporal, que o Estado brasileiro não contemplado nos estudos do projeto, estava muito atrás no que tange aos apontamentos levantados por aqueles.

Deste apontamento, evoluindo, pode-se visualizar mais concretamente a busca pelo cumprimento do acesso à justiça no Brasil, por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a prever além de direitos, garantias fundamentais para os cidadãos.

Nada obstante, contemporaneamente, por meio do Código de Processo Civil de 2015, pode-se notar uma grande inovação em busca do alcance a um acesso à justiça material, por meio da criação do instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Haja vista que, sob o crivo do Código de Processo Civil de 1973, não havia um procedimento adequado o bastante, que previsse uma prestação jurisdicional para casos em que o indivíduo se encontrava em uma situação de extrema urgência, resultando em danos muitas vezes irreparáveis, em vista a morosidade do processo de conhecimento em se buscar a satisfação do direito.

Deste modo, por meio da estabilização trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, nota-se um alcance eficaz do acesso à justiça em favor do requerente da medida satisfativa antecedente, tendo em vista que, nesse caso, além da prestação jurisdicional ser adequada à situação de urgência que cobra um procedimento célere, a parte autora poderá, em vista da estabilização e do transcurso do tempo a contar-se dessa, ter convertida a concessão de seu direito provisório para definitivo.

2 ACESSO À JUSTIÇA

O instituto do acesso à justiça, encontrado no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, se reveste de uma característica diferenciada, porém, comum a outros institutos correlatos encontrados em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo a liberdade religiosa prevista no inciso VI, da Constituição Federal; trata-se do debate sobre sua natureza jurídica, ou seja, ora se é

entendida como garantia fundamental, ora como direito fundamental e, em determinados momentos, até mesmo como norma princípio.

Nas considerações sobre a definição do acesso à justiça poderá se obter dados para estabelecer a sua natureza jurídica, em atenção à pretensão desse trabalho.

2.1 Definição

A definição do instituto se calca em três prismas, que ao final se completam, formando enquanto gênero o acesso à justiça como instituto das ciências jurídicas.

Inicialmente cabe esclarecer o acesso à justiça enquanto direito e garantia fundamental, ambos tendo como pressuposto o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, onde o constituinte expressa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”

Neste ponto, consistente é a ponderação empregada por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (1999, p. 66/67), ao citar o ilustríssimo Rui Barbosa, que por sua vez, reconheceu interpretando o texto constitucional, a separação das disposições declaratórias que expressam existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias que atuam na proteção desses direitos reconhecidos constitucionalmente como forma de limitação do poder.

Por previsão constitucional tem-se o acesso à justiça formal, como direito fundamental de todos pleitearem frente ao Estado a devida prestação jurisdicional, cuja finalidade seria o afastamento de ameaça ou lesão a um direito que se têm. Nota-se, da lição de Rui Barbosa citado por Araujo, que o direito previsto na Lei Maior apenas declara, prevê, apresenta ao cidadão um direito seu, porquanto é indispensável que o Estado crie meios adequados para que se atinja o acesso à justiça substancial ou material.

Disso surge a abordagem enquanto garantia fundamental, assegurando a todos os cidadãos o acesso ao Poder Judiciário, para que obtenham uma tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, abrangendo direitos individuais, coletivos e difusos. Cabendo ao Estado, em vista da previsão constitucional, instrumentalizar a prática do acesso à justiça, enquanto garantia e direito fundamental.

Enfim, não menos importante, o acesso à justiça também se encontra como princípio, extraído da interpretação do mesmo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, sendo uma norma finalística que aponta para um estado ideal a ser seguido, tendo em vista a exegese valorativa empregada entorno do dispositivo constitucional que prevê o instituto.

Deste modo, especialmente por se tratar de um princípio, o acesso à justiça se expande além das vias judiciais, abrangendo também fatores externos que possibilitem a todos

preliminarmente o conhecimento de seus direitos, para depois pleiteá-los por meio de um instrumento criado pelo Estado.

Do apanhado, certifica-se que o estudo abordará o instituto neste contexto amplo, tratando-o terminologicamente como direito, garantia ou princípio fundamental e ainda como gênero, abarcando todas as acepções num conjunto.

2.2 Acesso à Justiça de Mauro Cappelletti e Bryan Garth

Com base na sociologia jurídica, tendo como premissa o estudo do comportamento social, é possível observar, que não basta a positivação de direitos como forma de tornar eficaz o acesso à justiça, carecendo pela força principiológica que reveste o instituto elencado, de medidas direcionadas a conferirem conhecimento ao povo quanto a seus direitos declarados, e que por meio do direito e garantia do acesso à justiça, possam exigir do Estado o meio adequado para requer e ter concedido seus respectivos direitos.

Exatamente neste ponto, é com base no empirismo que se encontram obstáculos ao acesso efetivo à tão almejada justiça, tendo em vista que desde os tempos mais remotos a sociedade brasileira já sofria com o desconhecimento de seus direitos e a falta de mecanismos aptos a concedê-los quando fossem pleiteados, conforme se verá a frente.

Neste rumo, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), constataram a insuficiência em alguns países, até os anos de 1978, em se alcançar um acesso efetivo à justiça.

Em sede do “Projeto de Florença” elencaram as maiores dificuldades encontradas à época, quais foram, as custas judiciais, as possibilidades das partes e os problemas entorno dos interesses difusos ou coletivos.

Como solução para essas barreiras, indicaram a assistência judiciária gratuita para os litigantes hipossuficientes, a representação concreta dos interesses difusos ou coletivos e, um novo enfoque de acesso à justiça, ultrapassando as duas soluções anteriores que já se mostravam aptas à evolução (sem excluí-las), propondo um sistema jurídico inovador, voltado à positivação de direitos e conseqüente adequação da prestação jurisdicional para concedê-los ao povo.

Salienta-se que, a pesquisa elaborada pelos autores não abrangeu o Brasil, tendo em vista que em nenhum momento fora levantado dificuldades encontradas neste País, que se mostrassem como entraves a um acesso efetivo à justiça.

Contudo, o estudo serviu como grande influência para o direito brasileiro, tanto que a obra a qual se faz referência, fora traduzida para o português em 1989, passando a pertencer ao conjunto de obras jurídicas do Brasil um ano após o início da Constituição Federal de 1988.

2.2.1 A cosmovisão da sociedade brasileira de 1970 a 1980

Como mencionado, o Brasil não fez parte das pesquisas de CAPPELLETTI e GARTH (1988), na busca de um acesso à justiça concreto, que previsse as necessidades da sociedade naquele momento e as suprissem adequadamente, para se chegar a um acesso substancial a justiça.

No mesmo interregno temporal, constata-se que o Estado brasileiro se encontrava em atraso, comparando-se a aqueles abordados no Projeto de Florença. Por meio de uma análise crítica acerca da sociedade brasileira dos anos de 1970 e 1980 (período em que se pesquisou para o Projeto de Florença), elege-se diversos fatores sociais com implicações jurídicas, isso pois, a nação sofria um total desamparo estatal, resultando em barreiras muito além daquelas previstas em outros países no mesmo período.

Com o estudo da cosmovisão é possível analisar quais eram os anseios daquela sociedade perante o Estado. Por exemplo, o que a sociedade esperava como acesso à justiça, bem como, qual a visão do povo no tocante a seus direitos, para com a ação do Estado efetivando-os ou não.

Encontra-se à época delineada, um País totalmente desamparado por seus governantes no critério social. Onde se visava a economia e se esqueciam dos fatores sociais relevantes que aconteciam em todo o território nacional. Ainda que a Constituição Federal de 1967, vigente à época, declarasse direitos e garantias individuais, pouco era efetivado em favor dos cidadãos.

Neste cenário, Salvatore Santagada (1990), relatou a desigualdade brasileira com um alto número de desemprego, milhares de pessoas sem moradia digna, educação precária, e com a taxa de mortalidade nacional como uma das piores dos países da América Latina. Concluindo seu relato, expressando que “a situação social brasileira, confirma a necessidade de mudanças socioeconômicas para minorar as desigualdades.”

Vê-se que a realidade brasileira carecia de diversas medidas para evoluir em todos os sentidos. Podendo ser apontado além do desamparo governamental, a falta de conhecimento dos direitos que lhe eram assegurados em lei, porém, não aplicados.

Deste modo, certifica-se que as barreiras levantadas por ocasião do Projeto de Florença não se encontravam no Brasil, pois o país estava muito atrás no conceito de acesso à justiça ali empregado.

Cumprido destacar que a vinda da Constituição Federal de 1988, como soergue SANTAGADA (1990), além de conceber a oportunidade de escolha direta do Presidente da República, envolvendo à época 82 (oitenta e dois) milhões de eleitores, conferiu maior prioridade ao desenvolvimento econômico conjugado com a equidade social, refletindo na garantia de direitos básicos, como a alimentação, o emprego, a saúde, a educação e a moradia.

2.3 Acesso à Justiça e Atualidade

Em pleno século XXI, tem-se um país totalmente oposto daquele presenciado a quase cinquenta anos atrás. Era de se esperar que uma nação rica em diversos aspectos superaria as extremas desigualdades sociais vivenciadas naquele turno.

Por certo, um país perfeito é utópico, mas em que pese ainda se encontre regiões no Brasil menos favorecidas que as grandes metrópoles – diga-se de passagem o que já ocorria no passado – houveram grandes transformações.

O Estado Republicano Democrático de Direito, passou a ser mais prestativo para com os anseios do povo detentor do poder, conferindo-os efetividade aos direitos individuais e sociais, previstos na Carta de Direitos de 1988.

É perceptível que o acesso à justiça se reestrutura conjuntamente com a evolução da sociedade. Ora, os costumes vão se alterando com o tempo e novos direitos são declarados, daí a necessidade de se obter pelo melhor instrumento um acesso eficiente à justiça.

Deve ser dito que as previsões de CAPPELLETTI e GARTH (1988), não se adequam por completo ao atual sistema, levando em consideração que no contexto da histórica obra, foram levantados pontos em que a própria dinâmica dos processos maculavam o alcance à justiça.

Não obstante a isso, a barreira “possibilidade das partes”, sobre o crivo sócio educacional, permeia na atualidade, onde grupos pertencentes à esfera mais baixa da camada de estratificação social, sofrem com o desconhecimento de seus direitos e quando os conhecem, suportam o receio de buscar o Poder Judiciário, seja pela morosidade ou medo em sofrer represálias da parte adversária violadora de direitos.

No mais, nota-se que o Brasil diretamente ou indiretamente, abraçou a solução inovadora soerguida pelos autores na década de 1970, qual seja o “enfoque ao acesso à justiça”, que propunha uma reformulação dos procedimentos e do próprio sistema, para que a prestação da tutela jurisdicional fosse apta a atingir a garantia constitucional em tela.

Nesse contexto, surge o Código de Processo Civil de 2015, com grande influência no acesso à justiça, uma vez que em seu artigo 3º, transcreve quase que fidedignamente o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê o princípio do acesso à justiça.

O Estatuto infraconstitucional retro citado, em seus parágrafos fortalece a constatação, haja vista que autoriza a arbitragem e dispõe de meios consensuais de resolução de conflito, como a mediação e conciliação, que deverão, diga-se de passagem, ser a todo tempo estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público. Possibilitando o desejo do legislador de não somente pela via jurisdicional, concretizar eficientemente o acesso à justiça dos cidadãos que se encontrarem em conflito.

Assim, se faz indiscutível o aprimoramento do direito processual civil brasileiro, amoldando-se a evolução, por meio de novos mecanismos judiciais que amparam a sociedade brasileira, o que torna destacável uma das mais inovadoras criações trazidas pelo CPC/2015, relacionada ao acesso à justiça, conforme se nota adiante.

3 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE E SUA ESTABILIZAÇÃO

Antes de mais nada, em busca do entendimento pretendido, cobra-se a explicação do instituto da tutela provisória antecipada de caráter antecedente bem como a estabilização da decisão que a concede.

Para que, incontinenti, possa-se adentrar no ponto principal, onde se examinará este novo procedimento autônomo, face ao instituto do acesso à justiça.

3.1 Considerações Iniciais

A tutela provisória satisfativa (antecipada) de caráter antecedente, trata-se da prestação jurisdicional de baixa cognição, pois o magistrado após conferindo os requisitos legais, por meio de decisão interlocutória, a concede à parte (o que normalmente se daria apenas ao final do processo, por meio de uma sentença). Que por sua vez, realiza um simples requerimento, contendo o pedido pela satisfação do seu direito o quanto antes, em vista da situação urgente em que se encontra.

Nota-se a excepcionalidade da medida, utilizada corretamente para casos em que a urgência se faça tamanha, que impeça a elaboração de uma petição inicial capaz de gerar a procedência do pedido principal, evitando-se, dessa forma, prejuízos à parte caso tivesse que esperar todo o curso normal de um processo.

Pondera-se como já soerguido, que esta representa uma das grandes inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, sob o crivo do antigo Código de 1973, ante a omissão da lei no tocante a possibilidade de se valer de uma tutela antecipada antecedente, em decorrência da extrema urgência do caso concreto, em determinado momento passou-se a utilizar da tutela cautelar preparatória (antecedente), tendo em vista que esta era disciplinada no Livro III, Capítulo I, do Código de Processo Civil de 1973.

Em que pese à época sob o prisma da parte tenha dado certo rotular a pretensão satisfativa de cautelar, no que tange ao direito processual civil, encontrava-se um grande equívoco. A tutela cautelar antecedente exigia da parte, uma vez concedida, que no prazo de 30 dias, fosse proposta a demanda principal, objeto da medida cautelar, tendo em vista que sua finalidade era apenas assegurar o resultado útil desta ação que seria proposta em um segundo momento.

Restando nítida a irregularidade do que estava sendo adotado, pois na origem os casos careciam de uma tutela antecipada, desejando satisfazer o direito material imediatamente, rotulava-se a demanda como cautelar, o que fazia com que não houvesse conteúdo a ser julgado na ação principal, pois a pretensão já havia sido concedida.

De tal modo, sanando toda controvérsia, surge o Código de Processo Civil de 2015, prevendo de modo originário o instituto da tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

3.2 Procedimento da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Antecedente

Conforme expressa o artigo 303, do atual Código de Processo Civil, quando a situação de fato se revestir de extrema urgência, suficiente a impedir a elaboração de uma petição inicial completa, esta, poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada, ao pedido de tutela final, a exposição da lide, do direito pretendido e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Fredie Didier Jr. (2016, p. 683), leciona que:

A tutela de urgência satisfativa (antecipada) *antecedente* é aquela requerida dentro do processo em que se *pretende* pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final.

No mesmo sentido, tem-se Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 359/360):

O art. 303 do CPC autoriza a apresentação de requerimento de tutela de urgência antecipada antes que seja apresentado o pedido de tutela final de maneira completa. Para tanto, é preciso que haja situação de urgência, contemporânea à formulação do pedido de antecipação.

Deve ser dito, que a tutela de urgência antecipada ou satisfativa concedida em caráter antecedente, nada mais é do que a satisfação provisória do direito antes que o processo passe pelo crivo do contraditório e ampla defesa, bem como da fase instrutória, fatores que, quando presentes, influem diretamente no convencimento do nobre julgador da causa.

Assim, quando a tutela antecipada antecedente é concedida pelo juiz, tem-se uma prestação jurisdicional de cognição sumária ou não exauriente, diferente de uma prestação jurisdicional de cognição plena ou exauriente, que normalmente é proferida ao final do processo.

Dierle Nunes e Érico Andrade (2016, p. 73/74) explicitam que:

A cognição exauriente, pressupõe a completa realização prévia do contraditório e por isso se permite às partes a ampla discussão da causa e produção das provas, com o que, conseqüentemente, o juiz, na decisão final, pode promover aprofundado, mediante o pleno debate processual, o exame dos fatos, permitindo à decisão maior perspectiva de acerto quanto à solução do mérito, desaguando-se na imutabilidade da solução pela coisa julgada. Daí também a indicação doutrinária de que se trata de tutela definitiva, aplicada no modelo tradicional de cognição pelo procedimento ordinário. A cognição sumária, ao contrário, impõe limitação no debate e na investigação dos fatos da causa pelo juiz e pelas partes: o exame dos fatos e o debate são superficiais, razão pela qual, normalmente, a decisão judicial aqui não formaria a autoridade da coisa julgada material. [...]

No que tange ao requerimento da parte, este deverá estar consubstanciado pelo claro desejo de se beneficiar da tutela antecipada de modo antecedente, bem como, por dois requisitos legais exigidos genericamente para as tutelas provisórias de urgência, nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Pelo primeiro, tem-se a exigência de se demonstrar a probabilidade ou verossimilhança do direito que se deseja satisfazer, assim fazendo por meio de uma exposição da lide e do direito que se busca realizar. Em outros dizeres, é suficiente que o direito pretendido pela parte diante do caso concreto seja provável de alguma maneira.

Quanto ao perigo da demora (*periculum in mora*), observa-se que, a urgência presente no momento da propositura da ação, soergue a possibilidade da parte de requerer perante o Estado-juiz, de modo provisório, a antecipação de seu direito, sob pena de sofrer com uma prestação jurisdicional intempestiva, insuficiente à satisfação da pretensão. Por óbvio, cabendo a parte explicar em sua inicial a situação de urgência em que se encontra.

Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 672), neste apanhado, aduz:

- (a) O pedido deve ser de um provimento que corresponda à noção jurídica de antecipação de algo que figure nos efeitos esperados da situação jurídica substancial a ser definida com a resolução final de mérito (por exemplo: numa ação reivindicatória, o autor pode pretender, de imediato, a posse provisória do bem reivindicando, ou o direito de perceber durante o processo os aluguéis que dito bem rende, ou ainda, autorização para ter acesso a ele a fim de realizar obras urgentes de reparo, e assim por diante).
- (b) Os fundamentos do pedido compreenderão, em primeiro lugar, a demonstração de que, no exemplo aventado, o direito de propriedade, em que se apoia a pretensão principal, cabe efetivamente ao requerente (*fumus boni iuris*).
- (c) Compreenderão, em seguida, a demonstração dos fatos que, *in concreto*, permitem reconhecer a ocorrência do perigo de dano grave e de difícil reparação que ameaça o direito do requerente e que está a exigir imediata e inadiável eliminação.

Por fim, conforme preceitua o § 4º, do artigo 303, do Código de Processo Civil, o requerente há de indicar em sua peça inaugural, o valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final. Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 673), explica que: “o valor da causa a ser atribuído ao pedido de tutela satisfativa antecedente poderá ser até igual ao pedido principal, mas não deverá ultrapassá-lo e, eventualmente, poderá ser menor”.

Estando apto o requerimento, o juiz convencido da probabilidade do direito e da situação de urgência que cobra a imediata prestação jurisdicional, sob pena de causar à parte um prejuízo muitas das vezes irreparável, defere o pleito antecedente.

Posteriormente à concessão da tutela, o legislador impõe algumas medidas a serem tomadas pelas partes, que caso não atendidas, impõe a extinção do processo.

Observa-se que o inciso I, do § 1º, c/c o § 2º, ambos do artigo 303, do CPC, expressam que, caso o requerente não adite sua petição inicial dentro de 15 (quinze) dias da decisão que

deferiu a tutela ou de outro prazo que o juiz fixar, com o fim de complementar sua argumentação, trazendo aos autos novos documentos, bem como confirmando o pedido de tutela final, o processo será extinto sem resolução do mérito, em vista da inércia do requerente.

Pondera-se que o legislador neste cerne, também imputa ao réu um ônus, acostado no artigo 304, do CPC, exigindo dele, uma vez concedida a tutela antecipada nos moldes do artigo 303, do mesmo *códex*, a interposição do recurso cabível contra a decisão de concessão da tutela, qual seja o agravo de instrumento, segundo o artigo 1.015, inciso I, do CPC.

Caso o réu não o faça, o processo também será extinto, todavia, se tornando estável os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedentemente, segundo dispões o artigo 304 e seu § 1º, do CPC.

Nota-se a perplexidade destes encargos conferidos às partes, ora o aditamento, ora a interposição de recursos visando afastar a estabilidade. Justamente por isso, cabe uma maior elucidação deste ponto crucial e polêmico, totalmente correlacionado à efetivação da justiça para com as partes deste procedimento.

3.3 Estabilização da Decisão que Concede a Tutela Antecipada Antecedente

Cumprе salientar, que a estabilização da tutela antecipada concedida em processo antecedente, trata-se de um fenômeno inovador, também trazido para o ordenamento jurídico pátrio pelo novo Código de Processo Civil.

Sua ordem é manter os efeitos da decisão que concede a tutela antecipada antecedente, ainda que extinto o processo em que a prestação jurisdicional sumária tenha se dado.

A partir da leitura do artigo 304, do CPC, conclui-se de imediato, que o instituto da estabilização está absolutamente vinculado à tutela satisfativa antecedente. Logo, afastando sua incidência das outras tutelas provisórias, até mesmo da tutela antecipada (art. 300, CPC), bem como da tutela cautelar antecedente (art. 305, CPC).

Duvidoso é o momento de sua ocorrência, haja vista que neste ponto, houve uma omissão do legislador, ao não empregar um raciocínio claro.

Observa-se que a estabilização dos efeitos da decisão, colide diretamente com os interesses do requerido, cabendo a este, nos termos da lei, interpor o recurso de agravo de instrumento, visando afastar esta estabilidade.

Contudo, o prazo para a interposição do recurso é de 15 (quinze) dias a contar da decisão, estando o conflito na medida em que, nos mesmos termos, cabe ao requerente aditar sua petição inicial, para que não sofra com a extinção do processo sem resolução do mérito e consequente revogação da tutela concedida.

O legislador nesta ocasião, não previu expressamente uma saída; restou à doutrina dispensar um entendimento que se fizesse plausível, embasado pela exegese da lei junto à prática forense. Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins, Sandro Marcelo Kozikoski (2017, p. 293), entendem que cabe ao magistrado, primeiramente, considerar a impugnação do réu no que tange ao afastamento da estabilização, e posteriormente, ver se o requerente aditou sua inicial:

Questão importante diz respeito à atuação do réu para evitar a estabilização da tutela antecipada satisfativa. Da decisão concessiva da antecipação de tutela, em caráter antecedente, o réu deve ser intimado para interpor o respectivo recurso (NCPC, art. 304, *caput*), isto é, o agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, inc. I). Desde que tal recurso seja conhecido, ainda que ele não possua como regra o efeito suspensivo (NCPC, art. 1.019, inc. I), a tutela antecipada não pode ser estabilizada. A decisão interlocutória continua produzir seus efeitos [...]

Se não houver nesse interregno temporal o aditamento da petição inicial, o juiz deverá revogar a decisão que concedeu a tutela antecipada, resolver o processo sem julgamento de mérito (NCPC, art. 303, § 2º) e comunicar sua decisão ao Tribunal. Nessa hipótese, o agravo de instrumento perderá o seu objeto e não poderá ser julgado no mérito[...].

Na mesma direção pendem Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 362/363) e Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 683), este nos ulteriores termos:

Por outro lado, ocorrendo o recurso do requerido contra a liminar, extingue-se a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa provisória (art. 304, *caput* e § 1º). O prosseguimento do feito até a solução definitiva da lide será obrigatório. Terá o autor de aditar a petição, cuja falta acarretará a extinção do processo e da medida antecipatória (art. 303, § 2º).

Sendo assim, caso o réu nos 15 (quinze) dias, a contar da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, não interponha o recurso de agravo de instrumento, a estabilização corre em favor do autor.

Cumpra salientar, que o legislador expressamente previu que a estabilização não se confunde com a autoridade da coisa julgada. São totalmente diferentes, haja vista que a estabilização recai sobre os efeitos da decisão de cognição sumária, enquanto a coisa julgada cobre o conteúdo decisório da decisão pela imutabilidade.

Tem-se que a estabilização pode se revestir de definitividade, todavia, não possuindo o caráter imutável e indiscutível, segundo se abstrai do § 6º, artigo 304, do CPC.

Neste contexto, denota-se que os §§ 2º e 5º do artigo 304, do CPC, preveem a possibilidade de qualquer das partes ingressarem, dentro de 2 (dois) anos, com uma ação autônoma de cognição exauriente, cuja finalidade seja rever, reformar ou invalidar a concessão da tutela antecipada antecedente que se estabilizou, por meio de uma decisão de mérito (§ 3º, 304, do CPC).

Nesse diapasão, segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 364), transcorrido o prazo de dois anos para a propositura da ação mencionada, “a estabilidade converte-se em definitividade”, em que pese a isso, não se confundindo com a coisa julgada.

Certifica-se que, transcorrido o prazo para a interposição da ação exauriente, há quem mencione que neste momento ocorreria a coisa julgada da decisão interlocutória que concedeu a tutela satisfativa em caráter antecedente e se estabilizou.

Entretanto, o entendimento não se faz plausível na medida em que a coisa julgada se verifica tão somente acerca de decisões judiciais de cognição exauriente e não aquela sumarizada. Aduz Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 682):

A opção, *in casu*, pela não ocorrência da coisa julgada é lógica e faz sentido, pois não se poderia conferir a mesma dignidade processual a um provimento baseado em cognição sumária e a um provimento lastreado na cognição plena.

Sendo assim, restando clara a forma pela qual se verifica a estabilização dos efeitos da decisão concessiva da medida satisfativa antecedente, bem como sua oposição no que tange a coisa julgada, que independentemente não obsta o caráter definitivo da decisão que satisfaz de forma antecipada o direito de uma das partes do procedimento antecedente.

4 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE E O ACESSO À JUSTIÇA PARA COM O REQUERENTE

Como introduzido alhures, ciente da dinâmica das inovações do novo Diploma de Processo Civil, pode-se levantar o questionamento de se a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente, cumpre com a garantia do acesso à justiça sob o olhar do autor.

Deve ser dito que, o enfoque se coaduna acerca da parte que faz o requerimento da medida satisfativa em caráter antecedente, restando em outra oportunidade a abordagem no tocante ao réu.

Vê-se que este novo procedimento acostado nos artigos 303 e 304 do CPC, detém um enorme potencial para garantir à parte uma prestação jurisdicional adequada, cumprindo com o acesso à justiça.

Observa-se que no passado, quando um indivíduo se encontrava em uma situação revestida de extrema urgência, carecendo da intervenção Estatal o quanto antes, restava a este, suportar o prejuízo gerado a seu direito, em vista de uma prestação jurisdicional intempestiva, muitas das vezes causada pela ausência de um instrumento hábil a atender casos como este.

Com a prestação da tutela satisfativa, requerida de modo antecedente, seguida de sua potencial estabilização, tem-se o surgimento de um meio adequado a satisfazer a pretensão autoral.

Isso se faz possível, pois pelo novel instituto, percebe-se a ocorrência da *ultratividade* da tutela satisfativa autônoma, tratada por José Miguel Garcia Medida (2015, p. 490), que pressupõe a manutenção dos efeitos da decisão que concede a medida satisfativa, quando não impugnada pelo réu e extinto o processo.

Mencionando ainda o autor, que “tal ultratividade perdura enquanto não for proferida

sentença fundada em cognição exauriente”, ou seja, a conservação dos efeitos da tutela, por força da estabilização, se mantém até que seja proposta por qualquer das partes, a ação de cognição exauriente de que trata os §§ 2º e 5º do artigo 304, do CPC, permitindo entender que, se não proposta a referida ação no prazo legal de dois anos, ter-se-á mantido definitivamente os efeitos da decisão que satisfizes antecipadamente a pretensão do requerente.

Neste apanhado, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 364), leciona que com a estabilização da tutela antecipada, seguida da superação do transcurso do prazo de dois anos, o autor terá conseguido a satisfação total ou parcial de sua pretensão, definitivamente.

Pondera-se que, a não formação de coisa julgada sobre o conteúdo da decisão que se estabilizou, não impede o alcance buscado, tendo em vista o caráter definitivo que recaí sobre essa.

Dierle Nunes e Érico Andrade (2016, p. 89), reforçam o alegado, relacionando a força da definitividade alcançada, com o transcurso do tempo, diferenciando o fenômeno da estabilização da coisa julgada:

Todavia, não há dúvida, do ponto de vista prático, não obstante as dificuldades que o ponto pode gerar sob o aspecto teórico, esta estabilização definitiva, apesar de não acobertada propriamente pelo efeito da coisa julgada, gera certa estabilidade de efeitos, após o transcurso do tempo previsto pelo legislador para ajuizamento da ação principal, para se discutir, em sede de cognição exauriente, o direito material objeto da decisão antecipatória, e tal estabilidade de efeitos vem mais do decurso do tempo pelo não ajuizamento da ação principal do que propriamente da coisa julgada.

Noutras palavras, não há necessidade de se invocar a coisa julgada para cobrir tal estabilização jurídica dos efeitos da decisão de cognição sumária, pois ela advém dos institutos da prescrição ou decadência.

Também, corrobora com o alcance do acesso à justiça para com o requerente, o apontamento de Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 682):

Percebe-se que foi acolhida a ideia denominada genericamente de tutela sumária, em que se admite que a decisão de cognição não exauriente, que contém a antecipação de tutela, possa ter força para resolver a crise de direito material por si só, independentemente do desenvolvimento do pedido principal ou da ação principal em sede de processo de conhecimento de cognição plena.

Nessa baila, tem-se Dierle Nunes e Érico Andrade (2016, p. 91):

Assim, realmente, se se busca a criação de uma nova via judicial, mais célere, com procedimento mais enxuto, baseada na técnica da cognição sumária, em que decisões antecipatórias são plenamente executivas e atuam o direito material, como alternativa à via ordinária, mais lenta e com ampla perspectiva de investigação dos fatos, e hábil a gerar a coisa julgada [...].

Deste modo, denota-se a aptidão do instituto da estabilização da tutela antecipada de caráter antecedente a angariar ao requerente uma prestação jurisdicional rápida, a luz da urgência do caso concreto, gerando ainda outros benefícios, como a economia e celeridade processual.

5 CONCLUSÃO

Embasado pela inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil de 2015, especialmente nos artigos 303 e 304, que tratam da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e sua posterior estabilização, contrapondo-o com o antigo diploma legal de 1973, entorno dos casos em que se cobrava rapidez do Poder Judiciário, no que tange a prestação jurisdicional, tem-se que o instituto do acesso à justiça, foi alcançado eficazmente sobre o ponto de vista da parte que solicita ao Estado-juiz uma prestação jurisdicional adequada a satisfazer o seu direito ameaçado, principalmente, pelo tempo, que exige agilidade na atuação jurisdicional.

Denota-se que a urgência contemporânea à propositura de uma ação requer uma estrutura que possa conferir a parte uma prestação jurisdicional célere, ainda que em um primeiro momento provisória, para que a parte não perca o direito pretendido perante o judiciário.

Com a estabilização da tutela satisfativa antecedente, faz-se possível, indubitavelmente, sanar toda omissão do passado, tendo em vista que o legislador previu nos artigos 303 e 304, do CPC, a possibilidade de ter-se estável os efeitos da decisão antecipada, que de modo antecedente, pautada em cognição sumária, em que pese não tenha potencialidade de fazer coisa julga, possui capacidade de vir a satisfazer definitivamente a pretensão autoral.

Conclui-se, portanto, que o acesso à justiça, mormente enquanto garantia fundamental, alocado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, fora contemplado pelo novo Código de Processo Civil de 2015, principalmente, na criação da prestação jurisdicional provisória que satisfaça rapidamente o direito, sendo atingida pela estabilização dos efeitos, capaz de converter a satisfação provisória da pretensão em definitiva, tendo em vista o transcurso do tempo, que no passado corria em desfavor do requerente e hoje se desenvolve em seu benefício.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre, Fabris, 1988.

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

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; V. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito**

processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2, 12. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1 : teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)** / 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de formação da Coisa Julgada.** Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório / coordenador geral, Fredie Didier Jr. ; organizadores, Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador : Juspodivm, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado : com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTAGADA, Salvatore. **A situação social do Brasil nos anos 80.** Revista Indicadores Econômicos FEE. v. 17, n. 4. Rio Grande do Sul, 1990. Disponível em: <https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/179>.

HOLDING FAMILIAR: BENEFÍCIOS E RISCOS DA ADMINISTRAÇÃO DE PATRIMÔNIO POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA

Kleber Luciano ANCIOTO¹
Guilherme Prado Bohac de HARO²

RESUMO

Este estudo demonstra que a *holding* familiar, quando bem planejada e estruturada, constitui instrumento que pode trazer uma série de benefícios aos seus idealizadores e integrantes. Como o próprio nome sugere, esta espécie de *holding* é composta por membros de um mesmo grupo familiar que objetivam uma maior proteção patrimonial e segurança, de forma a permitir que os bens permaneçam no grupo familiar, longe das intempéries a que está sujeita a pessoa natural. Assim, percebe-se que, havendo uma visão profissional do empreendimento, aliada aos princípios de governança corporativa, torna-se plenamente viável que objetivos como a incidência de uma menor carga tributária e a resolução de problemas que envolvam sucessão, materializem-se.

PALAVRAS-CHAVE: *Holding familiar; Proteção Patrimonial; Governança Corporativa; Sucessão; Tributação.*

ABSTRACT

This study demonstrates that the familiar holding, when well planned and structured, is an instrument that can bring a series of benefits to its members. As its name suggests, this kind of holding is composed of members of the same family group that aims a greater asset protection and security, to allow that the its financial resources remain in the family group, away from unforeseen situations that the natural person can undergo. This way, it is noticed that with a professional vision of the enterprise, altogether with the principles of corporate governance, becomes fully viable that interests as the incidence of a lower tax burden and the problem solving that involves inheritance, materializes.

KEY WORDS: Familiar Holding; Assets Protection; Corporate governance; Inheritance.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, ante às circunstâncias sociais, técnicas e de mercado, além das terríveis pressões fiscais, a criação da *holding* patrimonial surge para conferir proteção do ao grupo familiar.

A reunião de membros da mesma família sempre foi a solução mais comum para a formação das sociedades empresárias. Diante o forte vínculo existente entre seus membros, as sociedades familiares em geral, oferecem maior segurança e tranquilidade aos investidores.

¹ Advogado. Estagiário Docente no curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Especializando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudo Tributário (IBET). kleberancioto@gmail.com

² Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Além disso, dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR.

Deste modo, o presente trabalho tem o objetivo de apresentar a *holding* familiar como alternativa à estruturação das sociedades familiares, preservando os interesses de seus membros e do grupo familiar na sociedade.

Para isso, foi traçada a conceituação de *holding*, bem como elaborado um breve histórico, seguido pela sua constituição e classificação, tomado como critério, seu objeto social e a finalidade no que tange especificamente a *holding* familiar.

Além disso, teve como intento contribuir para a elaboração de alternativas de gestão que facilitem o processo sucessório nos grupos societários, bem como os conflitos entre membros e terceiros.

O método de estudo adotado foi o dialético, com caráter bibliográfico, exploratório, qualitativo e quantitativo, além da utilização de pesquisas para exploração do tema.

2 DAS HOLDINGS

Uma *holding* não é um tipo societário específico. Isto enseja que, para sua formação, o tipo societário deve ser escolhido de modo que se coadune com as atividades realizadas e as necessidades dos sócios.

Conforme a finalidade a ser alcançada pela *holding* é que será escolhido o tipo societário, no momento de sua constituição. Frequentemente são adotados os modelos de limitada ou por ações; contudo, a forma mais indicada é a sociedade limitada, uma vez que, para esta espécie societária, um dos objetivos primordiais é evitar que terceiros ingressem em seus quadros sociais.

A origem do termo *holding* está no verbo do idioma inglês *to hold*, que significa segurar, sustentar, deter, manter, controlar. A sociedade *holding* tem por finalidade participar de outras sociedades, podendo exercer atividade empresarial ou não (LODI; LODI, 2011, p. 4).

Com a finalidade de aumentar seus ganhos e se proteger das perdas nos momentos de recessão, os empresários devem investir em tecnologia e gestão, criando técnicas de planejamento estratégico inovadoras, uma vez que a Economia não se trata de uma ciência estática: o meio econômico apresenta ciclos de crescimento, estabilização e de recessão.

A necessidade de planejamento estratégico inovador se torna ainda mais relevante quando se percebe que a simples utilização de dados econômicos do passado tornou-se uma ferramenta limitada para se planejar o comportamento do macroambiente econômico futuro (RASMUSSEN, 1991, p. 27).

Com esta nova forma de estruturação, adveio a necessidade de se estabelecer um novo conceito de gestão, uma vez que se fazia necessária uma ferramenta que oportunizasse a conexão dos proprietários de empreendimentos e gestores profissionais, que passariam a deter o controle

operacional das riquezas. Em outras palavras, havia a necessidade de se constituir uma forma de inter-relação entre os responsáveis operacionais e aqueles que compunham a alta gestão do grupo (RASMUSSEN, 1991, p. 28).

A *holding* pode facilitar o planejamento, a organização e o controle, bem como o processo diretivo de suas empresas afiliadas, além de igualmente proporcionar, ao executivo, a possibilidade de melhor distribuir em vida seu patrimônio, sem ficar privado de um efetivo e amplo processo administrativo. Neste contexto, a *holding* tem elevada influência na qualidade do processo sucessório nas empresas, principalmente as familiares (OLIVEIRA, 2015, p. 08).

A *holding* forma um verdadeiro elo entre o grupo empresarial e os investidores, sendo que, através de representação societária em seu conselho de administração, consegue impedir que atitudes danosas venham a impedir o sucesso ou macular o nome das operadoras (LODI;LODI, 2011, p. 7).

Neste diapasão, não há como se dissociar o sucesso da *holding* do sucesso de suas controladas, uma vez que a função de enfrentar o mercado, lutando pela melhor forma de proficiência, posicionando-se perante a concorrência é responsabilidade das controladas, enquanto a controladora *holding* deve se manter atenta às necessidades de modernização de capital de giro de cada operadora e às decisões sobre a sobrevivência da empresa a controlada ou não (LODI;LODI, 2011, p. 7).

Assim, basicamente, a finalidade das *holdings* seria a de administrar bens, geralmente imóveis e/ou manter majoritariamente ações ou quotas de outras sociedades empresárias, concentrando o controle destas sociedades, evitando, principalmente nos casos das ações, que elas se pulverizem em razão de sucessivas alienações e heranças (LEMOS JÚNIOR, 2014, p. 57).

2.1 Das Vantagens na Utilização da Holding.

As *holdings* podem trazer diversos benefícios, principalmente relacionados à proteção patrimonial, diminuição dos custos tributários e, além disso, contribui para que se evitem conflitos sucessórios e financeiros (LODI; LODI, 2011, p. 12).

As *holdings* possuem atuação como procuradoras de todo o grupo empresarial junto a órgãos do governo, entidades de classe e instituições financeiras; logo, possuem maior poder de negociação na obtenção de recursos financeiros e nos negócios com terceiros, unidade administrativa e de procedimentos de rotina em todas as empresas afiliadas, centralização das decisões financeiras que aumenta o poder de barganha das empresas afiliadas, concentração de diretrizes e decisões do grupo empresarial que proporciona maior celeridade decisória e homogeneidade de atuação, além de descentralização de tarefas de execução entre as empresas

afiliadas (OLIVEIRA, 2015, p. 20).

A facilitação na administração do grupo empresarial verifica-se especialmente pela flexibilidade e agilidade nas transferências e alocações de recursos dentro do grupo e entre as empresas afiliadas à *holding*, sem a necessidade de ouvir os sócios e acionistas minoritários. Ainda quanto aos aspectos administrativos, confere-se o enxugamento das estruturas ociosas das empresas afiliadas relativamente aos serviços comuns a todo grupo, especialmente no caso de *holding* mista, bem como a centralização de determinados trabalhos com possibilidade de diminuição dos custos operacionais (OLIVEIRA, 2015, p. 20).

Para Fábio Konder Comparato (1977, p. 121), as vantagens empresariais da sociedade *holding* podem ser sintetizadas como controle centralizado com administração descentralizada, gestão financeira unificada do grupo e controle sobre um grupo societário com o mínimo de investimento necessário.

Quanto aos aspectos societários, Djalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, pp. 19-21) elenca como vantagens o confinamento dos possíveis conflitos familiares e societários exclusivamente dentro da empresa holding e a maior facilidade na transmissão de heranças.

Arlindo Luiz Rocha Junior, Elaine Cristina de Araújo e Katia Luiza Nobre de Souza (2014, pp. 212-213) citam, dentre outros, maior integração dos processos produtivos, tanto no aspecto reintegrativo como pró integrativo, seleção e qualificação dos recursos humanos para o grupo, padronização de processos de organização e métodos e sistemas de controles internos em todos os elementos do grupo, centralização das atividades de marketing, pesquisas de mercado, publicidade e propaganda, para apoiar as atividades de comercialização dos componentes do grupo, e maior resultado de atividades de lobby com os Governos em caso de necessidade de apoio político para certos projetos do grupo.

Quanto aos aspectos financeiros, Djalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, pp. 19-21) elenca, dentre outros, maior controle acionário com recursos reduzidos, em especial quando se consideram as várias atividades corporativas que podem ser centralizadas; custos menores pela possibilidade de melhor interação das atividades operacionais entre as empresas controladas; redução nas dificuldades de fusão e incorporação pela administração mais interativa entre as empresas; isolamento das dívidas das afiliadas, uma vez que cada empresa pode ter sua vida própria; expansão de negócios rentáveis, apesar do insucesso de outras associadas, pois cada empresa afiliada pode ser considerada isoladamente; concentração do poder econômico do acionista controlador na holding, no que corresponde a uma situação resultante da própria existência de uma holding; e maximização da garantia na aplicação de capital, se todas as empresas forem lucrativas, principalmente quando existe abordagem financeira do caixa único inerente as diversas empresas

afiliadas.

Quanto aos aspectos legais, que podem contribuir para a otimização do planejamento fiscal e tributário, são vantagens: (1) o melhor tratamento de exigências setoriais - considerando setores específicos da economia - pois podem ser usufruídos, por exemplo, alguns incentivos fiscais específicos e momentâneos; e (2) melhor tratamento das exigências regionais pela maior interação com determinadas realidades regionais (OLIVEIRA, 1999, pp. 212-213).

2.3 Das Desvantagens na Utilização da Holding

Pode haver, no entanto, algumas desvantagens na criação de uma holding, o que deve ser analisado antes da sua constituição, evitando que a abertura desta sociedade determine ou contribua para o insucesso do grupo. Assim, conforme ensina Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 21), os empresários devem estar atentos ao seguinte:

“[...] Quanto aos aspectos financeiros:

- não poder usar prejuízos fiscais, o que basicamente ocorre no caso da holding pura;
- ter maior carga tributária, se não existir adequado planejamento fiscal; naturalmente, essa desvantagem pode ser facilmente evitada por um adequado modelo de gestão da empresa holding;
- ter tributação de ganho de capital na venda de participações nas empresas afiliadas,
- ter maior volume de despesas com funções centralizadas na holding, o que pode provocar problemas nos sistemas de rateio de despesas e custos nas empresas afiliadas;
- ter imediata compensação de lucros e perdas das investidas pela equivalência patrimonial;
- ter diminuição da distribuição de lucros por um processo de sinergia negativa, em que o todo – a holding – pode ser menor do que a soma das partes, ou seja, das diversas afiliadas.”

Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 22), elenca algumas desvantagens relacionadas aos aspectos administrativos:

“[...] Quanto aos aspectos administrativos:

- ter elevada quantidade de níveis hierárquicos, o que aumenta o risco inerente à qualidade e agilidade do processo decisório; e
- não ter adequado nível de motivação nos diversos níveis hierárquicos, pela perda de responsabilidade e autoridade, provocado pela maior centralização do processo decisório na empresa holding. [...]”

O alerta trazido pelo estudioso quanto aos aspectos administrativos é que, com a elevada quantidade de níveis hierárquicos formada com a constituição da *holding*, poderia haver prejuízo na agilidade e qualidade das decisões. Além disso, a maior centralização do processo decisório pode levar à desmotivação dos trabalhadores das empresas controladas, em seus diversos níveis hierárquicos, tendo em vista que, com a unificação da administração, as empresas controladas ficam sem referência de liderança e poder que oriente sua atividade. Com a profissionalização da empresa pode haver, ainda, a perda de sua identidade inicial, pois a família poderia eventualmente ficar afastada do poder de decisão, já que em muitos casos os principais cargos ficam centralizados na

holding, que demanda administração especializada.

Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 22) lista aspectos legais que podem influenciar negativamente, quando da opção dos empresários pela criação de uma holding:

“[...] Quanto aos aspectos legais:
- ter dificuldades em operacionalizar os tratamentos diferenciados dos diversos setores da economia, principalmente pela falta de conhecimento específico da realidade de cada setor, e;
- ter problemas em operacionalizar as diversas situações provocadas pelas diferenças regionais. [...]”

Assim, em havendo, em cada região do país e exterior economias e legislações distintas, uma vez centralizado o poder de decisão na *holding*, pode eventualmente haver problemas na operacionalização dos tratamentos diferenciados.

Por não possuir o conhecimento ou visão que cada setor distinto exige, os controladores podem tomar decisões equivocadas ou não ideais para a sociedade empresária, justamente por estas não refletirem as minúcias inerentes aos setores específicos da economia ou também por não condizerem com as especificidades impostas pela diversidade regional.

Finalmente, Dijalma de Pinho Rebouças Oliveira (2015, p. 22) aponta como aspecto societário: “consolidar o tratamento dos aspectos familiares entre quatro paredes, criando uma situação irreversível e altamente problemática”.

Concentrar a administração em uma *holding*, cimentando a centralização do tratamento familiar, pode causar uma situação insustentável e altamente problemática no grupo empresarial, pois, em face das divergências de ideias, mistura de emoções e sentimentos, competitividades pessoais e disputas, o resultado poderá ser a ampliação de contendas pelo poder e por herança, resultando em sérios problemas para o grupo e embates que não se podem resolver através da *holding*.

2.4 Da Classificação

O ordenamento jurídico brasileiro não contempla um tipo empresarial denominado *holding*, mas prevê a possibilidade de uma sociedade ter como objeto social a participação em outras sociedades empresárias, conforme se depreende da leitura do contido no § 3º do art. 2º da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404/76). Cumpre à doutrina, portanto, a função de classificá-las.

As *holdings* podem exercer outras atividades além de participação societária, consoante previsão em seu contrato ou estatuto social, possibilitando as mais variadas funções. Assim, a depender das atividades exercidas, basicamente elas são divididas em duas espécies principais, quais sejam: *holdings* puras e *holdings* mistas ou operacionais.

As *holdings* puras são assim conceituadas quando possuírem como única atividade a participação no capital de outras sociedades, seja como acionistas ou quotistas. Em outras palavras, tratam-se das sociedades empresárias cujo objeto social é manter ações ou quotas sociais de outras companhias (TEIXEIRA, 2007, p. 5).

Já as *holdings* mistas ou operacionais caracterizam-se por ter como objeto social, além da participação em outras sociedades, a exploração de uma atividade econômica. Assim, as *holdings* também podem atuar em atividades de produção, circulação de mercadorias ou prestação de serviços (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO; SOUZA, 2014, p. 18).

Insta salientar que há, no entanto, doutrinadores como João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi (2011, pp. 50-52) que identificam vinte e duas espécies de *holdings*³, tomando como critério primordial a finalidade para o qual ela é constituída.

Dessa forma, resta-nos conceituar a *holding* familiar, ponto fundamental do presente trabalho científico.

Basicamente, a *holding* familiar possui como característica a participação de membros de uma mesma família que desejam concentrar o patrimônio e facilitar sua administração.

Não se trata de um tipo específico de *holding* e pode se consolidar tanto na forma pura como na forma mista, mas, conforme já se adiantou, no Brasil comumente se apresenta na forma mista (ROCHA JÚNIOR; ARAÚJO; SOUZA, 2014, p. 26).

Além das características elencadas acima, a constituição da *holding* familiar visa a redução da carga tributária que incide sobre a pessoa física, a facilitação no planejamento sucessório e a obtenção do retorno do capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação. Nesta linha de raciocínio, ainda se almeja evitar a formação de núcleos familiares distintos, como no caso da chegada à família de parentes por afinidade e, conseqüentemente, conflitos de interesses (LEMOS JÚNIOR, 2014, p. 59).

2.5 Da Escolha do Tipo Societário

Uma vez escolhida a espécie de *holding*, se pura ou mista, passa-se à escolha do tipo societário que será utilizado para a sua criação. O tipo societário está previsto legalmente e deve ser definido considerando os objetivos pretendidos com a constituição da *holding*.

Para usufruir do conjunto de vantagens que tal escolha pode trazer, deverá o empresário

³ Holding pura; Holding mista; Holding de controle; Holding de participação; Holding principal; Holding administrativa; Holding sectorial; Holding alfa ou Holding piloto; Holding familiar; Holding patrimonial; Holding derivada ou Holding ômega; Holding candida; Holding incorporada; Holding fusionada; Holding isolada; Holding em cadeia; Holding em estrela; Holding em pirâmide; Holding aberta; Holding fechada; Holding nacional; Holding internacional.

observar o tipo de *holding* que melhor se compatibilize com sua atividade, pois a otimização dos resultados almejados depende da escolha correta.

Em outras palavras, a eleição do modelo de sociedade, deve ser analisada com critérios, como por exemplo: se sociedade anônima ou sociedade limitada, a composição acionária (capital fechado ou aberto), objetivo principal (familiar, patrimonial), estratégias de negócios, forma de administração, mercado, finanças, etc.

A opção pelo modelo de sociedade limitada através da sociedade simples é o mais apropriado quando a sociedade não tiver atividade empresarial. Já a escolha da sociedade anônima, que requer estrutura mais ampla e sofisticada, é mais adequada quando se pretenda a abertura de capital e no que tange à obtenção de vantagens fiscais.

Segundo leciona João Bosco Lodi e Edna Pires Lodi, (2011, p. 83), a Sociedade Limitada, é a forma societária mais indicada para a maioria das *holdings* (*holdings* familiares, *holdings* puras, *holdings* pessoais e *holdings* patrimoniais).

As vantagens dessa escolha são inúmeras, tais como flexibilidade de decisões, menor burocracia e maior controle, barreiras ao ingresso de estranhos, custos operacionais baixos, responsabilidade limitada ao capital, entre outras.

Por outro lado, como desvantagens deste tipo de escolha, o eminente doutrinador leciona que este modelo exige acompanhamento técnico e contábil, depende de recurso próprio e implica em menor acesso a financiamentos (LODI; LODI, 2011, p. 84).

As sociedades por ações (S/A) são recomendadas para as *holdings* administrativas, pois trazem como vantagens, por exemplo, a transferência de gestão por eleição, captação de recursos de terceiros no mercado acionário e poder de negócio. Contudo, as sociedades anônimas só são recomendadas para aquelas que já estão registradas na bolsa de valores, uma vez que o momento não é propício para esse tipo de investimento (LODI; LODI, 2011, p. 82).

Quanto às sociedades por ações fechadas, são recomendadas para *holdings* administrativas com diversos sócios não familiares, uma vez que propiciam melhor controle de entrada de terceiros do que a S/A aberta, menor investimento para controle, determinação de sucessor por testamento etc (LODI; LODI, 2011, p. 83).

3 DA GOVERNANÇA CORPORATIVA DA HOLDING

A governança corporativa trata-se de “um conjunto de mecanismos que visam a aumentar a probabilidade de os fornecedores de recursos garantirem para si o retorno sobre seu investimento” (SILVEIRA, 2004, p. 12).

Em outras palavras, refere-se aos instrumentos que viabilizam aos sócios e/ou investidores

gerenciar estrategicamente o empreendimento e monitorar as ações da diretoria executiva quando, por algum motivo, precisarem se afastar das funções de gerência, ou quando, na verdade, nunca tiveram tal função.

Ainda, segundo Alexandre Di Miceli da Silveira (2004, pp. 12-13):

“O risco de os recursos dos investidores não serem bem empregados ou serem desviados decorre fundamentalmente da existência de uma situação de separação entre propriedade e controle, em que as pessoas que fornecem capital não participam diretamente das decisões corporativas.”

Assim, com regras claras acerca da função de cada componente da organização, tende-se a obter uma melhor administração, o que constitui a base para a sustentabilidade do empreendimento. Para tal, são instrumentos básicos de governança corporativa (sistema pelo qual as demais corporações são dirigidas ou monitoradas), o conselho de administração (membros que supervisionam as atividades da organização), o conselho fiscal (fiscaliza e opina sobre as contas da companhia) e as auditorias independentes (através de procedimentos técnicos atesta ou não determinado ato ou fato) (MAZZARO, 2010, p. 10).

Sob este aspecto, dispõe o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2009, p. 19) que:

“As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.”

Flávio Campestrin Bettarello (2008, p. 29) defende que a governança corporativa se trata de um sistema de valores e padrões de comportamento. Neste sentido, são princípios básicos da governança corporativa a transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Em breve explanação, o IBGC⁴ (2009, p. 19) define os pilares da governança corporativa da seguinte forma:

“Transparência” em disponibilizar, a todos os interessados no empreendimento, informações que sejam de seu interesse, não limitando às impostas por leis ou regulamentos e não as restringindo ao desempenho econômico-financeiro, mas também com informações que norteiam a ação gerencial condizentes com a otimização e preservação da sociedade empresária ou organização.

A “equidade” visa garantir a todos os sócios e demais interessados um tratamento isonômico e justo, considerando suas necessidades, direitos, deveres, expectativas e interesses.

A “prestação de contas” acerca da atuação dos agentes de governança deve ser feita de

⁴ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

forma clara, concisa, compreensiva e tempestiva, de modo a comprovar que suas atuações se dão de forma diligente e com responsabilidade no âmbito de suas funções.

Por fim, observa-se a “responsabilidade corporativa” no sentido de que os agentes de governança devem sempre zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, de forma a reduzir externalidades negativas e aumentar as positivas atinentes a suas operações e negócios.

Com tais características, não é por outro motivo que Renata Weingrill Lancellotti (2010, p. 94) defende que:

“As práticas de governança corporativa são boas ferramentas para proporcionar melhores condições às empresas deficitárias e mal administradas. A adoção dessas práticas contribui para o desempenho das empresas e tem se mostrado uma das principais formas de evitar o conflito de interesses entre os acionistas (ou quotistas), controladores e minoritários.”

Feitas estas considerações, destaca-se que, em empreendimentos familiares habitualmente surgem conflitos de interesse que, via de regra, afetam negativamente, seja em relação ao seu desenvolvimento, seja no que tange ao relacionamento pessoal entre os membros da família.

Costumam-se perpetrar, nestes empreendimentos, conflitos que envolvem confusão patrimonial, a forma de participação nos resultados, o direcionamento dos negócios e aspirações a cargos na companhia.

Sob este aspecto, mostra-se eficaz a criação de um conselho de família, que não se confunde com o conselho de administração, ao passo que não integra o sistema de gestão do empreendimento e tem a função de organizar as expectativas dos membros da família em relação à sociedade (RODRIGUES, 2012, s.p.).

Este conselho propicia aos membros da família a discussão de temas como a preservação dos princípios e valores familiares que orientam o negócio, definição de limites entre os interesses dos familiares e os do empreendimento, os critérios para compor cargos de gestão e o direcionamento geral dos negócios (RODRIGUES, 2012, s.p.).

Dessa forma, conforme nos ensina Aline Pardi Ribeiro (2012, s.p.):

“[...] a longevidade das empresas familiares é determinada pelo seu posicionamento frente aos obstáculos atuais impostos pelo crescimento (na busca de soluções harmoniosas e objetivas que dirimam os riscos da falta de coesão entre os sócios), ao desalinhamento de intenções e as lutas de poder que podem surgir das relações familiares.”

Assim, a governança corporativa aplicada à *holding* familiar proporciona uma gestão estruturada, confiável, transparente e eficiente, com respeito aos princípios, regras e instrumentos jurídicos que fundamentam o Direito Empresarial, preservando-se o principal fator de ascensão do empreendimento, qual seja: a família.

3.1 Dos Interesses em Constituir uma Holding Familiar

Além da *holding* possuir, por natureza, a finalidade de centralizar a administração das sociedades na qual ela participa como quotista ou acionista, o que, por si só, já justificaria sua constituição para boa parte de seus idealizadores, as *holdings* familiares possuem algumas peculiaridades que podem torná-las ainda mais relevantes, principalmente no que tange os aspectos fiscal e societário.

Assim, destacam-se motivadores que vão desde a redução da carga tributária propriamente dita, à sucessão e à possibilidade do retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos sem tributação.

Conforme a particularidade de cada caso, a *holding* pode proporcionar uma economia fiscal lícita, em total conformidade com a legislação tributária. Para se alcançar este objetivo, segundo Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede (2016, p. 98), é “indispensável a avaliação por um especialista que, para cada situação, faça uma avaliação dos cenários fiscais para definir, em cada caso, qual é a situação mais vantajosa [...]”.

Assim, a *holding* pode viabilizar a solução de problemas como a herança, através da indicação dos sucessores da sociedade, assim substituindo, em parte, as declarações testamentárias, o que pode evitar litígios judiciais. Concomitantemente, propicia um ambiente adequado para o treinamento dos sucessores, além de profissionais de fora do grupo familiar que poderão angariar cargos de direção (TEIXEIRA, 2007, p. 10).

O capital das *holdings* é formado a partir da incorporação de bens e/ou direitos que podem advir tanto de pessoas físicas como de pessoas jurídicas; no entanto, tratando-se de *holding* familiar, normalmente a integralização é realizada somente por pessoas físicas componentes do núcleo familiar.

Esta transferência, por si só, evita que o patrimônio da pessoa física fique exposto às intempéries a que a pessoa natural está sujeita. Isto porque, a partir do momento em que a *holding* passa a ser a proprietária dos bens e direitos, a priori, será seu instrumento de constituição e as regras de Direito Empresarial que definirão as regras nos casos que envolvam dissidências entre familiares ou espólios, e não mais a legislação civil aplicada às pessoas físicas.

Tal afirmação é corroborada pelo entendimento de Teixeira (2007, p. 11):

“A *holding* atende também a qualquer problema de ordem pessoal ou social, podendo equacionar uma série de conveniências de seus criadores, tais como: casamentos, desquites, separação de bens, comunhão de bens, autorização do cônjuge em venda de imóveis, procurações, disposições de última vontade, reconhecimento a funcionários de longa data, amparo a filhos e empregados. A cada tipo de problema existe um tipo de *holding*, aliada a outros documentos que poderão suprir necessidades humanas, apresentando soluções legais em diversas formas societárias.”

Assim, embora a *holding* exija um planejamento estratégico para se originar, após a

constituição, torna-se ela própria o centro de planejamento de todo o grupo familiar.

3.2 Do Acordo de Acionistas

Os acordos de acionistas possibilitam a reconcentração do poder de controle de uma sociedade empresária, compartilhado entre grupos de acionistas por meio contratual (GORGA, 2013, p. 195).

A *holding* diferencia-se dos acordos de acionistas tendo em vista que na primeira seus sócios transferem a titularidade de suas ações para a sociedade, enquanto no segundo as ações continuam pertencendo a cada acionista participante do acordo (VERÇOSA, 2008, pp. 311-312), no entanto, nada impede que os integrantes de uma *holding* familiar, venham a celebrar entre eles um acordo de acionistas.

Tais avenças, como se encontram inseridas dentro da autonomia privada dos acionistas, a princípio, como os contratos em geral, só produzem efeitos entre as partes contratantes (TOMAZETTE, 2012, p. 501).

Nos ensina Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro (2009, p. 295):

“Como estratégia para fazer prevalecer seus interesses diante da assembleia geral, os membros de um grupo determinado de acionistas poderão licitamente vincular-se entre si através do que se chama acordo de acionistas, pelo qual acordam que todos deverão votar sempre num mesmo sentido com referência a determinadas matérias. Tratando-se de contrato, deverá ele obedecer às normas gerais atinentes a essa figura jurídica.”

A previsão legal para o acordo de acionistas encontra-se no artigo 118 da Lei nº 6.404/76. O referido dispositivo disciplina que os acordos de acionistas que versarem sobre compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto ou do poder de controle devem ser observados pela companhia quando arquivados em sua sede.

Insta salientar que os acordos de acionistas não se limitam as matérias elencadas no caput do artigo 118 da Lei nº 6.404/76, mas sim que os acordos que versarem sobre estas matérias e estejam devidamente arquivados na sede da sociedade empresária, deverão ser obrigatoriamente observados, ou seja, gozam de proteção especial, produzindo efeitos em relação a pessoas alheias ao pacto (TOMAZETTE, 2012, p. 501).

A legislação brasileira contempla duas espécies de acordo: os que dizem respeito ao voto e os denominados acordos de bloqueio, que tem por objeto a compra e venda de ações, bem como o direito de preferência para sua aquisição (TOMAZETTE, 2012, p. 502).

3.2.1 Do acordo de voto

Os acordos de voto acabam por promover uma organização prévia dos contratantes nas

assembleias. Nos ensina Marlon Tomazette (2012, p. 503):

“[...] Normalmente, os acordos de voto estão ligados à realização de uma reunião prévia entre os membros para definir de antemão como será a sua atuação na assembleia geral, o que Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik chamam de acordo de voto em bloco. Não se trata da venda do direito de voto, mas de uma organização do seu exercício, a fim de organizar e manter o controle de uma companhia.”

Se um grupo de acionistas firmar acordo para votarem em certa pessoa para administrar a companhia. Em sendo este acordo arquivado na sede de companhia, caso um dos subscritores venha a descumpri-lo e vote em pessoa diversa, a companhia desconsiderará o referido voto, considerando-o inexistente (BERTOLDI E RIBEIRO, 2009, p. 296).

Já as ausências ou abstenções nas votações, autoriza que o voto seja computado conforme a decisão firmada anteriormente no acordo (artigo 118, § 9º, da lei nº 6.404/73).

A *holding* familiar, sob este aspecto, ainda que constituída sob o tipo limitada, acaba por necessitar de ferramentas como o acordo societário, que embora seja regulada pela lei nº 6.404/96 é utilizada em âmbito mais amplo pelas limitadas

Os acordos de voto podem, também, mostrar-se interessante a grupos minoritários ainda que não exerçam o controle da sociedade empresária. Isto porque para exercer o direito de minoria a lei exige determinados percentuais do capital social (CARVALHOSA, 1984, p. 134).

Assim, através do acordo de votos os acionistas minoritários conseguem uma participação mais efetiva na administração da sociedade empresária evitando abuso dos controladores.

3.2.2 Do acordo de bloqueio

Os acordos de bloqueio visam impor restrições à negociação das ações atuais e futuras dos contratantes, seja proibindo a alienação por um prazo determinado ou impondo um direito de preferência recíproco entre as partes (TOMAZETTE, 2012, p. 503).

Com isso, almeja-se a manutenção ou o aumento das proporcionalidades acionárias dos contratantes, evitando o ingresso de estranhos na companhia.

Fato é que com o acordo de bloqueio acaba por aumentar substancialmente a eficácia dos acordos de voto, minimizando a possibilidade de pulverização das ações sociais, diminuindo ainda mais o poder de mando dos acionistas minoritários (RODRIGUES, 2006, s.p.).

Da mesma forma que os acordos de voto, os acordos de bloqueio quando arquivados na sede da companhia, acabam por vincula-la, de modo que ela não poderá aceitar uma transferência de ações em desconformidade com os termos do acordo (TOMAZETTE, 2012, p. 503).

3.3 Do Conselho de Administração

O conselho de administração trata-se de um órgão deliberativo, obrigatório nas sociedades anônimas abertas e facultativo nas fechadas (artigo 138 da lei nº 6.404/76), onde só podem participar acionistas pessoas naturais. Possui basicamente a atribuição de agilizar o processo decisório dentro da companhia (COELHO, 2014, p. 243).

Conforme dispõe o artigo 140 da lei nº 6.404/76 o conselho de administração deverá ser composto por no mínimo três membros, eleitos pela assembleia geral e, dentre outras regras o estatuto deverá estabelecer o prazo de gestão, que não poderá ser superior a três anos, permitida a reeleição.

Como há a faculdade de utilização supletiva da lei nº 6.404/76 as sociedades limitadas, qualquer sociedade familiar constituída sob este tipo societário, poderá se valer de um conselho de administração, já nos outros tipos, haveria a necessidade de previsão contratual. Tal órgão se prestaria para delinear as diretrizes da administração da sociedade em compatibilidade com os valores familiares, uma vez que poderiam participar membros familiares independente de ocuparem cargo na sociedade (OLIVEIRA, 1999, p. 153).

3.4 Do Conselho de Família

É possível a constituição de um conselho composto somente por integrantes da família que independe do conselho de administração. Trata-se de um órgão em que os componentes da família poderão traçar os ideais da sociedade (OLIVEIRA, 1999, p. 160).

Neste sentido, são atribuições do conselho de família: definir limites entre interesses familiares e empresariais; preservar os valores familiares dentro da organização; definir critérios para proteção patrimonial, diversificação, crescimento e administração dos bens; criação de mecanismos para aquisição de participação de outros sócios em caso de saída; planejamento sucessório; visualização da organização como fator de união e continuidade da família; tutela dos membros da família para sucessão na organização; e a educação continuada e definição de critérios para a indicação de membros que irão compor o conselho de administração (RIBEIRO, 2012, s.p.)

4 DO PLANEJAMENTO PATRIMONIAL, SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO

Na medida em que as *holdings* familiares possibilitam a organização do grupo societário e o controlam mais eficientemente, demonstrando tratar-se de uma ótima solução para administração e planejamento sucessório fiscal e tributário, elas acarretam grande economia aos sócios (LODI; LODI, 2011. p.114).

A constituição da *holding* familiar possui como um de seus principais objetivos a

simplificação da sucessão dos bens deixados aos herdeiros em caso de falecimento (ROCHA JUNIOR; ARAÚJO; SOUZA, 2014, p. 33).

Também tem função importantíssima na contenção dos conflitos familiares, deslocando a competência do âmbito limitado e rígido do direito sucessório – em que não se admite grande ingerência pela livre manifestação de vontade das partes – para o flexível direito societário no âmbito empresarial – âmbito este em que a vontade das partes prevalece (LOBATO, 2014, s.p.).

O mal planejamento sucessório, durante a vida, pode trazer graves dificuldades para a sociedade empresária, podendo, inclusive, leva-la à falência, ou à venda do grupo à terceiros, após o passamento de seu administrador.

Há casos em que, muito embora o empresário não tenha obtido sucesso em seu empreendimento quando em vida, a boa elaboração de seu planejamento sucessório viabilizou a saudável continuidade e crescimento do empreendimento por parte de seus sucessores, de modo que sua memória permanecesse marcada após sua morte (MAMEDE, 2013, p. 111).

O planejamento sucessório se manifesta como processo pelo qual a sociedade familiar cria instrumentos, estratégias e parâmetros para permitir a manutenção da atividade empresária de forma racional, perene e economicamente viável, preservando-se o patrimônio adquirido.

Nesse sentido, a criação da *holding* familiar, pode evitar eventuais problemas futuros que poderiam ser enfrentados pelo grupo familiar, possibilitando a preparação da sucessão, uma vez que, o fundador, poderá determinar antecipadamente especificadamente quem o sucederá na administração dos negócios, que geralmente será o mais bem qualificado para ocupar tal posição, resguardando a continuidade do empreendimento sob a administração de pessoa qualificada, evitando maiores conturbações quando do momento da sucessão.

O Código Civil trata da sucessão, a partir do artigo 1.784, dispondo que: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, de modo que, no ordenamento brasileiro, a sucessão para os herdeiros legítimos abre-se com a morte, enquanto para os herdeiros testamentários, apenas com a abertura do testamento ou das disposições de última vontade (ROCHA JÚNIOR; ARAÚJO; SOUZA, 2014, p. 34).

Ainda, conforme as regras do Código Civil, previstas nos artigos 1.845 e 1.846, o fundador deverá respeitar o limite de pelo menos metade dos seus bens para os herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), podendo dispor da metade restante livremente conforme sua vontade por meio de disposição testamentária, inclusive em favor de terceiros, conforme previsão do artigo 1.784 do mesmo diploma.

Embora a transmissão do patrimônio do fundador aos herdeiros necessários (parte legítima) ocorra automaticamente, não necessariamente haverá a participação imediata destes na

sociedade; pois, separar-se-ão aqueles que exercem a administração da sociedade daqueles menos interessados no seu exercício, de modo que os segundos serão informados da realização de quaisquer atos e receberão os dividendos da sociedade.

Com o objetivo de que os herdeiros passem a integrar o quadro societário, faculta-se ao fundador a realização de doação de seus bens e de suas quotas àqueles.

Realizada a doação, os herdeiros, poderão atuar no empreendimento da família desenvolvendo as atividades fundamentais do negócio; contudo, como pode ocorrer que, no momento da doação, os herdeiros ainda não estejam preparados para atender as necessidades demandadas ao bom exercício da atividade empresária – cumulado com o fato da impossibilidade de desconstituição da partilha – a simples doação em vida pode acarretar graves inconvenientes ao empreendimento. Portanto, o usufruto revelou-se como um eficaz instituto para amenizar os prejuízos decorrentes desta situação (CARDOSO, 2014, p. 303).

Dessa feita, as quotas são doadas mediante cláusula de reserva de usufruto vitalício em favor do doador de modo a constituir antecipação da legítima, sem prejuízo de previsão de cláusulas de impenhorabilidade, reversão e inalienabilidade.

Se a sociedade empresária for proprietária de todos os bens antes pertencentes aos indivíduos do núcleo familiar, automaticamente, com a transmissão das quotas, estes bens, indiretamente, passam a somar o patrimônio dos herdeiros.

Com tal previsão, a sociedade empresária terá continuidade sem que haja prejuízos em decorrência da eventual demora na tramitação do processo de inventário, como ocorre nos casos em que o contrato não prevê cláusulas de sucessão hereditária na hipótese de falecimento dos sócios. (ROCHA JÚNIOR; ARAÚJO; SOUZA, 2014, p. 34).

Outra dificuldade que se apresenta refere-se à herança recebida por descendente casado pelo regime de comunhão de bens em face do falecimento ou à dissolução da sociedade conjugal nas situações em que referidos bens passem a pertencer a pessoas estranhas à família, que, na maioria das vezes, encontram-se despreparadas para assumir o negócio e dar continuidade ao mesmo estilo administrativo (OLIVEIRA, 2015, p. 25).

Nestas situações, a simples inclusão de cláusulas que determinem a incomunicabilidade das quotas sociais, impede que o ex-cônjuge requeira sua meação ou parte na herança.

Ainda, sobre o planejamento tributário configura-se como um processo de escolha de conduta lícita (ativa ou omissiva), não simulada, anterior à ocorrência do fato gerador, que objetiva, direta ou indiretamente, a diminuição de encargos tributários evitando-se a prática de atos que configurem fato gerador (art. 116, CTN) ou, até mesmo, retardando o cumprimento de alguma obrigação tributária, seja ela principal ou acessória (CAMPOS, 1987, p. 25).

A título de exemplo para ilustrar as vantagens do planejamento tributário, pode-se citar como exemplo o art. 10 da lei 9.249/1995, responsável por prever que, a partir do mês de janeiro de 1996, os dividendos calculados com base nos lucros não estarão mais sujeitos à incidência do imposto de renda retido na fonte, seja, o sócio, pessoa física ou jurídica.

5 DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Tendo os sócios da *holding* transferido seu patrimônio a ela, os credores das respectivas pessoas físicas terão dificuldade de encontrar recursos para satisfação de seu crédito em caso de eventuais execuções, situação em que podem se valer do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica para ultrapassar a separação patrimonial entre pessoa física e jurídica, objetivando atingir os bens da *holding* para adimplir, forçadamente, débitos contraídos por seus sócios.

Em 1950, para se evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, o jurista alemão Rolf Serick (1955) desenvolveu uma teoria que aperfeiçoa o instituto da pessoa jurídica, criando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, responsável por dispor que sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de alguma fraude, o magistrado poderá ignorá-la e imputar a obrigação diretamente à pessoa que objetivou se furtar de seus deveres. Ressalte-se que a pessoa jurídica desconsiderada não será extinta, liquidada, dissolvida, invalidada ou desfeita pela desconsideração; mas, apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixarão episodicamente de produzir seus efeitos. Desta forma, a separação patrimonial que decorre da constituição da pessoa jurídica não será eficaz no episódio da repressão à fraude (COELHO, 2012, pp. 554-555).

Referido instituto está previsto no artigo 50, do Código Civil, responsável por determinar que, nos casos de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o juiz poderá decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, o que, em princípio, afasta a possibilidade da desconsideração *ex officio* e estabelece os requisitos de seu deferimento.

Com a promulgação do CPC/2015, referido instituto foi tutelado como modalidade de intervenção de terceiros por meio dos artigos 133 a 137 daquele diploma, situação em que seu procedimento foi devida e expressamente regulamentado, o que conferiu maior segurança jurídica aos operadores do direito, tendo em vista que, anteriormente, seu processamento possuía fundamento em construção doutrinária e jurisprudencial.

Diante do novo tratamento atribuído à desconsideração, quando esta ocorrer, os sócios e a

sociedade serão partes no processo, de modo que eventualmente será cabível embargos do devedor, não de terceiros (STJ, AgRg no AgRg no Ag 656.172/SP).

Conforme o artigo 134 do CPC, o incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial; no mesmo sentido, seu § 2º prevê dispensa da instauração do incidente quando a desconconsideração for requerida na petição inicial, hipótese em que sócio e sociedade serão citados; ainda, o § 2º do art. 133 estabelece que, na hipótese de desconconsideração inversa, será aplicado o mesmo procedimento. Por fim, o artigo 1.062 prevê a possibilidade de se aplicar o instituto em processos de competência dos juizados especiais.

Enquanto o Código Civil adotou a teoria maior da desconconsideração – a qual estabelece o abuso de personalidade como requisito de seu deferimento – o Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, em seu art. 28, adotou a teoria menor, bastando, para a desconconsideração, a ocorrência de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração e, por fim, seu § 5º prevê a possibilidade de desconconsideração sempre que a personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Neste sentido, no âmbito consumerista, a desconconsideração pode ser deferida independentemente da configuração de fraude ou abuso de direito, prevalecendo-se o entendimento de que a pessoa jurídica deve atender ao fim para o qual foi concebida, não podendo jamais servir como obstáculo ao ressarcimento de consumidores lesados (GARCIA, 2013, p. 268) e, como não há menção legal a necessidade de requerimento, havendo prejuízo ao consumidor, o juiz estará autorizado a fazer valer a desconconsideração *ex officio* (REsp. 279.273/SP).

Cumprido salientar que, embora não haja previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho no que se refere a desconconsideração da personalidade jurídica, nenhum outro ramo do Direito se mostra tão adequado à sua adoção quanto o Direito do Trabalho; afinal, conforme disposição legal expressa, os riscos da atividade econômica pertencem ao empregador (ALMEIDA, 2004, p. 194); neste sentido, sua aplicação se fundamenta nos princípios e regras próprios do direito do trabalho e na aplicação analógica, emprestando-se disposto no artigo 28, do Código de Defesa do Consumidor, para suprir as lacunas da Consolidação das Leis do Trabalho quanto ao instituto (DELGADO, 2016, p. 542).

Os sócios da *holding* devem ficar atentos quanto à possibilidade de desconconsideração no âmbito trabalhista, principalmente após a Emenda Constitucional n. 72, de 2013, que deu redação ao Parágrafo Único, do artigo 7º, da Constituição Federal, responsável por estender aos empregados

domésticos diversos direitos dos trabalhadores urbanos como: salário mínimo, décimo terceiro salário, férias e adicional de insalubridade e periculosidade, aumentando, significativamente as despesas para contratação e manutenção destes empregados.

Deste modo, caso algum dos sócios possua credores trabalhistas (sejam eles domésticos ou não) haverá grande probabilidade de que o patrimônio da *holding* seja atingido para a satisfação daquele crédito, caso o patrimônio da pessoa física do sócio seja insuficiente para tal.

6 CONCLUSÃO

Ainda que a finalidade da *holding* tenha sido deturpada a ponto de ser necessária intervenção por parte órgãos governamentais para impedir a utilização do modelo econômico de forma indiscriminada, com a promulgação da Constituição de 1988, os empreendedores ampliaram seus horizontes diante de uma nova ordem econômica, momento em que a *holding* foi valorizada tornando-se um instrumento viável e necessário.

Assim, a *holding* familiar surge como solução para a pessoa natural que, por ser efêmera e sujeita às intempéries da vida, não vislumbra a possibilidade de garantir segurança patrimonial com o potencial de transcender gerações com a qualidade e eficiência que pode ser alcançada por uma pessoa jurídica.

Para garantir seu sucesso, como em qualquer empreendimento, faz-se necessária uma visão profissional e a aplicação dos princípios da governança administrativa, de forma a se evitar, ou ao menos mitigar, os conflitos frequentemente decorrentes das relações familiares.

Somente com um planejamento estratégico bem estruturado e composto por regras claras desde a constituição da *holding* é que os interesses dos sócios encontrarão proteção e será viabilizado progressivo fortalecimento e profissionalização do empreendimento e do grupo familiar a cada geração.

A *holding* familiar, como toda sociedade empresária, independentemente de seu porte, está obrigada a elaborar a contabilidade, tanto para atender à legislação comercial como fornecer informações relevantes aos seus acionistas ou quotistas na tomada de decisões. Mesmo porque as sociedades empresárias que não elaboram contabilidade corretamente estão praticamente excluídas de diversos mercados e linhas de crédito, além de renunciar a uma importante ferramenta de gestão.

O sucesso deste empreendimento, dependerá, dentre outros fatores, da escolha correta do tipo de *holding* a ser utilizado, visando à otimização dos efeitos esperados, da atenção aos resultados das empresas operacionais, planejamento estratégico de diversificação e desenvolvimento do negócio, e, principalmente, da presença da *affectio societatis* entre os membros do grupo familiar.

Verificou-se que a constituição da *holding* familiar traz vantagens societárias, administrativas, operacionais e fiscais, garantindo economia e segurança patrimonial por meio de planejamento sucessório bem elaborado, além de proteger sua cúpula administrativa em caso de litígio entre herdeiros, ex-cônjuges e ex-companheiros.

A transferência de participações societárias para a *holding* fortalece o poder decisório da família, com maior possibilidade de manter a identidade e as diretrizes propostas por seus fundadores, de modo que a solução de eventuais conflitos afasta-se da competência do âmbito do direito de famílias e sucessões (onde se destaca o interesse público), para serem dirimidos no âmbito do direito empresarial (onde prevalece a vontade das partes). Desta forma, é possível impedir que herdeiros despreparados assumam a administração da sociedade e prejudiquem sua saúde financeira.

Embora a constituição da *holding* garanta maior segurança patrimonial, seus sócios devem ser cautelosos para que não ocorra confusão patrimonial ou desvio de finalidade, pois o abuso da personalidade jurídica para esquivar-se dos credores permite a desconsideração da personalidade jurídica que, em caso de dívidas trabalhistas ou decorrentes da relação de consumo, poderá ser deferida sempre que a personalidade jurídica configurar óbice para a satisfação do crédito.

Conclui-se, portanto, que se bem estruturada e, com respeito aos princípios básicos da governança administrativa, a *holding* pode proporcionar ao grupo familiar uma série de benefícios e pode solucionar uma série de problemas, devendo, sempre, pautar sua conduta na legalidade, ética e moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de Bens dos Sócios**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BETTARELLO, Flavio Campestrin. **Governança Corporativa: Fundamentos Jurídicos e Regulação**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no Ag Rg no Ag 656.172/SP**, Quinta Turma, Rel. Min. Arnado Esteves Lima, j. 04.10.2005, Dj 14/11/2005.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **REsp. 279.273/SP**, Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito, Dj 29/03/2004.

CARAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**. vol. 2. São Paulo: Saraiva. 1984.

- _____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. vol. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**, vol 1, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**, vol 2, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COHEN, Jaques. **Vale a Pena Receber Alugueis como Pessoa Jurídica?**. 2017, disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/consultorio-financeiro/4844848/vale-pena-receber-alugueis-como-pessoa-juridica>>, acesso em: 14/09/2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**, 15ª ed., São Paulo: LTr, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, 14ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2016.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência**, 10ª ed., rev., ampl. e atual, Salvador: JusPodvm, 2013.
- LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. **Reorganização Societária e Blindagem Patrimonial por Meio de Constituição de holding**. In: Scientia Iuris, v.18, n.2, 2014.
- LOBATO, Marcelo Augustus Vaz. **Quando bem planejada, formação de holdings familiares traz benefícios**. 2014, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/bem-planejada-formacao-holdings-familiares-traz-beneficios>>, acesso em: 16/09/2017.
- LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. **Holding**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
- MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017.
- OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Empresa Familiar: Como Fortalecer o Empreendimento e Otimizar o Processo Sucessório**. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. **Holding, administração corporativa e unidade estratégia de negócio: uma abordagem prática**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- RASMUSSEN, Uwe Waldemar. **Holdings e Joint Ventures: uma análise transacional de consolidações e fusões empresárias**. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 1991.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 28. ed. rev. e atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROCHA JÚNIOR, Arlindo Luiz; ARAUJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza Nobre de.

Holding: Aspectos Contábeis, Societário e Tributários. São Paulo: IOB Folhamatic EBS – Sage, 2014.

RODRIGUES, Andréa da Silva Lombello. **Acordo de Acionistas: Regulamentação das Relações Jurídicas de Acionistas em Sociedades Anônimas Paralelas ao Instrumento de Constituição da S/A.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 194, 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1526>> Acesso em: 7 set. 2017.

RODRIGUES, Carlos Airton. **Governança Corporativa em Empresas Familiares.** 2012. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/governanca-corporativa-em-empresas-familiares/>>. Acesso: em 13 out. 2016.

RIBEIRO, Aline Pardi. **Governança Corporativa em Empresas Familiares.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3409, 31 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22915>>. Acesso em: 13 out. 2016.

SANTOS, Cleônimo dos; BARROS, Sidney Ferro. **Imposto de Renda Pessoa Jurídica para Contadores.** 6 ed. São Paulo: IOB, 2011.

SILVA, Vander Brusso da. **Direito Comercial.** 4. ed. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Governança Corporativa e Estrutura de Propriedade: Determinantes e Relação com o Desempenho das Empresas no Brasil.** Tese apresentada à Universidade de São Paulo, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004. Disponível em: <http://mrm.comunique-se.com.br/arq/132/arq_132_13600.pdf>. Acesso: em 12 out. 2016.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. **Holding Familiar: Tipo Societário e Seu Regime de Tributação.** Tupã, 2007, Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=661> Acesso: em 12 out. 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário.** vol. 1, 4. Ed, São Paulo: Atlas, 2012.

VITORIA, Acauã. **Holding Familiar: A Administração e a Blindagem do Patrimônio Familiar.** Blumenau: FURB, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial.** vol. 3, São Paulo: Malheiros, 2008.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: BREVES APONTAMENTOS GERAIS E O SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS

Silas Silva SANTOS¹
Henrique Miuki Koga FUJIKI²

RESUMO

Sabe-se que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é um instituto que veio para tentar solucionar o problema da litigiosidade repetitiva, buscando incidentalmente firmar tese jurídica aplicável a casos análogos, sem passar, necessariamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Superior Tribunal Federal. Inspirada em instrumentos estrangeiros, notadamente no *Musterverfahren* alemão, a lei prevê que, admitido o incidente, os casos repetitivos pendentes, sejam eles individuais ou coletivos, serão suspensos até o julgamento final. E é justamente deste ponto em diante que a pesquisa se propôs a aprofundar. Utilizando o método indutivo de pesquisa, efetuou-se a análise de alguns dos primeiros IRDRs admitidos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o objetivo de apurar o que vem acontecendo na prática. Da mesma forma, houve exame dos casos pioneiros em que foi necessária a suspensão nacional dos processos, ante a necessidade de proteger a segurança jurídica. De início, a primeira conclusão alcançada foi a de que o sobrestamento dos casos repetitivos não é uma consequência da admissão do IRDR, mas sim uma faculdade do relator do incidente, a depender do caso em concreto. Outra resposta obtida foi a que é possível a suspensão parcial dos processos, sobrestando, quando há cumulação de pedidos, apenas aqueles abrangidos pelo incidente. O estado de conhecimento atingido a partir do estudo realizado pode ser utilizado em projetos futuros, com impacto, *v.g.*, no instituto do julgamento parcial de mérito, quando houver processo parcialmente suspenso por IRDR.

PALAVRAS-CHAVE: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Segurança Jurídica. Decisão Interlocutória de Mérito. Suspensão de processos.

ABSTRACT

It is known that the Incident of Resolution of Repetitive Claims is an institute that came to try to solve the problem of repetitive litigiousness, seeking incidentally to establish legal theory applicable to similar cases, without necessarily going through the Superior Court of Justice and Superior Federal Court. Inspired by foreign instruments, notably in the German *Musterverfahren*, the law provides that, if the incident is admitted, repetitive cases pending, be they individual or collective, will be suspended until the judgment. It is precisely from this point on that the research proposed to deepen. Using the inductive method of research, we analyzed some of the first IRDRs admitted to the Court of Justice of the State of São Paulo, in order to determine what has been happening in practice. Likewise, there was an examination of the pioneer cases in which it was necessary to suspend the cases nationally, given the need to protect legal certainty. Initially, the first conclusion reached was that the suspension of repetitive cases is not a consequence of IRDR admission, but rather a faculty of the incident's rapporteur, depending on the particular case. Another response obtained was that it is possible to partially suspend the processes, thus overriding,

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Civil. Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Juiz Eleitoral. Integra o quadro de Juizes Formadores da Escola Paulista da Magistratura. Coordenador-Geral do Núcleo de Presidente Prudente da Escola Paulista da Magistratura. Professor no Curso de Mestrado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNOESTE (Universidade do Oeste Paulista).

² Graduando do 8º Termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Toledo (PICT), na mesma instituição. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: henriquefujiki@outlook.com.

when there is accumulation of requests, only those covered by the incident. The state of knowledge obtained from the study carried out may be used in future projects, with impact, for example, in the institute of partial merit judgment, when there is a process partially suspended by IRDR.

KEY WORDS: Repetitive Demands Resolution Incident. Legal certainty. Interlocutory Decision of Merit. Process Overflow.

INTRODUÇÃO

É fato que, principalmente após a Consolidação de 1988, que trouxe consigo um maior acesso à justiça, o volume de processos aumenta progressivamente, em uma escala que o Poder Judiciário não consegue acompanhar.

Em virtude disso, é comum que as decisões judiciais não estejam de acordo com importantes princípios derivados do Devido Processo Legal, quais sejam a tríade Isonomia, Segurança Jurídica e Duração Razoável do Processo.

Temos muitas vezes processos longos, que demoram mais do que o razoável para serem julgados, assim como situações homogêneas que recebem tratamentos distintos do Poder Judiciário sem que haja uma justificativa aceitável.

Este problema, no entanto, não se trata de exclusividade do Brasil. Diversos países vêm experimentando o excesso de demandas judiciais e, conforme os anos passaram, lograram êxito em adaptar seus instrumentos processuais para solucionar essa questão.

É nesse sentido que surgem as demandas teste (*test claims*) norte-americanas e britânicas; os procedimentos-modelo (*Musterverfahren*) da Alemanha; as decisões sobre litígios de grupo (*Group Litigation Order*) da Inglaterra; dentre outros tipos de julgamentos por amostragem adotados ao redor do mundo.

Portanto, ao buscar soluções para o crescimento das demandas e tomando por base as experiências estrangeiras, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao trazer o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), mecanismo processual coletivo que possui grande potencial para solucionar a litigiosidade repetitiva, uniformizando entendimentos e fixando teses jurídicas.

Pelas características que lhe são tão peculiares, o IRDR pode ser amplamente estudado, versando desde a sua origem até particularidades como seus legitimados ativos e passivos; procedimento; requisitos; natureza; recursos ou força vinculante. Contudo, no presente artigo buscou-se tão somente analisar os efeitos e o alcance da suspensão dos processos em âmbito estadual ou nacional que, mesmo após dois anos de vigência do CPC/15, ainda geram muita discussão doutrinária.

Valendo-se do método indutivo de pesquisa, ao analisar os IRDRs admitidos em âmbito nacional e estadual, foi possível examinar o que vêm acontecendo na prática nos tribunais, para esclarecer e chegar a conclusões universais acerca de algumas dúvidas que rodeavam o instituto.

Dessa forma, o trabalho permitiu estudar também a figura do julgamento parcial de mérito, outra novidade trazida pelo Novel Código e que completa totalmente o incidente, vez que também foi abordada a possibilidade do julgamento parcial de processos que tenham sido sobrestados. Foram estudados os recursos cabíveis e o que deve acontecer nos casos em que há uma decisão interlocutória de mérito dentro de um processo suspenso por IRDR.

