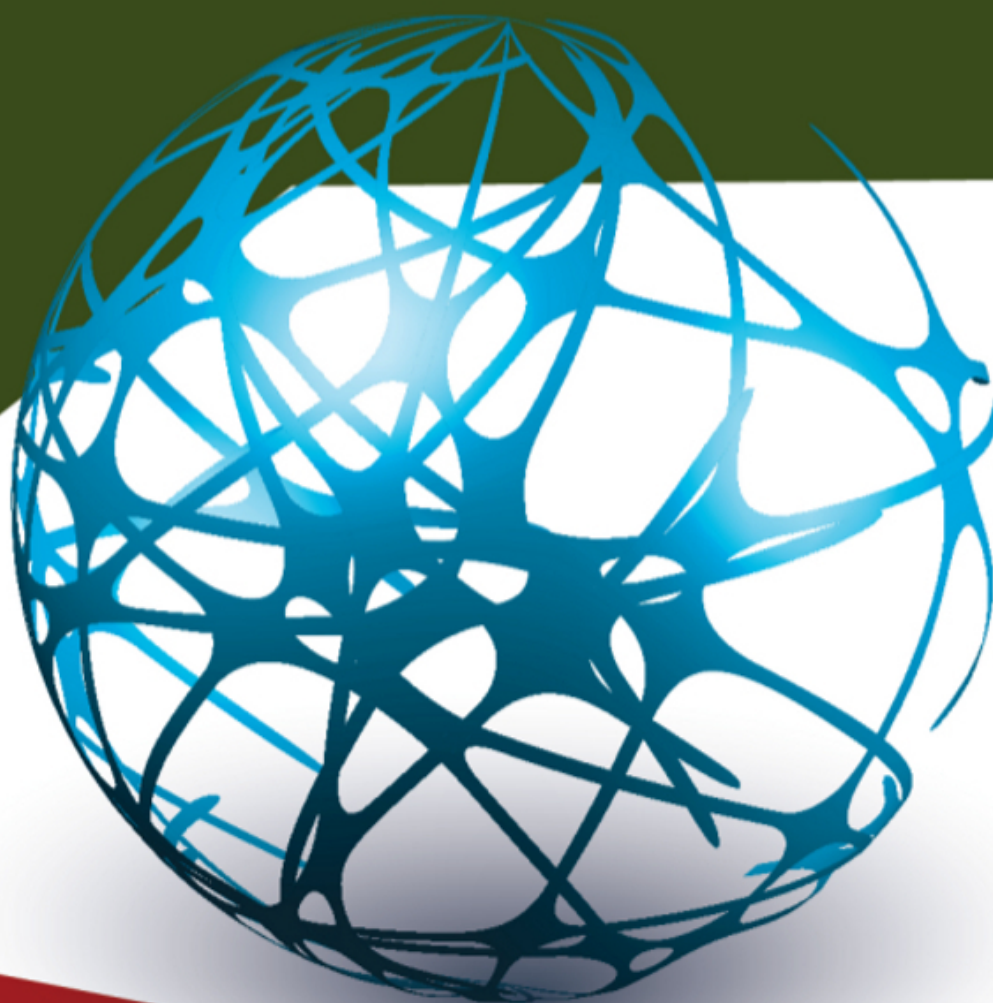


NOVOS RUMOS DO PROCESSO CIVIL



ORGS.

CARLA BERTONCINI

ROBERTO DA FREIRIA ESTEVÃO

GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO

IX
SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



©2019 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Carla Bertoncini, Roberto da Freiria Estevão & Gisele Caversan Beltrami Marcato
(Orgs.)

Jaime Domingues Brito
(Editor)

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

Comissão Científica do IX 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)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Novos Rumos do Processo Civil / Carla Bertoncini, Roberto da Freiria Estevão & Gisele Caversan Beltrami Marcato, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-82-1