Ao final, a pesquisa chegou à conclusão de que o sobrestamento dos processos é, em verdade, uma faculdade do relator do incidente, além deste poder fundamentar no sentido de realizar um sobrestamento parcial, situação em que é possível julgar parcialmente um processo que tenha tese sobrestada por IRDR, explicando as consequências nestes casos.

1. DO SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS

Uma vez instaurado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas por qualquer um dos legitimados³ e cumpridos todos os seus requisitos de admissibilidade⁴ cabe ao relator do IRDR suspender ou não todos os processos pendentes, sejam eles individuais ou coletivos que estejam em trâmite no âmbito da competência do Tribunal (estadual ou regional).

Ainda, há o entendimento de que “o inciso I do art. 985 autoriza o entendimento de que também deverão ser suspensos os processos em trâmite nos respectivos Juizados Especiais” (BUENO, 2017, p. 676).

Da redação do artigo 982, inciso I da Lei 13.105/15⁵ extrai-se a ideia de que o relator do incidente **deve** suspender os processos no âmbito da competência de seu Tribunal, bastando a ele declarar e comunicar a suspensão aos juízos onde tramitam os processos. Essa ideia, inclusive, é a defendida por parte da doutrina. Segundo Freddie Didier Jr. e Fernando Carneiro da Cunha (2017, págs. 729-730):

“O *texto* do dispositivo pode induzir à conclusão de que a suspensão dos processos depende de decisão do relator. O que cabe ao relator é comunicar os juízos onde tramitam os processos que estão todos suspensos. Admitido o IRDR, suspendem-se os processos. Cabe

³ **Art. 977.** O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

⁴ **Art. 976.** É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁵ Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso.

ao relator do IRDR declarar a suspensão e comunicá-la, por ofício, aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária.”

Entretanto, concessa máxima vênia, tal entendimento não parece o correto, haja vista os prejuízos que as partes podem ter caso haja suspensão “automática” dos processos em um âmbito territorial tão grande. Nesse sentido, diverge José Miguel Garcia Medina (2017, p. 1431):

“A redação do art. 982, I, do CPC/2015 sugere que a suspensão dos processos é integral e inexorável. Não nos parece, contudo, que seja assim. Pode-se, por exemplo, estar diante de questão de direito processual que não impeça a tramitação do processo, para que se realizem atos que não serão atingidos pela decisão que julgar o incidente.”

Em conformidade com este doutrinador, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2017, p. 185), possivelmente o maior especialista no assunto, nos ensina:

“Razões podem existir, contudo, para a não adoção da suspensão para a situação concreta. Pode-se conceber, por exemplo, que, dentro do âmbito da jurisdição do tribunal, a esmagadora maioria dos órgãos já adote uma posição em conformidade com a jurisprudência da Corte ou com o seu entendimento predominante, havendo divergência mínima, localizada em apenas um órgão judicial, sob o qual sequer tramita um número significativo de processos. Embora o IRDR possa ser útil para o estabelecimento da isonomia e da segurança jurídica, de modo integral, na área de jurisdição do tribunal, a suspensão acabaria por retardar, sem justificativa plausível, o andamento da grande quantidade de processos”.

Ao analisar os IRDRs admitidos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo percebe-se que a regra é o sobrestamento de todos os processos que versem sobre a tese objeto do incidente, mas, sem embargos, há decisões que privilegiam os últimos dois doutrinadores, nas quais o relator decidiu por bem não suspender nenhum ou alguns processos.

Percebe-se, *verbi gratia*, que no quarto IRDR admitido pelo TJSP, o qual versou sobre nove temas relacionados aos requisitos e efeitos do atraso de entrega de unidades autônomas em construção aos consumidores, como algumas das teses daquele incidente já haviam sido admitidas em Recursos Especiais no Superior Tribunal de Justiça, não houve suspensão nos processos que tratavam dessas questões⁶.

No quinto IRDR admitido também não houve suspensão dos processos, desta vez por entender o TJSP que a discussão se limitava tão somente à uma Câmara de Direito Público daquele

⁶ Tema 4 – IRDR – Compromisso – Imóvel – Atraso – Multa – Indenização – Taxa – Restituição

Processo Paradigma: IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000

Relator(a): Desembargador FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO

Data de Admissão: 18/08/2016

Data de Publicação: 29/09/2016

Data do Julgamento do Mérito: 31/08/2017

Data da Publicação do Acórdão de Mérito: 15/09/2017

Termo Final da Suspensão: TRÂNSITO EM JULGADO DAS TESES 1, 7 E 9 EM 01/12/2017

Observação:

Com relação às teses 02, 05, 06 e 08, é importante ressaltar que foram proferidas, em 05/03/2018, decisões que admitiram os recursos especiais no IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000, não havendo determinação de suspensão das ações que tratem destas questões.

Tribunal⁷.

Por fim, para encerrar esta dúvida cita-se mais um exemplo, que se adequa totalmente ao pensamento dos Professores José Miguel Garcia Medina e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. No décimo sétimo IRDR admitido pelo E. TJSP, o relator decidiu pela **não suspensão** fundamentando que, se entendesse de maneira distinta, ônus desnecessários seriam implicados às partes, sendo válidas todas as decisões (ainda que conflitantes) até o julgamento final do incidente⁸.

1.1 Da possibilidade de suspensão em âmbito nacional

Traz o Código que qualquer um dos legitimados para instaurar o IRDR, visando a garantir a segurança jurídica, poderá requerer ao “*tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado*” (art. 982 § 3º).

Pode acontecer, inclusive, uma situação curiosa: o requerimento de suspensão nacional pode ser formulado até mesmo por quem seja parte de um processo análogo que esteja tramitando **fora** do âmbito de competência do Tribunal que tenha admitido um Incidente.

Seria o caso, por exemplo, de alguém do Estado de São Paulo se interessar pela suspensão nacional de uma tese que está discutindo judicialmente porque descobriu que em um Tribunal de outro estado há um IRDR instaurado que determinou a suspensão da mesma tese em âmbito estadual.

Tal previsão, diposta no § 4º do art. 982⁹, busca ampliar ainda mais a ideia de proteção da

⁷ Tema 5 – IRDR – Incorporação – ALE – Militares

Processo Paradigma: IRDR Nº 2151535-83.2016.8.26.0000

Relator(a): Desembargador JEFFERSON MOREIRA DE CARVALHO

Data de Admissão: 11/11/2016

Data de Publicação: 30/11/2016

Data de Julgamento do Mérito: 30/06/2017

Data de Publicação do Acórdão de Mérito: 21/07/2017

Data do Trânsito em Julgado: 04/09/2017

Termo Final da Suspensão: NÃO HÁ SUSPENSÃO

Observação:

O Desembargador Relator determinou a **não suspensão** de processos pendentes, individuais ou coletivos que versem sobre o mesmo tema, pois “a divergência existente se resume a uma das Câmaras da Seção de Direito Público”

⁸ Tema 17 – IRDR – Competência – Juizado – Valor – Causa – Litisconsórcio

Processo Paradigma: IRDR Nº 0037860-45.2017.8.26.0000

Relator(a): Desembargador TORRES DE CARVALHO

Data de Admissão: 15/12/2017

Data de Publicação: 01/02/2018

Termo Final da Suspensão: NÃO HÁ SUSPENSÃO

O Desembargador Relator determinou a **não suspensão** “(...) dos processos pendentes ou a serem ajuizados (pois a paralisação das demandas por tempo prolongado implicará em ônus desnecessário às partes, anotando que as decisões de um ou de outro juízo são válidas até que definida a questão) (...)”.

⁹ § 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

segurança jurídica e isonomia de decisões em casos análogos. Imaginem, *v.g.*, se Tribunais (estaduais ou regionais) distintos admitirem e julgarem ao mesmo tempo incidentes que versem sobre o mesmo conteúdo.

Compartilham desta ideia Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer (2015, p. 309):

“a suspensão nacional tem como objetivo evitar a tramitação nos demais Estados e regiões de processos que versem sobre a questão que está em julgamento perante um tribunal estadual ou regional, porque é grande a probabilidade de que tal questão seja submetida aos tribunais de uniformização posteriormente, alcançando, então, abrangência nacional. A suspensão nacional também pode ser útil para obstar a tramitação e julgamento de incidentes com o mesmo objeto, perante tribunais diferentes”

O Superior Tribunal de Justiça adequou seu Regimento Interno se preparando para esta nova realidade. Através da Emenda Regimental 22/2016 foi introduzido no seu Regimento Interno o artigo 271-A que previa que o Presidente do Tribunal seria competente para suspender em âmbito nacional todas as ações que tratassem da tese discutida em IRDR.

Apesar disso, por meio da Portaria STJ 475/16, ficou definido que a competência para decidir sobre a suspensão nacional é do presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também buscou se adaptar ao novo instituto processual. No artigo 1º, inciso I da Resolução 604 do STF¹⁰, de 11 de dezembro de 2017, ficou instituída uma nova classe processual, denominada Suspensão Nacional do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SIRDR).

Tais alterações já surtiram efeitos como quando, em junho de 2017, o Superior Tribunal de Justiça deferiu o primeiro pedido de suspensão nacional de IRDR.

Naquela ocasião, entendeu o Tribunal da Cidadania que o IRDR nº 5024326-28.2016.4.04.0000/PR - o qual buscava firmar tese de que o Contran ultrapassou seus limites reguladores ao tratar em sua Resolução 543/2015 sobre a inclusão de aulas em simulador como pré-requisito para obtenção de carteira nacional de habilitação – cumpria os requisitos da proteção da segurança jurídica e o excepcional interesse público.

Os requerentes deste caso juntaram aos autos dados comprovando que havia, à época, 490 ações versando sobre a abusividade da Resolução do Cotran em trâmite em todas as instâncias da Justiça Federal. Demonstraram ainda haver no Brasil mais de 12.500 (doze mil e quinhentos)

¹⁰ A PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 363, inc. I, do Regimento Interno, CONSIDERANDO a entrada em vigor do Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016, e as inovações processuais dele decorrentes, CONSIDERANDO a necessidade de atualização das classes processuais e dos incidentes disponíveis para autuação e registro de processos no Supremo Tribunal Federal, R E S O L V E: Art. 1º Ficam instituídas as seguintes classes processuais: I – Suspensão Nacional do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SIRDR), nos termos do art. 976 c/c art. 982, §3º, c/c art. 1029, § 4º, do Código de Processo Civil;

centros de formação de condutores, os quais seriam todos potenciais interessados no IRDR.

Desta forma entendeu o STJ por suspender nacionalmente a questão, tendo o Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Paulo de Tarso Sansaverino, explicando em seu voto que:

“O incidente de resolução de demandas repetitivas está inserido nesse contexto como instrumento processual capaz de, ao mesmo tempo, pacificar, no âmbito do estado ou da região, questões de direito que se repetem em múltiplos processos com a formação de precedente (julgado qualificado) que, além de refletir sua eficácia nos processos suspensos, balizará as atividades futuras da sociedade, das partes processuais, dos advogados, dos juízes e dos desembargadores. Destaco aqui aspecto positivo a possibilitar, inclusive, o desestímulo ao ajuizamento de novas ações, bem como a desistência daquelas em tramitação, tendo em vista ser fato notório que a ausência de critérios objetivos para a identificação de qual é a posição dos tribunais com relação a determinado tema incita a litigiosidade processual”.

Da mesma forma, o Pretório Excelso também já admitiu sua primeira suspensão nacional em IRDR. Trata-se de decisão tomada na Pet 7001/RS, agora SIRDR-1 no STF e publicada em fevereiro de 2018, na qual a Ministra Carmen Lúcia acolheu o pedido da União para sobrestar em âmbito nacional todos os processos que envolvessem a interpretação do artigo 158, inciso I da Constituição Federal.

A questão, de matéria tributária, estava sendo discutida no IRDR 5008835-44.2017.4.04.0000 sob competência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e já tem entendimentos distintos na esfera administrativa (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional x Tribunal de Contas da União) além de controvérsias no próprio STF e entre os Tribunais Regionais Federais.

Neste sentido, definiu a Min. Carmen Lúcia:

“24. Pelo exposto, considerando o princípio da segurança jurídica, defiro o requerimento de suspensão dos atos decisórios de mérito de controvérsia constante de todos os processos, individuais ou coletivos, em curso no território nacional, que versem sobre a questão objeto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 5008835-44.2017.4.04.0000, admitido no Tribunal Regional Federal da Quarta Região (§ 4º do art. 1.029 do Código de Processo Civil), mantendo-se a possibilidade jurídica de adoção dos atos e das providências necessárias à instrução das causas instauradas ou que vierem a ser ajuizadas e do julgamento dos eventuais pedidos distintos e cumulativos deduzidos.”

Portanto, não há dúvidas que o IRDR faz cada vez mais parte do ordenamento jurídico pátrio, adaptando-se às peculiaridades dos casos em concreto (decisões sobre a não suspensão dos processos), inclusive nos tribunais superiores (STJ e STF), se tornando, aos poucos, mais uma confiável ferramenta de trabalho dos tribunais a ser utilizada na busca da solução dos problemas do jurisdicionado.

2. DO PROSSEGUIMENTO PARCIAL DOS PROCESSOS SUSPENSOS

Em que pese a escolha de um caso paradigma e a conseqüente suspensão dos casos homogêneos ser, em um primeiro momento, uma saída “simples” para resolução de demandas repetitivas, surgiu como ponto motivador desta pesquisa discutir e chegar à uma conclusão acerca da seguinte hipótese não abordada no Código de Processo Civil: como lidar com situações em que, havendo cumulação de pedidos, apenas um ou parte destes estejam sobrestados e os outros sejam passíveis de julgamento antecipado de mérito, outra novidade trazida pelo atual CPC?

Ao tratar deste assunto, Sofia Temer (2017, p. 131) nos ensina que “havendo cumulação de pedidos, não parece haver óbice para que a suspensão atinja apenas o pedido que será afetado pelo IRDR, bem como eventuais pedidos que mantenham relação de prejudicialidade com aquele”.

Compartilha deste entendimento Antonio do Passo Cabral (2015, p. 1443) ao comentar os artigos do IRDR no CPC/15, afirmando:

“Se, no processo, houver cumulação de pedidos simples, em que cada pedido seja independente dos demais (art. 327), pode haver a suspensão parcial do processo, seguindo-se a tramitação em relação ao pedido que não sofre condicionamento da tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme consolidado no enunciado nº 205 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.”

Logo, a solução para estes casos seria aplicar a decisão parcial de mérito, que é expressamente autorizada pelo CPC/15, não havendo óbices para sua utilização em âmbito de IRDR. Ou seja, para os fatos incontroversos não há impedimento para que o juiz deixe de julgar, ainda que parte do processo esteja suspensa pelo incidente.

2.1. Breves comentários acerca da decisão interlocutória de mérito

Naturalmente, quando se fala de decisão interlocutória é natural vir à cabeça a ideia de pronunciamento judicial que ocorre incidentalmente ao processo, contendo carga decisória com poder de prejudicar as partes, mas que não põe fim ao processo por não analisar o mérito. É justamente nesta última característica que se difere da sentença, conforme a lição de Nelson e Rosa Nery (2016, p. 716):

“O pronunciamento do juiz só será sentença se a) contiver uma das matérias previstas no CPC 485 ou 487 (CPC 203, § 1º) e, cumulativamente, b) extinguir a fase cognitiva do processo comum ou a execução (CPC 203, § 203 § 1º), porque se o pronunciamento de natureza decisória for proferido no curso do processo comum ou de execução, isto é, sem que se lhe coloque termo, deverá ser definido como decisão interlocutória [...]”

No entanto, o artigo 356 do Código de Processo Civil nos trouxe a possibilidade do julgamento parcial do mérito, quando se tratar de fatos incontroversos ou que estiverem em condições de julgamento imediato, nos termos do artigo 355¹¹.

¹¹ **Art. 355.** O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

Percebe-se que, em havendo cumulação de pedidos e ao menos um pedido estiver em condições de ser julgado, tal julgamento parcial e antecipado do mérito não deve ser entendido como mera faculdade, mas sim como um impositivo à atividade jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 446), como expresso no *caput* do artigo 356: “o juiz decidirá parcialmente o mérito”.

Em poucas palavras, estar-se-á falando de decisão interlocutória, mas que julga o mérito de determinada questão, que, apesar disso, não põe fim ao processo.

Vejamos, à propósito, o que diz Humberto Theodoro Junior (2017, p. 507):

“[...] Fica patente, para o novo Código, que uma decisão interlocutória nem sempre se limita a resolver questão acessória, secundária, de ocorrência anormal no curso do processo e autônoma em relação ao seu objeto. Também o mérito da causa pode sofrer parcelamento e, assim, enfrentar decisão parcial por meio de decisão interlocutória, como deixa claro o art. 356. Melhor orientação, portanto, adotou o Código atual quando evitou limitar a decisão interlocutória à solução de *questões incidentes*, destinando-a a resolução de qualquer questão, desde que não ponha fim à fase cognitiva do procedimento comum ou não extinga a execução (art. 203. §§ 1º e 2º). Em outros termos, a decisão interlocutória, na dicção legal, é a que soluciona qualquer questão, sem enquadrar-se na conceituação de sentença”.

A consequência prática aparece quando analisamos os recursos, vez que, em regra, do pronunciamento judicial que decide mérito sobrevem apelação, mas, da decisão interlocutória agravo de instrumento. Nesse ponto não há dúvidas, conforme leciona Eduardo Talamini (2016, s/p):

“O capítulo da decisão que julga parte do mérito não é sentença, pois a fase cognitiva prosseguirá para a instrução probatória do restante do mérito, ainda não julgado. Trata-se de decisão interlocutória (art. 203, § 2º). Por isso, contra ela caberá agravo de instrumento (arts. 356, § 5º, e 1.015 II). O agravo de instrumento, no CPC/15, só cabe em hipóteses taxativas – e essa é uma delas”.

Em apertada síntese, em um processo que tiver pedidos cumulados há previsão legal da possibilidade de julgamento parcial, conforme os pedidos puderem ser julgados (cumprindo os requisitos mencionados). Estas decisões ficaram conhecidas como interlocutórias de mérito, as quais podem ser alvo de Agravo de Instrumento, sem prejuízo do prosseguimento normal do processo em relação aos pedidos pendentes.

2.2. Da suspensão de parte dos pedidos em virtude do IRDR

Diz o Enunciado 205 do Fórum Permanente de Processualistas civis:

“(art. 982, *caput*, I e §3º) Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e §3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas. (Grupo: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Assunção de Competência).”

Destarte, depois de estudado sucintamente a figura da decisão interlocutória de mérito, a

conclusão que deve chegar o trabalho é a de que: I) caso ocorra suspensão parcial do processo em virtude de IRDR, nada impede que o juiz julgue o mérito em relação aos pedidos não suspensos; II) criar-se á duas cadeias recursais: da decisão interlocutória de mérito será oponível Agravo de Instrumento, e da decisão do IRDR, via de regra, cabe Recurso Especial ou Extraordinário, conforme previsão legal do artigo 987.

Contudo, as pesquisas não se esgotam por aqui. Indo mais além, imagine que não só os pedidos estejam cumulados, mas que entre eles também exista uma relação de prejudicialidade.

Seria o caso, *v.g.*, de em um processo que esteja discutindo a alíquota de determinado tributo e se há ou não prescrição. Poderia ser a hipótese em que, sendo o tributo federal ou estadual, milhares de ações semelhantes sejam ajuizadas discutindo exatamente a mesma alíquota. Uma vez sobrestada esta questão, nada impede que os tribunais ou juízes julguem a questão da prescrição, independente de uma decisão de instância hierarquicamente superior acerca do IRDR. Pelo contrário, como já abordado no tópico 2.1, o juiz **deve** julgar os pedidos não afetados.

Ora, se for reconhecida a prescrição para alguns demandantes, para estes a discussão sobre a alíquota perderia sentido. Em caso de não configuração da prescrição, deve-se então aguardar o julgamento dos pedidos suspensos.

Para esclarecer esta situação um tanto quanto confusa, segue o entendimento de Teresa Arruda Alvim (2017, s/p.) que compara o problema com um caso de Recursos Extraordinários, que tiveram reconhecida a repercussão geral:

“Tratam-se de ações envolvendo a cobrança pelos poupadores de expurgos inflacionários relacionados aos planos econômicos Bresser, Verão e Collor [...] (Recursos Extraordinários 626.307/SP e 591.797/Sp). O mérito desses recursos consiste em se saber se são devidas as diferenças ocorridas nos rendimentos das cadernetas de poupança. Determinou-se, por consequência, a suspensão da tramitação de todos os feitos no território nacional, até a decisão definitiva.

[...] além da questão do pagamento dos expurgos inflacionários nessas ações, se discutem também outras alegações, que a nosso ver podem e devem ser apreciadas pelo tribunal local. O que, em absoluto, não afronta a competência do Supremo Tribunal Federal, assim como também não influencia na decisão da Corte Suprema sobre o mérito propriamente dito. A alegação das instituições bancárias acerca da prescrição enquadra-se nesse grupo de outras questões.

[...] haverá duas cadeias recursais: reconhecimento da prescrição da pretensão do consumidor no tribunal local, podendo este recorrer até o STJ buscando demonstrar que o prazo prescricional aplicado ao seu caso não está de acordo com o entendimento pacificado naquela corte superior.

Se reconhecida a prescrição em definitivo, fica prejudicada a parte da demanda relativa a apreciação dos expurgos; senão, baixam-se os autos ao tribunal local aguardando o julgamento pelo STF.

Existe, no entanto, a possibilidade de o Supremo, nesse ínterim, proferir pronunciamento definitivo da parte até então suspensa, acerca dos rendimentos aplicados às cadernetas de poupança, julgando-se o mérito. Essa situação gera dois possíveis desdobramentos: se for

reconhecido o direito dos poupadores, o processo ficará aguardando a decisão do STJ acerca da prescrição; em caso contrário, não se reconhecendo o direito dos poupadores, a análise da prescrição fica inutilizada.

Portanto, a conclusão a que se chega é a de que, mesmo havendo pedidos prejudiciais entre si, ou que tratem de matéria preliminar que possa impedir o prosseguimento das ações, o Direito Processual Civil atual está preparado para lidar com cada situação, seja por meio da suspensão ou não dos processos repetitivos, seja pela suspensão parcial, utilizando sempre que necessário a técnica do julgamento parcial do mérito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme dito anteriormente, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é um instrumento processual complexo, interessante e com muita promessa, que, por si só, gera discussões e instiga muitos pesquisadores a estudá-lo a fundo.

Fato é que o IRDR já é cada vez mais uma realidade nos tribunais, sejam eles estaduais, regionais ou superiores, e as dúvidas que antes rodeavam o instrumento aos poucos vão se solucionando na prática.

Sabendo disso este trabalho procurou abordar apenas uma parte específica, qual seja a da suspensão dos processos por meio da admissão do incidente.

Percebeu-se pelos IRDRs admitidos no Estado de São Paulo pelo Tribunal de Justiça que é possível interpretar a suspensão como uma faculdade do relator, ao contrário do que se pensava originalmente.

Também foi possível notar o quanto o Código de 2015 foi pensado de uma maneira a facilitar o julgamento de repetitivos e a duração razoável do processo, principalmente com a expressa previsão legal do julgamento parcial do mérito, fazendo uma conexão perfeita entre a parte inicial e final da Lei.

Dessa forma, sem a pretensão de esgotar as dúvidas acerca deste profundo assunto, chega-se ao final do trabalho com a certeza de que o IRDR tem muito a oferecer e a otimizar a função jurisdicional, respeitando a duração razoável do processo, a isonomia e a segurança jurídica, além de assegurar decisões uniformes para casos homogêneos.

O incidente, graças a todos os recursos que dispõe o Código de Processo Civil, consegue atuar como meio de desafogar o volume do Judiciário de maneira ainda mais eficiente que as já existentes técnicas de julgamento de repetitivos no âmbito dos Tribunais Superiores, vez que estes pressupõem a existência de Recurso Extraordinário ou Especial repetitivo e o IRDR já pode ser instaurado em âmbito estadual ou regional.

Ante ao exposto, espera-se que a pesquisa tenha atingido a sua finalidade de introduzir o leitor ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e demonstrar as peculiaridades que resultam do sobrestamento de processos após a admissão do referido incidente, assim como solucionar dúvidas por meio de exemplos práticos que vêm enfrentando os tribunais pátrios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. **CPC abre debate sobre alcance de suspensão de ações em repetitivos**. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-11/teresa-alvim-cpc-abre-debate-suspensao-acoes-repetitivos>> Acesso em 15 de mai de 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER Jr., Freddie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária no tribunal**. 14 ed. Salvador: Ed. JusPodvm, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil**. Revista Processo, vol. 243, maio/2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SANSAVERINO, Ministro Paulo de Tarso. **Decisão em SUSPENSÃO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 7 - PR (2017/0071428-1)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73393118&num_registro=201700714281&data=20170623&tipo=0&formato=PDF> Acesso em 15 de mai de 2018.

STF determina suspensão nacional em incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. Núcleo de Direito Processual Civil da UFPR. Disponível em: <<http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/index.php/stf-determina-suspensao-nacional-em-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr/>> Acesso em 15 de mai de 2018.

STJ defere primeiro pedido de suspensão nacional de processos em decorrência de IRDR. Site do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/noticias/Noticias/STJ-defere-primeiro-pedido-de-suspensao-nacional-de-processos-em-decorrancia-de-irdr> Acesso em 15 de mai de 2018.

TALAMINI, Eduardo. **Julgamento "antecipado" e julgamento parcial do mérito**. Migalhas, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235085,41046-Julgamento+antecipado+e+julgamento+parcial+do+merito>> Acesso em 15 de mai de 2018.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 2 ed. Editora JusPodivm, 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - Vol 1**. 58 ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Código de Processo Civil anotado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OS DEVERES DE COOPERAÇÃO DO JUIZ À LUZ DA EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE PROCESSO

Alexia Domene EUGENIO¹

RESUMO

O presente artigo tem como escopo primordial a análise dos deveres do juiz no modelo de processo cooperativo. Para tanto, fez-se um estudo acerca da evolução dos modelos de processo, desde a dicotomia clássica entre os modelos inquisitivo e dispositivo, que vinham se mesclando ao longo do tempo, até atingir o atual modelo ideal – o processo cooperativo. A pesquisa utilizou-se de levantamento bibliográfico sobre os modelos tradicionais e da inauguração de um novo modelo processual. Enfim, buscou-se demonstrar que, baseados no princípio da cooperação e outros princípios fundamentais do processo civil, os deveres do juiz surgem como forma de distribuir as atribuições do processo, tornando-o um instrumento mais efetivo e justo.

PALAVRAS-CHAVE: Modelos processuais. Processo cooperativo. Cooperação. Deveres do juiz.

ABSTRACT

This article has as its primary scope the analysis of the duties of the judge in the cooperative process model. In order to do so, it was made a study of the evolution of process models, from the classical dichotomy between the inquisitive and the dispositive models, which had been merging over time, until reaching the current ideal model – the cooperative process. The research used a bibliographical survey on the traditional models and the inauguration of a new procedural model. Finally, it pursued to demonstrate that, based on the principle of cooperation and other fundamental principles of the civil process, the duties of the judge appear as a way to distribute the attributions of the process, making it a more effective and fair instrument.

KEY WORDS: Procedural models. Cooperative process. Cooperation. Duties of the judge.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, o qual entrou em vigor 1 ano depois, em 2016, entrou em cena uma inovação legislativa que trouxe muitas indagações: o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do diploma. Tal disposição que implica na cooperação entre os sujeitos processuais inaugurou uma nova ordem na conduta tanto das partes como na conduta do juiz.

É de extrema relevância colocar em pauta a atuação do juiz dentro do processual, visto que conduz o debate entre as partes e é responsável por solucionar o litígio levado ao órgão jurisdicional, não podendo agir de forma desidiosa nem deixar de trilhar o caminho procedimental

¹ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2018-2020) Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli - FISIG (2017). Foi Professora Assistente no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente de Agosto de 2017 a Julho de 2018, nas áreas de Direito Administrativo, Direito Internacional e Direitos Humanos. Membro do grupo de estudos da mesma instituição sobre Direito Internacional e Direitos Humanos de 2015 até 2018. Foi membro do grupo de estudos sobre Processo Civil e Acesso à Justiça entre 2013 e 2015.

correto, com as devidas garantias das partes, como o contraditório efetivo.

Observa-se que, ao longo das micro e macrorreformas processuais, houve um reestruturação do papel dos sujeitos processuais, sejam estes as partes, os auxiliares da justiça ou o próprio juiz. O juiz, segundo uma interpretação teleológica do Código e do que se extraiu da pesquisa, deve atuar de modo a esclarecer as postulações das partes e esclarecer seus próprios pronunciamentos, deve consultar as partes antes de tomar decisões, mesmo que envolvam matéria de ofício, e deve prevenir nulidades ao indicar os erros das partes em suas postulações.

Desse modo, realizando-se uma análise histórica e evolutiva dos modelos de processo, por meio de levantamento bibliográfico, para enfim atingirmos o modelo cooperativo, que é o ideal que se pretende atingir em alguns anos, empregou-se o método dedutivo, permitindo-nos chegar a uma conclusão final sobre os deveres do juiz, com base numa bibliografia atualizada com a nova codificação processual, cujo referencial teórico são grandes doutrinadores e processualistas brasileiros.

2. ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE PROCESSO: O PROCESSO INQUISITIVO, DISPOSITIVO E COOPERATIVO

O *processo* encontra-se em um contexto social e histórico marcado pela evolução da ordem jurídica, em que seus objetivos eram analisados sob diferentes perspectivas, dando cada uma dessas vertentes sua própria conotação ao instituto “processo”, desde a sua visão como mero apêndice do direito material até adquirir independência e roupagem autônoma, adquirindo características próprias ao longo do tempo.

A divisão clássica entre os ramos do direito material e direito processual tem como expoente Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 22), sendo agasalhada pela doutrina processualista em geral². Tais posicionamentos acerca do processo merecem breves, porém relevantes, apontamentos neste trabalho.

Conforme nos ensina Humberto Theodoro Junior (2015, p. 41), a antiga corrente civilista colocava o direito processual como apêndice do direito material, pois o processo era um dos aspectos do direito material ameaçado ou violado, que surgia com tal lesão, assim, o processo confundia-se com o direito material.

Num segundo momento, a ciência jurídica passou a atentar-se quanto ao objetivo de resguardar a ordem jurídica que possuía o processo, girando em torno do formalismo jurídico, da pura técnica – trata-se da fase autonomista ou conceitual. Humberto Theodoro Junior destaca que

² Podemos citar a doutrina de Antônio Carlos Araújo Cinto, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2015, p. 65).

nessa fase, que conferia grande autonomia ao direito processual civil, “não interessaria com quem estaria a razão, mas apenas definir qual a vontade concreta da lei” (2015, p. 42).

Com efeito, o processo mostrou-se mais que mero apêndice do direito material, contudo, também não se mostra mero método técnico e estritamente legal de solução de litígios. O processo exerce outras funções dentro da ordem jurídica, especialmente irrigado pelo Estado Democrático de Direito, de assegurar a paz e justiça social, exercendo uma função pública.

O processo afirma-se como um instrumento a serviço da paz social (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 65), cuja efetividade é pressuposto de uma ordem jurídica justa, adquirindo roupagem de garantia fundamental, que toda lesão ou ameaça a direito será levada a crivo do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) – fase que recebeu o nome de instrumentalista.

Ada Pellegrini Grinover (2015, p. 67) analisa essa vertente do processo a partir de seus “resultados práticos”, analisando seu papel perante a sociedade e em que pontos já evoluiu, como a assistência jurídico-judiciária, simplificação das formas, ênfase à conciliação, garantias constitucionais como o mandado de segurança coletivo, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros avanços normativos.

Uma vez entendido como garantia fundamental de todo aquele se sentir lesado em seu direito material, surge o debate sobre o modelo processual ideal. O modelo de processo baseia-se na sua forma, isto é, nos institutos e instrumentos processuais, nos poderes do juiz e das partes, que podem dar uma conotação mais ou menos participativa.

Assim, de modo a legitimar o processo como esse meio de atingir a pacificação social e resultados justos perante a sociedade, os modelos de processo devem estar pautados em institutos idôneos, cujas regras observem os valores constitucionais e o devido processo legal. Aqui, é importante destacar a ressalva que Fredie Didier Jr. faz, que a depender do que se entende por devido processo legal, qualquer um dos modelos estaria em conformidade com tal conceito, por se tratar de uma cláusula geral (2013, p. 207).

Vejamos, entre os princípios que orientam os modelos processuais, temos os princípios *dispositivo* e *inquisitivo*, que se referem precipuamente à atuação das partes e do juiz com relação à iniciativa e condução do processo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, entra em cena o princípio *cooperativo*, este mantendo relação intrínseca com a função social do processo.

2.1 Os Modelos Inquisitivo e Dispositivo de Processo

Numa primeira aproximação, podemos trazer o magistério de Humberto Theodoro Júnior, que nos diz: “O processo é *dispositivo* quando sua sorte é deixada exclusivamente ao arbítrio da

parte. É *inquisitivo* quando o juiz, de ofício, promove a prestação jurisdicional.” (2015, p. 714).

Conforme a literalidade da definição, o modelo inquisitivo de processo consiste no processo em que “as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolher as provas e que, a final, profere a decisão.” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 82).

O modelo dispositivo, por sua vez, “consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2015, p. 88), sob o fundamento de resguardar a imparcialidade do juiz – o nome “dispositivo” remete a estar à disposição das partes.

Fredie Didier Jr (2017, p. 136) não é adepto desta dicotomia nem da terminologia empregada, utilizando-se dos modelos *adversarial* e *inquisitorial* apenas para fins didáticos na introdução ao tema do modelo processual ideal. Na sua visão, o modelo adversarial (que equivale ao dispositivo) tem forma de competição em que o juiz é mais passivo, tendo apenas a função decisória. Por sua vez, o modelo inquisitorial ou não adversarial (que corresponde ao inquisitivo), torna o juiz o protagonista do processo.

Todas parecem delimitações demasiadamente rígidas, pois muitas vezes, o juiz ou as partes não concentrarão todas as funções processuais, mas ainda assim poderá tratar-se de processo inquisitivo ou dispositivo, desde que haja evidente preponderância de um ou de outro.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 714) nos esclarece, com base no art. 2º do Código de Processo Civil: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”:

Na instalação da relação processual prevalece o princípio dispositivo. A parte tem o alvitre de postular ou não a tutela jurisdicional, isto é, a propositura da demanda é ato privativo da parte. Mas, vencida esta fase inaugural, o processo passa a se desenvolver por impulso oficial do juiz. É que, estabelecida a relação processual, entra em atividade uma função pública – a jurisdição, que faz com que o interesse público na justa composição do litígio e na pacificação social predomine sobre o simples interesse privado da parte.

Assim, com a evolução das regras processuais, podemos encontrar um sistema com regras mistas, pois, segundo a brilhante lição de Fredie Didier Jr., em artigo sobre o tema, “sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade” (2013, p. 209).

Justamente em razão da finalidade pública do processo, que tutela interesses privados, mas também a ordem jurídica, o Juiz não pode ser mero espectador, devendo possuir poderes em algumas situações, como a produção de provas.

Com relação ao poder de instrução do juiz, temos no art. 370 do Código de Processo Civil:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Ora, como se vê, o legislador seguiu a legislação anterior, não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude nesse aspecto.

Percebe-se, diante disso, que os princípios inquisitivo e dispositivo poderão manifestar-se em diferentes atos e fases processuais, a depender do estabelecido pelo legislador, seja com relação à própria instauração do processo, produção de provas, autocomposição do conflito, interposição de recursos, entre outras tarefas atribuídas aos sujeitos do processo. Não existe, por fim, um modelo puro.

2.2 O Modelo Cooperativo de Processo

Superando a dicotomia tradicional entre os modelos inquisitivo e dispositivo, deparamo-nos com um terceiro modelo de processo, o *processo cooperativo*. Recente no estudo doutrinário, o modelo cooperativo sem dúvidas ganhou força com o advento da nova lei processual, em razão de algumas regras e princípios específicos que trataremos a partir deste momento.

Ainda é possível destacar a nomenclatura por Daniel Mitidiero, que estamos diante de um processo “comparticipativo” (2011, p. 64).

Trata-se de um modelo resultado da articulação das seguintes normas fundamentais: o princípio do contraditório, o princípio da boa-fé processual, o princípio da primazia da decisão de mérito, e princípio do autorregramento da vontade, segundo Fredie Didier Jr (2017, p. 141), além, claro, do próprio princípio da cooperação. Destaca-se que todos estes princípios aqui referidos foram expressamente indicados pelo legislador nas normas fundamentais do Código de Processo Civil, entre os artigos 1º a 12.

Com relação ao contraditório, as partes passam a ter poder de influência sobre as decisões, ademais, o próprio Juiz está sujeito ao crivo do contraditório, ao diálogo. Humberto Theodoro Júnior nos diz, de forma incorrigível (2015, p. 108):

O novo CPC brasileiro espousa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como *direito de informação/reação*, ceda espaço a um *direito de influência*. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de *democracia deliberativa* no campo do processo, reforçando, assim, “o papel das partes na formação da decisão judicial”.

Quando tratamos de contraditório, numa abordagem conceitual, temos esse importante instituto como “a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 356).

Ocorre que a participação abrange não apenas aquele que é indicado como sujeito passivo da relação e que possui o direito de defesa por excelência (o réu), mas também permite que o autor exerça sua participação por este exercer o direito de ação. Ambos se completam, sendo indispensável a ciência, informação e manifestação sobre a prática de atos por eles. O contraditório, nesse sentido, ganhou status constitucional e de garantia fundamental, cuja violação implica em nulidade, mácula irreparável.

O art. 7º do Código de Processo Civil prevê, em sua parte final, que o juiz deverá zelar pelo efetivo contraditório, ou seja, poderá adaptar o procedimento de modo a balancear as faculdades e ônus das partes na sua participação processual, tornando a participação justa e em igualdade de condições.

Diferentemente do Código de 1973, em que não se permitia a dinamização probatória em razão de particularidades do caso, como expressamente coloca o Código de 2015, no artigo 373, §1º. Vemos que o processo demanda a maior participação, e que esta seja de forma equitativa.

O art. 9º refere-se à imperiosidade do contraditório, sempre que se for proferir uma decisão, ou seja, deve-se permitir a participação em todos os atos que possam vir a refletir em sua esfera jurídica (já que as decisões judiciais podem vir a formar coisa julgada, e ter efeitos executivos).

O art. 10 recebeu o nome de “vedação à decisão surpresa”, ao trazer: “ O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar [...]”. Claramente impõe mais obrigações ao juiz que, mesmo quando tratar de matéria reconhecível de ofício, deve dar oportunidade de manifestação às partes.

Por sua vez, o art. 11, traz que “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Ora, vemos que a publicidade e fundamentação andam lado a lado com a legitimidade da decisão, garantindo que todos os julgamentos sejam de conhecimento das partes, de modo a permitir a ampla defesa, manifestação e recursos.

Nesse sentido, para legitimar a decisão judicial, Marinoni entende que ao juiz existe um dever diferenciado quanto ao contraditório, já que se trata de um poder não representativo como o Legislativo, e que tem natureza *contramajoritária*, no sentido que não se propõe a seguir a vontade das pessoas, mas sim a vontade da lei, devidamente justificada (2016, p. 445-446). Assim, deve utilizar de uma fundamentação adequada, clara, suficiente para convencer as partes que a atuação jurisdicional contemplou suas posições e seguiu a legalidade na confecção da decisão final.

Quando falamos na boa-fé processual, nas normas fundamentais, o legislador fez

referência à boa-fé no art. 5º do Código de Processo Civil. A relevância da conduta de acordo com a boa-fé é tanta que houve uma maior atenção ao que dispõe sobre os deveres das partes no processo (art. 77³), a responsabilidade por litigância de má-fé e as sanções aplicáveis aos sujeitos processuais (art. 79 a 81).

Para José Miguel Garcia Medina (2017, p. 52), significa que não se permite o “exercício abusivo de uma posição jurídica”, ou seja, em que muito embora possua direito de ação ou defesa, a finalidade da prática dos atos inerentes à sua posição não seja a finalidade essencial processual (de atingir um objetivo real no processo), mas sim uma finalidade diversa.

A esse respeito, indicamos que as partes devem agir com lealdade no processo, sem adotar condutas ardilosas cuja finalidade não é o bom andamento do processo para que se atinja uma decisão de mérito, mas sim com finalidade protelatória e desleal⁴.

Quanto ao princípio da cooperação em si, serão feitas maiores considerações ao longo do trabalho, mas já se adianta que, conforme preceitua o art. 6º do Código sobre cooperação processual, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Assim, a articulação dessas normas se afunila num processo que podemos denominar de “cooperativo”. Luiz Guilherme Marinoni afirma que a cooperação é um modelo, como aqui também colocamos, que visa “organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho*” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 496).

Ademais, não apenas as normas fundamentais do processo exprimem a inauguração de um novo modelo processual, mas também outras modificações no rito que exprimem a mesma necessidade de colaboração das partes e do juiz para o bom andamento do processo. Por exemplo, cita-se a audiência de conciliação e mediação introduzida pelo legislador em posição estratégica no rito.

Diferentemente da audiência preliminar prevista na égide do Código anterior, que ocorria após a resposta do réu, o legislador agora determina que o réu será citado para comparecimento à audiência, e não para se defender. A doutrina, nesse diapasão, interpreta a vontade do novo Código em estimular o diálogo e prevenir o litúgio (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 285).

O fundamento encontra-se já no art. 3º, §§2º e 3º, do Código, os quais dispõem que “§ 2º.

³ O art. 77 do Código de Processo Civil de 2015 traz um rol de condutas que seriam desleais, como por exemplo formular pretensões destituídas de fundamento, deixar de produzir provas, praticar atos inúteis ou desnecessários, e não criar embaraços à execução de decisão.

⁴ A boa-fé na sua vertente objetiva, segundo o STJ, é “[...] uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal” STJ, REsp 803.481/GO, 3ª Turma, Julgamento em 28/06/2007, Rel. Min. Nancy Andrighi.

O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.” e que “§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, [...] inclusive no curso do processo judicial.” Claro, não se pretende esgotar o tema da audiência e do incentivo à construção da solução em conjunto, mas se afirma que são, da mesma forma, ramificação da cooperação que permeia todo o diploma processual – cooperação esta que envolve todos os atores do processo.

Por conseguinte, o modelo cooperativo implica numa colaboração e cooperação não apenas das partes, mas também por parte do juiz, o qual terá também obrigações ao conduzir o processo, tornando-o uma ferramenta ainda mais justa e efetiva.

2.3 Modelo Processual Adotado no Brasil

Com os elementos trazidos, conclui-se que o processo cooperativo é um modelo *participativo*, em que os deveres e faculdades são compartilhados⁵. Neste modelo de processo cooperativo, não há protagonismos escancarados, todos os sujeitos processuais têm o dever de cooperar para que a prestação jurisdicional seja eficiente, inclusive o próprio juiz.

Mas, será este o processo adotado pelo Brasil com o Código de 2015?

A partir da leitura do Código de Processo Civil de 1973, adotava-se de forma preponderante o modelo inquisitivo de processo, em que o juiz possuía mais poderes, embora permeado com influências do princípio dispositivo, no qual as partes tomam a frente na condução do processo.

Podemos ver que o Código de 2015 deu ampla importância à participação de todos os sujeitos processuais sem prevalências.

Não se nega, entretanto, que existem institutos característicos do processo inquisitivo, como o fato do juiz possuir poderes instrutórios e executivos (art. 139 do Código de Processo Civil de 2015), e que existem institutos de processo dispositivos, vide a possibilidade das partes disporem sobre as regras procedimentais de forma nunca antes vista, com base na cláusula geral de negócios processuais (art. 190 do Código de Processo Civil de 2015). O que temos é a expressa referência à cooperação em todos os artigos fundamentais, supraindicados, e que irradiam em todos os demais institutos, dando conotação cooperativa ao que era unicamente inquisitivo ou dispositivo.

Ao mesmo tempo, como foi citado sobre o modelo cooperativo, o estímulo à solução consensual dos conflitos, que deve ser conduzido por todos, incluindo juízes, advogados, defensores públicos e Ministério Público, é outra vertente da cooperação, e o Código de Processo Civil de 2015 é vasto em exemplos de prevenção de litígio e incentivo ao diálogo e consenso.

⁵ DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. op. cit. p. 212.

Logo, entendemos que se adotou o modelo cooperativo no Brasil, pois pautado na ética e no diálogo, permitindo que todos os sujeitos tenham participação nos atos processuais. Também, o supramencionado autor Humberto Theodoro Júnior, também entende que o legislador esposou o modelo cooperativo como modelo de processo brasileiro a partir daquele momento que editou o Código de Processo Civil de 2015.

Conduto, ainda temos muito a avançar em termos de cooperação, visto que a mudança na postura dos magistrados irá ocorrer com o tempo, aos poucos perdendo o status de situação diferenciada e colocando-se com obrigações processuais como as partes possuem.

3. OS DEVERES DE COOPERAÇÃO DO JUIZ SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O modelo cooperativo, como visto, supera os modelos inquisitivos e dispositivos, trazendo uma obrigação de cooperação entre os membros da relação processual com o fim de se atingir, de forma mais eficiente e justa, o fim do processo com uma decisão de mérito. O fundamento para a cooperação encontra-se no art. 6º do Código de Processo Civil, mencionado anteriormente, mas que deve ser melhor estudado, para que enfim adentremos nos deveres processuais de cooperação do juiz.

3.1 Princípio da Cooperação

O princípio da cooperação foi uma novidade legislativa dentro do Código de Processo Civil de 2015, estando previsto no artigo 6º da codificação: “*Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

Atuando como princípio, conforme Humberto Ávila descreveu em sua obra “Teoria dos Princípios”, é um estado ideal a ser atingido, e bem aponta Luiz Guilherme Marinoni sobre isso, serve de “elemento de organização de processo justo idôneo a alcançar decisão justa” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 499).

O modelo de processo cooperativo se pauta nesse princípio de modo que não significa que as partes devem ajudar seu adversário, ou seja, as partes não irão colaborar entre si, mas sim agir de forma correta, leal, se manifestar de forma clara, sem atuar para retardar o processo, dissimular as provas e prejudicar a eficiência do processo.

Neste ponto, fazemos uma ressalva para discordar de Marinoni, o qual indica que as partes não colaboram pois possuem interesses opostos, e que o art. 6º se direciona apenas à colaboração do juiz para com as partes (2016, p. 499). A oposição a essa afirmação se dá em razão de as partes

serem sim destinatárias do art. 6º do Código de Processo Civil de 2015, mas a sua cooperação é em relação ao próprio processo, e não com o adversário, porque de fato há interesse divergente. Também parece correto a assertiva de Daniel Amorim Assumpção Neves, segundo o qual as partes irão colaborar com o próprio juiz para a boa condução do processo (2017, p. 33).

E vamos além, adotando o que defende Fredie Didier Jr (2017, p. 143), em que a cooperação é “conteúdo de *todas* as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor [...]”.

As partes e os sujeitos que atuam no processo nas mais diversas funções devem, portanto, participar do processo de forma ativa e contribuir com as informações delas exigidas, produzir provas, e levar ao processo os elementos necessários para o julgamento do mérito.

Quanto ao juiz, este passa a ser integrante da dialética processual, sempre mantendo as partes cientes dos passos tomados e conduzir o processo de forma eficiente. Mas, para tal, deve haver uma redistribuição de poderes dentro do processo para se atingir esse estado ideal cooperativo, criando-se com relação ao magistrado também alguns deveres como ocorre com as partes – a cooperação pressupõe que todos os sujeitos tenham atribuições dentro do processo.

Mas, como bem ressalta José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 45-46), deve haver cautela, pois há um “problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes”, comparando o processo e a lide como uma enfermidade, sendo o juiz o médico, não se pode controlar a atividade médica nem os meios de investigação essenciais ao diagnóstico ou na prescrição dos remédios adequados. O juiz possuirá deveres cooperativos próprios, sem, entretanto, limitar sua liberdade na atuação como julgador.

3.2 Deveres do Juiz

Inicialmente, José Miguel Garcia Medina (2017, p. 55), coloca que o dever de cooperação do juiz “se manifesta, na sua forma mais rudimentar, no dever de decidir em observância ao princípio do contraditório, sem surpresa para as partes”. Mas continua falando dos deveres específicos de cooperação, que seriam os de *esclarecer*, *prevenir*, *consultar* e *auxiliar* as partes.

Não é unânime a nomenclatura ou quantidade de deveres de cooperação do magistrado. Por exemplo, outros autores, como Marinoni (2016, p. 499) trazem os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio*. Já Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 33), traz três deveres: *esclarecimento*, *consultar*, e *prevenir*. Fredie Didier Jr (2017, p. 144) fala nos deveres de *lealdade*, *esclarecimento*, *consulta*, *prevenção* e *auxílio*.

Iremos nos ater aos três deveres comuns, ainda que em roupagem diversa, quais sejam: (1) o dever de esclarecimento; (2) o dever de consulta; e (3) o dever de prevenção.

No que toca ao *dever de esclarecimento*, o magistrado deverá buscar com as partes esclarecer eventuais dúvidas que tenha sobre as alegações ou pedidos deduzidos em juízo. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, isso “naturalmente evita a decretação de nulidades e a equivocada interpretação do juiz a respeito de uma conduta assumida pela parte” (2017, p. 33).

Como exemplo, temos a situação de indeferimento da petição inicial, possibilidade conferida pelo art. 300 do Código de Processo Civil de 2015, mas que antes de ser tomada a decisão de indeferi-la, deverá o juiz pedir à parte esclarecimentos se observar que há uma confusão na causa de pedir ou pedido. Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 500) cita como exemplo também o artigo 139, inciso VIII do Código, que confere poderes ao juiz de determinar a qualquer tempo comparecimento das partes para inquirição sobre os fatos.

Claro, havendo necessidade de alguma diligência para esse esclarecimento, deve-se observar o contraditório e dar conhecimento à outra parte.

O esclarecimento é também em face das suas próprias decisões, pois o magistrado deve ser claro em motivá-las, possibilitando às partes entendimento suficiente do que foi proferido (DIDIER JR., 2017, p. 145).

Concluindo, pelo esclarecimento, o juiz tem o dever de ser claro em suas manifestações. Além disso, se houver dúvida sobre a postulação das partes, é dever dele pedir esclarecimento a elas.

Ao tratar do *dever de consulta*, o juiz deve ouvir previamente as partes sobre as questões que influenciem o julgamento da causa. Fredie Didier Jr o classifica como variante do dever de informar (2017, p. 145).

O dever de consulta já foi aqui referido, mas em outros termos, quando tratado dos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, em que há a imperiosidade do contraditório, sempre que se for proferir uma decisão (art. 9º), a vedação à decisão surpresa, mesmo quando tratar de matéria reconhecível de ofício, deve dar oportunidade de manifestação às partes (art. 10).

A consulta relaciona-se intimamente com o contraditório e a possibilidade real e efetiva de as partes influenciarem no convencimento do juiz. Não se decidirá sobre o que não houve debate.

O *dever de prevenção*, ou ainda dever de correção ou dever de proteção, exprime que o magistrado deverá, ao apontar deficiências postulatórias das partes, indicar possíveis formas de superação do vício – ao indicar, por exemplo, que deve ser feita emenda à petição inicial ou que seja anexado documento faltante, com prazo para sanar o defeito apontado.

Segundo Daniel Assumpção Amorim Neves, a principal consequência da prevenção é que, indicando as correções necessárias, o juiz atua “evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo como genuíno mecanismo técnico de proteção de direito material” (2017, p.

33).

A prevenção não se considera suspeição como poderia no Código antigo, em que ao indicar o erro postulatório, o juiz estaria colaborando com alguma das partes. Sob a ótica da cooperação, a prevenção colabora com o correto andamento processual. Vejamos o que o legislador inseriu no art. 321 do Código de Processo Civil:

Art. 321. 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.**
Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.
[grifo meu]

O juiz, portanto, tem o dever de evitar nulidades processuais desnecessárias. Ao apontar deficiências postulatórias das partes, deve indicar possíveis formas de superação do vício, sendo justamente o caso do art. 321, parte final, sobre a emenda da inicial “com precisão” da indicação do erro.

Outro exemplo do dever de correção é a primazia da decisão de mérito, em que se preconiza o saneamento de deficiências do processo para que se chegue à decisão de mérito, ao contrário de ceifar o processo em andamento quando de poderia corrigi-lo e impedir a satisfação material da lide, já que, conforme o art. 4º do Código de Processo Civil, “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar os modelos de processo, observa-se que a dicotomia tradicional entre os modelos inquisitivo e dispositivo não se mostrava mais tão adequada, pois o processo já trazia instrumentos com ambas as características, além de haver a necessidade de adequar a tutelar a um momento em que se visa evitar a litigiosidade excessiva. Desse modo, com a evolução normativa, deparamo-nos com um terceiro modelo de processo, o *processo cooperativo* – promovido especialmente pelo art. 6º do Código de Processo Civil de 2015.

Recente no estudo doutrinário, o modelo cooperativo sem dúvidas ganhou força com o advento da nova lei processual, em razão de algumas regras e princípios específicos. O modelo cooperativo é resultado especialmente do princípio do contraditório, mas também tem aspectos do princípio da boa-fé processual, do princípio da primazia da decisão de mérito, da promoção da solução consensual, e além, claro, do próprio princípio da cooperação, que é o núcleo duro do modelo.

A cooperação processual é dever de todos os atores do processo, partes, auxiliares e o próprio condutor – o juiz. Outrossim, é de extrema relevância colocar em pauta a atuação do juiz

dentro do modelo processual, visto que é aquele que preside e conduz o debate entre as partes, sendo responsável por solucionar o litígio levado ao órgão jurisdicional, não podendo agir de forma desidiosa nem deixar de trilhar o caminho procedimental correto, com as devidas garantias das partes, como o contraditório efetivo.

O princípio da cooperação não significa ajudar seu adversário processual – o que iria contra o próprio conflito de interesses posto pela demanda –, mas sim representa agir de forma correta, honesta, leal, se manifestar de forma clara, sem retardar o processo, dissimular as provas e prejudicar a eficiência do processo.

O juiz, por sua vez, como elemento indispensável da relação e que prestará a tutela jurisdicional pleiteada, deve atuar de modo a esclarecer as postulações das partes e também esclarecer seus próprios pronunciamentos quando necessário, deve consultar as partes antes de tomar decisões, mesmo que envolvam matéria de ofício, conforme a vedação da decisão surpresa, e deve prevenir nulidades ao indicar os erros das partes em suas postulações. Através dos deveres impostos pela cooperação, o juiz será um dos atores que tornará o processo instrumento efetivo de concretização de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Coordenadores: Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Jus Podium, 2013, pp. 207-217.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil como pret' à portér*: um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista dos Tribunais: Revista de Processo: RePro*, v. 36, n. 194, p. 55-68, abr. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. Temas de direito processual civil – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, processo e formalismo*. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 0, nº 6, 30 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/150-artigos-jun-2000/6158-carlos-alberto-alvaro-de-oliveira-processo-e-formalismo>>. Acesso: 30 de novembro de 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e o processo de conhecimento*. vol. 1. 15. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDIAR É PRECISO? A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA NA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Andreia Garcia MARTIN¹
Beatriz Pádua Marques GOMES

RESUMO

A pesquisa demonstra que o Estado Democrático de Direito passou a assegurar os direitos individuais e sociais, a igualdade, a liberdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade comprometida com a solução pacífica dos conflitos. A Constituição de 1988 propõe o rompimento de um paradigma da justiça e atribui novos sentidos de gestão e de acesso à justiça. Buscou-se avaliar a tendência de uso das práticas restaurativas, como a mediação, disposta na Lei n. 13.140 de 2015 e no Código de Processo Civil de 2015, que pressupõe o diálogo como artifício essencial para resolver conflitos e restaurar relações. Institutos como esse reforçam o fortalecimento das comunidades e do indivíduo como quem detém o exercício de cidadania. A Resolução de n. 125 do Conselho Nacional de Justiça configura um avanço na questão de criar políticas públicas com o intuito de garantia ao direito de acesso à justiça. Política esta que menciona formas de solucionar os conflitos inerentes à sociedade, sem a necessidade de fazer uso da ferramenta específica do Poder Judiciário, o processo judicial. O 3º Programa Nacional de Direitos Humanos tem como objetivo incentivar projetos relacionados à Justiça Restaurativa, a fim de analisar o impacto e a aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, bem como desenvolver práticas de mediação de conflitos e de Justiça Restaurativa dentro das escolas. O método utilizado foi o de raciocínio dedutivo, sendo empregados como tipos de pesquisa: a telematizada, a bibliográfica e a documental.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça. resolução de conflitos. justiça restaurativa. Mediação.

ABSTRACT

The research demonstrates that the Democratic State of Law came to guarantee individual and social rights, equality, freedom and justice as the supreme values of a society committed to the peaceful solution of conflicts. The 1988 Constitution proposes to break a paradigm of justice and assign new meanings of management and access to justice. The aim was to evaluate the trend of use of restorative practices, such as mediation, established in Law no. 13,140 of 2015 and in the Code of Civil Procedure of 2015, which presupposes dialogue as an essential artifice to resolve conflicts and restore relations. Institutes such as this reinforce the strengthening of communities and the individual as one who holds the exercise of citizenship. The Resolution of n. 125 of the National Council of Justice constitutes an advance in the question of creating public policies with the purpose of guaranteeing the right of access to justice. This policy mentions ways to solve the conflicts inherent in society, without the need to make use of the specific tool of the Judiciary, the judicial process. The 3rd National Program of Human Rights aims to encourage projects related to

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Mestra em Direito, pela Instituição Toledo de Ensino em Bauru (ITE). Especialista em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de São José do Rio Preto/SP (2002). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo - sob o n. 216.485. Atualmente cursa Especialização em Educação e Tecnologias pela UFSCar (Gestão e Docência em Educação a Distância). Tem experiência na área do Direito, dentre suas subáreas possui conhecimentos e desenvolvimentos em: Direitos Humanos, Direito Constitucional e Inclusão Social de Minorias e Grupos Vulneráveis, em especial as pessoas com Deficiência. Líder do Grupo de Pesquisa, certificado pelo CNPQ: IRIS (Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis). Tem experiência acadêmica-profissional em gestão de educação superior, tutoria em educação a distância e docência do ensino superior. Atualmente é Professora do Instituto Municipal de Educação Superior (IMES-FAFICA) de Catanduva/SP e da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Frutal.

Restorative Justice in order to analyze the impact and applicability in the Brazilian legal system, as well as to develop practices of conflict mediation and Restorative Justice within schools. The method used was that of deductive reasoning, being used as types of research: telematized, bibliographical and documentary.

KEY WORDS: access to justice. conflict resolution. restorative justice. Mediation.

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito que surgido com a retomada da democracia no Brasil, por obra da Constituição Federal de 1988, proporcionou grande desenvolvimento ao sistema jurídico brasileiro com o advento de novas formas de solução de conflitos e permitindo que novos mecanismos surgissem, passando a propagar uma visão mais pacificadora e humana da justiça.

Uma reflexão sobre o Acesso à Justiça, princípio norteador do ordenamento e tido como direito fundamental, teve sua importância reconhecida com a multipolaridade dos conflitos.

O citado princípio inicialmente servia apenas como instrumento a serviço do Poder Judiciário, mas com a positivação de novos direitos, foram surgindo direitos específicos da comunidade, o que ocasionavam as demandas coletivas, bem como a possibilidade de se alcançar a justiça sem mesmo se acionar o Poder Judiciário.

Portanto, tem-se que a restauração do Estado Democrático trouxe consigo não só a relevância formal de uma justiça acessível, mais também novos horizontes que se abasteciam na celeridade processual e em meios alternativos de solução de conflitos. E ainda, a atividade do Poder Judiciário tornou-se uma prestação de serviço de relevante cunho social, pois através dela passaram a instalar políticas públicas indispensáveis à efetivação dos direitos sociais.

Desse modo, as políticas públicas foram tidas como forma de prevenir a exclusão social, uma vez que operam em favor da coletividade.

Porém, para que essas políticas ocorram é necessária uma participação vinculante do Poder Público, porque somente com ações deste órgão estatal é que se garantirá condições adequadas de implementação dos direitos dispostos na Carta Magna.

Em 2010, o CNJ por meio da Resolução n. 125 torna a utilização de meios mais simples, como o consenso entre as partes e a instrução de um terceiro imparcial (mediador) visando maior efetividade da justiça.

Pelos meios alternativos de solução de controvérsias fomenta-se o diálogo visando tornar o procedimento mais vantajoso para ambas as partes. Nesse raciocínio, a Justiça Restaurativa é introduzida como uma metodologia que, além de pacificar a situação do conflito, resgata a relação desmotivada. Isto porque são utilizados métodos em que são considerados os sentimentos de todos

os envolvidos.

Por isso, é possível perceber a Justiça Restaurativa como meio de efetivação de cidadania, ao trabalhar o reconhecimento dos envolvidos como seres humanos e sujeitos de direitos. E ainda, debatê-la, através da mediação, como maneira democrática de superar os conflitos.

Ao explanar sobre efetivação da cidadania, se fez necessário abordar sobre a importância da comunidade. Para isso, basta que seja exercido o poder de cidadania. Esse poder poderá ser usado nas práticas comunitárias de Justiça. Dessa maneira, estarão sendo garantidos os direitos de igualdade e liberdade dos indivíduos.

Utiliza-se também como fundamento o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, que visiona o fortalecimento das maneiras consensuais de resolução de conflitos e, de início, utiliza a Justiça Restaurativa e a Mediação para solucionar controvérsias.

Para que se tenha uma mediação transformadora é de suma importância que o conflito seja percebido com uma situação-problema comum ao convívio e que o mesmo sirva como oportunidade de amadurecimento das relações. Será, portanto, necessário trabalhar com todos os instrumentos da Mediação: as partes, o mediador e o próprio conflito se o que se busca é um Acesso à Justiça que possibilite a restauração dos laços entre as partes do conflito.

Ademais, a pesquisa científica investigou acerca de um problema: a limitação do acesso à justiça. E utilizou-se no trabalho o métodos de raciocínio dedutivo para realizar a pesquisa.

O raciocínio dedutivo é aquele no qual parte-se de uma informação genérica, também chamada de premissa, para se alcançar uma conclusão. Por isso, utiliza-se de uma cadeia de raciocínios, na qual se prega pelo exercício de premissas verdadeiras, não se admitindo falácias ou sofismas. O tipo de pesquisa que se utilizou foi o bibliográfico.

1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça pode ser imaginado no campo dos postulados individualistas, em que é visível sua faceta garantista, principalmente em relação ao direito de ação e, sobre um aspecto de democracia social, em que seria uma forma de enxergar a prestação de um serviço público de caráter essencial. Ao explanar sobre as prestações positivas do Estado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth ditam que:

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos [...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12).

Neste sentido, há o reconhecimento do acesso à justiça como sendo o mais básico dos direitos humanos, que compõe um sistema jurídico com a pretensão de garantir e não somente proclamar. Eis que, se observa que é no Estado pós-social, notado pela multipolaridade dos conflitos, pela fragmentação dos institutos de decisão e de poder e pela implementação de novos movimentos sociais que se faz mais evidente este princípio.

Natural que sejam feitas notas de diferenciação entre o caráter garantista e prestacional do exercício jurisdicional e também abordar sobre os aspectos do direito de ação e do princípio da inafastabilidade. Além disso, sabe-se que a atividade do Judiciário é uma prestação de serviço de relevante cunho social, até porque é através dela que é possível instalar políticas públicas fundamentais à realização dos direitos sociais.

Sob o âmbito histórico, sob a conjuntura promovida pelo Estado moderno, o século XVIII trouxe como teses as limitações do poder daqueles tido como reis. Os iluministas, como Montesquieu, Diderot e Rousseau, criticavam fortemente o regime vigente na época, pois este concedia privilégios a determinadas classes e, junto com a burguesia, reivindicavam a igualdade de todos perante a lei, a livre expressão do pensamento e a igualdade religiosa (MINGATI; RICCI, 2011).

Além disso, defendiam um governo constitucional e parlamentar, a fim de propor igualdade jurídica com a aristocracia e a liberdade individual de empreendimento e de lucro. Assim, tornava-se necessário limitar o poder dos juízes que representavam a opressão do rei por meio de seus julgamentos, garantindo sempre os interesses do soberano.

Apesar de nos textos constitucionais estar presente a igualdade, a ausência de segurança quanto ao acesso à justiça, tornava esta igualdade inócua, pois aquela garantia quedava em segundo plano.

Assim, a partir do século XX, buscava-se a concretização dos direitos sociais e, para isso, a igualdade foi diferida em igualdade material, aquela almejada pela população e a igualdade formal, prevista nos textos constitucionais. E, para garanti-la, a intervenção estatal tornou-se cada vez mais necessária. Segundo Luiz Guilherme Marioni:

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como “direito de acesso à justiça”, tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado. (MARINONI, 2008, p. 185).

No Brasil, o acesso à justiça foi incluído no texto constitucional em 1946 pela primeira vez. Já pelo artigo 150, § 4º da Constituição de 1967 dispunha sobre o acesso à justiça, porém, depois do golpe militar, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, trouxe na redação

do artigo 181, incisos I a III e artigo 182 que alguns atos e resoluções praticados pelo governo militar seriam excluídos da apreciação do Judiciário, assim como os atos que eram de acordo com o Ato Institucional nº 5 (MINGATI; RICCI, 2011).

Depois de superada essa fase, a Constituição da República de 1988 trouxe consigo a restauração do Estado Democrático. Esta regula sobre o direito de ação em seu artigo 5º, XXXV e não revela nenhuma exceção.

Desta forma, em que pese esta Carta ter proporcionado o acesso à justiça de maneira ampla. Vislumbramos que não basta o indivíduo ter acesso à resposta estatal sem que esta garanta o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa, pautada nos princípios básicos do direito de todo cidadão. Nesse sentido, portanto, é certo que a garantia constitucional deve estar atrelada a uma tutela jurisdicional, bastando apenas que haja lesão ou ameaça a direito.

1.2 Conceito e Dimensões do Acesso à Justiça

O Acesso à Justiça pode ser definido, segundo o entendimento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth como:

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. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 98).

Mas, como mencionado anteriormente, não se pode considerar o acesso à justiça apenas no sentido de ter acesso à apreciação do Judiciário. É através do direito ao acesso à justiça que os cidadãos conseguirão exercer os demais direitos resguardados pelas leis. Assim, numa das concepções, o acesso à justiça significa acesso à jurisdição e acesso à tutela jurisdicional pretendida, não se utilizando somente da solução jurisdicional, mas também de outros meios de solução de conflitos para efetivá-lo.² Sendo o Estado que detém o monopólio jurisdicional, queda-se incumbido de nomear os meios necessários para a solução de conflitos visando efetivar uma ordem jurídica justa. Eis que:

Enfim, por “acesso à ordem jurídica justa” entende-se acesso a um processo justo, ou seja, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e

² Kazuo Watanabe reflete sobre isso, afirmando que “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. (WATANABE, 1988, p. 128).

adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. O processo que não produza um resultado justo, assim considerado aquele que não atinge seus objetivos éticos ou que repele, direta ou indiretamente, os influxos axiológicos da sociedade, é, na verdade, um processo injusto e, por isso, inibidor do acesso à justiça. (OLIVEIRA, 2010, p. 46).

Ressalta-se que tanto pelo processo, como por outros procedimentos utilizados para resolver os conflitos, é possível ter acesso à justiça. Com efeito, basta que os princípios norteadores do Direito estejam presentes e ainda que as pessoas envolvidas no conflito, as pessoas capacitadas e, quando oportuno, a comunidade, estejam totalmente tendenciosas a extinguir a situação desastrosa e restaurar a relação.

1.3 Formas de Solução de Conflitos e sua regulamentação por políticas públicas

O artigo 5º da Carta Magna dispõe em seu inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse preceito norteador refere-se às demandas judiciais e incita o protagonismo do Judiciário, diferencia-se das anteriores por ter um caráter mais humanitário o que, de fato, fez com que novos direitos sejam tutelados.

Contudo, a garantia de acesso à justiça, é permeada pela “crise do judiciário”, que se encontra atrelada a alguns fatores, tais como: grande massa de conflitos econômicos, sociais e políticos; razoável qualidade dos serviços judiciais; desproporção entre a quantidade de conflitos a serem resolvidos e a oferta de serviços; despreparo dos juristas. Eis que, visando a superação desta crise é que se faz necessária a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos ou meios adequados de pacificação social.

Assim, considerando que “a justiça que não cumpre suas funções dentro do prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível”. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 20-21), é que se outorga a importância prática um dos princípios elencados pela EC n. 45/2004, quais sejam: Princípio da Razoável Duração do Processo disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII. Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos alerta sobre a morosidade sistêmica:

[...] é aquela que decorre da burocracia, do positivismo e do legalismo. Muitas das medidas processuais adaptadas recentemente no Brasil são importantes para o combate à morosidade sistêmica. Será necessário monitorar o sistema e ver se essas medidas estão a ter realmente a eficácia que se pretendia. Mas, há também uma morosidade activa. [...] consiste na interposição, por parte de operadores concretos do sistema judicial (magistrados, funcionários ou partes), de obstáculos para impedir que a sequência normal dos procedimentos desfechem o caso. (SANTOS, 2007, p. 42-43).

Com efeito, constata-se que a celeridade processual é deveras importante, até mesmo para o bom desenvolvimento da própria população brasileira, que dada as desigualdades sociais e a existência de constantes conflitos, acabam eclodindo no Judiciário em busca da proteção estatal.

Sendo, portanto, no âmbito das diferentes formas de solução de conflitos é pode-se encontrar tal problemática, quais sejam: autotutela, autocomposição e heterocomposição.³

Tais modalidades podem ser verificadas tanto processualmente como fora do processo.

Ademais, os mecanismos de resolução de conflitos, tais como a Mediação⁴, a Arbitragem⁵, a Conciliação⁶ e a Negociação⁷, são hipóteses em que é preciso apostar em outros indivíduos capacitados, que não o juiz, para proceder à pacificação social, valendo-se de técnicas de autocomposição e de heterocomposição.

Ora, o escopo de se alcançar a garantia de acesso à justiça e obter a prática de alguns princípios que respaldam a justiça brasileira, foram criadas outras formas de resolução de conflitos.

Para esta pesquisa, a Mediação se torna o meio mais adequado e eficaz tanto para fazer jus ao acesso à justiça, como também para tornar o sistema de solução de conflitos mais capacitado a fim de promover uma nova cultura de pacificação social. Assim, a Justiça Restaurativa, ao se efetivar através da Mediação, possibilitará um novo recomeço para relações que por algum motivo perderam o vínculo.

As Políticas Públicas são fundadas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, propondo o fim das desigualdades e da marginalização e, por isso, direciona o Estado, que exerce poderes através dos poderes públicos, à efetivação dos direitos dispostos em normas (MARTIN; GONÇALVES, 2013).

³ Pela autotutela tem-se um indivíduo que impõe o seu interesse à outra parte e à comunidade. A autocomposição ocorre quando uma das partes anui em favor da outra, ou seja, há aceitação ou resignação de uma das partes. Nesta o conflito é solucionado pelas partes, sem o papel de outros agentes para pacificar a controvérsia (DELGADO, 2002). A autocomposição divide-se em: renúncia, aceitação e a transação. A renúncia ocorre quando uma das partes, por vontade unilateral, desiste do que inicialmente estava pretendendo. A aceitação se dá quando uma das partes reconhece o direito da outra e passa a conduzir-se em consonância com esse reconhecimento. E, tem-se a transação quando as partes solucionam o conflito através de concessões recíprocas. Por fim, a heterocomposição ocorre quando a controvérsia é solucionada por meio da intervenção de um terceiro na relação conflituosa. Nesses casos, as partes submetem a um agente exterior o conflito, em busca de solução por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida (DELGADO, 2002).

⁴ A Mediação é um meio de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a catalisação de um terceiro, o mediador, expõem o problema e dialogam construtivamente a ponto de identificar os interesses comuns e, eventualmente, firmar um acordo. Num próximo capítulo a Mediação será amplamente desenvolvida segundo a recente Lei própria.

⁵ A arbitragem pode ser definida como um processo privado, em que as partes ou interessados buscam o auxílio de um terceiro, imparcial, para, após o devido procedimento, prolatar uma decisão (sentença arbitral). Os árbitros estudam os argumentos dos defensores antes de exporem suas decisões. Esta se assemelha ao processo judicial no fato de ter o exame dos fatos e dos direitos (VASCONCELOS, 2008). Outra característica da arbitragem é sua coercibilidade e capacidade de finalizar a controvérsia. Segundo a Lei n. 9.307/96, o Poder Judiciário executa as sentenças arbitrais como se fossem sentenças judiciais. No caso de uma das partes querer questionar a parcialidade do árbitro, deverá ser proposta uma demanda anulatória, pois não há recurso.

⁶ A Conciliação é um instrumento que foca no acordo. Muito utilizada em casos de relação de consumo e outras relações casuais em que não há interesse de manter um relacionamento, objetivando apenas equacionar interesses materiais (VASCONCELOS, 2008).

⁷ A negociação é de forma simples e direta e as partes têm, em regra, total controle do processo e de seu resultado (VASCONCELOS, 2008). Em vista disso, é certo que nessa solução de conflitos as próprias partes escolhem o local e o momento da negociação e como esta acontecerá, quanto a ordem e ocasião das questões a serem debatidas. As partes ainda poderão suspender, abandonar ou recomeçar as negociações e poderão ou não a consentirem um acordo.

Portanto, tornam-se as políticas públicas o caminho para a inclusão social dos grupos excluídos, isto porque, é função destas, como mecanismos estatais, vislumbrar a concretização dos direitos fundamentais prestacionais.

Veza que, ante ao fato dos direitos explanados na Constituição dependem de ações governamentais para efetivá-los. Eis que, se faz notória a obrigação da implantação de políticas públicas para socorrer as necessidades humanas infinitas dispostas no Texto Constitucional (MARTIN; GONÇALVES, 2013).

O grande obstáculo enfrentado em relação à implementação de políticas públicas é o zelo sobre os direitos prestacionais que requer uma participação ativa do Poder Público. Em vista disso, esta escancarada a situação de setores carentes de todo tipo de auxílio, até mesmo em condições de subsistência.

O Estado não se mostra pronto para executar uma política de desenvolvimento que atenda as determinações constitucionais. Isto gera um efeito utópico sobre as verdadeiras circunstâncias sociais e, conseqüentemente, gera uma destorcida ideia de igualdade a todos os cidadãos (MARTIN; GONÇALVES, 2013). Em complemento, conclui-se que:

Apresenta legítima a introdução de políticas públicas oriundas do próprio Poder Judiciário, no que tange à concretização do disposto no art. 5º XXXV, que se trata da garantia de acesso à justiça, pois por decorrência do Pacto existente entre os Poderes estatais é atribuição do Poder Judiciário a concretização dos direitos fundamentais presentes no Texto da Constituição. (MARTIN; GONÇALVES, 2013, p 43-67).

A promoção do acesso à justiça foi enfatizada com a realização do Pacto Republicano, que foi pretendido com a aprovação da Emenda Constitucional n. 45/04 (Emenda da Reforma do Judiciário). Outra finalidade deste Pacto foi a de instigar uma justiça mais célere e acessível.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) iniciou em 2006, através da Lei n. 11.364/2006, o ramo de pesquisas através de um órgão próprio, Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ). Dois dos objetivos da referida lei era: analisar os problemas estruturais e conjunturais do Poder Judiciário e fornecer técnicas para a formulação de políticas judiciárias (MARTIN; GONÇALVES, 2013).

Em 2009 o CNJ juntamente com o IBGE realizaram a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAP). Esta pesquisa teve como atributo investigar as dificuldades que limitavam os cidadãos a ter acesso à Justiça. Com isso, sustentou-se que era necessária a justiça se *abrir* a uma nova forma de solucionar conflitos, através da introdução de uma cultura em que o conflito passa a ser resolvido por meio do diálogo entre as partes e com a presença de um terceiro neutro.

Essa informalidade trouxe em cena o que chamaram de desjudicialização dos conflitos. Com o advento da Resolução n. 125/10. Kazuo Watanabe apresenta suas conclusões acerca de uma ordem jurídica justa:

[...] cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação. (WATANABE, 2010, p. 10)

Portanto, seguindo o raciocínio do citado autor, o Poder Judiciário começou a responder às demandas por meio de soluções mais simples, em que o diálogo e a instrução advinda de um mediador ou conciliador fossem os pontos iniciais e essenciais.

Ainda mais com as motivações da Resolução do CNJ, observa-se que essas políticas públicas têm a missão de propiciar o acesso à ordem jurídica justa, principalmente por garantir o acesso à justiça e por colocar em prática o princípio da celeridade da prestação jurisdicional.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Do termo justiça restaurativa, convém separarmos para melhor definirmos. Verifica-se que o verbo “restaurar” significa: “instaurar de novo, repor no primitivo estado, restabelecer-se, reparar, recuperar, consertar”, (FERREIRA, 1999), dentre outros inúmeros significados ou palavras sinônimas.

Desse modo, pode-se começar a entender – mesmo que superficialmente – o imenso zelo que uma justiça poderia garantir para a sociedade caso fosse restaurativa.

Para melhor recompor os significados, é imprescindível destacar o entendimento da Justiça Restaurativa sob a perspectiva do teórico mais citado deste movimento, Howard Zehr. Ele sabiamente traduz a *Restorative Justice* induzindo a reflexão sobre “crimes” e aponta que estes são uma violação de pessoas e relacionamentos (ZEHR, 2004). Para tanto, segundo Zehr, há uma obrigação de corrigir erros e, a justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.⁸

Quanto à conceituação, existem algumas diferentes nomenclaturas que enquadram o mesmo teor da Justiça Restaurativa. Embora o termo mais utilizado seja Justiça Restaurativa, também pode se falar em: justiça transformadora ou transformativa, justiça relacional, justiça restaurativa comunal, justiça recuperativa, ou até justiça participativa. Acerca do conceito, se faz essencial a compreensão do conteúdo restaurador.⁹

⁸ Além disso, no estudo o autor alude que a expressão mais correta para ser usada a fim de apresentar transtorno entre os relacionamentos seria “conflitos”, uma vez que estes podem ser entendidos também fora do conjunto daqueles enquadrados criminalmente. Neste sentido, percebe-se uma interrogação fundamental que aborda sobre a profundidade e relevância da Justiça Restaurativa nos patamares da justiça brasileira. Eis que, se faz necessário estabelecer as bases e os fundamentos daquela.

⁹ Sobre tal elemento, Pedro Scuro Neto assevera: “[...] ‘fazer justiça’ do ponto de vista restaurativo significa dar

O surgimento da Justiça Restaurativa no Brasil teve como projeto pioneiro o “Projeto Jundiá: Viver e Crescer em segurança” em 1988. Este projeto teve intuito de melhorar condutas e prevenir a violência nas escolas. Ao todo foram 26 escolas de 2º grau da região de Jundiá (SP) e, por problemas com gestores e políticas, o projeto foi interrompido em 2000 (PRUDENTE 2011).

Após dois anos, outra experiência se convalidou com o “Projeto da Serra”, que ocorreu entre 2002 e 2003, o qual lidava com controvérsias que encadeavam prejuízos morais, materiais e relacionais no âmbito escolar, que repercutiam nas Varas da Infância e Juventude. Este projeto era aplicado em doze escolas de Ensino Médio e uma de Ensino Fundamental, mas não teve continuidade por escassez de recursos financeiros.

No ano de 2002 também começaram a ser realizadas experiências isoladas de Justiça Restaurativa na 3ª Vara do Juizado da Infância de Porto Alegre. A situação inicial foi o “Caso Zero”, um delito que envolveu dois adolescentes que foram abordados com a Justiça Restaurativa (PRUDENTE, 2011).

Os atuantes do Instituto de Direito comparado e Internacional de Brasília (IDCB), em 2003, elaboraram um seminário sobre Justiça Restaurativa. E, no mesmo ano, em Joinville/SC e em Guarulhos/SP foi inaugurado o “Projeto Mediação” (PRUDENTE 2011), utilizado pela Vara da Infância e Juventude, a fim de administrar casos de atos infracionais de natureza leve com as práticas da Justiça Restaurativa. Em Guarulhos, o projeto em 2006 foi intitulado de “Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania”.

Ainda, o IDCB promoveu em 2004 um seminário sobre Justiça Restaurativa. Em julho do mesmo ano, a Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul ocasionou o “I Seminário Interinstitucional sobre Justiça Restaurativa” e em agosto foi implantado o Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa na Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, com o intuito de promover reflexões acerca da Justiça Restaurativa (PRUDENTE, 2011).

Enquanto que em Porto Alegre/RS, o Instituto de Acesso à Justiça e a ONG inglesa Justice organizaram o “Seminário Internacional Justiça Restaurativa”. Nesse evento teve o lançamento da primeira obra referente à Justiça Restaurativa, nomeada “Justiça Restaurativa – um caminho para os direitos humanos?”.

O significativo avanço das práticas restaurativas ocorreu em 2004, quando o Ministério da Justiça criou o “Projeto BRA/05/009 – Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, tendo como atenção principal os meios alternativos de resolução de conflitos.

resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. (SCURO NETO, 2000, apud PINTO, 2005, p. 21).

Em 2005 foi realizado o Seminário “Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina”, em Santo Domingo de Heredia, na Costa Rica, organizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente e pela Comunidade Internacional Carcerária, ação que resultou no documento “Declaração da Costa Rica sobre a Justiça Restaurativa na América Latina” (PRUDENTE, 2011).

Os Simpósios, Projetos e Seminários que debatiam sobre a Justiça Restaurativa foram tendo cada vez mais aderência nos estados brasileiros.

Um evento importante foi no ano de 2008, em que Howard Zehr, um dos precursores da Justiça Restaurativa no mundo, realizou palestras no “Ciclo de Conferências sobre Justiça Restaurativa: Trocando Lentes”.

Já em 2010, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 125/2010 estimula as práticas de soluções extrajudiciais para os conflitos.

Em Caxias dos Sul, a união entre a Prefeitura de Caxias do Sul, a Fundação Caxias, a Universidade de Caxias do Sul e o Poder Judiciário, alcançou grandes resultados, vez que a paz social da comunidade foi ressaltada pelo aspecto revolucionário da interinstitucionalidade e pela adoção das práticas e dos princípios da Justiça Restaurativa. Assim, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, ao qual está vinculada em Caxias a Central de Práticas Restaurativas da Infância e da Juventude, foi autorizado pela Emenda n. 01 à Resolução n. 125/2010 do CNJ, a aplicar as práticas da Justiça Restaurativa.

No mais recente dos tempos, com a entrada em vigor da Lei de Mediação n. 13.140, de 26 de junho de 2015 e da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil de 2016, a Justiça Restaurativa, por meio da mediação, tornou-se ainda mais apropriada para solucionar conflitos de forma extrajudicial ou judicial. Ora,

Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo. (SCURO NETO, 2000, apud PINTO, 2005, p. 21).

Nesse aspecto, nota-se que a metodologia enfatiza os sentimentos de todos envolvidos. Em consequência, possibilita-se uma melhor maneira de satisfazer as necessidades relacionais e emocionais, além de praticar uma cultura de pacificação social.

Trata-se de um emaranhado de métodos de tratamento de conflitos, em que há voluntariedade na participação, horizontalidade das relações, empoderamento dos envolvidos, busca pela reintegração na comunidade, multidisciplinaridade da intervenção e, ainda, a valoração do

diálogo (LARA, 2013).¹⁰

E ainda, para complementar sobre outras características, é possível identificar a intersubjetividade, a integração social e a consensualidade como base para o estabelecimento desse novo modelo de justiça. Ressalta-se que os métodos da Justiça Restaurativa são utilizados no sentido de complementar e não de substituir os sistemas vigentes. Por isso, o uso das práticas não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar os suspeitos pelas infrações cometidas (LARA, 2013). E, em âmbito civil, as partes utilizarão o processo quando lhes for conveniente.

É possível perceber que a concepção e as práticas da referida justiça podem variar, vez que a metodologia nem sempre é viável da mesma forma, pois esta absorve os elementos próprios de cada local, segundo sua cultura.

2.1. Instrumento Adequado para Tratamento de Conflitos

O consenso é de suma importância para a resolução de conflitos e, perante isso, há discussões referentes à crise dos mecanismos tradicionais da jurisdição. Para superar tal crise, faz-se necessária a construção de outros sistemas de tratamento de controvérsias, que deverá resultar na transformação do conflito e das pessoas nele envolvidas. Isso será possível com a utilização dos recursos que a Justiça Restaurativa disponibiliza, a fim de desafogar o Judiciário e, principalmente, tratar de modo adequado a complexidade conflitiva de cada caso concreto.

Dentro desta perspectiva, é imprescindível remeter dois ideais à Justiça Restaurativa: numa primeira oportunidade, tratá-la como meio de efetivação da cidadania, a partir do reconhecimento de si mesmo e do outro como seres humanos. E, numa segunda instância, debatê-la, através da mediação, como meio democrático de tratar conflitos, envolvendo seus participantes, a fim de restabelecer a comunicação entre eles.

Assim, o que se pretende é enfatizar a ideia de uma postura humanizadora com o objetivo de demonstrar um método que trate os conflitos e, ao mesmo tempo, reconheça os indivíduos como cidadãos, “seres humanos”. Esse pode ser um primeiro passo para resgatar a dignidade das pessoas – não só as que se encontram vinculadas diretamente ao conflito, mas a comunidade num todo - e restabelecer suas identidades culturais.

¹⁰ Azevedo, nesse sentido, expõe da seguinte maneira: “Proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral das vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito”. (AZEVEDO, 2005, p. 140)

Isso, porém, não é suficiente. Outro instrumento fundamental são os próprios juristas, vez que estes juntamente com outros operadores que constituirão a prática da Justiça Restaurativa, devem estar aptos a novos olhares, posturas e responsabilidades. É uma maneira de exigir que ultrapassem o olhar sobre as técnicas, por mais abertas e transversais que estas sejam, ou seja, necessariamente terão de dedicar tempo e atenção não somente para a teoria, como também para uma efetiva colaboração humanística.

Seguindo esse raciocínio, no ano de 2007, por ocasião do lançamento da política pública *Redes de Mediação*, o Secretário de Reforma do Judiciário, no Ministério da Justiça, indicou a necessidade de se inserir novos conhecimentos na formação dos bacharéis de Direito, através de cursos aos operadores jurídicos:

A ideia é operar com perspectiva diversa da cultura forjada pelo bacharelismo e mesmo pelo mercado de trabalho do profissional do Direito no Brasil, centrada na lógica da guerra e da beligerância, e não da paz e da composição de interesses. O profissional da guerra em que se constitui o bacharel em Direito, com base formativa altamente dogmática e positivista, tem se projetado diretamente para o tecido social, fazendo com que as relações intersubjetivas e interinstitucionais se judicializem em proporções agudas, com uma perspectiva de litigância desmesurada. Poderia, em vez disso, trabalhar com a solução pacífica e negociada – portanto, mais preventiva do que curativa – dos problemas que surgem em qualquer comunidade de interesses múltiplos e diversos. O problema aqui é realmente a aculturação à composição de conflitos, que, por óbvio, não depende tão somente do Estado-juiz, mas de todos os agentes envolvidos numa relação jurisdicional, o que demanda um processo de reeducação dos sujeitos de direito. É com tal perspectiva que o projeto *Redes de Mediação* quer propor a estruturação de um processo de formação à pacificação social no âmbito das lides – judicializadas ou não. (FAVERETO, 2007, p. 88).

O sociólogo Zygmunt Bauman faz uma reflexão sobre a sociedade contemporânea e a necessária atenção à atual fluidez ou liquidez social (BAUMAN, 2001), fato que já adentrou e influenciou as instituições, dentre elas o Judiciário. Essa situação no cenário social abre caminhos para melhor discutir a Mediação como meio adequado à crise jurisdicional do Estado enquanto respostas aos conflitos sociais.

Com o mecanismo correto de tratamento de conflitos, é possível o rompimento da barreira de caráter *triádico* da jurisdição tradicional - terceiro impondo decisão diante das partes – para assumir uma postura dicotômica, em que a resposta à demanda seja construída pelos próprios litigantes. Além disso, observa-se a celeridade processual, a proximidade entre o cidadão e a Justiça, a informalidade, a redução de custos e uma conscientização refletida mais amplamente na comunidade.

Para tanto, eficaz é o meio capaz de lidar com a atual complexidade, voltado à potencialização da democracia e do consenso, para fazer com que a sociedade tome para si o conflito, não para negá-lo, pois é inerente aos homens, mas para responder a ele por meio de construções autônomas e consensuadas.