1. Novos Rumos do Processo Civil / Carla Bertoncini, Roberto da Freiria Estevão & Gisele Caversan Beltrami Marcato
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 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS ENVOLVENDO EXAME PERICIAL.....	5
Maurício Xavier de MENDONÇA Sandra Maria de Menezes MENDONÇA	
A CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CIBERESPAÇO: A PROTEÇÃO DAS MARCAS NA ERA DA ADVOCACIA 4.0.....	19
Gustavo Pirenetti dos SANTOS Guilherme Marconatto MOELLI	
A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.....	36
Bianca Marcondes de OLIVEIRA Taigoara Finardi MARTINS	
A INCONSISTÊNCIA DO ARTIGO 785 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FRENTE AO SISTEMA PROCESSUAL E SEUS PRINCÍPIOS.....	55
Gabriel Lorenzetti Pinheiro GARCIA João Paulo da Silva OLIVEIRA	
A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CIVIL COMO FATOR PROPOULSOR DO INCENTIVO À SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS PELO CPC 2015.....	70
Sofia Éttore MARTINHÃO	
A MEDIAÇÃO NO CENÁRIO NACIONAL: ANÁLISE CRÍTICA DA CRIAÇÃO DAS CÂMARAS DE MEDIAÇÃO NO BRASIL E DA REMUNERAÇÃO DOS MEDIADORES. 82	82
Guilherme Martins Barbatto PIVA Hugo Crivilim AGUDO	
AMICUS CURIAE: UMA ANÁLISE DEMOCRÁTICA À LUZ DA FILOSOFIA HABERMASIANA DO AGIR COMUNICATIVO.....	96
Augusto Casoni QUINELLATO Vinicius Henrique RODRIGUES	
A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A PERTINÊNCIA PROCEDIMENTAL DA CONTESTAÇÃO.....	111
Evandro Monteiro DOS SANTOS Fábio Dias da SILVA	
CONSTELAÇÕES FAMILIARES: A APLICABILIDADE DO DIREITO SISTÊMICO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	124
Ana Lara Sardelari SCALIANTE Gilberto Notário LIGEIRO Matheus Dalta PIMENTEL	

CRISE DE INADIMPLÊNCIA: BREVES EXPLANAÇÕES ACERCA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL EM SEU VIÉS AUTÔNOMO E SINCRÉTICO.....	138
João Vitor Nistarda GIANSANTE Gilberto Notário LIGERO	
EVOLUÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	158
Joel Vieira BERÇOCANO Sérgio Tibiriçá AMARAL	
“HÁ POSSIBILIDADE DE ACORDO?” A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR PELO ESCRITÓRIO MODELO UENP COMO UMA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	176
Agnes Hikari SUGUIMOTO Yana Vieira CAMPOS	
JUDICIALIZAÇÃO E PROCESSO: OS EFEITOS DAS EXCESSIVAS DEMANDAS POR SAÚDE NO ÂMBITO PROCESSUAL.....	190
Beatriz Casagrande FORTUNATO	
LAWTECHS E LEGALTECHS – A ADVOCACIA 4.0 – SUAS CAUSAS, CARACTERÍSTICAS E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.....	209
Thales COELHO Valdir de Carvalho CAMPOS	
MEDIAÇÃO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA ARGENTINA – BRASIL.....	222
Lucas Alves ALMEIDA Mariana Cesco RIBEIRO	
O AVANÇO DA TECNOLOGIA E A RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA COMO REFLEXOS DA MODERNIDADE LÍQUIDA.....	241
Giwana Parra Gimenes da CUNHA Roberto da Freiria ESTEVÃO	
O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NOS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	260
Beatriz Pereira JUNQUEIRA	
O PAPEL DO JUIZ CONTEMPORÂNEO NO PROCESSO CIVIL: DA FUNDAMENTALIDADE DAS DECISÕES À GESTÃO DO JUDICIÁRIO.....	284
Paolo Roberto De Angelis BIANCO Victória Santos MARQUES	
PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	302
Carla BERTONCINI Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO	

A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS PARA A RESOLUÇÃO DE DEMANDAS ENVOLVENDO EXAME PERICIAL

Maurício Xavier de MENDONÇA¹
Sandra Maria de Menezes MENDONÇA²

RESUMO

Esse trabalho tem o escopo de analisar a competência dos Juizados Especiais Cíveis em relação às demandas judiciais que exigem exame pericial. Os Juizados foram instituídos pela Lei nº9.099/95, para que se desse maior celeridade aos processos de menor complexidade, contribuindo, assim, para um maior acesso ao Poder Judiciário. A presente pesquisa irá analisar a necessidade de mudar a competência para a Justiça Comum nos casos de demandas que tenham a necessidade de maior esclarecimento de fatos por exames periciais, ou seja, a necessidade de esclarecer alguma obscuridade, que as partes possam ter deixado de evidenciar. Dentro desse contexto, importa verificar as decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, bem como o entendimento da doutrina, através de pesquisa bibliográfica para fundamentar o estudo, conforme o entendimento dos pesquisadores do direito acerca do assunto, ora proposto. Adicionando ao estudo o entendimento do FONAJE- Fórum Nacional dos Juizados Especiais, por representar o entendimento dos juízes que trabalham diretamente com os juizados e, assim, estão mais próximos do dia a dia das dificuldades apresentadas aos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados Especiais Cíveis. Perícia. Jurisprudência. FONAJE.