Sob essa perspectiva, ao refletir sobre o instrumento adequado, a Lei n. 13.140 de 2015

dispõe sobre a Mediação e elenca alguns princípios em seu artigo 2º, os quais nos permitem enxergar as práticas restaurativas. Por isso, como prediz a lei, ninguém será obrigado a permanecer no procedimento da mediação, mas este será de imensa importância para por em prática ideias renovadoras acerca de uma nova justiça, de uma justiça em que as partes em mútuo consentimento superam o conflito e restauram a relação até então perdida.

3 A JUSTIÇA COMO PODER DA COMUNIDADE: PARA UMA NOVA CULTURA DA SOLUÇÃO DO CONFLITO

O Estado Democrático de Direito carrega consigo valores que ressaltam direitos sociais e individuais, tais como a liberdade, a igualdade e a justiça. São valores de uma sociedade que visa soluções pacíficas de litígios e que, para serem exercidos, devem reconhecer os anseios de uma comunidade multicultural, como a brasileira.

A comunidade é reconhecida por Zygmunt Bauman da seguinte forma:

As palavras têm significado: algumas delas, porém, guardam sensações. A palavra “comunidade” é uma delas. Ela sugere uma coisa boa: o que quer que “comunidade” signifique, é bom ter uma comunidade, estar numa comunidade [...] As companhias ou a sociedade podem ser más, mas não a comunidade. Comunidade, sentimos, é sempre uma coisa boa. (BAUMAN, 2003, p. 07)

Ao propor essa visão positiva de comunidade, Bauman supera a definição em que a palavra “comunidade” significa tão somente uma característica em comum que um grupo de pessoas compartilha (JULLIEN, 2009).

Portanto, é necessário reconhecer cada indivíduo como cidadão para compor a comunidade, uma vez que esta depende de um conjunto de cidadãos, mesmo que com suas adversidades, para ocasionar o convívio que alcance na realidade o termo “comunidade”.

Para tanto, é preciso demonstrar que assim como os direitos individuais, os direitos sociais e a devida participação social são imprescindíveis para efetivar a cidadania em meio à comunidade.

E ainda, em outros aspectos, faz-se importante frisar que a nova cultura a ser implementada pelos princípios e instrumentos da Justiça Restaurativa, deve estar inteiramente relacionada com a comunidade e com o poder desta em resgatar a identidade dos indivíduos que a compõe.

Atuando dessa maneira, a disseminação e a aceitação dessa nova forma de pacificação de controvérsias irá renovar o modo como os indivíduos estão habituados a lidar com os conflitos.

3.1 Participação Social e Efetivação da Cidadania

A igualdade moderna é definida pelo direito à diferença. Hoje, o homem não é somente um trabalhador, ou seja, ele almeja ganhar extrema visibilidade e clama por reconhecimento de sua

condição religiosa, sua escolha sexual, sua cor, seu gênero e diversos outros aspectos que configuram diferenças entre os indivíduos. Em vista disso, os homens continuam os mesmos, mas postulando a tutela de sua diferença (COSTA; COLET, 2011).

Por isso, as demandas por direito à diferença ou direito à identidade ocorrem porque as formas modernas de se concretizar o direito escondem os rostos, valorizam conceitos abstratos que impedem de encontrar o histórico das demandas e contribuem para as diferenças simbólicas que permeiam todo e qualquer tipo de conflito social.

Conflitos sugerem e exigem o diálogo, o qual de forma alguma é atingido pelas decisões proferidas por um terceiro imparcial.

E, sabendo que a conflituosidade está totalmente imersa no convívio social, é possível considerar que a comunidade seja um lugar privilegiado para o desenvolvimento de uma cidadania participativa, que reconhece as diferenças e o direito à diferença. Ao obter o reconhecimento de sua diferença, o indivíduo é respeitado e consegue identificar sua identidade cultural e social. Diante disso, se formam cidadãos que configuram a cidadania.

O conceito de cidadania surge do nascimento do Estado de Direito, fato em que todos os indivíduos que integram uma comunidade foram reconhecidos como cidadãos e, por isso, passaram a possuir direitos e deveres (COSTA; COLET, 2011). Além do mais, a cidadania é compreendida como direito de participação na sociedade e gozo de benefícios essenciais e, quando estes não são dados ou cumpridos, ocorre imediatamente a exclusão.

Para impedir tais acontecimentos prejudiciais – como a exclusão – a determinadas pessoas, defende-se a participação popular de forma a influenciar na elaboração ou fiscalização de políticas públicas e/ou serviços básicos sociais (COSTA; COLET, 2011).

Por isso, há que se idealizar uma autonomia do cidadão, em que este construirá um espaço público de debates para tratar da efetivação dos direitos fundamentais e humanos de todos. Sob essa ótica, a Justiça Restaurativa constitui-se em um importante instrumento para a construção de uma Justiça participativa que opere pela transformação, permitindo uma forma digna de promoção dos direitos humanos e cidadania, de inclusão e paz social.

Os movimentos sociais ampliam a cidadania para além dos direitos instituídos e do exercício do voto (COSTA; COLET, 2011). A progressão da Justiça se inicia com a radicalização da democracia, permitindo que haja participação de toda a sociedade através de novos canais institucionais de participação.

Percebe-se, portanto, que com o paradigma restaurativo é possível que a sociedade participe das práticas comunitárias de Justiça, de forma a recuperar o poder de cidadania de cada indivíduo. Sendo assim, a Justiça Restaurativa, no Estado Democrático de Direito, representa algo

mais inteligível e mais humano.

Em um sistema de Justiça ideal, não se pode adotar a humilhação e sofrimento no lugar do amor e da compreensão (SILVA, 2000). Deve-se, portanto, com afinco, realizar os direitos humanos enquanto garantia de liberdade e igualdade dos indivíduos e conceder autonomia aos autores, reconhecendo suas vontades e direitos, para melhor concretizar um espaço democrático, com base no diálogo e no consenso, a fim de instigar a cidadania plena de cada um.

Conclui-se que, para ocorrer a resolução de conflitos na forma restauradora, faz-se necessária a cooperação, corresponsabilidade e comprometimento dos atores. Deste modo, ocorre a formação de uma rede de relacionamentos que cumpre com o objetivo de satisfação das necessidades individuais em benefício da comunidade.

Assim, mesmo para a consolidação de políticas públicas de inclusão social, a Justiça Restaurativa, utilizando-se da mediação, apresenta-se como uma alternativa viável, pois é um meio que fortalece o papel de cada sujeito na comunidade, fazendo com que as partes envolvidas em um conflito possam cooperar para a solução, bem como reconhecer os direitos e garantias inerentes a cada um.

Portanto, a Justiça Restaurativa com seus *apetrechos*, *caprichos* e peculiaridades, consegue restabelecer relações e propor uma visão mais humana diante dos conflitos sociais. Ademais, a Justiça Restaurativa passou a ter ainda mais importância pela aprovação do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), o qual foi instituído por meio do Decreto n. 7.037 de dezembro do ano de 2009 e posteriormente atualizado pelo Decreto n. 7.177 do mês maio de 2010 (LARA, 2013).

Esse programa faz ponderações acerca da Segurança Pública, do Acesso à Justiça e do Combate à Violência (LARA, 2013). Além disso, também defende o fortalecimento das maneiras consensuais de resolução de litígios.

Nesse sentido, observa-se um enorme incentivo aos projetos que englobam a Justiça Restaurativa e são analisadas as formas de aplicá-los no sistema jurídico brasileiro. E ainda, o programa federal busca desenvolver as práticas de mediação de conflitos e de Justiça Restaurativa nas escolas.

O PNDH-3 é considerado um movimento de políticas públicas, em que o Estado incumbe a seus órgãos, como Ministérios da Justiça e da Educação e a Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República, variadas responsabilidades dispostas na própria lei do programa (LARA, 2013). Com a entrada em vigor do referido Decreto, pode-se reconhecer oficialmente a Justiça Restaurativa como metodologia útil para propiciar o acesso formal e material à justiça.

3.2 Mediação: Instrumento da Justiça Restaurativa para Garantir o Acesso à Justiça

As pesquisas em busca de uma justiça mais benéfica para a sociedade trouxe diversos questionamentos acerca da justiça retributiva e desqualificou a justiça correcional, aquela em que os indivíduos acreditavam que a justiça deveria corrigir as pessoas. Por isso, o trabalho restaurativo deve ser desenvolvido sempre com dignidade, respeito, observando sempre o “*direito à palavra*”.

Mediar, portanto, é o termo que tem por finalidade a arte de enfrentar dinamicamente uma situação problemática e abrir canais de comunicação antes bloqueados. Refere-se à atividade em que uma terceira pessoa, através de sua ação neutra, ajuda duas ou mais pessoas a compreenderem o motivo do conflito e como superá-lo (SICA, 2011).

E ainda, ressalta-se que a Mediação não oferece somente a possibilidade de obter a conciliação. Oferece também uma chance para a abertura de espaços comunitários, que a partir da prática irão conscientizar a população e propiciar um tecido social mais humanístico, além de reconstruir a organização social de forma negociada (SICA, 2011). Trata-se, portanto, de instituto com características típicas, as quais possuem o intuito de facilitar a solução do conflito e superar as desavenças. Tem-se, a descrição dos objetivos da mediação:

A mediação é a intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto a própria relação antes desgastada, permitindo sua continuidade pacífica (CALMON, 2007, p. 109)

Convém mencionar que a presença do advogado de ambas as partes na sessão de mediação é possível, porém devem estes atuar em benefício das partes e não somente em defesa de seu cliente, pois do contrário estarão infringindo os princípios básicos da mediação e impedindo o sucesso da sessão.

Ademais, a busca por um instrumento adequado que seja útil para resolução de conflitos não pode se contentar apenas com uma mediação acordista, em que o mediador trabalha como o mercador ao negociar mercadorias. É preciso que aconteça uma mediação transformadora, a qual se preocupa com a construção de uma relação pautada no diálogo, a partir da determinação da autonomia dos indivíduos.

Nesse sentido, se extrai a passagem feita por Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar os interessados a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 327).

A fim propor uma mediação transformadora é de suma importância que o conflito seja percebido com uma situação-problema comum ao convívio e que o mesmo sirva como oportunidade de amadurecimento das relações.

Portanto, para compreender melhor a Mediação, será necessário ponderar acerca das duas recentes leis que refletem sobre ela. Ainda é preciso reconhecer a importância de um diálogo transformador, analisar as dimensões do conflito e entender as atribuições do mediador.

Conforme asseverado, a mediação é introduzida no sistema jurídico brasileiro com o intuito principal de desjudicializar razoável número de casos conflituosos apresentados ao Poder Judiciário. Em vista disso, é evidente que essa nova Lei (Lei n. 13.140/15) reforça ainda mais o caráter de política pública da Mediação, advindo principalmente da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, a Lei n. 13.105 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil, dispõe sobre os assuntos jurídicos do Processo Civil, ou seja, as Mediações nesse âmbito serão as que vínculo com o Poder Judiciário.

A Mediação, assim como outros métodos de solução consensual de conflitos, segundo essa nova Lei, deverá ser instigada e estimulada pelos operadores do Direito.

O objeto da mediação serão os conflitos. Contudo, é de suma importância lembrar que o conflito não é algo que envolve apenas aspectos jurídicos, pois também abrange outras áreas, como a sociologia, a filosofia e a psicologia (TARTUCE, 2008).

Ao compartilhar a existência, poderá surgir a rivalidade entre os indivíduos. Mas não há como resistir a essa eventualidade do conflito, pois, segundo Jean Marie Muller (1995, p. 16): “a nossa relação com os outros é constitutiva da nossa personalidade. A existência humana do homem não é estar no mundo, mas sim, estar com os outros. O homem é essencialmente um ser de relação”.

Para que haja um tratamento adequado dos conflitos, é preciso que os projetos da sociedade, tanto numa perspectiva individual, como numa perspectiva comunitária, não estejam comprometidos.

Petrônio Calmon, (CALMON, 2008, p. 22) afirma em uma de suas obras que “os conflitos ocorrem em diferentes níveis que dependem do grau de organização e da intensidade das emoções de cada parte”. Ele elenca os níveis em: latentes, emergentes e manifestos.

Os conflitos *latentes* apresentam uma tensão que ainda não foi bem desenvolvida e, muitas vezes, nem as partes reconhecem que existe um conflito querendo se manifestar, isto porque, a sensação de exteriorizar o conflito é reprimida e acarreta um desconforto interno que necessita ser cessado (CASTALDI SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007).

A título de exemplo, o que acontece num rompimento de união estável. É comum nos relacionamentos, quando uma das partes não está ciente da seriedade da mudança que ocorreu.

Já os *emergentes* são competições nas quais o problema está evidente, mas não se estabeleceu uma forma de tratar a oposição. Por isso, nessa situação as partes não sabem como reagir para cessar a discussão.

É possível ilustrar no meio de trabalho.

Por último, os conflitos *manifestos* estão visíveis em situações em que as partes já iniciaram uma negociação para resolver o conflito. Tem-se como exemplo o divórcio e a guarda dos filhos (MOORE, 2003).

Mas ainda, é possível afirmar que os conflitos podem encontrar base nas experiências frustradas de uma ou ambas as partes, como também em diferentes percepções e personalidades.

A mudança também é uma das principais raízes das controvérsias. Seja uma mudança positiva ou negativa, que podem ocorrer absoluta ou parcialmente. Por exemplo, o fato de uma pessoa conquistar um emprego novo trata de uma mudança absoluta na vida desta pessoa, enquanto que para a empresa em que ela foi inserida, o impacto será parcial, visto que ela tem outros funcionários.

José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler conceituam o conflito da seguinte forma:

O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma tenta dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução. Essa tentativa de dominação pode se concretizar através da violência direta ou indireta, através da ameaça física ou psicológica (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 46).

Os conflitos existem a partir da impulsividade da vida, ou seja, as pessoas ao estabelecerem suas metas e o que querem, vão à luta. Por isso, pela concepção de Lia Regina e Adolfo Braga Neto (CASTALDI SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007, p. 30), “o conflito é visto como um fato inerente à vida do homem: assim como existe o ‘ciclo da vida’, existe o ‘ciclo do conflito’.”

Nesse sentido, o conflito pode ser considerado como uma potencialidade, ou como uma situação, uma manifestação, ou até mesmo um evento. Em todas essas formas é possível perceber um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem. Por isso, o conflito pode ser definido como o equilíbrio dos detentores de poder e, então, nenhuma das partes terá poder suficiente para se sobrepor à outra (MELEU, 2014).

É possível também formular outras classificações, visto que na comunidade podem ser estabelecidas diferentes modalidades de conflitos. E por existir essa diferenciação, se faz necessária a distinção e fragmentação em conflitos mediáveis e não mediáveis e ainda em reais e aparentes.

Geralmente, conflitos que infringem a dignidade humana dificilmente poderão ser mediados, por isso, a princípio, crimes e agressões são exemplos de conflitos não mediáveis. Isto porque, são situações que violam diretamente os direitos humanos. Por isso, nessas situações o aparato estatal em que se presume segurança pública torna-se meio necessário (MELEU, 2014). Como exemplo indubitável cita-se os crimes de violência doméstica.

Por último, é importante refletir acerca da moderna teoria do conflito, referido pelo Conselho Nacional de Justiça no Manual de Mediação. Nesta teoria, o conflito é visto de maneira positiva, isto porque ele passa a ser reconhecido como fenômeno natural na relação de todos os seres vivos.

Nesse diapasão, as características elencadas ao conflito negativo, tais como: guerra, briga, agressão, tristeza, violência, raiva, perda, processo, são todos revertidos na teoria moderna do conflito. Por isso, a guerra passa a ser paz; a briga, entendimento; a agressão, compreensão; a tristeza, felicidade; a violência, afeto; a raiva, crescimento; a perda, ganho; o processo, aproximação.

Ao perceber o conflito de maneira negativa, o indivíduo reage lutando ou fugindo. Por sua vez, ao encarar o conflito de forma positiva, o indivíduo não enxergará nenhuma ameaça.

Além disso, para essa teoria, é possível distinguir conflito de disputa. A palavra “disputa” seria uma espécie do gênero “conflito”. Por isso, o conflito refere-se a um desentendimento em que nem sempre é possível visualizar uma disputa.

Diante dos variados elementos que compõem o conflito, é possível perceber que administrá-lo não é fácil, logo, é preciso que se faça a escolha de estratégias mais apropriadas para lidar com cada tipo de situação.

O que se pretende, portanto, é vislumbrar o diálogo transformador, mas este só poderá ser aplicado entre indivíduos que estejam comprometidos a obter uma resposta construtiva da relação. Para tanto, é preciso que todas as partes envolvidas retirem de si o preconceito que acarreta uma postura inflexível e opte a olhar o caso concreto com um mínimo de sensibilidade.

Reflexo desse estudo é o ato de, diante da desavença, um indivíduo culpar o outro como se fosse alguém que sabe de tudo e que é totalmente íntegro, enquanto coloca o outro como um ser repleto de defeitos e que deve ser julgado.

Cada um detém a responsabilidade por seus próprios sentimentos, pensamentos e atos e todos esses devem estar sob controle ao permitir a comunicação. Um modo de bloquear a comunicação compassiva é utilizando uma linguagem que estimula rótulos, julgamentos, exigências e comparações.

A linguagem da mediação deve andar com a língua dos sentimentos e do amor, pois somente este é o meio que fará o indivíduo enxergar seu próprio interior e o seu semelhante. Assim como diz Luiz Alberto Warat (2001, p. 43): “O amor é o religamento com a natureza e com os outros”.

A fim de reconhecer essa responsabilidade ou invés de negá-la, é interessante que se utilize uma linguagem pautada em escolhas. Cada um opta por suas próprias escolhas, desde que essas

respeitem o outro polo. Idealiza-se, portanto, a necessidade de respeitar a alteridade que existe no outro.

A expressão “alteridade”, segundo Luiz Alberto Warat (2004, p. 62), “requer muito mais que um procedimento solidário, cooperativo e de mútua mediação.”

A transformação citada anteriormente deve ocorrer tanto no conflito, como também nas pessoas, visando um posicionamento empático destas, moldado em uma construção humanística.

Sendo assim, a Mediação é vista como ética da alteridade e da outridade, pois tem a função de reconhecer os espaços de privacidade do outro e implantar novamente o respeito seguindo os patamares da responsabilidade de cada um.

De fato, o diálogo constrói a verdade consensual, campo em que é possível definir a responsabilidade de acordo com as escolhas das partes na presença do mediador, opondo-se, portanto, a uma verdade processual.

Por isso, o espaço da mediação deve ser comum, participativo e ser também um espaço que consiga acolher os grupos extremos da sociedade, com suas identidades e peculiaridades próprias.

Em outro aspecto de análise, é sabido que muitas das desavenças são intensificadas no caso de grupos antagônicos, pois uns podem responsabilizar os outros. Nessas situações nota-se a falta de compaixão de uns para com os outros. Ao ouvir o que a outra parte tem a dizer e participar dos meios alternativos da Justiça Restaurativa, o cidadão reflete mais sobre como se posiciona no mundo e diante das adversidades e aflições diárias.

Observa-se, portanto, uma fragmentação social exacerbada que tem como consequência a incapacidade de solidariedade e respeito entre os indivíduos.

É evidente que o principal desafio é administrar a discordância e chegar a um entendimento comunicativo e por isso, talvez, se é pelo diálogo que na maioria das vezes surgem as bases do conflito, então o diálogo pode ser o ato propício para tratar as realidades conflitantes.

Por isso, na prática da Justiça Restaurativa, os indivíduos se tornam os protagonistas da resolução, pois são profundamente conhecedores de suas próprias vidas, da comunidade em que se inserem, e, seus conhecimentos são, portanto, relevantes; e devem ser assim reconhecidos e trazidos para a arena decisória compartilhada da coprodução de sociabilidade, de histórias e de justiça (MORRISON, 2005).

Por meio da mediação - mecanismo utilizado para a obtenção da autocomposição - o mediador irá incentivar as partes a superar o que encadeou a situação frustrante.

No entendimento de Petrônio Calmon:

O papel do mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador, que ajuda a clarificar questões, identificar e manejar sentimentos, gerar opções e, assim se espera, chegar a um acordo sem a necessidade de uma batalha adversarial nos tribunais. (CALMON, 2007, p. 123).

O mediador, diferentemente do Juiz, não tem poder legal para decidir, apenas ajuda a solucionar o litígio. Não dá conselhos e não faz uso de autoridade, sendo sua principal atribuição, portanto, criar oportunidades de êxito que sejam comuns a ambas as partes.

O mediador atuará em casos em que haja vínculo entre as partes anterior ao conflito. Desse modo, auxiliará os medianos na compreensão das questões que estão em conflito, de modo que eles possam, ao restabelecer a comunicação, identificar, por si mesmos, as soluções que ofereçam benefícios mútuos.

A fim de delimitar acerca das funções do mediador, seria oportuno diferenciar suas capacitações e atribuições daquelas impostas ao juiz.

Para dar início, é importante relembrar que ambas as atuações são imprescindíveis para a prestação jurisdicional, uma vez que o serviço público encontra-se abarrotado de demandas judiciais. Além disso, vale mencionar que a única semelhança entre o juiz e o mediador é o fato de que ambos são imparciais em relação à lide.

Primeiramente, sabe-se que o juiz é um operador que teve formação no curso de Direito e passa a exercer o cargo através de concurso público de provas e títulos, enquanto que ao mediador não lhe é incumbida a necessidade de formação em Direito, pois não exerce qualquer intervenção decisiva. Além disso, o seu conhecimento pode e até deve ultrapassar as recomendações dispostas em lei, visto que a situação pode alcançar o campo da sociologia ou até mesmo da psicologia.

Os tribunais, com as novas disposições acerca da Mediação, criarão e utilizarão cadastros atualizados dos mediadores habilitados a atuar. A inscrição no cadastro de mediadores deverá ser requerida ao tribunal pelo próprio interessado (BRASIL, 2015a).

A novidade é que a atuação passa a ser remunerada. Essa remuneração será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, salvo nos casos em que há gratuidade da mediação (BRASIL, 2015a).

Além disso, o Código de Processo Civil traz a hipótese em que o tribunal poderá criar concurso público de provas e títulos para estabelecer um quadro próprio de mediadores.

A Lei de Mediação diferencia os mediadores extrajudiciais dos judiciais (BRASIL, 2015a). Os primeiros poderão ser qualquer pessoa capaz em quem as partes confiem e que seja capacitada para realizar os procedimentos da mediação, independentemente de participar de qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação.

Por outro lado, os mediadores judiciais deverão ser pessoa capaz, que já esteja graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior reconhecido pelo Ministério da Educação e que tenha formação em curso próprio de mediadores, reconhecido pela EFAM ou pelos tribunais.

Muito se discute sobre a necessidade de o mediador ser um operador do direito, contudo o

seguimento da doutrina dominante é de que isso não é necessário, principalmente porque em algumas situações os fatos se sobrepõem ao âmbito do direito e atinge a esfera pessoal. Fernanda Tartuce aponta que:

O mediador deve ser alguém treinado a propiciar o restabelecimento da comunicação entre as partes. Para tanto deve ser alguém paciente, sensível, sem preconceitos e com habilidades de formular as perguntas certas às partes [...]”, de modo que “não se afigura essencial que o mediador tenha formação jurídica ou de outra qualquer outra área do conhecimento. (TARTUCE, 2008, p. 233).

É importante salientar que é também através do cargo que o juiz goza das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, conforme artigo 95 da Constituição Federal de 1988.

Outra diferença é a de que o juiz possui o poder de emitir veredicto, devendo ser cumprido nos termos por ele estipulados, observando-se aos limites dos pedidos feitos pelas partes. Sendo que, ainda pode determinar prisão e expedir alvará de soltura, requisitar informações sigilosas a setores privados ou órgãos públicos, publicar atos, como também pode determinar a intimação ou citação de pessoas que são partes ou não do processo. Tudo isso para lhe assegurar o convencimento sobre a lide e poder decidir com cautela.

Enquanto que o mediador jamais irá decidir ou instigar a decisão entre as partes, não sendo de sua atribuição impor o que lhe for conveniente. Desse modo, a decisão caberá sempre às partes. E ainda, não pode o mediador solicitar diligências porque lhe falta poder para isto.

Mas, assim como o juiz, cabe ao mediador a imputação de suspeição ou impedimento (BRASIL, 2015a).

Para complementar, Petrônio Calmon (2007, p. 123), dita que “o mediador carece de poder de emitir um veredicto e de impor o resultado às partes; sua missão e objetivos estão muito longe de imposições desse tipo. O mediador é um interventor com autoridade, mas não deve fazer uso de seu poder para impor resultados”.

Quanto ao resultado, sabe-se que o magistrado ao proferir sua decisão estipula um ganhador e um perdedor.

Ao contrário da mediação, instrumento pelo qual é preciso que as partes incidam em benefícios mútuos e, com a ajuda do mediador, ambas possam ser ganhadoras.

Ainda sobre os aspectos do resultando, insta referir que a decisão do juiz é pautada nas leis, enquanto que o mediador colabora e se respalda nos limites dos litigantes.

O juiz, dentro dos limites do pedido da lide, poderá desenvolver as diligências que entender significativas para o caso concreto. Então, é ele quem dita o procedimento através dos requerimentos das partes.

Isto não ocorre no método da mediação, porque as partes que irão decidir sobre o caminho da lide, ou seja, o procedimento é totalmente controlado por elas e o mediador apenas auxilia.

O mediador, na mediação incidental, não se preocupa com o conflito em si, de modo que não se contenta com a verdade formal contida nos autos (WARAT, 2001).

Perante o Judiciário as partes se enfrentam, enquanto que na sessão de mediação as partes colaboram umas com as outras a fim de obter um resultado mútuo mais satisfatório e fazer com que haja melhor desenvoltura posterior, para o cumprimento do acordado.

Em termos de reflexão, é perceptível que uma decisão autoritária pode por fim à lide processual, mas, por outro lado, infelizmente, pode fazer com que o conflito permaneça ou até mesmo piore. Portanto, para finalizar o raciocínio, presume-se que as demandas atinentes ao juiz são aquelas em que há grande grau de litigiosidade, por outro lado, quando incumbe ao mediador, provavelmente haverá pacificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa procurou-se demonstrar que a Mediação, por tornar-se prática da Justiça Restaurativa, nos tempos atuais, é tida como meio de acesso à justiça de maneira adequada.

Dessa forma, o modelo restaurativo sendo aplicado a fim de complementar o sistema jurídico vigente, pode comprometer-se para a construção de uma justiça participativa, em que ocorra total transformação da situação conflituosa.

A Justiça Restaurativa, ao utilizar os modos mais adequados de pacificação das controvérsias, poderá operar no sentido de propagar o acesso à justiça, e o acesso a uma ordem jurídica justa.

A utilização de políticas públicas advindas do Poder Judiciário, como é o caso da própria Resolução n. 125 do CNJ que qualifica a Justiça Restaurativa como instrumento necessário ao sistema jurídico brasileiro, é uma das maneiras de expandir uma nova visão de Justiça.

Ao se colocar em prática, através dos poderes estatais, principalmente do Judiciário, meios adequados para desenvolver soluções pacíficas aos conflitos, qualquer indivíduo sentirá satisfação e realização em participar de procedimentos que considerem suas diferenças e que identifique sua identidade cultural e social. Eis que representa uma forma de exercer a cidadania.

O Poder Judiciário, ao utilizar a Mediação, vislumbra a superação da situação em que não se observa a comunicação bilateral entre as partes. As relações processuais que até então eram indiretas, passarão a permitir um real vínculo entre os medianos, em vista de que juntos devem cooperar para obter uma solução benéfica para ambos.

Portanto, o Estado Democrático Brasileiro, a fim de propiciar uma justiça transformadora,

participativa, humanizada e fundada na restauração dos vínculos sociais, deve ser considerado como instrumento principal a Mediação, não no sentido apenas de se fazer um acordo, mas trabalhar para que a própria comunidade e os envolvidos, com o auxílio de um terceiro, possam resgatar a si mesmos e consentir para uma paz que não só solucione a situação conflituosa, como também restabeleça relações.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin, **Mediação e Justiça Restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZEVEDO, André Gomma de; BACELLAR, Roberto Portugal. **Manual de Autocomposição Judicial**. Coleção: Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo e Ivan Machado Barbosa (Orgs.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Orgs.), 2005. **Justiça Restaurativa** (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD).

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Congresso Nacional. Lei n. 13.140, de 26 de junho, de 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 7 fev.2018.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CASTALDI SAMPAIO, Lia Regina; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

COSTA, Marli Marlene M; COLET, Charlise Paula. A Aplicabilidade dos Mecanismos Restaurativos como Forma de Participação Popular e Efetivação da Cidadania: a solidificação das redes de cooperação e do capital social. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs). **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 73-102.

DELGADO, Maurício Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do**

trabalho brasileiro. LTR, São Paulo, 2002.

FAVARETO, Rogério. **Novo Paradigma à pacificação de conflitos**. Folha S. Paulo, São Paulo, 2007. Tendências/Debates

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e Lexikon Informática, 1999.

JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas: do universal ao multiculturalismo**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LARA, Caio Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça**. 2013. 101 f. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8HQT/disserta_o_caio_augusto_souza_lara.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 fev. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, v. 1. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTIN, Andréia Garcia; GONÇALVES, Ana Catarina Piffer. **As políticas públicas de acesso à justiça como instrumento de inclusão social**. Adriana Silva Maillart, Suzana Henriques da Costa (Coord.). Acesso à Justiça II. XXII Congresso Nacional do CONPEDI- Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 43-67.

MELEU, Marcelino da Silva. **Jurisdição Comunitária: A interface sistêmica entre Estado e sociedade para gestão de conflitos e a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. 2014. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Faculdade de Direito, São Leopoldo, 2014. Disponível em <http://biblioteca.asav.org.br/cursos_unisinos/cursos.php?cod_autoridade=374117>. Acesso em: 19 mar. 2018.

MINGATI, V. S.; RICCI, M. M. da S. **Conceito de acesso à justiça: a efetividade do processo como garantia de acesso à uma ordem jurídica justa**. In: I Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito – UENP, 2011. Jacarezinho/PR. Disponível em <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/1.pdf>> Acesso em: 07 Mar. 2018.

MOORE, Christopher. **The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict**. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2003.

MORRISON, Brenda. **Justiça Restaurativa nas Escolas**. In: Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça/ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

MULLER, Jean-Marie. **O princípio de não-violência**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Concepções sobre Acesso à Justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 2010.

PAROSKI, Mauro Vasni. **A Constituição e os Direitos Fundamentais: do Acesso à Justiça e suas Limitações no Brasil**. Dissertação, Mestrado em Direito, Universidade Estadual de Londrina, Londrina-PR, 2006.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo César. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Volume III. Ano 3, 2009.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça Restaurativa e Experiências Brasileiras. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs). **Justiça Restaurativa e Mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 41-74.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica**: para un nuevo sentido común en el Derecho. Bogotá/Colombia: Trotta, 2010.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SCURO NETO, Pedro. Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v.33, n.103, p. 229-254, set. 2006.

SICA, Leonardo. Mediação e Reconstrução do Sistema de Regulação Social “Crime-Pena”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs). **Justiça Restaurativa e Mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 161-199.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e Direito Penal no Estado democrático de Direito**. São Paulo: Iberim, 2000.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v.1.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Parecer ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2018.

ZEHR, H; TOEWS, B. **Critical issues of restorative justice**. New York: Criminal Justice Press, 2004.

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS COMO FACILITADORES PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL

Daniella Cristina Mendes SEHABER¹

RESUMO

Os meios alternativos de solução dos conflitos são uma opção disponível aos indivíduos que se encontram em litígio, e sua utilização, além de amenizar problemas relativos ao exercício da jurisdição, pode trazer diversos benefícios. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a resolução de uma lide através da conciliação, mediação e arbitragem pode auxiliar na busca pela pacificação social, já que considera aspectos nem sempre observados no processo contencioso judicial, além de estimular a resolução amigável dos conflitos. Para tanto foi realizada pesquisa bibliográfica com base em renomados doutrinadores, analisando brevemente os institutos e suas características. Ao final concluiu-se que, embora sua utilização traga diversos benefícios, como agilidade, adequação procedimental e formação participativa da decisão, os meios alternativos ainda não são utilizados de forma intensificada. No entanto, essa realidade tende a mudar, considerando as disposições do Código de Processo Civil – Lei 13.105/15 e ações estimuladas pelo Conselho Nacional de Justiça, voltadas para a valorização dos institutos.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Conciliação; Equivalentes Jurisdicionais; Função do processo; Mediação.

ABSTRACT

Alternative means of conflict resolution are an option available to litigants and their use, in addition to mitigating problems related to the performance of the jurisdiction, can generate several benefits. The objective of study is to demonstrate that the settlement of a dispute through conciliation, mediation and arbitration can help in the search for social pacification, because it considers aspects not always observed in the contentious judicial process, in addition to encouraging the amicable resolution of conflicts. For this, a bibliographic research was carried out based on renowned writers, briefly reviewing the institutes and their characteristics. In the end it was concluded that although its use brings several benefits such as agility, procedural adequacy and participatory decision making, alternative means are not yet used in an intensified manner. However, this reality tends to change, considering the provisions of the Code of Civil Procedure, Law 13.105 and the actions stimulated by the National Council of Justice, focused on the valorization of the institutes

KEY WORDS: Arbitration; Conciliation; Jurisdictional Equivalents; Function of the process; Mediation.

1. INTRODUÇÃO

A forma mais comum de solução dos conflitos é o método adjudicatório, ou seja, prolação de sentença imperativa por juiz togado, que realiza uma heterocomposição. Em verdade, trata-se basicamente de uma sequencialidade de atos processuais preestabelecida, que, salvo sutis alterações, se aplicam a maioria das lides levadas ao judiciário, independentemente de suas

¹ Possui graduação em Direito - CEI - Centro Educacional Integrado (2015). Atualmente é técnico judiciário - Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil

peculiaridades.

Nesse sistema é possível que as mais diversas espécies de litígios sejam resolvidas de forma muito parecida. É inegável que, nesse cenário, nem sempre há prestação jurisdicional adequada, já que as características de cada situação poderiam transformar uma decisão em tese pautada na legalidade uma completa injustiça.

Além disso, problemas como a morosidade e não efetividade processual assolam os litigantes, que por vezes depositam toda a sua confiança e esperança em determinado processo, mas após anos de tramitação percebem que, ainda que a decisão lhes seja favorável, há chances dela não se concretizar em virtude da demora. Apesar de a reforma do judiciário ocorrida no ano de 2004 ter incluído a razoável duração do processo no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, nota-se que a sua implementação ainda não se mostrou efetiva.

Os meios alternativos de solução dos conflitos surgem como uma possibilidade de amenizar as dificuldades apontadas. Cada um deles (sendo os principais a conciliação, mediação e arbitragem) possui uma característica que propicia certa especialidade no tratamento do caso concreto.

O presente trabalho busca abordar os meios alternativos de solução dos conflitos, apontando seus principais aspectos e demonstrando que podem ser grandes aliados na busca pela pacificação social, além de estimular a resolução amigável da lide, o que colabora para a concretização da cultura da paz.

O artigo teve como metodologia a pesquisa dedutiva, que na visão de Gil (2008, p. 09) parte da premissa geral e desce para a particular. Desse modo, partiu-se do estudo do processo e das formas alternativas de solução dos conflitos para afunilar no aprofundamento do tema e discorrer sobre a facilitação na pacificação social que estas últimas atividades podem proporcionar. Ademais, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como referenciais teóricos DINAMARCO (1996) e NEVES (2017), entre outros.

2. O PROCESSO E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Para COELHO (2007, p. 01) “o processo é uma forma de solução de conflitos por um terceiro, desta forma considerado por dar ao conflito uma solução imparcial e desinteressada”. Esse terceiro, no ordenamento brasileiro, é o Poder Judiciário, detentor do exercício da jurisdição. Segundo NEVES (2017, p. 59) “a jurisdição é a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”.

O direito de recorrer ao Poder Judiciário quando da existência de uma lesão ou ameaça a

direito é uma das cláusulas pétreas estampadas na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXV). O indivíduo que entende ter uma pretensão pode buscar a tutela jurisdicional por meio de um processo, na esperança de que se faça justiça.

Entretanto, é sabido que existem diversas dificuldades no desempenho da jurisdição na realidade dos brasileiros, que fazem com que o direito fundamental do acesso ao Judiciário seja, por vezes, meramente formal. Em primeiro lugar, a incontestável morosidade. Os processos tramitam durante anos e, muitas vezes, quando a decisão é proferida, não é dotada de eficácia alguma, considerando-se o grande risco de dilapidação patrimonial, por exemplo. Isso gera uma descrença no Poder Judiciário.

Não bastasse a incerteza da efetividade da decisão, a demora na tramitação processual atormenta as partes, que angustiadas aguardam anos para poder pôr fim ao conflito. DINAMARCO (1996, p. 152), em lição atuabilíssima, ensina que

[...] psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social (*sic*).

Esses são apenas exemplos dos problemas causados pela lentidão da tramitação processual. O processo convencional (assim entendido como o contencioso judicial) também pode ser considerado inadequado em alguns casos em virtude de suas peculiaridades. É certo que, em um sistema como o brasileiro, as normas devem ser as mais abrangentes possíveis, já que com o aumento cada vez maior do número de relações interpessoais conflituosas é impossível a edição de leis específicas para cada situação.

Ainda mais quando se tratam de leis processuais. Apesar de as legislações processuais preverem alguns procedimentos especiais, em regra determinam que a tramitação processual seguirá certo padrão preestabelecido, qual seja, pedido inicial, defesa, instrução e julgamento. A forma de enfrentamento de certos conflitos deveria ser mais especializada, justamente pelo impacto que gera nos indivíduos e na vida em sociedade (lides envolvendo direito de família, por exemplo).

Muitas vezes o conflito apresentado ao judiciário é apenas uma pequena parte da realidade enfrentada pelas partes, e o trânsito em julgado de uma decisão não tem o poder de conduzir efetivamente à pacificação. Ora, a animosidade entre um casal não termina com a prolação da sentença que decide com quem ficarão os filhos após o divórcio. Ao contrário, muitas vezes acaba por piorar a convivência.

É óbvio que não está se afirmando que o Poder Judiciário tem a responsabilidade de se envolver nas relações interpessoais das partes e atuar até que vivam em paz. Essa não é a sua função, além de ser uma utopia. Entretanto, caso o conflito seja abordado da maneira adequada e

mais indicada pode haver até mesmo uma solução amigável, que inegavelmente traz menos danos às partes do que uma sentença no modelo tudo ou nada, imperativa e adjudicatória.

DINAMARCO (1996, p. 153) aponta que a interdisciplinaridade pode ser eficiente para a concretização da real função do exercício da jurisdição, veja-se:

Eis como e por que o correto enquadramento político do processo conduz à insuficiência de determinação de um escopo da jurisdição e mostra a inadequação de todas as posturas só jurídicas, que a todo custo buscam a resposta ao problema nos quadrantes do direito, sem descortinar o panorama sócio-político em que inserida a própria função deste. O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas soluções. Investiga os resultados que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é a função do próprio direito perante a sociedade.

Apesar da necessidade de condução do processo de forma objetiva, baseada nas disposições legais e destacada a ciência jurídica como autônoma e independente, o exercício da jurisdição deve também atentar-se à sua função social, ao seu fim maior, que é a resolução dos conflitos e a pacificação social.

Quando o indivíduo faz parte de uma sociedade que lhe retira o direito de autotutela e transfere a obrigação de fazer valer direitos para o Estado, o mínimo que se espera deste ente é que o faça da maneira efetiva, pois a confiança da população está sobre ele depositada. A jurisdição traz “inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação” (DINAMARCO, 1996, p. 152).

Outro problema que pode ser enfrentado quando o modelo adjudicatório é utilizado é a inconformidade das partes com a decisão final do processo. É certo que alguém sempre sairá perdendo, e, em certos casos, uma das partes “leva” tudo, e a outra nada.

Isso acaba fazendo com que o número de recursos suba cada vez mais. As partes, inconformadas, buscam até a última medida juridicamente possível (ou impossível, por vezes) para reverter a decisão que lhe foi desfavorável, custando tempo e dinheiro, não só próprios mas também dos órgãos judiciais, além de desgastar-se emocionalmente.

Com a utilização dos meios alternativos de solução dos conflitos isso poderia ser, ao menos, amenizado, conforme abordagem em tópico próximo. Em síntese, as partes tendem a ficar mais conformadas quando participam da formação da decisão, já que, graças às concessões recíprocas, ambas saem, de certa forma, ganhando.

3. AS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Conforme BUENO (2011, p. 46), os meios alternativos são “formas de solução de conflitos intersubjetivos que não envolvam ou, até mesmo, que dispensem, em maior ou em menor grau, a

participação do Poder Judiciário”. Assim, são opções disponíveis às partes que se encontram em situação de conflito, diminuindo ou excluindo o exercício da jurisdição, que possibilitam, por sua forma de condução e princípios, até mesmo a um estímulo à solução amigável da situação de crise.

DINAMARCO (2009, p. 126) aponta que as diferenças entre o processo contencioso convencional e os equivalentes jurisdicionais

[...] são notáveis e eliminariam a ideia de que se equivalham, porque somente a *jurisdição* tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados *meios alternativos*. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o *escopo social magno da jurisdição*, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional.

Assim, os meios alternativos de solução dos conflitos podem auxiliar na busca pela almejada pacificação social. No Brasil, os métodos mais difundidos são a conciliação, a mediação e a arbitragem, que serão sumariamente tratados abaixo, sem a intenção de esgotamento do tema que é vasto e demandaria muito mais aprofundamento.

Tanto a conciliação quanto a mediação caracterizam-se pela atuação de um terceiro para auxiliar na solução do conflito, sem proferir decisão adjudicatória. Existem, entretanto, diferenças relevantes que demonstram tratar-se de institutos jurídicos distintos.

Inicialmente, o próprio Código de Processo Civil - CPC traz em seu art. 165, § 2º e 3º a diferença na atuação dos conciliadores e mediadores, discorrendo que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. O mediador, por sua vez, atuará preferencialmente nos casos em que esse vínculo existir.

Além disso, segundo NEVES, (2017, p. 64), “o conciliador pode desarmar os espíritos e levar as partes a exercer suas vontades, propondo soluções para o conflito”. O mediador, ao contrário, conduz os litigantes a descobrirem as causas da desavença, de forma a possibilitar sua remoção, e assim chegarem por si sós à solução consensual.

Dessa forma, uma importante distinção entre a atuação do mediador e do conciliador é que aquele não pode propor às partes uma solução pronta para o problema enfrentado, devendo somente incentivá-las a chegarem por si em uma composição. Já o conciliador, por sua vez, pode propor opções de acordo pré-estabelecidas, indicando às partes os benefícios em aceitá-las.

É possível afirmar ainda que, em verdade, a mediação não atua com base no conflito em si, mas sim em suas causas. Por tal motivo, a mediação é indicada para conflitos das áreas mais sensíveis do direito, como, por exemplo, a familiar, e seu exercício pode possibilitar que o momento pós processual das partes seja menos conflituoso, o que tem menos chances de ocorrer quando da prolação de uma sentença adjudicatória.

Segundo o CPC, a conciliação e a mediação podem ser realizadas tanto antes quanto durante o processo, e no que tange às normas procedimentais e de estrutura, trouxe disposições aplicáveis a ambas, a partir do seu artigo 166.

Existem diversos princípios que regem os institutos acima, dentre os quais a independência, que determina que a atuação dos conciliadores e mediadores não pode sofrer qualquer espécie de pressão interna ou externa, a imparcialidade, a confidencialidade das informações produzidas no curso do processo, a oralidade, a busca do consenso entre os litigantes, entre outros (NEVES, 2017, p. 69-73).

Por derradeiro, a mediação encontra embasamento legal na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação judicial e extrajudicial, e, além de tratar dos princípios aplicáveis, estipula os procedimentos para a atividade, inclusive com relação a entidades da administração pública.

O CPC reservou uma Seção para tratar dos conciliadores e mediadores, prevendo que é requisito necessário a aprovação em curso a ser realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Após a conclusão do curso, o profissional poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou tribunal federal (artigo 167, §1º do CPC).

Observa-se que a Lei 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, criou um “novo requisito não previsto no Novo Código de Processo Civil: graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação” (NEVES, 2017, p. 67). Entretanto, não há exigência que o curso superior seja Direito.

Ainda há previsão no CPC de que “as partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação” (artigo 168), bem como determinações relativas à remuneração, impedimentos e aplicação dos institutos aos entes da administração pública.

Já a arbitragem ocorre quando as partes elegem um terceiro imparcial, de sua confiança, cuja responsabilidade será solucionar o conflito de forma impositiva, proferindo uma decisão adjudicatória sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Tal forma de resolução dos conflitos é regida pela Lei 9.307/96. Trata-se de equivalente jurisdicional, e pode ser constituída mediante Cláusula Compromissória, convencionada antes do surgimento do litígio de forma abstrata, e relativa a certo negócio jurídico, e pelo Compromisso Arbitral, que é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se, pois, de um contrato, por meio do qual se

renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável (DIDIER JR., 2011, p. 104).

A decisão proferida pelo árbitro é passível de fazer coisa julgada material. Existe divergência doutrinária com relação à natureza jurídica da arbitragem, sendo que, por exemplo, DIDIER JR. (2011, p. 106) entende que se trata propriamente de jurisdição, enquanto que MARINONI (2006, p. 147), NEVES (2017, p. 78) e DINAMARCO (2009, p. 126) entendem que a jurisdição em si é atividade privativa do Poder Judiciário.

O árbitro pode ser “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes” (artigo 13 da Lei 9.307/96), estando impedidos os que tenham com as partes alguma das relações previstas como caso de suspeição ou impedimento dos juízes. Quando do exercício de suas funções, os árbitros são equiparados a servidores públicos para efeitos penais, e a sentença por eles proferida não está sujeita a recurso ou homologação judicial.

A lei ainda traz o procedimento aplicável, bem como que “antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência” (artigo 22-A), bem como que após a concessão, caberá ao árbitro deliberar sobre a medida.

Por fim, ressalta-se que apesar de proferir decisão adjudicatória, o árbitro não foi “contemplado com o poder de império, de coerção, capaz de determinar a execução de suas sentenças, motivo pelo qual, não adimplida voluntariamente a obrigação, deve o credor recorrer ao Poder Judiciário, requerendo o cumprimento da sentença arbitral” (NEVES, 2017, p. 1.119), que é título executivo extrajudicial, nos termos do art. 515, inciso VII do CPC.

3.1 As formas alternativas de solução dos conflitos como facilitadores da pacificação social

O Código de Processo Civil procurou valorizar os meios alternativos de solução dos conflitos, notadamente em seu artigo 3º, §3º, ao dispor que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Além de apresentar princípios e normas gerais, o CPC trouxe também aspectos práticos à realização da composição entre as partes, destinando um capítulo aos conciliadores e mediadores (artigos 165 a 175), determinando a criação de centros especializados de conciliação e mediação, estipulando regras com relação à formação dos facilitadores, entre outros.

Dispositivos como o art. 334, que determina a realização de audiência de conciliação ou mediação (a depender do caso) antes mesmo da apresentação da defesa, e a valorização das formas alternativas de solução dos conflitos comentada acima evidenciam que o legislador está atendo às opções existentes além do procedimento judicial contencioso, que podem ser facilitadores da

pacificação social, escopo primordial do próprio exercício da jurisdição em uma sociedade.

Conforme consta na exposição de motivos do Código,

[...] pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

O trecho acima demonstra a preocupação do legislador com os problemas enfrentados pelos litigantes perante o Judiciário, e aponta que fazer com que as partes participem da produção da decisão pode deixá-las mais conformadas e satisfeitas. A utilização efetiva dos meios alternativos pode ainda ser uma possível solução para outros problemas enfrentados hoje no exercício da jurisdição.

Inicialmente, é possível que com a maior procura das partes pela conciliação, mediação e arbitragem surjam centros especializados (conforme o próprio CPC determina no artigo 65). Ao ter o seu conflito conduzido por um centro especializado, a chance de pacificação social é maior, já que profissionais preparados poderão dar o apoio necessário às partes.

Como apontado anteriormente, é impossível que haja uma regra relativa a cada situação fática, ainda mais quando se tratam de normas processuais. O caos seria inevitável. Entretanto, existem opções juridicamente possíveis para que determinados conflitos possam ser conduzidos de forma diferenciada, sem qualquer ilegalidade ou tratamento preferencial, apenas considerando-se os aspectos da situação fática e das partes, e com base em tais características, determinar qual a melhor forma de tratamento.

O Conselho Nacional de Justiça, em seu Manual de Mediação Judicial (2016, p. 18) ressalta que

Nesse contexto, a escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade. Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que continuarão a ter contato uma com a outra (e.g. disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, tal como a mediação.

Segundo WATANABE (2012, p. 90) “essa é a premissa que se deve ter em mente quando se pensa em meios consensuais de solução de conflitos: adequação da solução à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas”. A utilização de uma ou outra forma consensual de solução do conflito pode ser de grande valia para as partes, auxiliando para que convivam em um nível aceitável de harmonia após o trâmite processual, o que seria mais trabalhoso em um processo convencional.

Complementando, DIAS e FARIA (2015, p. 22) observam que

A adoção de mecanismos alternativos ao provimento jurisdicional incentiva a autocomposição e, além de permitirem um elevado índice de êxito na resolução de litígios e de conflitos, representam uma forma eficaz para o acesso à justiça, de forma célere e efetiva, garantindo também a redução de gastos com o processo, tanto por parte do Estado quanto pelo jurisdicionado.

É inevitável que o aumento da procura por meios alternativos faça com que os casos julgados pelo Poder Judiciário decresçam. Tal consequência não é apenas uma forma de dar maior celeridade à tramitação processual, também faz com que o magistrado e serventuários debruçem-se sobre os autos que realmente demandam exercício da jurisdição com mais tempo e atenção, já que aqueles que podem ser resolvidos de forma completa ou ao menos parcial sem o seu exercício não demandarão tanto tempo.

Ademais, a utilização de meios como a conciliação e mediação incentivam as partes a solucionarem os conflitos por meios amigáveis, já que as partes participam da formação da decisão. Isso faz com que a cultura da paz esteja mais próxima de ser alcançada.

Em que pese a existência dessas e outras vantagens na utilização dos meios alternativos, tem-se que a quantidade de litigantes que buscam uma solução consensual para seu conflito ainda é muito pequena. Dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça para o Relatório Justiça em Números (2017) apontam que apenas 11,9% das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário no ano de 2016 foram homologatórias de acordo.

Entretanto, GRINOVER (2012, p. 96) entende que “embora lentamente, a cultura do consenso começa a avançar, em contraposição à cultura do conflito. E a justiça conciliativa passa a ser vista como *elemento integrante da própria política judiciária*”. É certo que a mediação, conciliação e arbitragem ainda não são amplamente conhecidas pela população, que geralmente possui aquela ideia de processo contencioso como única hipótese de solução do conflito.

É necessário que, além de disposições legais com relação à valorização dessas atividades, haja uma conscientização dos indivíduos para que realmente as considerem como formas legítimas de pacificação social. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ tem atuado no sentido de fomentar o adequado manejo dos conflitos apresentados para julgamento, notadamente com a publicação da Resolução 125 de 29/11/2010, por meio da qual foi determinada a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

É de se esperar que com as novas disposições do CPC e a atuação de órgãos como o CNJ a procura por meios alternativos aumente, possibilitando à sociedade a vivência não só dos benefícios acima elencados, mas de outros que só serão conhecidos com o passar do tempo.

4. A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O TRIBUNAL MULTIPORTAS

O criador do conceito de Tribunal Multiportas foi o professor de direito de Harvard, Frank E. A. Sander. Inicialmente intitulado como Centro Abrangente de Justiça, o tema foi abordado na Pound Conference de 1976, em St. Paul, Minnesota (ALMEIDA, ALMEIDA e CRESPO, 2012, p. 31-34).

Segundo esse modelo, a situação conflituosa apresentada pelas partes não seria diretamente encaminhada ao juiz togado para processamento e prolação da sentença adjudicatória, mas sim para determinada porta, dentre várias existentes – daí o termo multiportas – que possibilitaria a solução do impasse de forma mais adequada. As soluções alternativas poderiam ser alcançadas mediante mediação, arbitragem, avaliações iniciais neutras, e minijulgamentos (ALMEIDA, ALMEIDA e CRESPO, 2012, p. 26).

O Tribunal Multiportas é uma forma de valorizar as várias formas de solução que um conflito pode apresentar, e o encaminhamento das partes para uma ou outra porta é feito por um responsável especialmente designado para tanto. LUCHIARI (2011, p. 308-309) complementa, afirmando que

[...] nesse sentido, considerando que a orientação ao público é feita por um funcionário do Judiciário, ao magistrado cabe, além da função jurisdicional, que lhe é inerente, a fiscalização e o acompanhamento desse trabalho (função gerencial), a fim de assegurar a efetiva realização dos escopos do ordenamento jurídico e a correta atuação dos terceiros facilitadores, com a observância dos princípios constitucionais.

Nesse modelo não há hierarquia entre as portas, sendo todas elas perfeitamente capazes de pôr fim ao conflito. Dessa forma, os casos são analisados por profissionais preparados e especializados, o que acaba por proporcionar uma melhor condução na solução da lide, havendo maiores chances de se chegar à pacificação social.

Previsão de grande repercussão contida no Código de Processo Civil é o artigo 334, que determina que se a petição inicial preencher os requisitos necessários, e o direito admitir autocomposição, deve o juiz designar audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da data da audiência, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Segundo a determinação legal, a referida audiência somente não se realizará se ambas as partes não tiverem interesse em tentar a composição. Respeitável doutrina já critica tal determinação, por entender que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse (NEVES, 2017, p. 649).

Conforme aponta o dispositivo legal, as partes serão encaminhadas ao conciliador ou mediador, de acordo com a natureza do litígio. Caso alguma das partes não compareça, considera-se praticado ato atentatório à dignidade da justiça, com cominação de multa de até 2% sobre o valor da causa, revertido à União ou ao Estado, a depender do caso.

A instituição da audiência prévia de conciliação ou mediação pode ser considerada o início da aceitação da essência do Tribunal Multiportas no Brasil, já que estimula a adoção dessas formas de solução dos conflitos nos processos distribuídos perante o Poder Judiciário. É certo que ainda existem diversos problemas que devem ser solucionados para que essa audiência surta o efeito dela esperado, como, por exemplo, a construção dos Centros Especializados de Conciliação e Mediação, a correta formação dos facilitadores da composição (no caso, conciliadores e mediadores), e, ainda, o próprio aumento da confiança das partes em tais institutos, que, considerada a recente vigência do CPC, pode levar considerável tempo.

5. CONCLUSÃO

A utilização do processo judicial contencioso nem sempre pode mostrar-se como melhor opção para a pacificação social. Isso porque, além de serem aplicadas normas abstratas a diversos casos totalmente diferentes, o exercício da jurisdição encontra grandes problemas, como a morosidade processual e a não efetividade da decisão. Esses problemas fazem com que o indivíduo tenha uma certa descrença com relação ao Poder Judiciário, pois muitas vezes deposita toda a sua confiança e esperança em um determinado processo, mas percebe que a entrega do bem da vida almejado não ocorrerá.

Os meios alternativos de solução dos conflitos apresentam-se como uma solução, ou, ao menos, amenização dos problemas acima apontados. Ao utilizar-se de atividades como conciliação, mediação e arbitragem, que são os meios alternativos mais conhecidos no ordenamento pátrio, os litigantes tem a possibilidade de finalizar o conflito de forma mais especializada, participativa e rápida, o que pode se dar antes mesmo da instauração de um processo convencional ou em seu decorrer.

Além disso, a adesão a esses meios torna mais provável a realização da pacificação social, pois acabam por incentivar a resolução amigável e por vezes resolvem problemas existentes que vão muito além da lide apresentada ao Judiciário. A decisão é tomada de forma colaborativa, o que aumenta a conformidade das partes com seu conteúdo.

Espera-se que com as previsões contidas no Código de Processo Civil e as atividades estimuladas pelo Conselho Nacional de Justiça a adesão aos meios alternativos seja cada vez maior, o que conseqüentemente poderá fazer com que o número de ações que tramitam perante o judiciário

diminua. Com isso, os magistrados e serventuários terão condições de analisar processos que, por determinados motivos, realmente deveriam estar tramitando perante o Judiciário, aumentando a qualidade do serviço público prestado.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. FGV: 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 mai. 2018.

BRASIL. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em 25 jun. 2018.

BRASIL. **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.htm>. Acesso em 10 jun. 2018.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 10 jun. 2018.

BUENO Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5ª Edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria geral do processo**. 2ª Edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Manual de Mediação Judicial. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acesso em 27 jun. 2018.

_____. Relatório Justiça em Números 2017. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> . Acesso em 27 jun. 2018.

DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. **A Mediação e a Conciliação no Contexto do Novo Código de Processo Civil de 2015**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/9990/7083>>. Acesso em 25 jun. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1, 7ª Edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros editores, 1996.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros editores, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mediação paraprocessual. In: ALMEIDA, Rafael. ALMEIDA, Tania. CRESPO, Mariana Hernandez. **Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 95-102.

LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. **Mediação no judiciário: teoria na prática**. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9ª Edição, Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael. ALMEIDA, Tania. CRESPO, Mariana Hernandez. **Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 87-96.

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Igor Gustavo Bezerra de ARAÚJO¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tratar da estabilização da tutela antecipada antecedente, instituto que teve sua gênese com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Para isto, faz-se uma exposição sobre as tutelas definitivas e as tutelas provisórias, a fim de demonstrar as diferenças e peculiaridades de cada uma das tutelas. Ainda, fez-se uma breve distinção da tutela provisória fundada na urgência da tutela provisória fundada na evidência, com o intuito de demonstrar suas semelhanças e distinções. Por fim, busca-se sistematizar a estabilização da tutela antecipada antecedente, bem como apresentar a problematização do tema, com o intuito de esclarecer os pontos controvertidos dessa técnica processual.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Provisória. Tutela Provisória de Urgência. Tutela de Evidência. Tutela Antecipada. Estabilização.

ABSTRACT

The present work has as its goal to deal with the antecedent interlocutory relief stabilization, an institute that had its genesis with the validity of the Code of Civil Procedure of 2015. For this, an exposition is made on the definitive and the interlocutory injunctions, aiming to demonstrate the differences and peculiarities of each of them. Furthermore, a brief distinction was made between provisional protection based on the urgency of provisional protection based on evidence, to demonstrate its similarities and distinctions. Finally, the aim is to systematize the stabilization of the antecedent interlocutory relief, as well as to present the problematization of the theme, to clarify the controversial points of this procedural technique.

KEY WORDS: Interlocutory injunction. Urgent Injunctive relief. Evidence injunction. Advanced injunction.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como ponto principal a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, instituto que surgiu com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Todavia, o assunto é apenas novidade no ordenamento jurídico pátrio, já que a estabilização é utilizada em outros ordenamentos há bastante tempo.

As tutelas provisórias estão previstas no nosso ordenamento desde o Código de Processo Civil revogado. No início, ainda sob a égide do Código de 1973, as hipóteses eram limitadas, sendo ampliadas posteriormente diante da necessidade da aplicação do instituto aos demais processos judiciais. Destarte, com o advento do Novo Código de Processo Civil, que passou a vigor no ano de 2016, houve uma verdadeira evolução ao instituto da tutela provisória, ao passo que se criou um

¹ Discente do 4º ano (7º termo) do curso de Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP. E-mail: igor.gustavo.97@hotmail.com.

único livro para cuidar de todas as tutelas provisórias. Ainda, trouxe duas novidades, quais sejam, a possibilidade da concessão de tutela provisória de urgência satisfativa antecedente e, também, a sua estabilização.

Entretanto, junto as novidades vieram diversos questionamentos que a doutrina diverge e que merece um aprofundamento maior. Assim sendo, por tratar-se de um tema novo merece destaque, a fim de elucidar e guiar o aplicador do direito na utilização desta nova técnica processual.

O legislador ao regram a estabilização da tutela antecipada antecedente, tem a intenção de efetivar de maneira mais célere a satisfação da pretensão demandada pela parte. Nessa toada, a estabilização poderá pôr fim ao processo antes mesmo da contestação, isto é, o requerente da demanda não sofrerá as consequências do tempo que assola ao processo (não sofrerá as consequências com a morosidade do judiciário).

No mesmo sentido, existem casos que a demora irrazoável do processo pode levar ao perecimento pretense pela parte. Em outras palavras, para conseguir a sentença final (cognição exauriente) será necessário enfrentar todo o tramite processual, bem como eventuais atos protelatórios praticados pela parte contrária, o que ocasionará um desconforto para o autor, pois o resultado final pode deixar de ser interessante para o polo ativo da ação ante a morosidade processual. Logo, através do pedido de tutela antecipada antecedente, o autor da ação conseguirá um provimento para efetivar o seu direito de maneira mais célere, e caso a parte contrária não se manifeste, apresentando o respectivo recurso, a tutela se estabilizará.

Destarte, além do tempo processual, há outros problemas que o instituto da estabilização tem grande potencial de solucionar.

O presente trabalho, também, teve como objetivo expor a problematização do tema, sendo abordado temas como: as possibilidades de estabilização da tutela, os meios de impugná-la, a natureza jurídica, a dupla omissão e a vontade do autor, prazo para mover ação autônoma etc.

Foi empregado o método dedutivo, a partir do qual se analisou os dados a respeito da tutela em geral, e aspectos doutrinários acerca dos temas debatidos.

Também, foram utilizados casos hipotéticos e problemas, evidenciando-se possíveis problemas que possam de correr da aplicação da estabilização.

2 NOÇÕES SOBRE AS ESPÉCIES DE TUTELA

O presente trabalho tem como objetivo principal, sistematicamente, tratar sobre a estabilização da tutela provisória, bem como veicular as principais problematizações.

Sendo assim, para uma melhor compreensão do tema, é necessário algumas noções, ainda

que lacônico, sobre as espécies de tutelas previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, os subtítulos a seguir serão reservados a tratar sobre as espécies de tutelas.

2.1 Tutela Definitiva

A tutela definitiva, como o próprio nome já diz, refere-se a uma tutela obtida com base em cognição exauriente, isto é, com profundo debate no curso do processo acerca do objeto da lide.

Entretanto, a tutela definitiva subdivide-se em duas espécies: tutela definitiva satisfativa e tutela definitiva cautelar. Logo, temos a tutela definitiva como gênero da qual subdivide-se em duas espécies: satisfativa e cautelar.

A primeira espécie, tutela definitiva satisfativa, é aquela que tem como escopo certificar e/ou efetivar o direito material litigioso. Portanto, nesse sentido, a tutela satisfativa de certificação pode ser declaratória, constitutiva e condenatória; e a tutela satisfativa de efetivação é executiva, em sentido amplo (“*lato sensu*”)².

A regra do ordenamento jurídico brasileiro é a tutela definitiva satisfativa, tendo em vista que tal tutela é prestada com base em cognição exauriente, garantindo-se o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, direitos estes garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Destarte, a tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário, em sua acepção satisfativa, tem a sua gênese nos princípios do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV), devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

Nesta mesma linha de raciocínio leciona Fredie Didier Jr.³:

A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.

Ainda, esta tutela é denominada de tutela-padrão, pois é aquela que se busca em todo e qualquer processo, seja ele cível, criminal, trabalhista ou administrativo.

Porém, a obtenção da tutela jurisdicional satisfativa pode ser demorada, já que o tempo e o processo são inseparáveis. O processo possui um tempo próprio, isto é, toda tutela demanda um certo período para ser prestada, pois é necessário respeitar todo o tramite processual até a sentença, momento onde é prestada a tutela satisfativa (cognição exauriente). Este tempo é chamado de fisiológico, pois é o tempo normal que o processo demora para ser concluído.

Todavia, existem momentos em que a parte contrária pratica atos com o intuito de

² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11 ed. - Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 576.

³ DIDIER JÚNIOR. *op. cit.* p. 575.

procrastinar o processo no tempo, o que faz com que a tutela demore além do normal para ser prestada. Esse tempo que foge a normalidade do processo é chamado de tempo patológico.

O próprio tempo do processo alonga a prestação jurisdicional, pois um dos grandes males que atinge o ordenamento jurídico pátrio é a morosidade. Neste diapasão, Gustavo Bohrer Paim: “sabe-se que justiça e instantaneidade são conceitos que raramente se encontram, razão pela qual uma razoável duração processual se faz necessária para que se tenha um provimento jurisdicional adequado”⁴.

Ainda, vale ressaltar, que o tempo patológico fere o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna), haja vista que prolonga o tramite regular do processo. Logo, a tutela a ser prestada, ante a procrastinação da parte contrária, pode não ser mais interessante para a parte que pleiteia o direito litigioso.

Em razão disso, há a tutela definitiva não-satisfativa, de cunho assecuratório: a tutela cautelar (segunda espécie de tutela definitiva a ser estudada).

A tutela cautelar não visa a satisfação de uma pretensão, mas sim assegurar o resultado útil de uma futura pretensão, protegendo-o. Em outras palavras, a tutela cautelar não tem natureza satisfativa, já que não entrega o bem da vida requerido pelo autor. Logo, a natureza cautelar serve para garantir o resultado útil de um futuro processo.

Compartilha desse entendimento Arruda Alvim:

Desse modo, as medidas provisórias de natureza cautelar são provimentos judiciais que servem para garantir que os meios necessários a que o processo atinja seu resultado útil não pereçam. O objeto da medida cautelar não é a composição da lide em si, mas algo acessório a ela. No processo cautelar dos arts. 796 e seguintes do CPC/1973, a sentença não visava à entrega definitiva do bem da vida disputado.

(...)

O que o requerente da medida quer não é o bem da vida em si, mas obter meios de garantir que o processo atinja seu resultado útil⁵.

Portanto, a tutela cautelar esta fundada nos dispêndios da irrazoável duração do processo, sendo utilizado a fim de conservar o direito pleiteado pela parte.

Com esta breve introdução acerca da tutela definitiva cautelar, já podemos notar uma das diferenças entre ela e a tutela definitiva satisfativa, qual seja o objeto. Entretanto, essa não é a única diferença entre ambas as tutelas, pois a tutela cautelar possui duas características únicas: a temporariedade e a referibilidade.

A tutela cautelar serve para resguardar outro direito (objeto da tutela satisfativa). A referibilidade é característica da tutela cautelar porque esta sempre dirá respeito a outro direito, o

⁴ PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da Tutela Antecipada**. - Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 2012, p. 115.

⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: Teoria do Processo e Processo de Conhecimento**. 17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 683.

direito que se acautela, isto é, o direito sobre que recai a tutela cautelar.

Dito isto, a tutela definitiva cautelar pode ser vista sob duas óticas. A primeira diz respeito ao direito à própria tutela cautelar, isto é, o direito ao instrumento processual acautelatório que faz jus a parte para demonstrar ao juiz a probabilidade do seu direito. A segunda é o direito que se acautela, ou seja, o direito material que se pretende ver satisfeito ao final do processo⁶.

Ainda, a tutela definitiva cautelar é temporária, pois seus efeitos são limitados no tempo. A tutela cautelar deve durar o tempo em que permanecer o estado de perigo para a efetividade do processo principal. Portanto, a duração da tutela cautelar é transitória, haja vista que seus efeitos duram até a satisfação da pretensão do processo principal.

Dispõe Fredie Didier Jr.:

A tutela cautelar é, ainda, temporária, por ter sua eficácia limitada no tempo. A tutela cautela dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. Além disso, tende a extinguir-se com a obtenção da tutela satisfativa definitiva – isto é, com a resolução da demanda principal em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado. Por exemplo: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente⁷.

Por fim, mesmo sendo temporária, a tutela cautelar é definitiva. Explica-se. Apesar de ser temporária, a tutela cautelar é definitiva, visto que nada virá em seu lugar da mesma natureza, isto é, é ela a tutela assecuratória e inalterável; decidida com base em cognição exauriente. Entretanto, no que tange aos seus efeitos práticos, ela é temporária. A cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado⁸.

Portanto, uma vez concedida a tutela cautelar, ela não será suscetível de modificação a qualquer tempo, nem mesmo com base em fatos novos. Se não dispuser mais nenhum recurso, a tutela final cautelar estará solidificada pela coisa julgada.

2.2 Tutela Provisória

Antes de dissertar sobre a tutela provisória, se faz necessário assinalar que, de um modo geral, toda tutela provisória é caracterizada por três características essenciais.

A primeira é a sumariedade da cognição. Significa dizer que a decisão é proferida com base em cognição sumária, ou seja, a decisão dada pelo juiz é baseada em um juízo de

⁶ GALVIN, Vitor Figueiredo. **Estabilização da tutela antecipada: uma nova perspectiva da pretensão demandada**. Monografia Pós-Graduação (Especialização – Direito Processo Civil) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017, p. 15. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/6722/6407>>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11 ed. - Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 577.

⁸ DIDIER JÚNIOR. *op. cit.*, p. 579.

probabilidade. Portanto, a análise do assunto é superficial.

A segunda característica é a precariedade. Isso significa que a tutela provisória manterá seus efeitos durante todo o trâmite processual até a concessão da tutela definitiva. No entanto, diz-se que é uma tutela precária, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo magistrado, desde que haja alteração da situação de fato, de direito ou de prova. É o que ensina Fredie Didier: “a revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de fato ou de direito ou do estado de prova (...)”⁹.

A terceira característica decorre das duas primeiras, isto é, por ser prestada com base em cognição sumária e ser precária, a tutela provisória nunca fará coisa julgada.

Como visto no tópico anterior, a regra do ordenamento jurídico é de que a prestação jurisdicional seja baseada em uma cognição exauriente, com amplo debate e contraditório. Entretanto, a entrega da tutela definitiva demora, pois o processo exige tempo. Assim, em situações de urgência, a tutela definitiva pode não ser mais interessante quando da sua prestação, isto é, a demora na prestação da tutela jurisdicional pode colocar em risco a sua efetividade.

Assim, com o intuito de abrandar os males do tempo do processo, o legislador constituiu a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva. Ou seja, aquilo que seria concedido apenas no final do processo, agora pode ser gozado antecipada e imediatamente, gerando efeitos próprios da tutela definitiva pretendida.

Destarte, como pode vislumbrar, uma das finalidades da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição.

Distinguindo da tutela definitiva cautelar, a tutela provisória é prestada com base em cognição sumária; e como o próprio nome já diz, trata-se de uma tutela provisória, pois será substituída por uma tutela definitiva, que a confirme, revogue ou modifique.

Com o advento do Código de Processo Civil, na forma do artigo 294, a tutela provisória foi dividida em duas espécies: tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência.

A tutela provisória de urgência, para que seja concedida, conforme disciplina o artigo 300 do Código de Processo Civil, pressupõe a demonstração da probabilidade do direito (“*fumus bonis juris*”) e o perigo da demora (“*periculum in mora*”). Ainda, a tutela provisória de urgência pode ser satisfativa ou cautelar.

Já a tutela provisória de evidência, diferentemente da tutela de urgência, sempre será satisfativa/antecedente. Criada com o intuito, também, de afastar os males causados pelo tempo no processo e concretizar o princípio da igualdade, se a parte tem evidências suficientes a demonstração de que o objeto da lide lhe pertence, não seria justo que ele suportasse o ônus do

⁹ DIDIER JÚNIOR. *op. cit.*, p 582.

tempo para, somente ao final, ver seu direito satisfeito.

Por fim, nos dois tópicos seguintes será analisado de forma mais aprofundada as tutelas de urgência e evidência.

2.2.1 Tutela Provisória de Urgência

A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou antecipada (satisfativa).

Tais tutelas não são definitivas, tendo em vista que elas se prestam tão somente para afastar uma situação de perigo, urgência, sendo a decisão baseada em cognição sumária. Portanto, será sempre provisório, podendo ser mantido, revogado ou alterado pelo juiz quando da prolação da sentença.

Nesse diapasão, Leonardo Greco:

É a *urgência*, a situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material pleiteado, que torna necessária a tutela cautelar ou a tutela antecipada de urgência, tendo em vista a impossibilidade concreta de evitá-la através do desenvolvimento e da conclusão normal da própria atividade processual cognitiva ou executiva.¹⁰

Cumprе ressaltar, que as tutelas provisórias de urgência cautelar e satisfativa (antecipada), com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foram unificadas, isto é, estão previstas em um único livro (Livro V do CPC de 2015). Antes, sob a égide do Código Processual Civil de 1973 (revogado), a tutela antecipada tinha seus requisitos previstos no artigo 273, ao passo que a tutela provisória cautelar tinha um livro próprio (Livro III).

Portanto, o novo Código de Processo, distinguindo-se do Código de 1973, ora revogado, acabou com a divisão existente quanto aos requisitos para a concessão da tutela provisória cautelar e satisfativa¹¹.

Agora, tanto a tutela provisória de urgência cautelar quanto a tutela provisória de urgência satisfativa, para sua concessão, é necessário demonstrar, conforme disciplina o artigo 300, a probabilidade do direito (*“fumus boni juris”*), o perigo de dano (*“periculum in mora”*) ou o comprometimento ao resultado útil do processo.

Ainda, tratando-se de tutela provisória antecipada, é necessário o preenchimento de mais um requisito que consta no parágrafo 3º do art. 300, qual seja, a reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória.

¹⁰ GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada**: volume 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: JusPODIVM, 2015.

¹¹ “A redação do at. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” (Enunciado nº. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O “*fumus boni iuris*” (ou fumaça do bom direito) se faz presente quando o direito pleiteado, pela aparência, se mostra plausível de tutela no processo. Em outras palavras, o juiz precisa avaliar se os elementos que evidenciam a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante. Portanto, se faz necessário a verossimilhança fática conectado com a plausibilidade jurídica, isto é, é preciso que da narrativa da parte se visualize uma verdade provável e que tais fatos se amoldem à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

Para ficar caracterizado o “*periculum in mora*” (perigo da demora), é necessário que a parte demonstre fundado temor de que a demora da prestação da tutela jurisdicional pode causar-lhe danos irreparáveis.

O legislador conceitua o perigo da demora como sendo o perigo que a demora representa no processo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Nesta toada, Humberto Theodoro Júnior:

Para a obtenção da tutela de urgência, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo¹².

Portanto, a tutela deve ser prestada antes que tais danos se concretizem, tendo em vista que após a concretização não é mais interessante à parte a prestação da tutela provisória fundada na urgência.

O terceiro pressuposto, reversibilidade, previsto no artigo 300, §3º, do CPC, trata da questão do “*status quo ante*”, isto é, a tutela provisória de urgência prestada deve ser reversível dentro do próprio processo, a fim do requerido retornar ao estado anterior, caso necessário, sem necessidade de recorrer a uma ação indenizatória. Sendo assim, caso seja necessário recorrer a ação indenizatória, a tutela de urgência não poderá ser prestada, pois ela será considerada irreversível, sendo contrário ao que é disposto no artigo 300, §3º.

Entretanto, essa exigência não deve ser absoluta, pois, se assim for, levará a inutilização do instituto da tutela provisória antecipada. Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a tutela provisória satisfativa, o seu deferimento é necessário para que se evite um mal maior para a parte (por exemplo, a cirurgia urgente de um paciente que se não fizer imediatamente poderá vir a óbito).

Luiz Guilherme Marinoni trata sobre a concessão da tutela provisória antecipada no caso

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum – vol. 1.** 57ª. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 624.

de colisão de direitos fundamentais:

No juízo de cognição sumária o juiz ainda não sabe se o direito afirmado existe, embora possa saber se ele, por ser verossímil, merece tutela imediata em razão do “*periculum in mora*”. Há casos, porém, em que existem dois direitos fundamentais em colisão, e assim apenas as peculiaridades do caso concreto podem determinar qual deles deve prevalecer. Embora a solução da colisão entre direitos fundamentais deva ser necessariamente se dar na sentença, quando da tutela final, é evidente que a necessidade de antecipação da tutela obriga o juiz a ponderar entre os direitos com os olhos nas circunstâncias presentes no curso do processo e, assim, através de um juízo de cognição sumária. Isto quer dizer que, diante de dois direitos fundamentais em colisão, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado na sentença e na decisão que trata da tutela antecipatória¹³.

Destarte, no caso de haver dúvida da prestação da tutela antecipatória irreversível, no entanto, a tutela diz respeito a um direito fundamental, como a vida, v.g., é necessário que o juiz faça a ponderação de valores.

Portanto, associadamente com o preenchimento dos pressupostos vistos até aqui, perigo da demora e probabilidade do direito, exige-se que os efeitos da tutela provisória de urgência satisfativa (antecipada) sejam reversíveis¹⁴.

No que diz respeito a forma de requerimento, a tutela provisória de urgência pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

A tutela de urgência será requerida incidentalmente quando for requerida dentro do processo em que se pede a tutela definitiva, ou seja, o requerimento é feito em conjunto ou posterior a formulação do pedido de tutela definitiva. Portanto, na prática, segue a seguinte lógica: o autor ingressa com a ação pleiteando, desde já, as tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória.

Por outro lado, quando a tutela for requerida de maneira antecedente, significa dizer que ela foi pleiteada antes da tutela definitiva, ou seja, o requerimento é anterior a formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos. Assim sendo, na prática funciona da seguinte maneira: a situação de urgência já se faz presente no momento da propositura da ação, logo, o autor, na petição inicial, se limitará a requerer a tutela provisória de urgência; só depois, pedirá a tutela definitiva.

O estudo sobre a tutela de urgência antecipada antecedente será aprofundado em tópico específico a ser trabalhado no presente artigo.

É importante destacar, ainda, o momento da concessão da tutela provisória, seja ela incidental ou satisfativa. A tutela provisória antecipada e incidental pode ser concedida no início do processo (liminarmente), no decorrer do processo, na sentença ou em grau recursal.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 202.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*. p. 196.

2.2.2 Tutela Provisória de Evidência

A tutela de evidência é caracterizada por ser concedida independentemente de demonstração de perigo, desde que se amolde a um dos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil.

O artigo 311 traz as hipóteses em que será possível obter a tutela de urgência fundada na evidência:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

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.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Da leitura do artigo citado, é possível verificar que há quatro pressupostos que autorizam a concessão da tutela de urgência de evidência.

O inciso I admite a concessão da tutela de evidência quando ficar caracterizado abuso de defesa ou a prática de atos protelatórios da parte. Portanto, refere-se a uma tutela punitiva contra aquele que age de má-fé, impondo empecilhos ao regular andamento do processo, ferindo, desta maneira, princípios processuais constitucionais, como, v.g., a duração razoável do processo.

Praticada tais condutas, o ônus de provar o que está dizendo passa a ser do requerido (inversão do ônus da prova), haja vista que é exercente de defesa despida de seriedade e consistência. Dessa forma, o peso da demora do processo recai sobre a parte que exerceu o direito de defesa de maneira abusiva ou que praticou atos protelatórios.

No entanto, a decisão que concede a tutela de urgência fundada na evidência deve ser categoricamente fundamentada pelo magistrado, pois as expressões contidas no inciso I, do art. 300 são conceitos indeterminados (abertos). Assim, o juiz deve preencher tais expressões à luz do caso concreto, ou seja, deve explicar o porquê daquela determinada defesa ser considerada abusiva ou manifesta de atos protelatórios, pois, do contrário, estaria ofertando uma sentença genérica (artigo 489, parágrafo 1º, inciso II, CPC¹⁵).

O inciso II, do art. 311, do CPC, admite a concessão da tutela provisória de evidência

¹⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

A tutela de urgência de evidência é admitida mediante o preenchimento de dois pressupostos: prova dos fatos e a demanda consistir em tese jurídica já firmada.

A prova dos fatos deve ser, necessariamente, documental ou documentada (como, por exemplo, prova emprestada); e, também, recair sobre o fato constitutivo do direito do autor.

Porém, não basta que o requerente comprove o fundamento fático de sua pretensão, a lei exige que o fundamento do direito esteja respaldado em tese firmada em jurisprudência oriunda de casos repetitivos ou sumulas vinculantes¹⁶. Aqui, mais uma vez, é possível observar a preocupação do novo Código de Processo Civil em prestigiar os precedentes judiciais.

Destarte, aquele que postula com base em fatos provados documentalmente e que possua precedente, encontra-se em estado de evidência.

A sentença que concede a tutela de evidência, deve demonstrar que o caso sob julgamento se assemelha ao caso que deu origem ao precedente (art. 489, §1º, inciso V, CPC). Por outro lado, a sentença denegatória deve demonstrar a distinção do caso em julgamento e do precedente (art. 489, §1º, inciso VI, CPC).

O inciso III trata da hipótese da concessão de tutela provisória de evidência quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (...)”.

Sobre o tema, explana Antônio Pereira Gaio Júnior:

No Código de Processo Civil/2015, pode o legislador prevê dita hipótese como possível em sede de tutela provisória de evidência, cabendo ao depositante, fundado em prova documental adequada ao contrato de depósito, reivindicar a coisa, inclusive com a cominação de multa ao depositário, caso seja recalcitrante no cumprimento espontâneo do comando judicial.¹⁷

Assim, é preciso que o autor demonstre suas alegações através de prova documental “adequada do contrato do depósito”, bem como esteja configurada a mora *ex re*.

O inciso IV admite a concessão da tutela provisória fundada na evidência quando “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”.

Nesse sentido, para a concessão da tutela de evidência acima é necessário que a parte requerente esteja munida de prova documental (ou documentada) e idônea, que sejam suficientes para a demonstração dos fatos constitutivos e ausência de prova documental pela parte contrária,

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 696.

¹⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo. vol. 254. ano 41. São Paulo: Ed. RT, abr. 2016, p. 221-222.

que seja apta a gerar dúvidas razoável.

3 TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A PROBLEMATIZAÇÃO DA SUA ESTABILIZAÇÃO

A tutela é antecedente quando a medida é pleiteada antes mesmo da formulação do pedido da tutela final (definitiva). A tutela provisória de urgência antecipada antecedente, portanto, tem o condão de adiantar os efeitos satisfativos da tutela definitiva.

O legislador prevê um regramento próprio para a sua concessão, estabelecido no artigo 303 e seguintes do Código de Processo Civil.

A medida pode ser requerida quando a situação de urgência for contemporânea a propositura da ação, devendo a parte requerente, na petição inicial, requerer a tutela antecipada, indicar o pedido de tutela final (definitiva), expor a lide e o direito que se busca realizar, bem como demonstrar o preenchimento dos requisitos genéricos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), indicar o valor da causa considerando o pedido da tutela definitiva, e, por fim, que pretende valer-se do benefício da formulação do requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente (art. 303, §§4º e 5º, do CPC).

Caso a tutela não seja concedida pelo magistrado, por considerar que não estão presentes os elementos que evidenciem o preenchimento dos pressupostos para a concessão da medida provisória, estabelece o parágrafo 6º do art. 303, que o juiz determinará a intimação do autor para que promova a emenda da petição inicial no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento do pleito e extinção do processo sem resolução do mérito. Segundo Fredie Didier Jr., a inicial deve ser emendada “(...) para que o autor complemente sua causa de pedir, confirme seu pedido de tutela definitiva e traga documentos indispensáveis à propositura da demanda (...)”¹⁸.

Concedida a tutela provisória, deverá o autor, segundo §1º do art. 303 do CPC, aditar a petição inicial, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar, a fim de complementar a causa de pedir, confirmar o pedido de tutela definitiva e juntar novos documentos indispensáveis a apreciação da demanda. Ainda, estabelece o §3º do artigo supra, que o aditamento ocorrerá nos mesmos autos e sem a incidência de novas custas.

Deverá o magistrado, ainda, determinar a citação e intimação do réu para a audiência de conciliação ou mediação na forma do artigo 334 do Código de Processo Civil (art. 303, §1º, II, CPC). Não havendo autocomposição, o réu deverá apresentar sua resposta na forma prevista no artigo 335 do Código de Processo Civil.

O réu pode adotar duas posturas: responder à demanda do autor e/ou recorrer da decisão

¹⁸ DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Op. cit.*, p. 615.

que concede a tutela antecipada; ou ficar inerte. No primeiro caso, respondendo à demanda ou recorrendo da decisão, o processo se desenvolverá normalmente, isto é, seguirá às suas etapas. Do contrário, permanecendo inerte, o procedimento pode tomar outros rumos, como a possibilidade de estabilização da decisão de tutela antecipada antecedente e extinção do feito.

O legislador, portanto, previu que em casos de extrema urgência que o autor necessita de uma tutela antecipada, mas não tem tempo hábil para elaborar a peça inicial com todos os elementos e provas, ele pode se limitar a fazer apenas um pedido demonstrando a situação de urgência e, posteriormente, complementar a exordial.

A ideia do legislador foi muito boa, entretanto, as polêmicas surgem porque aliada a tutela antecipada antecedente, foi criado um dos institutos mais conturbados do Novo Código de Processo Civil, que é a estabilização da tutela antecipada antecedente.

O artigo 304 do CPC traz expresso quando a tutela tornar-se-á estável: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. Ainda, no mesmo artigo, é ditada as regras do procedimento de estabilização da tutela provisória.

Inicialmente, é preciso dizer que a estabilização da tutela provisória somente é possível nos casos previstos no art. 303, *caput*, do CPC, ou seja, somente a tutela provisória satisfativa antecedente que tem aptidão para estabilizar-se, conforme expõe o art. 304 do mesmo diploma legal. Logo, surge a primeira problematização do tema, qual seja, a opção do legislador em reger apenas a estabilização da tutela antecipada prevista no art. 303 do CPC.

Para alguns autores, dentre eles Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade¹⁹, seria possível a estabilização da tutela fora das regras previstas no *caput* do artigo 304. As ideias dos autores são interessantes, principalmente em relação a tutela de evidência. Isso porque, a evidencia, de certa forma, tem maior grau de certeza em comparação com as tutelas de urgência, entendimento que pode ser extraído da leitura dos incisos I a IV do art. 311 do Código de Processo Civil²⁰.

Entretanto, esta não foi a escolha feita pelo legislador, tendo em vista que o *caput* do art. 304 do CPC prevê apenas a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Outra discussão é a possibilidade ou não da estabilização de demandas que versem sobre direitos indisponíveis. A maioria, quase que unânime, resguarda-se pela impossibilidade de tal estabilização, tendo em vista que se possível, haveria confronto direto aos pressupostos

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRARE, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC**. Revista de Processo. vol. 206. ano 2012. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012, p. 48-49.

²⁰ GALVIN, Vitor Figueiredo. **Estabilização da tutela antecipada: uma nova perspectiva da pretensão demandada**. Monografia Pós-Graduação (Especialização – Direito Processo Civil) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017, p. 15. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/6722/6407>>. Acesso em: 18 de jun. 2018, p. 67.

constitucionais do direito ao contraditório e devido processo legal.

Segundo Guilherme Thofehn, permitir a estabilização da tutela sobre direitos indisponíveis permitiria a presunção de veracidade dos fatos alegados de forma superficial, não havendo necessidade de qualquer instrução probatória²¹.

A terceira discussão sobre o tema é a incompatibilidade do artigo 303, §1º, I com o artigo 304, *caput*, todos do Código de Processo Civil. Explica-se. O legislador não foi feliz ao tratar do procedimento compreendido entre a concessão da medida provisória e sua respectiva estabilização. Isso porque, ao que tudo indica, os prazos começam a fluir concomitantemente, visto que após a concessão da tutela antecipada começa a fluir o prazo para o autor emendar a inicial, bem como começa a fluir o prazo para a parte contrária interpor o recurso de agravo de instrumento.

No caso acima, se nenhuma das partes cumprir com o seu ônus, o processo será extinto. No entanto, a incompatibilidade se faz presente quanto a hipótese da tutela se estabilizar ou não. Isso porque, em relação a extinção prevista no §2º do art. 303, a tutela não se estabiliza; do contrário, se for considerada a extinção pelo §1º do art. 304, a tutela se estabiliza.