ABSTRACT

This work has the scope of analyzing the competence of civil special courts in relation to judicial demands that require forensic examination. The courts were instituted by Law n ° 9.099/95, so that the processes of less complexity could be more expedited, thus contributing to greater access to the judiciary. The present research will analyze the need to change the competence for common justice in cases of demands that have the need for greater clarification of facts by expert examinations, that is, the need to clarify some obscurity, that the parts may have ceased to evidence. Within this context, it is important to verify the jurisprudential decisions of the Superior Court of Justice on the subject, as well as the understanding of the doctrine, through bibliographic research to substantiate the study, according to the researchers ' understanding Right about the subject, sometimes proposed. Adding to the study the understanding of the FONAJE-National Forum of Special Courts, for representing the understanding of the judges who work directly with the courts and, thus, are closer to the day-to-day difficulties presented to the concrete cases.

KEYWORDS: Civil Special Courts. Expertise. Jurisprudence. FONAJE.

INTRODUÇÃO

1 Graduando em Direito pela Universidade Brasil-Unidade Nova Andradina-MS.

2 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá-Unicesumar.

A criação de Juizados Especiais vem de encontro aos anseios da sociedade por celeridade no Judiciário brasileiro, mas também, e, principalmente, para contribuir com o acesso à justiça. Sendo o acesso à justiça um requisito fundamental e uma sociedade que proclama sua igualdade de direitos, pois, é uma forma de efetivar e garantir os direitos proclamados.

Um tema muito caro ao direito brasileiro, pois, em uma sociedade democrática de direitos garantir a todos a igualdade de chances e oportunidades é essencial para que se fortaleça o vínculo do cidadão com a própria sociedade, a partir do momento que o jurisdicionado poderá solicitar diretamente ao Poder Judiciário, a tutela do seu direito pretendido, independente de constituir advogado e do recolhimento de custas processuais.

Os Juizados são orientados pelos princípios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, constituindo a primeira experiência de informalização da justiça, criando novos caminhos para a ampliação do acesso à justiça.

Dessa forma, os Juizados Especiais devem facilitar os caminhos para a tramitação dos processos, sejam eles de maior ou menor complexidade. E, nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça-STJ-, compreende que os Juizados Especiais Cíveis não devem se prender ao valor da causa, mas, verificar e aplicar na análise do caso concreto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de não se distanciar dos critérios da celeridade, simplicidade e equidade que norteiam os juizados especiais, mas não há limite ou teto para a cobrança do débito acrescido da multa e outros consectários.

Contudo, há divergências quanto ao entendimento do STJ, inclusive do FONAJE e autores consagrados, e também do Supremo Tribunal Federal, quanto à possibilidade de exame pericial, ou seja, examinar causas que necessitem de exame mais minucioso sobre a matéria, com o intuito de esclarecer alguma obscuridade, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Os enunciados do FONAJE são seguidos com frequência pelos juízes e representam uma uniformização de entendimento, no âmbito dos Juizados, mas, isso não faz com que estes tenham lugar no ordenamento, pois, seu caráter é apenas informativo.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar algumas abordagens acerca das controvérsias sobre o tema da competência dos Juizados Especiais Cíveis para demandas que necessitem de prova pericial, utilizando a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, no entanto, como é um tema com entendimentos diversos, a pretensão de analisar o tema não esgota o assunto, mas, demonstra a mudança de um entendimento que estava praticamente pacificado na jurisprudência e doutrina majoritária, para uma outra forma de entender o acesso a justiça.

1. SOBRE A FINALIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A principal e inicial característica do Juizados Especiais é o condão de aproximar os tribunais do povo e de sua linguagem. Por essa razão, cobre-se de princípios simplificadores do procedimento, como a oralidade e a informalidade.

Fazendo parte do Poder Judiciário desde o ano de 1995, quando foi publicada a Lei dos Juizados Especiais-Lei nº9.099/95, com o objetivo de resolver pequenos conflitos e dar celeridade aos processos judiciais, diminuindo custos para as partes e para o Poder Judiciário. Os Juizados Especiais são os outrora conhecidos como Tribunais de Pequenas Causas.

É cediço que os Juizados Especiais Cíveis, são oriundos dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, criados pela Lei 7.244/84, que teve inspiração no Juizado de Pequenas Causas de Nova Iorque, chamado, *Small Claims Courts*, criado em 1928, nos EUA.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior a competência dos Juizados seria para causas de menor complexidade, mas também que proporcionasse maior facilidade para os jurisdicionados, inclusive como uma forma de facilitar o acesso à justiça.

Foi dentro desse movimento de maior acesso à justiça que a Constituição de 1988 cogitou da implantação dos “juizados de pequenas causas” (art. 24, X) ou “Juizados Especiais” com competência para “causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo” (art. 98, I). Esses juizados integram-se ao Poder Judiciário, mas de maneira a propiciarem acesso mais fácil ao jurisdicionado, abrindo-lhe oportunidade de obter tutela para pretensões que dificilmente poderiam encontrar solução razoável dentro dos mecanismos complexos e onerosos do processo tradicional. Destacam, outrossim, a relevância da composição negocial para as pequenas causas, incentivando os litigantes a buscá-la sob o auxílio de organismos judiciais predispostos a facilitar a conciliação ou transação. Com isso, valorizam a chamada justiça coexistencial, em contraposição à clássica e pura justiça contenciosa. (THEODORO JÚNIOR, 2018. p.682)

O acesso à justiça é realizado por várias vertentes, sendo que a celeridade da prestação jurisdicional é uma delas. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, entendem que: “o acesso à justiça” deve ser um requisito fundamental em todos os ordenamentos jurídicos modernos que puguem a igualdade de direitos, pois estes não devem apenas proclamá-los, mas garanti-los (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 12).

Os autores chamaram de “Ondas Renovatórias do Direito Processual”, as inovações da estruturação do direito processual para que este tivesse mais efetividade na entrega da tutela jurisdicional, sendo que o acesso à justiça é o enfoque da terceira onda, visando atacar as barreiras que existe entre os jurisdicionados e a distância da Justiça. (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 31).

A “terceira onda,” conforme os autores acima citados,

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. (CAPPELLETI; GARTH, 1998, p. 67).

E a instituição de Juizados, no Brasil, seguiu esse pensamento com o intuito de garantir

maior celeridade, mas, também proximidade das pessoas com o Poder Judiciário, cumprindo, dessa forma, um mandamento constitucional.³

Os Juizados Especiais Cíveis ainda promovem a redução dos custos processuais, o que para as pessoas vulneráveis economicamente, é um fator de distanciamento do Poder Judiciário, da mesma forma pode se dizer da informalidade dos procedimentos como um fator de aproximação do povo com a justiça.

Da criação dos Juizados Especiais, pode se depreender também que os procedimentos visam a promoção da paz social, tanto que é previsto no artigo 98, I da CF a conciliação como uma de suas principais características, pois buscam promover um acordo entre as partes⁴.

2. QUANTO À COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Da jurisdição decorre o poder estatal do monopólio da justiça, sendo o Estado o detentor do poder-dever de prestar a tutela jurisdicional a todo cidadão que tenha seu direito resistido. É uma das faculdades da soberania estatal, juntamente com o poder de legislar e de exercer a função pública. Dessa forma, a jurisdição é una, mas o exercício da função de julgar e executar deve ser distribuído entre vários órgãos do Poder Público. (THEODORO JÚNIOR, 2018. p. 229).

Competência, de acordo com Theodoro Júnior (2018.p.230): “são os limites dentro dos quais a jurisdição é exercida por determinado órgão judicial”. Esta irá definir as condições, ocasiões e limites do exercício da jurisdição.

Competência não deve ser tratada como medida da jurisdição. Não se confunde com jurisdição, pois, se a competência estiver ausente equivaleria a ausência de jurisdição. (MARINONI, 2015. p.56).