Nesse diapasão, Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz apontam:

Deferida a medida satisfativa em caráter antecedente, cumpre ao autor aditar a inicial, no prazo de 15 (quinze) dias – ou outro que o juiz fixar – com a complementação de sua argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido final, sob pena de extinção do processo, sem o julgamento de seu mérito. Contudo, entendendo-se que o recurso próprio a elidir a estabilização seja o agravo de instrumento, o réu terá idêntico prazo para a propositura do “respectivo recurso” a que alude o *caput* do art. 304. A mera identidade de prazo, por si só, já causa estranheza, uma vez que o autor se verá na incômoda situação de ser obrigado a emendar à inicial, mesmo sem saber se ocorrerá ou não a estabilização. Pior, mesmo procedida a emenda, poderá ela ser completamente inútil, face ao não ingresso do recurso, uma vez que se implementará a estabilização, extinguindo-se o processo, fazendo da emenda letra morta. Entretanto, tendo em vista que a intimação do deferimento da medida será procedida, em relação ao autor, por publicação destinada a seu defensor, a intimação e citação do réu deverão ocorrer de forma pessoal, o que, via de regra, demandará uma maior atividade dos auxiliares de justiça e, conseqüentemente, maior tempo para a realização do ato e, logo, maior delonga para iniciar o prazo. Portanto, na prática, o autor, sem saber sequer quando ocorrerá o início do prazo para qualquer forma de impugnação do réu, será obrigado a emendar a inicial, sob pena de extinção, mesmo que supervenientemente venha ocorrer a estabilização. Cria-se, deste modo, uma incongruência sistemática. O autor tem o objetivo de por fim ao processo, pela estabilização, mas dependendo ela de ato do réu, se vê obrigado a realizar a emenda, que de outra forma não a faria, pela falta de informação do comportamento da parte adversa, causado pela estranha regulamentação sobre os prazos de um e outro. Melhor alternativa seria exigir a emenda somente nos casos em que não fosse aplicável a estabilização²².

Portanto, a fim de evitar problemas procedimentais, v.g., a perda dos prazos ou a extinção do processo, primeiramente, deveria ser o réu citado para, querendo, apresentar o recurso cabível (agravo de instrumento). Caso o recurso seja reconhecido pelo Tribunal, elidindo a estabilização,

²¹ LESSA, Guilherme Thofehn. **Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 165.

²² LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 113-114.

intima-se o autor para emendar a inicial e o réu para a audiência de conciliação ou mediação.

Ainda, sendo adotado o posicionamento acima, evita-se o “extermínio” da intenção do instituto da estabilização da tutela antecipada, isto é, é preciso que o autor não tenha manifestado, na petição inicial, a sua intenção em dar prosseguimento ao processo após a obtenção da tutela antecipada, no entanto, com o receio do réu agravar a decisão que concede a tutela provisória, o autor irá emendar a inicial, o que fará com que o processo continue.

Entretanto, é possível que o autor tenha interesse em dar prosseguimento a demanda, a fim de conseguir um tutela baseada em cognição exauriente, ou seja, uma tutela definitiva e com força de coisa julgada. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. explica: “Assim, se o autor tiver a intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela definitiva, independentemente do comportamento do réu frente a eventual tutela concessiva de tutela antecipada antecedente, ele precisa dizer isso expressamente já na sua petição inicial²³”.

A quarta questão que precisa ser enfrentada é se somente o recurso do réu é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada antecedente. O recurso que faz menção a letra da lei é o agravo de instrumento, conforme regra o inciso I do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Interessa ressaltar que, além do réu, também pode se valer do agravo de instrumento para impedir a estabilização o litisconsorte, o assistente simples e o terceiro prejudicado.

Pela leitura do art. 304 do Código de Processo Civil, somente impede a estabilização a interposição do respectivo recurso. Nesse sentido, realizando uma interpretação literal da lei, parte da doutrina defende que somente o recurso (agravo de instrumento) do réu possui o condão de impedir a estabilização.

Entretanto, a expressão “respectivo recurso” é bastante criticada pela doutrina. Isso porque, parte da doutrina, defende que qualquer outro meio de impugnação, sobretudo a própria contestação, deveria ser capaz de elidir a estabilização da decisão que concedeu a tutela antecipada.

Autores como Tereza Arruda Alvim, Leonardo Ferreira, Rogério Licastro e Lúcia Lins Conceição têm entendido que a expressão “recurso” não deve ser interpretada restritivamente²⁴.

Todavia, alguns autores, como Humberto Theodoro Júnior, não adotaram o posicionamento acima exposto. Para o aludido autor, o agravo de instrumento é o meio hábil para impedir a estabilização.

De fato, o emprego do recurso de agravo de instrumento, se bem interpretado o dispositivo

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil. vol. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 619.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: Ed. RT, 2015.

de lei, servirá para o propósito para o qual foi criado. O instituto da estabilização foi criado para dar celeridade ao processo, bem como para efetivar o direito material no plano fático. Rafael Calmon Rangel expõe que: “A contestação ampliaria demasiadamente o ambiente cognitivo, desfigurando completa e irreversivelmente o rito a ponto de obrigar a sua conversão para o procedimento comum, bem como impedir a ocorrência da estabilização dos efeitos da tutela²⁵”.

Ainda, outro aspecto a ser enfrentado, concerne na hipótese do recurso manejado pelo réu, a fim de evitar a estabilização, não seja reconhecido por não preencher algum dos requisitos de admissibilidade. Sobre o assunto, leciona Heitor Sica: “(...) se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido²⁶”.

Destarte, bastaria tão somente a interposição do recurso para que impedisse a estabilização da tutela antecipada antecedente, independente de sua admissibilidade, salvo se o Agravo de Instrumento não for reconhecido pela intempestividade, pois, neste caso, será considerado inexistente e, portanto, o juiz pode extinguir o processo e a tutela se estabilizaria.

Sendo o recurso conhecido e provido, o autor deverá ser intimado para emendar a inicial, nos moldes do artigo 303, §1, I, do CPC.

Outra questão que merece destaque e que a doutrina vem discutindo, é se é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente nos casos em que o juiz a concede parcialmente.

O artigo 304 foi redigido pelo legislador levando-se em consideração a hipótese em que a estabilização da tutela antecipada se desse de maneira total. Entretanto, ocorrem situações que podem se mostrar bem mais complexas, face à possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipada parcial, como por exemplo, um menor que representado pela mãe pretende ajuizar uma Ação de Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos, no entanto, devido à urgência requer de maneira antecedente a quantia de R\$ 5.000,00 a título de alimentos provisórios. Caso o juiz conceda a Tutela, mas determine o pagamento de R\$ 2.000,00, caso o suposto pai não agrave, essa tutela é passível de estabilização?

Antes de responder esta pergunta, é importante ressaltar que de qualquer maneira o processo continuará, tendo em vista que não faz sentido falar-se em estabilização, uma vez que a pretensão do autor não era aquela que foi pretendida. Mas, há quem defenda a possibilidade da estabilização parcial.

²⁵ RANGEL, Rafael Calmon. **Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação**. Revista de Processo. vol. 261. ano 41. São Paulo: Ed. RT, 2016 p. 215.

²⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”**. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Tutela Provisória. V. 6**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 350.

Aqueles que defendem a possibilidade da estabilização da tutela antecipada parcial concedida de maneira antecedente, entendem que em casos como o exemplo supracitado, caso o réu não agrave, com relação a concessão de alimentos, os R\$2.000,00 se estabilizariam e o processo continuaria somente para discutir os outros R\$3.000,00 e se o indivíduo é realmente pai ou não da criança, uma vez que o assunto não fez coisa julgada.

Todavia, outra parte da doutrina defende a não possibilidade da estabilização em razão de criar uma confusão procedimental, pois não faz sentido o juiz ao final da demanda deixar de julgar com base em cognição exauriente a parcela que foi objeto de tutela antecipada.

Assim sendo, a doutrina está totalmente dividida, contando com posicionamentos diversos.

Por fim, e talvez a parte mais importante do presente trabalho, é necessário salientar a natureza jurídica da decisão que estabiliza a tutela antecipada.

Após a estabilização da tutela antecipada antecedente, o processo será extinto, conforme dispõe o artigo 304, §1º do Código de Processo Civil. Mesmo após a extinção do processo os efeitos da decisão são conservados, isto é, ainda que não haja coisa julgada, os efeitos tornar-se-ão estáveis em decorrência da estabilização.

Contudo, muito se tem discutido na doutrina sobre a natureza jurídica desta decisão que põe fim ao processo. Ou seja, a decisão é definitiva ou terminativa, com ou sem resolução de mérito?

Alguns autores dizem que a decisão que põe fim ao processo é sem análise do mérito, com base no art. 485, X, do CPC, pois falta um pedido final certo e determinado e a decisão não faz coisa julgada material, já que o acerto definitivo do direito material não é o objetivo do instituto²⁷.

Outros autores, como por exemplo, J. E. Carreira Alvim, defendem que a extinção do processo é equiparada à extinção com resolução do mérito. Segundo o aludido autor, “(...) a extinção é equiparada à extinção do processo com resolução de mérito, na medida em que a decisão estabilizada contém um provimento substancial, relativo à pretensão material deduzida no processo embrionário (...)”²⁸. Continua o autor a expor que “(...) tem-se uma situação *sui generis*, de uma decisão interlocutória com eficácia sentencial, com força de coisa julgada material e sem autoridade de coisa julgada material (...)”²⁹.

Destarte, não há uma uniformidade na doutrina sobre a natureza jurídica da decisão que estabiliza os efeitos da tutela antecipada. Também, por tratar-se de um instituto trazido pelo Novel

²⁷ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, out. 2016, p. 119.

²⁸ ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. São Paulo: Ed. RT, set. 2016, p. 199.

²⁹ ALVIM. *op. cit.*, p. 203.

Código Processual pátrio, não há na jurisprudência ainda posicionamento sobre o tema.

Assim sendo, o melhor posicionamento que tem-se é o adotado por J. E. Carreira Alvim. De fato, a decisão que estabiliza os efeitos da tutela provisória trata-se de decisão interlocutória, tendo em vista que o recurso para evitar a estabilização, e a extinção do processo, é o agravo de instrumento. Ainda, como disse o autor, tem eficácia sentencial, já que os efeitos da decisão são conservados e possui força de coisa julgada formal, pois a desta decisão não caberá mais recursos, exceto a ação autônoma prevista no §4º do art. 304 do CPC³⁰. Por fim, não trata-se de coisa julgada material, pois não pode-se falar que está decisão é imutável e indiscutível.

Entretanto, ainda sobre coisa julgada, surge mais um problema, previsto no §6 do art. 304, do CPC, qual seja, se após o transcurso do biênio para a propositura da ação autônoma, seria possível falar-se em coisa julgada.

Neste ponto, a doutrina, mais uma vez, é totalmente divergente, uma vez que o assunto é novo e não há prevalência de um entendimento ou de outro. Assim, é necessário destacar que há duas correntes sobre o tema. Uma primeira corrente defende que passado o prazo de dois anos, a tutela concedida de maneira antecedente que se estabilizou, faria coisa julgada, vedando-se, portanto, qualquer rediscussão acerca do tema.

Uma segunda corrente defende que não faz coisa julgada, haja vista que o direito brasileiro não chancela de certeza (imutabilidade) uma decisão que foi proferida baseada em poucos elementos (cognição sumária), já que uma decisão baseada em cognição sumária não muda seu caráter com o transcurso do tempo.

Por fim, o último ponto é se caberia ação rescisória contra a decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente que se estabilizou. Acerca do tema, faz-se necessário partir do pressuposto de que se a partir dos dois anos da concessão ela faz coisa julgada, é possível o cabimento da ação rescisória. Do contrário, passado o biênio e não formando-se a coisa julgada, não seria possível o ajuizamento de ação rescisória.

CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil é um código inovador no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que trouxe inovações de ordem técnica e procedimental ao processo civil brasileiro, prezando pela celeridade processual.

³⁰ GALVIN, Vitor Figueiredo. **Estabilização da tutela antecipada: uma nova perspectiva da pretensão demandada**. Monografia Pós-Graduação (Especialização – Direito Processo Civil) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017, p. 15. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/6722/6407>>. Acesso em: 18 de jun. 2018, p. 87.

O legislador, atento às dificuldades existentes no código revogado, bem como as diversas alterações legislativas que sofreu ao decorrer da sua vigência, foi possível criar um código estruturado e que atendesse às necessidades do direito.

O Código Processual Civil teve uma grande inovação no que diz respeito às tutelas provisórias, que agora são descritas em livro próprio e tem como finalidade o alcance da tutela jurisdicional de forma mais célere. Destarte, a tutela provisória é o mecanismo processual que busca a satisfação do direito, assegurando sua adequação e tempestividade ao jurisdicionado.

A tutela provisória pode ser fundada no urgência ou na evidência. A tutela de urgência se faz presente quando existe um risco de dano ao aguardar a prestação da tutela jurisdicional definitiva. Já a tutela de evidência se faz presente quando o direito pleiteado se mostra proeminentemente demonstrado nos autos, não sendo necessário, conforme o artigo 311 do Código de Processo Civil, a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Portanto, basta o alto grau de verossimilhança e credibilidade da prova documental apresentada para que seja concedida a tutela provisória fundada na evidência.

Dentro da tutela de urgência, tem-se a tutela de urgência cautelar e a tutela de urgência antecipada (satisfativo). O primeiro não confere fruição imediata do direito pleiteado pela parte, entretanto, assegura o resultado útil de um futuro processo, ou seja, quando o direito for prestado, poderá ser gozado com sucesso pelo autor. A tutela de urgência antecipada já disponibiliza à parte o direito almejado, ainda que de maneira provisória.

No que diz respeito a tutela antecipada, é possível que ela seja requerida de modo antecedente. Nesta modalidade, isto é, quando a tutela é requerida de maneira antecipada antecedente, há uma peculiaridade, que é a possibilidade dela se estabilizar e manter seus efeitos. Assim sendo, por meio de um pronunciamento baseado em cognição sumária, o direito da parte será satisfeito, sem a necessidade de um provimento final (cognição exauriente) e profundidade probatória.

Entretanto, esta estabilização possui grau diverso da coisa julgada, tendo em vista que a coisa julgada é inerente a um processo baseado em amplitude de provas e presado com base em cognição exauriente.

A decisão que estabiliza a tutela, só poderá ser revista, reformada ou anulada em ação própria, onde se busca a cognição exauriente da matéria, a ser intentado no prazo de dois anos da intimação da decisão estabilizada.

Ainda, para aqueles que defendem o posicionamento de que transcorrido o prazo de dois anos (biênio) e não for peticionada a ação autônoma, a tutela estabilizada passaria a fazer coisa julgada, seria possível a rediscussão da matéria por meio de ação rescisória.

Assim sendo, esta nova modalidade de tutela provisória de urgência antecipada antecedente é capaz de garantir a tutela jurisdicional adequada e tempestiva, com mecanismo voltado às garantias constitucionais processuais.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: Teoria do Processo e Processo de Conhecimento**. 17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando uma incógnita: a tutela antecipada antecedente e sua estabilização no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 259. ano 41. p. 177-210. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

AMORIM, José Roberto Neves. **Estabilização da coisa julgada na tutela antecipada**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/09/17/estabilizacao-da-coisa-julgada-na-tutela-antecipada/>>.

BAUERMAN, Desirê. **Estabilização da tutela antecipada**. Revista Eletrônica de Direito Processual. vol. VI. ano 4. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual Civil da UERJ, jul./dez. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Código de processo civil (2015)**. Brasília, DF: Senado, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil: volume 1**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

GALVIN, Vitor Figueiredo. **Estabilização da tutela antecipada: uma nova perspectiva da pretensão demandada**. Monografia Pós-Graduação (Especialização – Direito Processo Civil) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2017, p. 15. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/6722/6407>>. Acesso em: 18 de jun. 2018.

GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rogério Rudiniki. **Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas**. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada: volume 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ Fernando Vieira. **Estabilização da tutela antecipada no Novo**

Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 260. ano. 41. p. 105-129. São Paulo: Ed. RT, out. 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença:** e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução: Alfredo Buzaid, Ada Pellegrini Grinover e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LESSA, Guilherme Thofehrn. **Críticas à estabilização da tutela: a cognição exauriente como garantia de um processo justo.** Revista de Processo. vol. 259. ano. 41. p. 159-176. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela.** 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RANGEL, Rafael Calmon. **Os arts. 303 e 304 do CPC: da interpretação à aplicação.** Revista de Processo. vol. 261. ano 41. p. 199-228. São Paulo: Ed. RT, set. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”.** In: COSTA, Eduardo Fonseca da; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). DIDIER JR. Fredie (coord. geral). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Tutela Provisória. V. 6.** Salvador: JusPODIVM, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: A estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro.** Revista de Processo. vol. 209. ano 37. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum – vol. 1.** 57^a. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRARE, Érico. **A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto do CPC.** Revista de Processo. vol. 206. ano 2012. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** São Paulo: Ed. RT, 2015.

REFLEXÃO SOBRE O MODELO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Luis Fernando NOGUEIRA¹

RESUMO

Os métodos de solução de conflitos têm recebido grande atenção na atualidade. No Brasil, a mediação de conflitos vem sendo utilizada nas políticas públicas de tratamento adequando dos conflitos. O Conselho Nacional de Justiça tem incentivado o seu uso por meio da Resolução 125/2010. Este incentivo redundou na edição da Lei Marco da Mediação e na inserção da matéria no Código de Processo Civil. O artigo busca reflexão sobre qual modelo de mediação foi adotado para a mediação judicial nos moldes do Código de Processo Civil. Na contemporaneidade resolver os conflitos de forma rápida e efetiva é um dos desafios que foi aceito e inserido no novo texto do Código de Processo Civil, buscando-se cada vez mais as garantias relacionadas ao acesso à justiça. O assunto não deve ser visto como mero preciosismo técnico, mas a compreensão do modelo desenhado traduz-se em uma poderosa chave para que a mediação de conflito seja verdadeiramente efetiva e consiga atingir o seu propósito.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil; Métodos de Solução de Conflitos; Mediação.

ABSTRACT

ADR (Alternative Dispute Resolution) have currently received many attentions. In Brazil, the mediation of conflicts has been used in the public policies of treatment, adjusting the conflicts. The National Council of Justice has encouraged its use through Resolution 125/2010. This incentive resulted in the edition of the Framework Law for Mediation and the insertion of the matter in the Code of Civil Procedure. The article seeks to reflect on what model of mediation has been adopted for judicial mediation in accordance with the Code of Civil Procedure. In contemporary times, resolving conflicts quickly and effectively is one of the challenges that has been accepted and inserted in the new text of the Code of Civil Procedure, seeking more and more guarantees related to access to justice. The subject should not be seen as mere technical preciousness, but the understanding of the designed model translates into a powerful key so that conflict mediation is truly effective and achieves its purpose.

KEY WORDS: Civil Procedure; ADR; Mediation.

1 INTRODUÇÃO

Definir a mediação parece ser, a princípio, uma tarefa simples. Estuda-se o instituto,

¹ Advogado. Mediador. Professor Universitário. Doutorando em Ciências Jurídicas Cíveis - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciência Jurídica - Área de concentração: Direitos da Personalidade. Linha de Pesquisa: Instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade - Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. Experiência como Coordenador de Curso e Professor Universitário. Trabalha atualmente como Coordenador de Extensão e Coordenador de Internacionalização do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Atualmente leciona no Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo as disciplinas de Direito Constitucional, Ciência Política, Teoria Geral do Estado e Ética e Sociedade na modalidade EAD - Semipresencial. Na docência tem experiência em lecionar as disciplinas de Teoria Geral do Processo; Direito Civil - Contratos, Obrigações e Família; Direito Empresarial, Direito Constitucional e Métodos de Solução de Conflito-Acesso à Justiça: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Tem experiência na atuação em Convênio firmado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo tendo desenvolvido trabalho transdisciplinar de mediação, notadamente no Direito de Família.

verifica-se suas origens, e assim, a compreensão do seu conceito parece surgir de maneira bastante intuitiva. Contudo, há uma diversidade de definições e conceitos que precisam ser bem compreendidos e, por assim dizer, adequá-los ao quadro legislativo que cuida do seu regramento no ordenamento jurídico. No caso, o ordenamento jurídico processual brasileiro.

Por mais que pareça ser um preciosismo demasiado, a verdade é que é mister a necessidade de se compreender os métodos de solução de conflitos, sobretudo a mediação de conflitos, na perspectiva delineada após sua institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro. Isto implica, portanto, refletir sobre os conceitos legais e doutrinários que estão dispostos, mas muito mais do que isso, ao se verificar o seu conceito busca-se em um exercício teleológico e interpretativo, as linhas que subjazem à institucionalização promovida pelo legislador dentro da ótica do Código de Processo Civil.

Tanto a lei marco de mediação (Lei nº 13.140/2015), que estabelece regras para a mediação privada e judicial, quanto o Código de Processo Civil, que também estabelece regras no funcionamento da mediação em juízo, ambos dispositivos legais estabelecem premissas que possibilitam ao exegeta, interpretar e compreender o que é de fato a mediação de conflitos no contexto do direito processual brasileiro.

Desta forma, a presente reflexão cuidará em responder a três indagações centrais: 1) qual a ideia genérica de mediação? 2) quais os modelos de mediação? 3) qual o modelo predominantemente adotado no Código de Processo Civil Brasileiro? Serão utilizadas bibliografias que tratam do assunto tanto no cenário pátrio como em Portugal e nos Estados Unidos, notadamente no Estado do Texas.²

O presente texto, portanto, será desenvolvido metodologicamente, iniciando-se do caminho para chegar a um fim, valendo-se quanto ao método de abordagem, o método dedutivo, tendo como marco teórico Christopher Moore, incursionando, quando necessário, em outros autores que tratam da temática. No presente estudo, a análise terá, também, como foco, e não poderia ser diferente, o Acesso à Justiça, até mesmo pela relevância destes institutos na quadra do Direito Contemporâneo no mundo globalizado.

2 UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA

A mediação de conflitos pode ter diferentes tipos de abordagens. Os diferentes *approaches* podem receber diferentes nomenclaturas. No contexto americano, por exemplo, não é invulgar o uso de “schools” (escolas), “models” (modelos), “styles” (estilos) e “types” (tipos) de abordagem.

² Foram escolhidos esses dois países estrangeiros por conta de o autor ter morado e pesquisado para tese de doutoramento que se encontra em construção.

Dessa forma, doutrinadores normalmente fazem uma classificação que leva em consideração o tipo, estilo, modelo ou escola conforme a espécie de abordagem.

Christopher W. Moore (2014, p. 46. Wiley. Kindle Edition.), por exemplo, adota a nomenclatura “School of Mediation” e assim explica que

“By school I refer to a group of mediation practitioner whose philosophy, thought, orientations, goals, focus, and style of providing dispute resolution assistance generally are similar. Schools commonly have some of the same or similar origins or roots, common influences, or unifying beliefs, and their practitioners follow the teachings of people with a similar focus.”³

Para Moore, (2014, pp. 46-59. Wiley. Kindle Edition.), estas escolas podem ser classificadas conforme se observa do quadro abaixo:

Process-Focused	Relationship-Focused	Substantively Focused
Facilitative Mediation;	a) Therapeutic Mediation;	a) Advisory Mediation;
	b) Transformative Mediation;	b) Evaluative Mediation;
	c) Narrative Mediation;	c) Customary or religiously based mediation and dispute resolution.
	d) Restorative Justice and Victim-Offender Mediations;	

Como se pode observar, a classificação ocorre conforme o enfoque dado. O primeiro enfoca o *processo*, por isso o mediador atua como um facilitador que ajuda procedimentalmente as partes; o segundo, o *relacionamento*, em que o mediador aumenta e melhora o entendimento mútuo, aborda problemas psicológicos e relacionais, gerencia e trabalha com as emoções e promove um relacionamento positivo e respeitoso entre as partes; e o terceiro, uma escola *substancial* (aconselhamento), em que o mediador fornece alguma forma de avaliação mais substantiva relacionada a questões em disputa ou simplesmente aconselha as partes envolvidas.

Em artigo publicado no *Daily Blog* do Programa de Negociação da *Harvard School*, Katie Shonk (2018, INTERNET)⁴ escreve sobre os tipos de mediação e na possibilidade de escolha daquele que melhor se adequa ao conflito (“Types of Mediation: Choose the Type Best Suited to Your Conflict”). Dentre os vários tipos, a autora elenca: a) Facilitative Mediation; b) Court-Mandated Mediation; c) Evaluative Mediation, d) Transformative Mediation; e) Med-Arb; f) Arb-Med; e g) E-mediation.

³ Tradução livre: “Por escola eu refiro ao grupo de praticantes da mediação cuja filosofia, pensamento, orientação, objetivos, foco e estilo em promover assistência em resolução de disputas são geralmente similares. Escolas, normalmente possuem as mesmas ou parecidas origens ou raízes, influências comuns, ou crenças unificadas, e seus praticantes seguem os ensinamentos de pessoas com pensamentos similares”.

⁴ Disponível em <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/types-mediation-choose-type-best-suited-conflict/#comment-1533509> Último Acesso em 25/02/2018 às 15:36.

Percebe-se, portanto, que os termos Tipos, Estilos, Modelos, Funções, Abordagens podem ser usados, em um primeiro momento, de forma intercambiável, em referência ao procedimento de mediação e seu processo. Mas aqui é onde os termos acima se movem para fora do "sinônimo" por causa das distinções de aplicação. Então, eles são considerados como tendo o mesmo ou quase o mesmo significado até serem efetivamente aplicados.

Os *modelos* são usados para demonstrar *estilos* e as *abordagens* são usadas para descrever diferentes *tipos* de mediação. Nesse ponto, estes termos não são necessariamente sinônimos, devido a distinções feitas conforme a ótica adotada. No que se diz respeito ao âmbito de sua formação, o mediador pode adotar um *estilo* mais particular relativo à sua preferência pessoal; ou, conforme a natureza do conflito, pode o mediador – apesar de seu particular estilo – escolher outra forma de *abordagem*; para tanto deverá utilizar-se de um respectivo *modelo* que designa um *tipo* diferente de mediação.

3 AFINAL, O QUE É MEDIAÇÃO?

Na doutrina em geral, quando se pretende definir mediação de conflitos tem se levado em conta aspectos que denotam uma abordagem construtiva e protagonista em que os mediandos buscam por si mesmos a solução para seu conflito. Mas antes mesmo de se saber do que se trata tal método de solução de controvérsia, como é assim designado dentro da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça⁵, é importante consignar que a mediação de conflito é, antes de qualquer coisa, um *método*.

O método busca, por sua vez, mediante o emprego de técnicas, procedimentos e processos organizados, a utilização de meios para chegar a um fim. É o caminho, a via, em seu sentido etimológico, do grego “methodos” (*meth* = por meio, através; *ódos* = via caminho).

Logo, por se tratar de um método, a mediação visa à solução da controvérsia, do conflito de interesses. Contudo, esse método de resolver, ou solucionar conflitos de interesses, possui diferentes técnicas, ou utilizando-se da alegoria firmada em seu sentido etimológico, a mediação de conflitos pode ter diferentes caminhos (vias) para se alcançar o resultado. Constrói-se, portanto, por meio de diferentes modelos, com características e objetivos peculiares de cada um deles. Não se trata de escolas de mediação; trata-se apenas de modelos, como subespécies do gênero Mediação enquanto método para resolver conflitos.

Na perspectiva histórica, o uso da mediação remonta a sociedades antigas, como no caso dos egípcios, gregos e romanos (no mundo ocidental) e no extremo oriente entre os chineses, por exemplo. O uso é tão antigo quanto a formação do Estado enquanto ente politicamente organizado;

⁵ Vide Resolução 125/2010 e suas alterações.

é anterior ao monopólio estatal e, portanto, anterior a existência da jurisdição estatal. Tribos muito antigas, como os Ifugãos adotavam a mediação para resolver os conflitos da tribo. Era muito comum seu uso para a resolução de conflitos internacionais.⁶

Além disso, mesmo na cultura de resolução de conflitos estadunidense, historicamente, a mediação de conflitos sempre foi utilizada especialmente em contextos diplomáticos, em conflitos coletivos em que havia pluralidade de partes etc.

Com efeito, é em sede do contexto estadunidense que se atribui, portanto, o *ressurgimento* da mediação, enquanto método para resolver conflitos, ligado ao movimento do ADR (*Alternative Dispute Resolution*, ou, em português, Resolução Alternativa de Conflitos), iniciado na década de 1970 nos Estados Unidos e cujo marco referencial foi o pronunciamento de Frank E. A. Sander no encontro denominado Pound Conference. Em seu discurso, *The Varieties of Dispute Processing*, o professor da Harvard Law School introduziu o que ficou conhecido como *The multidoor system* (Sistema multiportas). Por este sistema, o Judiciário ofereceria diferentes portas de acesso (à justiça, diga-se de passagem) levando em conta as particulares características do tipo de conflito. (SANDER, 1979, pp. 65-87).

A contribuição de Sander está intimamente ligada a ideia de institucionalização dos ADR's (incluindo a mediação) no âmbito da justiça, isto é, visando dar novo significado ao princípio do acesso à justiça. Muito embora, no âmbito privado, sobretudo comercial e trabalhista, mesmo nos Estados Unidos, tais meios já possuíssem larga história.

Paralelamente, ocorreu ainda na década de 70 a pesquisa conhecida como Projeto Florença, liderada por Mauro Cappelletti. Por esta pesquisa verificou-se, em diversos países, a condição do acesso à justiça. Constatou-se, ainda, a existência de diversas barreiras (ou obstáculos) em relação ao acesso à justiça e, assim, trabalharam no levantamento de soluções.

Nesse processo de constatação dos obstáculos, observou-se – na perspectiva histórica – a ocorrência de certas ondas renovatórias, cujos padrões semelhantes denotavam tanto a existência

⁶ Para um estudo da história dos métodos de solução de conflitos, sobretudo a mediação, verificar as seguintes obras: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I.; BARRET, Jerome T.; BARRET, Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution: the story of a political, cultural, and social movement*. Jossey – Bass : San Francisco, 2004; BARTON, Roy Franklin. *Ifugao law*. *American Archaeology and Ethnology*, n.15. 2.ed., Berkeley – Los Angeles, The University of California Press, 1969. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª. Ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 30-33. Trad. do original *Introduction Historique au Droit* de António Manoel Hespánha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. JAEGER, Werner Wilhelm. *Paideia: a formação do homem grego*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. LONDEY, Peter; *et.al.* *Conflict in Ancient Greece and Rome: the definitive political, social, and military encyclopedia*. Vol. I – A-R, Greek Section. Santa Barbara – Denver : ABC-CLIO, 2016. pp. 110-111. MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution*. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. *The handbook of dispute resolution*. Jossey-Bass. San Francisco : 2004. SCAFURO, Adele C. *The Forensic Stage : Settling Disputes in Graeco-Roman New Comedy*. Cambridge : Cambridge University Press, 2001. pp. 118-119. Virtual Publishing. E-book ISBN 9780511004063. VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3.ed. Almedina: Lisboa, 2014, Vol. I.

dos obstáculos como formas respectivas de tentativa de superação.

A primeira dessas ondas estava ligada à prestação de assistência jurídica; a segunda, à tutela e representação de interesses difusos (transindividuais); e a terceira, nas palavras de Cappelletti (2006, p. 68): “(...) Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.”

A influência de Sander e Cappelletti é amplamente reconhecida no cenário global. Elas se espalharam rapidamente atingindo a Europa⁷ e a América Latina⁸.

No Brasil, esse movimento de renovação vai se delineando já em meados da década de oitenta com o advento da lei 7.244, de 7 de novembro de 1984 que instituía - àquela altura - os juizados de pequenas causas. Em contexto pátrio, é da doutrina de Kazuo Watanabe (bem como outros processualistas) que advieram pensamentos que estavam a frente de seu tempo no sentido da estruturação por parte do Estado em torno dos meios alternativos de solução de conflitos.

No texto “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”, Watanabe (1988, p. 133) escreveu:

Incumbe ao Estado organizar todos esses meios alternativos de solução de conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento. Tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar dentro do Poder Judiciário. Podem ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao judiciário (v.g. Ministério Público, Ordem dos Advogados, PROCON, Defensoria Pública, procuradoria de Assistência Judiciária, Prefeituras Municipais) e até entidades privadas (v.g. sindicatos, comunidades de bairros, associações civis) [...].

Genericamente, portanto, levando-se em conta este pano de fundo acima sinteticamente esboçado, tanto fora como dentro do judiciário, a mediação de conflitos sempre se traduziu na possibilidade de se trabalhar em um contexto de prevenção de conflitos, diferentemente do processo jurisdicional adotado pelo Estado, de caráter contencioso (repressivo).

Ademais, a mediação de conflitos é vista como método para resolver conflitos em que um terceiro imparcial, devidamente treinado, escolhido pelas partes ou, uma vez designado é aceito por elas, auxilia (facilita), por meio de técnicas e procedimentos, as partes a encontrarem a solução para o conflito que se lhes apresenta. É um método para resolver conflito denominado, portanto, *auto compositivo* em que não há poder decisório do mediador, mas atuação direta das partes envolvidas

⁷ Na Europa, por exemplo, Paula Costa e Silva sintetiza esse processo: “A Europa como um todo segue um caminho trilhado, desde os anos oitenta, nos Estados Unidos e, a partir dos anos noventa, em Inglaterra. A aposta são os meios alternativos, tendo a Comissão apresentado, em 19 de Abril de 2002, um livro verde sobre os Meios Alternativos de Resolução dos Litígios em Matéria Civil e Comercial. [...]. Em 12 de Março de 2003, o Parlamento Europeu aprova uma Resolução em que, apesar de se congratular com o Livro Verde da Comissão, chama a atenção para a circunstância de os Estados-Membros não disporem de uma legislação-quadro específica sobre os ADR [...]. O processo culmina, na actualidade, com a aprovação da Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil.” (COSTA e SILVA, Paula. pp. 22-25).

⁸ Na Argentina, por exemplo, destaque para as pesquisas de Gladys Stella Álvares em “*Mediación para resolver Conflictos*” Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998 e “*La mediación y el acceso a justicia*” Rubinzal : Culzoni, 2003.

na construção da solução.

No Estados Unidos, atualmente tal concepção é visualizada no *Uniform Mediation Act*, de 2001 e emendado em 2003, que assim define: “Section 2. Definitions. In this [Act]: (1) mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute.”⁹

O Uniform Act é resultado da atuação do Comitê da Conferencia Nacional que visa dar uniformidade às leis estaduais (os entes federativos), neste caso, construir certo padrão para uniformização da Mediação em todos os Estados Americanos. Cada um deles, diante de sua larga autonomia, pode ou não aderir ao Ato Uniforme. Dos cinquenta estados, apenas 12 aderiram, promulgando em sede legislativa do estado e 2 introduziram em 2018.¹⁰

Texas, é um dos Estados que não promulgou internamente o Ato Uniforme. Apesar disso, possui um Título dentro de seu “Código de Processo Civil” (*Civil Practice and Remedies Code*) destinado a tratar do Métodos Alternativos de Resolução de Disputas (*Alternate Methods of Dispute Resolution*). Na seção 154.023 dispõe sobre a Mediação.

Sec. 154.023. MEDIATION. (a) Mediation is a forum in which an impartial person, the mediator, facilitates communication between parties to promote reconciliation, settlement, or understanding among them.¹¹

Na doutrina estadunidense, uma das obras referências para o tema dos métodos alternativos de solução de conflitos e, sobretudo sobre a mediação, é a obra de Christopher W. Moore, *The Mediation Process*. Para o autor, a mediação é assim definida:

Mediation is a conflict resolution process in which a mutually acceptable third party, who has no authority to make binding decisions for disputants, intervenes in a conflict or dispute to assist involved parties to improve their relationships, enhance communications, and use effective problem-solving and negotiation procedures to reach voluntary and mutually acceptable understandings or agreements on contested issues.¹² (MOORE, 2014, p. 8)

Com uma ou outra variação as definições apresentadas possuem como linha fundamental a definição que foi genericamente mencionada parágrafos acima.

⁹ Tradução livre: “Seção 2. Definição. Neste (Ato): (1) Mediação é um processo em que um mediador facilita a comunicação e negociação entre partes para assisti-los em obter um acordo voluntário a respeito de sua disputa.”

¹⁰ Ver no site, o mapa: Disponível em <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act>. Último acesso em 13/02/2018 às 17:19.

¹¹ Tradução livre: “Seção 154.023 Mediação. (a) Mediação é um fórum em que uma pessoa imparcial, o mediador, facilita comunicação entre partes para promover reconciliação, acordo, ou compreensão entre eles”. O Civil Practice and Remedies Code está disponível em: <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/CP/htm/CP.154.htm>. Último acesso em 13/02/2018 às 17:53.

¹² Tradução Livre: “Mediação é um processo de resolução de conflito em que uma terceira parte mutualmente aceita, e que não tem autoridade para impor decisão aos disputantes, intervém no conflito ou disputa para assistir as partes envolvidas para melhorar sua relação e comunicação e usar efetivo procedimentos de solução de problemas e negociação para alcançar de forma voluntária e mutualmente aceitável, compreensões e acordos sobre questões controvertidas.”

Em Portugal¹³, por sua vez, a Lei de Mediação Portuguesa (LMP) deste país (Lei nº 29/2013) adotou uma definição ampla, mais genérica, geral. Não optou por adotar uma noção mais estrita em que mencionasse, por exemplo, a confidencialidade do processo. Até a edição da LMP, a matéria encontrava-se regulada em sede dos Julgados de Paz, que foram criados pela Lei 78/2001 e são vistos como forma alternativa de resolução de conflitos, havendo semelhanças com a sua versão mais próxima em terras brasileiras nos Juizados Especiais.¹⁴

Na lei dos julgados de paz a mediação foi assim definida:

Artigo 35.º - Da mediação e funções do mediador
1 - A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.

De outro lado, pela LMP houve um distanciamento do que dispunha a Lei dos Julgados de Paz, prevalecendo uma noção mais ampla que “ficou assente nos pressupostos para a sua existência e não para a sua eficácia” (LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. 2014, pp. 20-21). Em seu artigo 2º, a Lei de Mediação passou a regular a mediação que assim a definiu:

Para os efeitos do disposto na presente Lei, entende-se por: a) <<Mediação>> a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.

A definição legal portuguesa seguiu a orientação anteriormente firmada na Diretiva nº 2008/52/CE¹⁵, em seu art. 3º, alínea a)

«Mediação», um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro. [...]

Ademais, em sede de Direito Português há legislação específica para tratar da mediação na esfera penal. No art. 4º da Lei nº 21/2007, a mediação é definida como

[...] um processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”.

Percebe-se, portanto, que certas legislações mais recentes sobre mediação, tomando por amostragem apenas Portugal e Estados Unidos, possuem um mesmo norte: além de

¹³ Ver GOUVEIA, Mariana França. Curso de Resolução de Alternativa de Litígios. 2ª ed. Lisboa : Almedina, 2012.

¹⁴ Sobre os Julgados de Paz em Portugal ver duas dentre as diversas obras sobre o assunto: COELHO, João Miguel Gallardo. Julgado de Paz e Mediação de Conflitos. Lisboa : Âncora Editora, 2003. E ainda: FERREIRA, J.O. Cardona. Justiça de Paz – Julgados de Paz: abordagem numa perspectiva de justiça, ética, paz, sistemas e historicidade. Coimbra : Coimbra Editora, 2005.

¹⁵ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0052>. Último acesso em 12/02/2018 às 15:53.

contextualizarem a mediação dentro do cenário da discussão sobre Acesso à Justiça e desafogamento do judiciário, também trabalham com a ideia de um terceiro imparcial (o mediador), que auxilia as partes a estabelecerem comunicação e, por elas mesmas, chegarem a uma solução que satisfaça a ambas.

4 DIFERENTES MODELOS, DIFERENTES CONCEITOS?

Questiona-se se a compreensão do que seja a mediação de conflitos, vista enquanto método de solução ou tratamento adequado dos conflitos, pode variar conforme o modelo que é utilizado durante a execução do método.

Existem diferentes métodos de mediação de conflitos, porque oriundos de matrizes que partem de diferentes bases. Cogita-se, nesse sentido, que as formas em que o método da mediação de conflitos se desenvolve podem ter diferentes características, conseqüentemente, conforme o modelo variaria o que se compreende por mediação de conflitos.

Para fins mais didáticos analisa-se cada um dos três modelos em separado, buscando verificar as semelhanças e diferenças entre eles, para posteriormente, analisar o contexto do “modelo” disposto no conceito legal oferecido no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação. São três modelos que se destacam: *negocial, transformativo e circular narrativo*.

O primeiro dos modelos é que aquele cuja ênfase se dá em um caráter mais negocial. Neste caso a ênfase reside prementemente na busca pragmática do acordo. Trata-se da *negociação facilitada ou assistida*. Conforme visto algures, Moore trabalha este tipo de mediação como pertencente a “escola” cujo enfoque se dá no procedimento. Ele, o mediador, promove o aumento do processo de negociação enquanto deixa de lado o enfoque mais substantivo, que ficaria no domínio exclusivo entre as partes. Na verdade, os praticantes desta forma de abordagem, compreendem que ninguém mais do que as partes envolvidas conhecem as questões substanciais que envolvem o conflito. O que elas precisam é de ajuda de como chegar lá, no acordo. Assim Moore (2014, p. 47. Wiley. Kindle Edition) explica:

It should be noted that although facilitative mediators focus principally on improving disputants' negotiation process and ability to resolve disputes, they do not do this to the exclusion of a focus on improving parties' relationships or, on rare occasions, providing substantive ideas about potential approaches or frameworks for agreement or suggesting several options, but rarely a specific solution, for parties to consider.¹⁶

Sobre este modelo, Daniela Gabbay explica que a abordagem não adversarial (do inglês

¹⁶ Tradução Livre: “Deve ser ressaltado que muito embora mediadores facilitadores enfoquem principalmente em melhorar o processo de negociação dos disputantes e a habilidade de resolver disputas, eles não fazem isso em exclusão do enfoque de melhorar o relacionamento das partes, ou em raras ocasiões, prover ideias substanciais sobre abordagens potenciais ou bases para acordos ou sugestão de várias opções, mas raramente uma solução específica para consideração das partes”

Problem Solving) trabalha para com os interesses subjacentes às suas posições. (GABBAY, 2013, p. 52). Nesta toada, em uma seção de mediação de conflitos, o método se desenrola em trabalhar o acordo com base no interesse e não nas posições de cada um.

Imagine-se, por exemplo, em uma ação de reparação de danos, em um método adversarial, tal qual tipicamente é o Processo jurisdicional, haverá uma pretensão – a cobrança do valor para a reparação do dano causado – e a resistência a esta pretensão. Tradicionalmente, encontra-se nesta situação um conceito já conhecido em âmbito processual, que é o da lide.

Contudo, em uma visão não adversarial, as posições de cada uma das partes não permitem que as mesmas vejam quais são seus interesses, subjacentes à polarização resultante do choque de posições. As partes que defendem suas posições tendem a fazer tencionar a relação, como uma corda em que há uma pessoa em cada uma de suas pontas puxando cada uma delas para si. A corda tenciona mais quando puxada mais, até que não suporta e se rompe.

Dessa forma busca-se o acordo por meio da negociação facilitada ou assistida, em que o terceiro imparcial auxilia as partes a enxergarem os interesses reais que subjazem suas posições e que se encontram escondidos na polarização do conflito. O enfoque é eliminar aquilo que impeça o acordo porque é este o objetivo central.

Essa negociação assistida ou facilitada, pode tanto operar sob a ótica distributiva quanto pela integrativa. Para explicar a diferença entre ambas, é comum usar outra alegoria. Gabbay, (2013, 52) menciona os exemplos do bolo e da fruta: “o modelo distributivo é exposto quando na divisão do bolo entre os dois filhos, o pai diz: um corta e o outro escolhe a primeira fatia. As partes precisam nesse caso distribuir os ganhos e perdas, tendendo a buscar um meio termo” Pelo modelo integrativo, entretanto, “duas pessoas estão brigando pela mesma fruta, mas enquanto uma quer a casca para fazer um bolo, a outra quer o interior da fruta para fazer um suco. ” (GABBAY, 2013, 52).

Adotando-se um modelo distributivo, a fruta deveria ser dividida ao meio. Dessa forma, as posições seriam satisfeitas em uma medida de equivalência ou igualdade. Mas pelo método integrativo, os interesses ficam satisfeitos.

O desafio, na mediação, é conseguir – por meio das técnicas e procedimentos – auxiliar as partes a enxergarem os interesses e se distanciarem de suas posições. Esse é um fato muito comum na vida cotidiana de qualquer pai/mãe que possui filhos. Por mais banal que se possa parecer, é difícil fazer os filhos trabalharem de forma integrativa para brincarem com um mesmo brinquedo. O que se tem, é que cada um deles, terá a tendência de ficar firme em suas posições até que um deles ceda. Mas se isso não ocorrer, a tensão se agrava até chegarem as vias de fato.