Contrariando o entendimento de Marinoni, Athos Gusmão Carneiro aduz que todos os juízes exercem jurisdição numa certa medida, dentro de certos limites e como são competentes somente para processar e julgar determinadas causas, entende que a competência seria mesmo a medida da jurisdição, ou à medida que pode e deve ser exercida pelo juiz. (CARNEIRO, 2004.p.61)

O processualista italiano Giuseppe Chiovenda influenciou o direito brasileiro, quando utilizou critérios para a apuração da competência, quais sejam, o valor da causa, ou competência por valor (critério objetivo), natureza da causa ou competência por matéria, além de outros dois critérios

3 Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” Também pode ser chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio do direito de ação.

4 Artigo 98, I, da Constituição Federal: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

que são o funcional (natureza especial) e territorial (relaciona-se com a circunscrição territorial designada à atividade de cada órgão jurisdicional). (CHIOVENDA, 1942.p.214).

Cândido Rangel Dinamarco, aduz que estrutura judiciária italiana, é diferente da brasileira e que também a legislação é diferente e o Brasil tem disposições legais particulares sobre a competência, por isso é contrário à adoção do sistema de Chiovenda. (DINAMARCO, 2001.p.464). No entanto, o Judiciário brasileiro, no que tange à questão da competência tem forte influência do sistema de Chiovenda.

No que tange à competência dos Juizados Especiais Cíveis, a competência é fixada de acordo com a matéria, ou seja, a natureza do direito material que se discute. A causa de pedir é que irá identificar qual é o juízo competente, se entendido de acordo com os ditames da Lei 9.099/95:

Artigo 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;
II - as enumeradas no artigo 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
III- a ação de despejo para uso próprio;
IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.
§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:
I – dos seus julgados;
II – dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

O inciso II do art. 275, disposto na Lei, trata do Código de Processo Civil de 1973, e as causas são: a) arrendamento rural e de parceria agrícola; b) cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; c) ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; d) ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; e) cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução, cobrança de honorários de profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial e g) que versem sobre revogação de doação.

Devido à extinção do procedimento sumário do NCPC, o art. 1063 que é uma norma de direito transitório, determina que essas causas irão continuar na competência dos juizados especiais cíveis.

Dessa forma entende-se que a competência dos Juizados Especiais Cíveis se dá pela matéria controvertida. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009), também entendem que a competência dos juizados é fixada em razão da matéria, e não com base no valor da causa.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que a competência dos Juizados Especiais é fixada em razão da matéria, e não com base no valor da causa, como sustentam alguns. É caput do art. 3º, calcado, aliás, no próprio texto constitucional (claro neste sentido), que determina competir aos juizados o exame das causas cíveis de menor complexidade. As especificações contidas nos incisos do art. 3º da lei visam apenas explicar quais sejam essas causas, o que, todavia, não altera a circunstância de que a competência determinada em lei para esse órgão do Judiciário seja fixada em razão da matéria e, por isso mesmo, seja absoluta.

(MARINONI, 2009)

O que poderia gerar dúvidas é o fato de que o inciso I, diz sobre o valor de 40 salários mínimos, mas, quando o limite for excedido, não se discute se a incompetência seria absoluta ou relativa, simplesmente reputa-se ineficaz a parcela que exceder o limite legal. (DIDIER JR., 2015.p.217)

Para dar clareza ao entendimento, Ricardo Cunha Chimenti (2005, n.p.), aduz que no juizado, “ora se utiliza o valor da causa como critério de identificação das causas de menor complexidade, ora se utiliza a matéria como critério determinante, ora os dois critérios são mesclados”.

2. DAS PERÍCIAS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O direito à prova em um processo é o direito à busca da verdade real. É um direito reconhecido e positivado, então um direito fundamental, conforme Fredie Didier Jr., e o direito fundamental à prova compõe-se das seguintes situações jurídicas:

a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida. (DIDIER JR., 2015. p.41)

A positivação do direito fundamental à prova está representado no art.5º, LIV e LV⁵ da CF, que são os princípios do devido processo legal e contraditório e a ampla defesa, os quais envolvem o direito inafastável à prova necessária para a justa resolução do litígio. Embora não esteja expresso na CF, o direito à prova, as normas, acima citadas, garantem a relevância no sistema processual, o direito à prova. (THEODORO JÚNIOR, 2018.p.897).

Os meios de prova, trazidos pelo Código de Processo Civil são: ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial e prova emprestada.

A prova pericial (arts. 464 a 480, CPC) é aquela que, irá elucidar o fato, pois, será realizada por um perito em um assunto específico, que naquele campo do saber ele irá registrar sua opinião técnica e científica, quando elaborar um laudo pericial, e esse documento poderá ser discutido pelas partes. (DIDIER JR. 2015.p.257).

Algumas lides poderão precisar de prova pericial para que não reste dúvidas acerca do direito, quando os fatos conflituosos não forem elucidados, necessitando de esclarecimento técnico. Sendo assim, “denomina-se perícia o meio de prova destinado a esclarecer o juiz sobre

5 Art. 5º[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

circunstâncias relativas aos fatos conflituosos, que envolvem conhecimentos técnicos ou científicos.” (WAMBIER, 2008.p.500).

Não se pode exigir do homem médio, assim como do juiz, conhecimento especial sobre todos os assuntos. Então, quando for necessário se demonstrar fato que dependa do conhecimento específico sobre determinada temática, torna-se admissível a prova pericial. Esta resultará em um laudo pericial, que por sua vez, não vincula o juiz.

Nos Juizados Especiais, o fato de algumas demandas, mesmo que se insiram nas competências elencadas na Lei dos Juizados Especiais, necessitem de uma análise pericial, não se encontra uma resposta clara na regulamentação da Lei, causando divergências acerca da necessidade de se declarar os Juizados incompetentes para a causa, por entenderem que esse fato torna as causas complexas, e, dessa forma, fugirem da competência dos juizados.

A Lei 9.099/95 (que instituiu os Juizados Especiais) não deixou claro se havendo necessidade de um exame pericial, já estaria configurado que a causa seria complexa e, portanto, deveria ser da competência da Justiça Comum, e a Jurisprudência caminhava nesse sentido. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça mudou esse entendimento.

O STJ se manifestou da seguinte forma: “A necessidade de produção de prova pericial, por si só, não influi na definição da competência dos juizados especiais”. Esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça consolidou na edição 89 do “Jurisprudência em Teses”, no ano de 2017.⁶ Dessa forma, as decisões abaixo demonstram o entendimento consolidado daquele Tribunal Superior.

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SEUS JULGADOS. VALOR SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS.

RECLAMAÇÃO. JUIZADOS ESPECIAIS. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SEUS PRÓPRIOS JULGADOS. VALOR SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. ASTREINTES. DESCUMPRIMENTO DE LIMINAR. REDUÇÃO DO QUANTUM DA MULTA DIÁRIA. RECLAMAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Nos termos do artigo 3º, § 1º, I, da Lei n. 9099/2005, compete ao Juizado Especial a execução de seus julgados, inexistindo, no preceito legal, restrições ao valor executado, desde que, por ocasião da propositura da ação, tenha sido observado o valor de alçada (RMS 33.155/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 29/08/2011). 2. **O fato de o valor executado ter atingido patamar superior a 40 (quarenta) salários mínimos, em razão de encargos inerentes à condenação, não descaracteriza a competência do Juizado Especial para a execução de seus julgados.** 3. A multa cominatória prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil não se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus. Sua fixação em caso de descumprimento de determinada obrigação de fazer tem por objetivo servir como meio coativo para o cumprimento da obrigação. 4. Dessa forma, **deve o juiz aplicar, no âmbito dos juizados especiais, na análise do caso concreto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de não se distanciar dos critérios da celeridade, simplicidade e equidade que norteiam os juizados especiais, mas não há limite ou teto para a cobrança do débito acrescido da multa e outros consectários.** 5. No caso concreto buscou-se, na fase de cumprimento de sentença, o recebimento de valor a título de astreintes no montante de R\$ 387.600,00 (o que corresponde, em valores atualizados até a presente data e com juros de mora a R\$ 707.910,38), quando o valor da

6 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 05/05/2019.

condenação principal - danos morais - ficou em R\$3.500,00. 6. Sopesando o fato de o valor fixado a título de astreintes revelar-se, na hipótese, desarrazoado ao gerar o enriquecimento sem causa, com a gravidade da conduta da reclamante ao manter o nome da autor em cadastro restritivo por mais de dois anos, sem justificativa razoável, o valor da multa deve ser reduzido para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Reclamação parcialmente procedente. (Rcl 7.861/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/09/2013, DJe 06/03/2014)