O modelo integrativo ganhou amplo desenvolvimento no “modelo linear de Harvard”

especialmente pela influência de Roger Fisher e Willian Ury.¹⁷

Enquanto o Modelo Negocial a ênfase recai objetivamente sobre o acordo, no modelo transformativo e no circular-narrativo o enfoque recai sobre a *relação*.

Pelo modelo *transformativo*, o conflito é visto como a possibilidade de transformação em ambos os aspectos: autoconhecimento ou autodeterminação (*empowerment*) e reconhecimento do outro (*recognition*). Não há necessidade de se falar apenas em indivíduos, mas neste modelo, pode-se explorar pessoas, grupos e até comunidades inteiras. O objetivo é de que esses atores “recuperem reflexivamente seu próprio poder restaurativo, afastando-se de modelos em que um ‘expert’ decide ‘conceder’ poder às pessoas ‘objeto’”. (VASCONCELOS, 2015, p. 188).

Ao contrário do modelo baseado em uma negociação facilitada ou assistida, o modelo transformativo claramente enfatiza o processo e não o resultado (acordo). Em termos mais teóricos, troca-se a visão mais individualista, típica do modelo negocial, por uma visão construtivista, relacional e intersubjetiva. Ou seja, o indivíduo inserindo-se no “meio” por intermédio da circularidade entre autodeterminação e do reconhecimento. O elo que as liga é a interação, logo, pelo aspecto mais prático, é enfatizar o padrão de interatividade que está se desenvolvendo durante a sessão de mediação. (VASCONCELOS, 2015, p. 188).

Por fim, tem-se o modelo cujo enfoque se dá em torno da história e da narrativa do conflito (*circular narrativo*), de tal forma que se crie um discurso convergente. Essa é a diferença central em relação ao modelo transformativo. Isso se dá mediante a desconstrução dos discursos dominantes engajando as partes na construção de uma nova narrativa. (GABBAY, 2013, pp. 59-61).

Dessa forma, o primeiro modelo tem uma maior tendência de ser aplicado em conflitos na área empresarial; o segundo – modelo transformativo – para relações continuadas e duradouras; o terceiro, uma síntese dos dois primeiros, podendo tanto verificara mudança das relações ou o atingimento do acordo (GABBAY, 2013, pp. 59-61).

5 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: MODELO ADOTADO NO CPC

Percebe-se que a ótica desenhada pelo CPC e pela Lei de Mediação (LM), possuem características que colocam ênfase na adoção de um modelo. Vejamos.

O Art. 1º, parágrafo único da Lei 13.140/015, verbera que a mediação é considerada *uma atividade técnica*, exercida por um mediador *escolhido ou aceito pelas partes* (critério da confiança), que no exercício de suas atividades deve ser *imparcial e sem poder decisório*. Sua função será a de *auxiliar e estimular as partes a identificarem ou desenvolverem soluções*

¹⁷ Nesse sentido vale a pesquisa em um de seus principais textos: FISHER, Roger; URY, William. Getting to yes: negotiating agreement without giving in. 2º Ed., United States : Pinguin Books, 1991.

consensuais para a controvérsia.

Por sua vez, o Art. 165, §3º do CPC, assim preconiza:

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.**

Quando comparados é possível observar que a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil dispõem no mesmo sentido de que a mediação é uma atividade em que um terceiro - o mediador - auxilia as partes (na LM) - os interessados (no CPC) - a identificarem soluções consensuais. Não há menção no CPC em relação à imparcialidade e a falta de poder decisório como se dispõe na LM. Se diferem, entretanto, porque na LM reforça a ideia do critério da confiança, isto é, as partes escolhem ou aceitam o mediador, enquanto que pela ótica descrita pelo CPC não há menção explícita de objeto semelhante. Além disso, o CPC estabelece um elo de ligação da atuação do mediador aos casos em que haja um vínculo anterior entre as partes. Tal fato, em contrapartida, é prescindido na LM.

O Art. 165, §3º do CPC, menciona o **“vínculo anterior entre as partes”**, denotando traços do modelo transformativo ou até mesmo o circular narrativo com ênfase nas relações continuadas e duradouras. Logo em seguida, faz referência à atuação do mediador quando auxilia as partes **“a compreender as questões e interesses em conflito”** com o fim de restabelecer a comunicação¹⁸. E por fim, o restabelecimento da comunicação deve ser capaz de gerar nas partes condições de por elas mesmas (empoderamento) construírem soluções (que podem incluir acordos, transações, etc.) que gerem benefícios mútuos, uma característica bastante emblemática do modelo negocial que visa a obtenção do resultado.

Ao que parece, a princípio seria possível afirmar que o legislador brasileiro buscou influência em todos os modelos, com a tentativa de criação de um modelo singularmente desenhado na contextura brasileira.

Não se poderia afirmar que estivesse presente um único modelo. Isto porque ao estabelecer a relação de vínculo entre os interessados, busca-se o elo que se prende a ideia de transformação, ou seja, por meio da mediação buscar-se-ia transformar e prevenir que os vínculos entre as partes não fosse novamente atacado por aquele conflito (apesar disto não ser exatamente uma garantia). Por outro lado, ao compreender as questões e interesses em conflitos, o modelo que mais se aproxima é o negocial, especialmente aquele baseado em trocar as posições por interesses. Entretanto, quando se observa com mais proximidade, é preciso levar em consideração o enfoque não recai sobre o

¹⁸ Ver, por exemplo, os ensinamentos de Sara Cobb, uma das precursoras da mediação circular narrativa. Especialmente seu artigo COBB, Sara; RIFKIN, Janet. Practice and Paradox: deconstructing neutrality in Mediation. In: Law & Society Inquiry, vol. 16, 1991, pp. 35-62.

processo, mas no seu resultado. Não há ênfase em alteração da narrativa (circular narrativa).

Levando em consideração que um dos objetivos centrais da política nacional de tratamento adequado de solução de conflitos é a diminuição de demandas, por mais que se critique certa depreciação de todas as potencialidades que outros modelos possam proporcionar, é clarividente que o modelo negocial é que mais se adequa à lógica da mediação judicial desenhada pelo CPC. É crível que o objetivo é a obtenção do acordo por meio da compreensão entre as posições e os interesses de cada um para atingir este único objetivo (o acordo). A ênfase, por conseguinte, não recai sobre a relação em si, muito embora haja o elemento do vínculo anterior entre as partes. A existência de vínculo anterior ou não é base, no CPC, para distinguir entre qual o modelo de mediação, mas, exatamente, para a distinguir entre conciliação e mediação. É que por um lado, havendo vínculo, a mediação é a opção adotada pelo CPC porque muito embora se busque o acordo, a mediação possui elementos em seu procedimento que permitem auxiliar as partes a decidirem por elas mesmas a solução que mais se identifiquem. A conciliação, por outro lado, estará imbricada às demandas em que a solução do conflito não perpassa necessariamente a existência de vínculo anterior. No primeiro caso, a existência do vínculo pressupõe a ocorrência/reiteração do conflito. No segundo caso, não existindo relação determinante do vínculo, o conflito se resolve por meio de proposições do conciliador para as partes.¹⁹

Por isso é possível afirmar que, no CPC, a mediação seja melhor indicada para relações jurídicas relacionadas às questões de família ou vizinhança, por exemplo, porque verifica-se o vínculo que não apenas existiu até ali, mas que porque conflituoso, se não resolvido com as técnicas adequadas, são passíveis de voltarem ao sistema, retroalimentando-o. Neste caso, o congestionamento de processos fica o mesmo porque se resolve apenas aquele conflito específico, mas não se transforma as relações (os vínculos) de tal forma que deixem de ser litigantes habituais. É que esta relação conflituosa a fonte provável de fazer surgir novos conflitos que se traduzirão em novas ações.

A consequência disso tudo é muito simples. Não adianta aplicar apenas as técnicas de mediação para a resolução pontual naquele conflito. É preciso mais do que isso. Aqui impõe-se a questão relacionada com o tempo que se tem para findar a resolução. Para verificar-se a transformação do conflito, muito provavelmente, serão necessárias mais de uma reunião de mediação. Não se trata, portanto, de verificar se as partes têm ou não proposta de acordo. É preciso

¹⁹ Neste ponto, alguns autores, dentre eles Carlos Eduardo de Vasconcelos, afirmam que a mediação avaliativa (Moore chama de Advisory e Evaluative) é uma espécie de método de mediação direcionado ao acordo. E mais, Vasconcelos (2015, p. 179) leciona que “[...] na Conciliação, o conciliador é esse terceiro que medeia, procurando obter o entendimento entre as partes. Portanto, conciliação é mediação.” Explica que a natureza da mediação é a mesma da conciliação, dessa forma essa equivalência é que descreve suas características. Difere de outros modelos de mediação porque possui particularidades no desenrolar do procedimento. Por fim, conclui dizendo que “[...] a conciliação é, indiscutivelmente, uma espécie do gênero mediação.” (VASCONCELOS, 2015, p. 180).

trabalhar com ferramentas (e o mediador precisa ser habilidoso aqui) que proporcionem a correta aplicação do método e, assim, possa garantir minimamente certa efetividade do procedimento.

CONCLUSÃO

O artigo estabelece uma reflexão inicial que ganha relevância no contexto processual civil brasileiro. Os métodos de solução de conflitos, sobretudo a mediação, vem recebendo incentivo para o seu uso no contexto do Poder Judiciário. A discussão neste trabalho visa a reflexão específica sobre o modelo de mediação desenhado na estrutura do Código de Processo Civil. É certo que a temática é relevante também para o acesso à justiça, porque compreender qual o modelo de mediação permite que advogados, juízes e mediadores, atuem de maneira a explorar os pontos fortes de cada um desses modelos. Para tanto estuda-se os diferentes modelos, buscando-se a compreensão de suas linhas mestras especialmente aquelas voltadas ao objetivo principal sobre qual recai o modelo.

Verifica-se que o modelo trazido no Código de Processo Civil apresenta de início a tentativa de criar um modelo que, a partir de outros, construa uma particularidade para o cenário do direito processual brasileiro. Contudo, após analisar o conceito trazido no CPC, é possível observar uma tendência (para a mediação) muito voltada ao acordo (isto é, o modelo negocial) e, em seguida, a transformação do conflito. Dessa forma, é imperioso compreender que o modelo instituído no CPC é de certa forma mais pragmático, com claro enfoque no resultado e não no processo em si. Contudo, há uma certa peculiaridade porque o legislador ligou o tema à necessidade de vínculo prévio entre os interessados, não sendo suficiente apenas estabelecer pontos objetivos para transpor a ideia das posições para os interesses comuns. É necessário mais do que isso. Se há natureza do vínculo é determinante para utilizar a mediação, parece correto afirmar que teleologicamente, o legislador pretende que haja a pacificação duradoura do conflito, em que o vínculo que une as partes possa manter o máximo possível incólume em relação àquele conflito. Verifica-se aqui (neste ponto) o caráter transformativo, em que os interessados não somente serão submetidos à resolução daquele conflito, sendo estimulados ao acordo dele, mas serão submetidos às técnicas necessárias para que possa compreender que por causa da existência do vínculo que as une, a relação em si necessita ser vista de outra forma, isto é, de forma transformadora, para assegurar que este conflito não volte a ocorrer no futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Rubinzal: Culzoni, 2003.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Entre cooperação reflexiva e democracia procedimental*. In: Revista Seqüência, no 59, p. 141-159, dez. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zaneti Jr. Vol 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

COSTA e SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

GUZMAN, Vicent Martínez; ALBERT, Sonia París. *Nuevas formas de resolución de conflictos: transformación, empoderamiento y reconocimiento*. In: Katálisis v. 9, n. 1, jan./jun. 2006, Florianópolis – SC, pp. 27-37.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. *Lei da mediação comentada*. Coimbra : Almedina, 2014.

MOORE, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* (p. 8). Wiley. Kindle Edition.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2016.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing. The Pound Conference: perspectives on Justice in the Future*. West : A. Levin & R. Wheeler eds., 1979.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados*. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.) et al. *Negociação, Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : Método, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4 ed. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ªed. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : Método, 2015. VitalBook file.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, v. 1, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; _____. *Participação e Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988.

REFLEXÕES SOBRE CONSTELAÇÃO FAMILIAR E SUAS CONTRIBUIÇÕES À MEDIAÇÃO

Júlio César Lourenço do CARMO¹
Vitória Moinhos COELHO

RESUMO

Hodiernamente, de frente à crise do Judiciário brasileiro, se aviva, com cada vez mais força, a necessidade de aplicação de técnicas autocompositivas para a resolução de conflitos, por se tratarem de métodos em que as partes envolvidas em determinado conflito podem, de modo consensual, célere e pacífico, chegarem a um acordo satisfatório a si. No presente artigo, serão analisados os institutos da Mediação e da Constelação Familiar. O primeiro, com grande ênfase no Código de Processo Civil de 2015, o seguinte, com crescente destaque no cenário nacional, corroborando, de modo peculiar, para o esclarecimento às partes do que há por trás do conflito em discussão. Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, através dos procedimentos de revisão bibliográfica, legislativa e documental, estudar-se-á, com escopo no Direito pátrio, as peculiaridades inerentes à Mediação, bem como tecer-se-á reflexões atinentes à nova técnica designada como Constelação Familiar e o seu potencial de influir positivamente nas práticas de mediação. Conclui-se que a Constelação Familiar proporciona aporte à Mediação e, conseqüentemente, potencializa os resultados obtidos, principalmente, humaniza a resolução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação, Constelação Familiar, Pacificação Social.

ABSTRACT

Nowadays, In fact, in front of the crisis of the Brazilian Judiciary, the need for application of self-composed techniques for the resolution of conflicts, because they are methods in which the parties involved in a certain conflict can, in a consensual way , speedy and peaceful, to reach a satisfactory agreement. In this article, the institutes of Mediation and the Family Constellation will be analyzed. The first, with great emphasis on the Code of Civil Procedure of 2015, the following, with increasing emphasis on the national scenario, corroborating, in a peculiar way, the clarification to the parties of what is behind the conflict under discussion. Thus, through the hypothetical-deductive method, through the procedures of bibliographical, legislative and documentary revision, the peculiarities inherent in the Mediation will be studied, with scope in the Law, as well as reflections related to the new technique known as the Family Constellation and its potential to positively influence mediation practices. It is concluded that the Family Constellation provides contribution to the Mediation and, consequently, potentiates the obtained results, mainly humanizes the resolution of conflicts.

KEY WORDS: Mediation, Family Constellation, Social Pacification.

¹ Integrante do Departamento Jurídico de Direito Empresarial e Cível da AOM assessoria e Consultoria Jurídica, que presta serviços para várias empresas do Estado de São Paulo, bem como da AOM UP Aceleradora de Startups. Graduando em Direito e pesquisador, com bolsa PIBIC/ CNPq ? 2018/ 2019, na modalidade Iniciação Científica (IC), pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Membro, desde 2016, do Grupo de Pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e, desde 2018, do Grupo de Pesquisas CODIP (Constitucionalização do Direito Processual). Ênfase em Direito Digital e Direito Processual Civil: Formas autocompositivas para resolução de conflitos, aplicando e ampliando investigações acadêmicas em institutos como a Mediação, Conciliação e em sua mais nova forma de aplicação, Mediação Digital, assim como em Tecnologia de Informação e Startup.

INTRODUÇÃO

Em vigor desde 18 de março de 2016, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 tornou imprescindível a promoção de formas consensuais para a solução de conflitos, inovando defronte ao revogado CPC de 1973 que dispunha parcamente de determinações sobre o tema, sem o atual destaque dado para a matéria de autocomposição.

No padrão atual, há a obrigatoriedade da realização de audiência prévia de mediação ou conciliação, e, mesmo no transcorrer do processo, os meios autocompositivos para resolução de conflitos devem ser estimulados, respeitando-se, logicamente, o princípio da autodeterminação quando as partes expressamente declararem não desejarem tal prática, assim como, não devem ser aplicados em casos onde o direito não os admita.

Situações como divórcio, guarda de filhos, questões societárias, entre outras, que da forma tradicional se estenderiam por anos a fio nas instâncias judiciais, encontram solução mais célere, pacífica e satisfatória para os envolvidos por meio da aplicação do instituto da Mediação.

Trata-se de técnica onde um terceiro imparcial, neutro ao conflito, atua de modo à restabelecer a boa comunicação entre os conflitantes, permitindo que esses possam, de modo ponderado, chegarem a um acordo, e, conseqüente a resolução plena do conflito.

Ademais, ao tratar acerca do restabelecimento da boa comunicação entre os envolvidos em um conflito, ganha contornos de destaque no âmbito judicial o método conhecido como Constelação Familiar.

Introduzida no judiciário nacional a partir do ano de 2009, a Constelação Familiar é um método terapêutico que tem o condão de auxiliar na busca pela melhor solução do conflito, haja vista o uso de técnicas que permitem a compreensão real da origem do problema e a busca pela melhor resolução do conflito original.

Se justifica viável na conjuntura atual onde juízes se deparam com relações humanas cada vez mais complexas de serem julgadas, casos com envolvimento emocional das partes de vários níveis, que requerem do judiciário não apenas a decisão imperativa de quem está certo ou errado, mas, além, soluções mais humanizadas.

Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, através dos procedimentos de revisão legislativa, bibliográfica, e documental, seguindo a linha crítica à dogmática jurídica, pretende-se, neste trabalho, analisar os institutos da Mediação e da Constelação Familiar, também Constelação Sistêmica, e traçar as potencialidades do uso conjunto dos institutos.

Para tanto, como alicerce e referencial teórico, buscar-se-á, primeiramente, discorrer sobre o instituto da Mediação, e, sucessivamente, analisar o método terapêutico da Constelação Sistêmica, culminando em um paralelo entre eles, o que se fará ao final.

1 A TENDÊNCIA AUTOCOMPOSITIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Expresso na Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, o CPC traz em seu teor pontuais avanços quanto ao uso de métodos de solução consensual dos conflitos. Evidentemente, o Estado não busca, nem poderia, se eximir da apreciação jurisdicional de ameaça ou violação à direitos por se tratar de direito constitucional fundamental estabelecido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF) de 1988, conforme explana Carmo (2018, p. 36) em relação aos antecedentes e a magnitude do princípio constitucional do acesso à Justiça:

Após tempos sóbrios de uma constituição autoritária e um regime político arbitrário, onde, por anos, milhares de brasileiros tiveram violadas básicas condições necessárias para que um indivíduo tenha uma vida digna, a Carta Magna de 1988 elencou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que os cidadãos dispõem. Dentre os quais, encontra-se o acesso à Justiça (...) Tamanha preocupação com a disponibilidade de um acesso à Justiça pleno e indistinto se justifica pelo fato de que sua efetiva aplicação permite que os demais direitos sejam assegurados. Haja vista seu caráter basilar e indispensável em países democraticamente estabelecidos.

Assim sendo, o Estado pretende formas plenamente efetivas face ao modelo tradicional. Técnicas que permitam não apenas acesso ao Judiciário, mas, principalmente, uma entrega efetiva da prestação jurisdicional. Tais práticas, conforme a nova processualística civil brasileira, devem ser estimuladas por defensores públicos, advogados, membros do Ministério Público e Juízes, quer sejam na fase pré-processual, como fase processual.

Essa tendência presente no CPC de 2015 mostra-se em consonância com a pretensão do Judiciário pátrio, haja vista estar alinhada com a resolução nº. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que criou a Política Judiciária de Tratamento de Conflitos, sendo mais tarde, em parte, atualizada pela emenda nº. 02/2016. Tem por objetivo promover meios adequados para resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, de modo a alcançar a resolução satisfatória e efetiva dos conflitos e a conseqüente pacificação social.

O artigo 4º dessa resolução estabelece que ações de incentivo à autocomposição de conflitos e pacificação social, tendo por meio a mediação e a conciliação, incidem na competência do CNJ. As Semanas Nacionais de Conciliação, entre outros programas, são exemplos da execução desta determinação.

Nessa mesma seara, o art. 165, *caput*, do CPC, determina que os tribunais têm por responsabilidade a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC), que serão “responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

O estudo separado ou conjunto da Mediação e da Conciliação, requerem distinção conceitual-prática entre eles, pois, apesar de terem o mesmo escopo, de decisão consensual através

da negociação entre as partes por meio da intervenção de um terceiro, há características pertinentes a cada um deles.

Bacellar (2012, p. 66) aduz que no procedimento de conciliação o “terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo”. Desta forma, preferencialmente, será proposta conciliação nos casos em que não houver um vínculo anterior entre as partes.

Na mediação um terceiro imparcial ajuda as partes para que “em forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia do conflito [...] o mediador é um modelador de ideias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes” (CALMON, 2013, pp. 113-114). Ademais, traço marcante da mediação é o fato de que o mediador “não expressa sua opinião sobre o resultado do pleito. Tal atitude consiste na regra de ouro do mediador (mas não a única), uma forte característica que diferencia a mediação de outros mecanismos que igualmente visam à obtenção da autocomposição”. (CALMON, 2013, p. 114).

O CPC no art. 165, em §2 e §3, ao definir as funções do mediador e do conciliador, traz distinção pontual quanto aos institutos ao asseverar que atuará o conciliador “preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”, ao passo que os casos onde se dará a atuação do mediador há vínculo anterior entre as partes, e ele “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”.

Portanto, a conciliação é preferível em questões onde as partes não detenham de relacionamento anterior, e a mediação em casos como no direito de família, direito societário, entre outros, onde os dentre os envolvidos há relacionamento prévio.

Mesmo tendo o mesmo fito de decisão consensual entre as partes, e serem norteadas por inúmeros princípios uniformes, a mediação e a conciliação são institutos distintos, tendo esta por característica a atuação mais opinativa do terceiro imparcial, em questões onde não haja um relacionamento anterior entre os envolvidos, ao passo que aquela tem no mediador o papel de facilitar o diálogo e/ou retomar a conversação estremecida entre as partes que detenham de vínculo prévio, de modo que, em ambos os casos, a decisão final seja dos envolvidos.

Nessa toada, o art. 1º, parágrafo único, da lei da mediação, declara que a mediação consiste em uma “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Assim aduz Calmon (2013, p. 113) ao defini-la como “a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável”.

A mediação, em virtude de no geral tratar de conflitos entre pessoas que detenham de um vínculo prévio, trata o conflito de maneira mais aprofundada, possibilitando a ampliação das discussões. O procedimento objetiva estabelecer ou restaurar a boa comunicação, diálogo e compreensão entre as partes, sendo o acordo uma consequência disso.

Os mediandos no procedimento de mediação, de acordo com as explicações de Vasconcelos (2014, p. 55), “não atuam como adversários, mas como corresponsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí por que se dizer que a mediação é procedimento não adversarial de solução de disputas”. Diferentemente dos processos arbitrais, judiciais e administrativos, onde um terceiro será o responsável pela tomada final de decisão.

À vista disso, o contraditório é propriedade indispensável para o processo de mediação, permitindo que todos os participantes possam atuar ativamente na construção das tratativas de resolução da disputa. “Na etapa de mediação fica evidenciado que o que se busca, sobretudo, é que as próprias partes cheguem à solução. Por isso, diz-se que a mediação é um mecanismo autocompositivo, isto é, a solução não é dada por um terceiro” (BRASIL, 2016b, p. 157).

O Mediador tem atuação vital, haja vista ter por responsabilidade buscar restabelecer o diálogo e o entendimento entre as partes, elucidando as questões atinentes ao conflito para que os interessados tenham consciência das cizânias, permitindo aos próprios interessados reflexão e atuação para que cheguem em soluções consensuais que os beneficiem, de maneira que “não há como exercer a liberdade sem conhecer as múltiplas opções que a realidade enseja” (TARTUCE, 2008, p. 212). Contudo, não cabe sugerir soluções, e, sim, deve ser neutro, isento, imparcial.

“A mediação tem como vantagens principais o fato de ser rápida, confidencial, econômica, justa e produtiva. O tempo normalmente gasto em um procedimento de mediação é muito reduzido, sobretudo se comparado ao tempo do processo judicial” (CALMON, 2013 p. 115). Ademais, acrescenta o autor que a maior parte dos processos de mediação são resolvidas em dois ou três encontros de uma ou duas horas, sendo que podem ser concedidas sessões adicionais para oitivas individuais das partes, bem como para que essas possam aconselharem-se com amigos, sócios, parentes sobre o acordo final em discussão (CALMON, 2013).

Aliás, além do respeito à autonomia da vontade dos envolvidos no processo de construção e decisão do acordo, pelo art. 168, do CPC, podem, de comum escolha, optar pelo mediador, quer este esteja cadastrado ou não no tribunal, assim como podem escolher por uma câmara privada de mediação.

Merece destaque, também, a possibilidade prevista no art. 334, § 7º, de que a audiência de mediação possa ser realizada por meio eletrônico como, por exemplo, vídeo conferência, Skype, entre outros recursos tecnológicos que a possibilite.

2 ENTENDENDO A CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A Constelação Familiar, também conhecida como Constelação Sistemêmica, foi concebida pelo psicanalista alemão Bert Hellinger a partir de experiências com dinâmicas de grupo, terapia primal, análise transacional e vários processos terapêuticos (HELLINGER, 1998).

Ao longo dos anos, seus trabalhos nessa temática foram ganhando notoriedade, ao ponto de serem reconhecidos mundialmente e aplicados em diversas áreas, como na psicoterapia, em consultoria organizacional de grandes empresas, na educação, etc, por se tratarem de técnicas que visam uma abordagem não-conflitiva, mas dialogal e reflexiva para a resolução de conflitos (HELLINGER, 2001).

Esse método terapêutico tem por referência as teorias do *Psicodrama*, preconizada por Jacob Levy Moreno, e na *Reconstrução Familiar* empregada por Virginia Satir, as quais possuem a mesma base filosófica de Bert Hellinger (FRANKE-BRYSON, 2013).

Nahas (2018) encara a Constelação Sistêmica como método terapêutico apto a ampliar a visão das pessoas acerca do meio que estão inseridas (familiar, profissional, sentimental, etc) e a influência destes sobre suas escolhas, acarretando uma nova visão sobre a vida de modo profundo e ampliado. O autor ainda acrescenta que as Constelações, proporcionam aos participantes aumento do amor próprio, propicia autoconhecimento e autoconfiança, além de outros benefícios. “As pessoas geralmente recorrem às Constelações buscando solução para questões pessoais, e muitos acabam se encontrando com uma nova filosofia de vida” (NAHAS, 2018, p. 03)

O conceito utilizado é o de *criação* e de *apresentação* tangível de pensamentos, percepções e sentimentos, criando uma imagem para a percepção externa dos envolvidos, que se aprofunda seguindo o modelo de reconstrução familiar. Desta forma, busca-se encontrar soluções em sessões terapêuticas nas quais os atores principais da história são os próprios participantes que atuam em cenas da vida familiar. Ao fazerem isso, “os padrões de relacionamentos da vida atual e os efeitos desses padrões nas pessoas se tornam visíveis [...] e acarretam uma constelação de soluções que substitui a imagem do problema” (FRANKE-BRYSON, 2013, p. 32). Dessa maneira, permitindo que os comportamentos cernes do problema possam ser identificados e mais facilmente modificados.

Esses exercícios abrem a possibilidade para que as representações correspondam ao estado emocional dos membros reais da família. Com isso, as sessões são voltadas à criação de uma

imagem em que a resolução, e não o problema, é descrita para o paciente, o que gera reflexos significativos, uma vez que as imagens produzidas servem de norte e orientação para a melhor decisão a ser tomada em nome da resolução do problema. (FRANKE-BRYSON, 2013).

O método tem a finalidade de obtenção de uma solução adequada para os conflitos vivenciados entre os seres humanos em suas diversas interações diárias, sendo considerada as peculiaridades e especificidades tanto do problema, como das pessoas envolvidas. Ou seja, por meio de uma constelação é analisada as questões comportamentais dos seres humanos e suas dificuldades no relacionamento, e, a partir do problema real existente, se busca uma possível resolução em curto período de tempo.

No contexto de Hellinger sobre Constelação Familiar, os clientes configuram a imagem interna de suas famílias. Ao fazerem isso, os elementos e seus sistemas, ou seja, os membros de suas famílias são simbolicamente retratados pelos participantes do grupo em seus relacionamentos uns com os outros. O cliente posiciona cada pessoa no seu lugar que parece se ajustar mais a ela, segundo sua sensação ou intuição. Os representantes descrevem suas percepções, sensações e seus estados emocionais, e vivenciam sua posição no sistema em diferentes graus de satisfação e descontentamento” (FRANKE-BRYSON, 2013, p.33).

De modo prático-sintético, este instituto se desenvolve com o auxílio de um terceiro, facilitador, que auxiliará, voluntários, na reconstrução da cena do conflito, fazendo com que as partes possam entender as minuciosidades dos fatos, as ajudando à olharem com outros olhos os fatos ocorridos.

A constelação propicia uma análise que envolve um conjunto de fatores intrínsecos do problema, pois, interpreta e considera as diversas vertentes do problema, bem como o conteúdo simbólico do fato conflitante, que muitas vezes é inconsciente e silencioso. Estes fatores influenciam e justificam o problema em questão e, a partir da análise e da compreensão, é possível a busca por uma solução.

Dessa maneira, Nahas (2018, p. 08) esclarece:

Uma das imagens mais singelas usadas para descrever o sistema familiar é a comparação da família com um móbile. Todos os membros de um sistema estão ligados por um fio invisível, e a mesma brisa que balança uma peça do móbile balança todas. Filhos adultos, se de fato já cresceram (porque existem crianças de 45, 50 anos) podem não ser tão tocados por uma constelação feita pelos pais, mas não ficam totalmente alheios. Em algum nível, o movimento acontece neles, os filhos adultos. Mas algumas questões não são apenas dos pais, estão presentes na vida de filhos adultos também, como um padrão que se repete através de gerações. Então, se os pais trabalham uma questão, todos podem se beneficiar. E todo o sistema capta, inconscientemente, a brisa da mudança. Pais percebem quando seus filhos mostram que cresceram. Alguns ficam um pouco tristes, outros se alegram. Mas não ficam indiferentes. Resumindo, quando um membro do sistema faz um movimento, vive algo importante, seja uma dor ou uma conquista, todo o sistema é tocado, uns mais e outros menos. São diversos os depoimentos de pessoas que fazem uma constelação e em seguida um parente bem próximo tem alguma atitude que demonstra claramente que a constelação o tocou, mesmo sem que ele saiba sequer da existência das constelações. As Constelações trazem liberdade para o que estava preso, estejam os membros da família presentes ou não. Agora, quando crianças, os filhos captam e são beneficiados de forma mais evidente e

direta por um trabalho de Constelação feito pelos pais.

O escopo da constelação é olhar para o problema real e encontrar a melhor solução. Assim, as técnicas desenvolvidas a partir do método procedimental de uma constelação pode acontecer de diversas maneiras, com o objetivo de olhar, analisar o problema pelo prisma das partes envolvidas. O exercício da constelação fornece a compressão do problema e, a partir disso, os envolvidos no conflito têm consciência e possibilidade de agir naquela situação. Nas palavras de Franke-Bryson (2013, p. 03) “a constelação funciona como uma orientação por meio do entendimento da totalidade dos fatos”.

A nomenclatura *Constelação Familiar* pode levar indultos sobre o assunto a deduzirem que sua aplicação se dá eficazmente apenas na resolução de conflitos familiares, contudo, o instituto tem a aptidão de ser aplicado em inúmeras áreas como a educacional, empresarial, comportamental, judicial, entre outras, por meio do emprego de seus princípios basilares. “As chamadas leis sistêmicas se aplicam a todos os sistemas humanos. Estas [...] se mostram, nas empresas, de maneira semelhantes, mas não exatamente igual ao que observamos nas famílias. São as mesmas leis, mas se manifestam de maneiras diferentes”. (NAHAS, 2018, p. 11).

Em síntese, a partir da aplicação da constelação, os envolvidos passam à compreender o problema em sua totalidade, sendo feita uma análise do conteúdo intrínseco existente na relação, que muitas vezes não são compreendidas por fugir da capacidade limitada de compreensão de um ou de ambos os lados, oferecido as partes recursos para *configurar*, ou como preferem usar na psicanálise, *ressignificar* o problema, permitindo que soluções concretas e plausíveis sejam alcançadas.

3 AS CONTRIBUIÇÕES DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR PARA AS PRÁXIS MEDIATÓRIAS

A mediação é norteada, conforme declara o art. 2º da Lei de Mediação, pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé, que, conjuntamente, corroboram para que as partes sejam os atores principais nos debates e tome as decisões que mais as satisfaçam. Portanto, fica evidente que a clareza nos diálogos e nas informações prestadas, estão no cerne do objetivo e eficácia do instituto.

De fato, na mediação o processo vai se amoldando conforme a participação e interesse das partes. Isto é, vai se construindo segundo o envolvimento e a participação de todos interessados na resolução da controvérsia. É um processo, portanto, com peculiaridades. Todavia, deve-se entendê-lo como uma continuidade, ou seja, todo o seu desenvolvimento se efetua sem que se visualize claramente uma compartimentalização em etapas. Embora seja possível verificar diferentes fases do processo, no âmbito da mediação, em rigor, o que

se verifica é um caminhar altamente variável conforme o envolvimento pessoal das partes no processo. Dessa forma, pelo seu próprio cunho informal, não se pode estipular, com precisão, que o processo irá se desenrolar de um determinado modo (BRASIL, 2016b, p. 157)

Nesse panorama, o instituto da Constelação Sistêmica vem de encontro com a busca desse ideal visado pela Mediação, por ter como propriedade o restabelecimento do diálogo, assim como a análise dos diversos ângulos do problema, que não necessariamente foram apresentados inicialmente pelas partes, e que estão no centro do conflito, motivando ou justificando a desavença.

Nas sessões de mediação, extrajudicial ou judicial, cada uma das partes apresentará a versão que mais lhe favorecerá, sempre haverá, portanto, uma visão intrínseca deixada de lado da situação conflituosa. Como alude Targa (2004, p. 32) “todo aquele que conta qualquer problema que o aflija, é natural, expurga desse relato todas as questões que não lhe são interessantes e as expõe utilizando seu próprio ponto de vista”. Ademais, avulta a autora que “quando relatamos fatos, nem sempre sobre eles discorremos em sua inteireza, apresentamos apenas uma ideia ao nosso interlocutor de como ocorreram. No geral, suprimos as situações que nos são desfavoráveis”. (TARGA, 2004, p. 32).

Outrossim, John (2015) explana que quando narramos uma história, ou relatamos um fato passado, nossa subjetividade se enreda na história e não mais é possível contá-la da mesma forma como foi vivenciada, ou nos foi contada. Pois, as externalizações pessoais do fato serão expressões das vivências, estando carregadas de conteúdo emocional e sentimental, modificando-se, ao menos em parte, aquilo que realmente aconteceu, sendo, portanto, difícil conservar a exatidão dos fatos.

Com tudo isso em vista, a constelação sistêmica tem a capacidade de analisar esses aspectos que de outra forma seriam suprimidos e deixados de lado. Tal perícia das constelações é possível, pois, a dramatização dos conflitos que é característica marcante da Constelação Familiar, pois, visa trazer à tona questões pontuais que não foram resolvidas até então, como perdas inesperadas de entes queridos, rupturas familiares, situações que podem se capazes de influenciar comportamentos futuros, que muitas vezes inconscientes.

Cada experiência é única, mas existem alguns aspectos essenciais que se repetem em outras constelações. O que Bert Hellinger observou que existe em comum a todos os sistemas, chamou de Leis Sistêmicas ou Ordens do Amor. São princípios básicos, que explicam muito dos emaranhamentos, dificuldades, padrões de comportamento que diferentes pessoas trazem como questões para serem tratadas numa constelação. Essas Ordens são as seguintes: 1. Pertencimento (todos tem direito a um lugar em seu sistema familiar) 2. Hierarquia (os que nascem antes tem precedência sobre os mais novos, as gerações anteriores sobre as que as sucedem), e 3. Equilíbrio de Troca (Dar e o Receber), um movimento natural que conduz à prosperidade, leveza e harmonia ou à sobrecarga, bloqueios e conflitos num sistema. (NAHAS, 2018, 04).

O Autor ainda acrescenta que:

Quando uma pessoa nos traz uma questão para fazer uma Constelação, seja individual ou

em grupo, o primeiro olhar do facilitador é para essas três ordens, onde normalmente encontramos um fio condutor para tratar a questão. As exclusões, a inversão da hierarquia e o desequilíbrio entre o dar e o receber estão na raiz dos temas que o ser humano carrega às vezes por muito tempo, como um peso extra gerado por uma desordem inconsciente. Com as Constelações, esse peso pode ser liberado e a vida pode fluir mais facilmente. (NAHAS, 2018, 04).

Destarte, a sessão de constelação desenvolvida por meio de representações de voluntários sob uma história contada (caso em conflito) permite que se chegue a raiz do problema, o verdadeiro fator propulsor do conflito e que, muitas vezes, tende a gerar outros conflitos.

Todo o procedimento de Constelação Familiar no âmbito judicial ou extrajudicial, se assemelha muito com uma sessão terapia, contudo fora de um consultório psicológico, e, sim, dentro de uma vara judicial, Centro Judiciário de Solução de Conflitos ou Câmara Privada de Mediação.

A prática constelatória demonstra-se em perfeita consonância com o instituto da Mediação, haja vista que conforme explana Nahas (2018, 14) “o facilitador de constelações não tem o compromisso de resolver nada pelo cliente, mas, apenas de permitir que ele passe a ter uma nova visão sobre antigos problemas, e essa nova visão é que pode promover as mudanças”.

Do mesmo modo deve ser conduzida a audiência de mediação pelo mediador, respeitando-se a autonomia de vontade dos envolvidos, auxiliando as partes para que possam, por si próprias tomarem a melhor decisão que as agrade, sendo que jamais poderá tomar a posição central decisória.

A lição de Vasconcelos (2014, p. 54) torna ainda mais límpida e reforça a relação entre a Mediação e a Constelação Sistêmica ao esclarecer didaticamente o passo a passo do procedimento mediatório:

Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com a aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo. Cabe, portanto, ao mediador, com ou sem a ajuda de comediador, colaborar com os mediandos para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns.

Esse método terapêutico que permite, por meio da aplicação de técnicas específicas, a identificação do fator *alpha* ocasionador de problemas, dissensões, dores, desentendimentos nos relacionamentos, de natureza familiar, societário, etc, para evitar a repetição de comportamentos destrutivos, já tem sido aplicado em diversas comarcas pelo país. Levantamento realizado pelo CNJ no ano de 2016 apontou que a Constelação Sistêmica tinha sido utilizada em varas judiciais de ao

menos 11 Estados brasileiros. Dentre os quais Goiás, São Paulo, Rondônia, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio Grande do Sul, Alagoas e Amapá e o Distrito Federal. (BRASIL, 2016a). O método encontra amparo na resolução 125/2010 do CNJ que recomenda mecanismos consensuais de solução de controvérsias dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Os resultados inerentes às contribuições das Constelações Sistêmicas para as resolução consensuais de conflitos podem ser observados pelos indicadores de desempenho alcançados no Estado da Bahia, mais especificamente no Município de Castro Alves, onde o Juiz Sami Storch, pioneiro na aplicação da técnica no judiciário nacional, em 2012, alcançou na resolução de conflitos familiares, onde ambas as partes participaram do procedimento das constelações, um índice de 100% de acordos ao utilizar da técnicas antes da audiência de mediação ou conciliação. Nos casos onde ao menos uma das partes participou o índice alcançado foi de 91% de acordos na fase de mediação ou conciliação (BRASIL, 2016a).

Outro comparativo oportuno utilizando a mesma amostragem supra, nas audiências de tentativas de autocomposição, sem o uso prévio da constelação, houve uma diminuição no percentual de acordos firmados entre as partes para 73%. (BRASIL, 2016a).

Esse nítido diferencial tem esclarecimentos nos ensinamentos de Nahas (2018, 14) ao expressar que “nas Constelações, olhamos para a *solução*, e não somos fascinados pelo problema. Por isso o trabalho torna-se agudo e muito objetivo, e para uma questão normalmente realizamos uma só Constelação”.

Uma atividade com duração de no máximo duas horas de execução, capaz de deslindar as verdadeiras origens do problema apresentado, conduzir a uma definição em caráter de acordo consensual, levar alento às partes envolvidas, resultando em pacificação social e, por via de consequência, auxiliar na diminuição da sobrecarga judiciária de processos, que de maneira jurisdicional tradicional perdurariam por anos.

Por todo exposto, a utilização da constelação sistêmica, prévia a audiência de mediação, proporciona meios para maior compreensão do fator motriz da desavença conflituosa, sendo capaz de contribuir de maneira a influenciar positivamente nas posteriores práxis de mediação, produzindo resultados benéficos para o judiciário brasileiro, todavia, ainda mais satisfatórios e humanos para os que até então se encontravam em conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos que chegam ao Poder Judiciário outrora não puderam ser resolvidos por vontade ou incapacidade das partes, faltando elementos necessários para uma solução ideal entre os envolvidos. E por isso, já em âmbito jurisdicional, um terceiro, Estado-Juiz, de modo imperativo,

declarará a parte vencedora e a perdedora do litígio por meio de uma sentença. Contudo, na maior gama dos casos onde as partes detêm de vínculo prévio, a sentença judicial põem fim apenas ao litígio e não ao conflito.

Métodos autocompositivos para resolução de conflitos, como o instituto da Mediação, ao serem aplicados, têm a capacidade de resultarem em resoluções de conflitos mais céleres, satisfatórias aos envolvidos, menos onerosas e pacificadoras.

Ademais, na visão contemporânea, o Direito não pode ser concebido de modo exclusivo, isolado das demais áreas do conhecimento, ao contrário, vislumbra-se como uma área multidisciplinar que se respalda da utilização de outras áreas do conhecimento para, além de muitos objetivos, alcançar o fim almejado, qual seja, a pacificação social.

Dentre as áreas de usufruto necessário pelo Direito está a Psicologia. Ciência que tem por objetivo explicar como o ser humano pode conhecer e interpretar a si mesmo e como interpretar o mundo em que vive, através do estudo dos processos mentais comportamentais humanos.

A proposta da constelação como meio de resolução de conflitos, e, também, como aporte prévio da mediação, se justifica pela sua prática e eficácia, uma vez que o seu objetivo de auxiliar na busca pela melhor solução, a partir da recontextualização dos fatos, traz capacidade de compreensão as partes do fato que originou as agruras pessoais e proporciona a elas a possibilidade de decidir, frente a situação real, agir da melhor maneira, alcançando-se, assim, o fim da desavença de modo a satisfazer os anseios de ambas as partes, promovendo, ainda, a celeridade processual e contribuindo ao acesso à justiça.

Em suma, as sessões de Constelações Familiares se mostram como instrumentos capazes de identificação do problema e restabelecimento do diálogo, podendo por si alcançar à resolução do conflito, ou preparar todo o caminho para que na audiência de mediação, o mediador possa de maneira objetiva alcançar o acordo entre as partes, e, principalmente, a resolução integral do conflito.

Logo, o liame entre Direito e Psicologia, expresso neste estudo pela interrelação entre Mediação e Constelação Sistêmica, pode proporcionar um maior e melhor entendimento do comportamento e das relações humanas, proporcionando um tratamento adequado aos casos apresentados juntos ao judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Constelação Familiar ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário**, 2016a. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/8376>

6-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Emenda nº 2 do CNJ, de mar. 2016**. Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1Fc4dbe.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de nov. 2010**. Ementa: Dispões sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf> Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de out. de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de jun. 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. 2018.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CARMO, J. C. L. A precarização do acesso à justiça em decorrência da Lei nº. 13.467/2017. In: **58º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DO TRABALHO**, 2018, São Paulo. Jornal do Congresso. São Paulo: Ltr, 2018. Disponível em: <http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2018.

FRANKE-BRYSON, Ursula. **O rio nunca olha para trás**. – São Paulo: Conexão sistêmica, 2013.

HELLINGER, Bert. **A simetria oculta do amor: por que o amor faz os relacionamentos darem certo**. São Paulo: Cultrix, 1998.

_____. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares**. São Paulo:

Cultrix, 2001.

JOHN, Daniele. **Reinventar a vida:** narrativa e ressignificação na análise. São Paulo: Ideias & Letras, 2015.

NAHAS, Almir J. **Constelações Familiares:** perguntas e respostas. São Paulo: Instituto Olhar Sistêmico, 2018. Disponível: <http://olharsistemico.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Constelacoes_Familiares_Perguntas_Respo_-_Almir_J.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2018.

TARGA, M. I. C. **Mediação em juízo.** São Paulo: LTr, 2004.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.