Também o STJ, em relação à complexidade da matéria discutida, entende que, a competência para o julgamento de causas de menor complexidade não é absoluta, deixando ao critério da parte autora decidir o que é mais vantajoso para os seus interesses.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - DEMANDAS DE MENOR COMPLEXIDADE, DEFINIDAS PELO ARTIGO 3.º, DA LEI N.º 9.099/95 - AJUZAMENTO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL - FACULDADE DA PARTE AUTORA - CONFLITO ACOLHIDO. - **A competência dos Juizados Especiais Cíveis para processamento e julgamento das causas de menor complexidade, definidas nos incisos do artigo 3.º da Lei n.º 9.099/95, não é absoluta**, sendo facultado à parte autora, caso entenda mais vantajoso à defesa de seus interesses, abrir mão da celeridade e simplicidade do procedimento previsto naquele Diploma legal e optar pelo procedimento ordinário, disciplinado no Código de Processo Civil.

(TJ-MG - CC: 1000170432272000 MG, Relator: Márcio Idalmo Santos Miranda, Data de Julgamento: 06/03/2018, Data de Publicação: 23/03/2018) (grifos nossos)

Por outro lado, evidenciando a controvérsia do tema, no julgamento do RE 537427, já demonstrou a divergência entre os tribunais superiores. No caso, discutiu-se a competência do Supremo Tribunal Federal para analisar processos advindos dos juizados especiais e a questão da perícia no âmbito dos juizados.

O relator, ministro Marco Aurélio entendeu que: “Os juizados devem julgar, no campo penal, as causas em que o crime não é de gravidade maior, e no campo cível, as causas que não apresentem complexidade. O rito é muito célere, não há espaço para uma dilação probatória projetada e de maior envergadura”.⁷no entanto, o Supremo não se debruçou acerca do tema.

Para o ministro, esse caso, por necessitar de prova pericial, já tornaria a causa complexa, e nos juizados não há espaço para causas complexas. Além do que, completou o ministro,

“Essas causas devem ser julgadas, para até mesmo não se ter a sobrecarga dos juizados especiais, pela justiça dita comum. Vamos preservar essa exitosa experiência dos juizados especiais. Não vamos enforcá-los como se eles fossem a solução para a problemática do Judiciário brasileiro, para a problemática do emperramento da máquina judiciária”.⁸

Em 17/08/2011, foi publicada a ementa com o entendimento do STF, acerca do caso: “COMPETÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – FUMO – DEPENDÊNCIA – TRATAMENTO. Ante as balizas objetivas do conflito de interesses, a direcionarem a indagação técnico-pericial, surge complexidade a afastar a competência dos juizados especiais”⁹, concordando e acatando, por

7 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164958>. Acesso em: 28/06/2019

8 Idem

9 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2492029>. Acesso em: 28/06/2019

unanimidade, o voto do ministro relator, Marco Aurélio. Nessa mesma ação foi reconhecido o caráter infraconstitucional da matéria.

Marinoni *et al*, sobre o que aduz o STJ, entende que, discutiu-se a fixação de competência dos Juizados Especiais, se essa seria absoluta ou relativa, e que já está pacificado que é relativa, tratando-se de mera opção da parte. No entanto, entendem que seja absoluta e que a alusão no artigo 3º, §3º, diz respeito a opção pelo procedimento, que diz respeito ao direito material e não ao processo, que não seria esta uma regra de fixação de competência, mas de renúncia ao direito excedente à capacidade do juizado e assim, transformaria a maior complexidade em menor complexidade, se optar pela renúncia. (MARINONI, 2015. pp.300-301).

Da mesma forma, sentido contrário ao que diz o STJ, Humberto Theodoro Júnior manifesta que estaria de acordo com o art.98, I, da Constituição Federal, seria critério orientador dos Juizados Especiais Cíveis, a menor complexidade da causa e que isso já estaria consolidado na doutrina e na jurisprudência, portanto que não necessitaria de prova pericial ou de outro instituto que pudesse sobrestar o processo. (THEODORO JÚNIOR, 2018. p.692)

Em sentido diverso do acima exposto, Frederico Marques, entende que, quando o magistrado fundamentar a sentença ele irá examinar as questões de fato e de direito, construir as bases lógicas da parte decisória da sentença. Essa operação, por si só, já é delicada e complexa, pois, o juiz irá fixar as premissas da decisão, após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis. (MARQUES, 1969. p. 395)

Observando o entendimento de Frederico Marques fica evidente que, para o magistrado toda construção de fundamentos de uma sentença deve ser um trabalho delicado e minucioso, e o afastamento da possibilidade de evidenciar possíveis dúvidas, evitando levantar suspeitas ou dar azo para continuidade de processos que poderiam se esgotar em primeira instância, é do interesse do Estado e também das partes interessadas.

Por outro lado, há que se observar que nas causas que envolvem a Fazenda Pública, o Superior Tribunal de Justiça entende que ao contrário da Lei nº 9.099/95, a Lei nº 12.153/09 não traz como limitação da competência, a complexidade da matéria, e fixa como parâmetro de competência apenas o valor da causa e não resta dúvida de que no âmbito dos Juizados da Fazenda Pública, se não exceder o valor da causa, a prova pericial poderá ser solicitada.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA X VARA DA FAZENDA PÚBLICA REQUERIMENTO PARA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA DEMANDA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA QUE NÃO IMPOSSIBILITA O PROCESSAMENTO PERANTE O JUIZADO COMPETÊNCIA FIXADA MEDIANTE CRITÉRIO OBJETIVO VALOR DA CAUSA

QUE EXCEDE 60 (SESSENTA) SALÁRIOS-MÍNIMOS CONFLITO CONHECIDO DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. 1 De acordo com o disposto no art. 2º, § 4º, da Lei nº 12.153/09, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos é absoluta, inexistindo neste caso a possibilidade do demandante escolher a via judicial desejada. 2 **Ao contrário da Lei nº 9.099/95, a Lei nº 12.153/09 não traz como limitação da competência a complexidade da matéria, assim como não exclui a possibilidade de produção de prova pericial nas demandas de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, fixando como parâmetro para a competência, somente o valor da causa.** 3 *In casu*, o demandante, inicialmente, atribuiu à causa o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Porém, posteriormente, aditou sua petição inicial, atribuindo à causa o valor de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), devendo ser afastada a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, com base no que dispõe o art. 2º, da Lei nº 12.153/09, haja vista que o valor atribuído à causa, em aditamento, excede 60 (sessenta) salários-mínimos. 4 Conflito de competência conhecido. 5 Declarada a competência da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros públicos, Meio Ambiente e Saúde de Vitória. (TJ-ES - CC: 00200254520178080000, Relator: ELISABETH LORDES, Data de Julgamento: 05/06/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/06/2018)

Quanto à produção de prova pericial, a Lei 9.099/95 não traz nenhum impedimento quanto à realização de perícia no âmbito dos Juizados Especiais. No entanto, o tema não é pacífico e gera controvérsias entre os doutrinadores e também aplicadores do Direito, como é o caso do entendimento do FONAJE¹⁰.

Para Marinoni são admitidas no âmbito dos juizados todas as provas típicas ou atípicas, sendo que o autor deixa claro que, em regra, as provas serão produzidas em audiência, ainda que não tenha havido prévio requerimento da parte. (MARINONI, 2015. p.309)

Por outro lado, no entendimento do FONAJE, de acordo com o Enunciado 12, “A perícia informal é admissível na hipótese do artigo 35 da Lei 9.099/95.” Então, somente as perícias formais, ou seja, aquelas que produziria um laudo técnico, seriam as caracterizadoras de causas complexas, devendo ser afastadas da competência do juizado, e as informais, produzidas em audiência, poderiam ser solicitadas.

Esse Enunciado do FONAJE não deixa claro o alcance da perícia informal, ficando o operador do Direito à mercê de um entendimento jurisprudencial e doutrinário, o que também é bastante divergente.

O art. 35 da Lei 9.099/95, autoriza a prova pericial no âmbito dos juizados, “Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.”

É importante lembrar o FONAJE, embora seja um importante instituto de pacificação de interpretação das questões dos juizados, seus enunciados não têm força de lei ou de jurisprudência, pois são orientações que os magistrados podem ou não seguir.

A Lei nº.9099/95, no artigo 33 e seguintes regulamenta as provas no âmbito dos Juizados

10 FONAJE- Fórum Nacional de Juizados Especiais

Especiais Cíveis. O art.33 ressalta que mesmo que as provas não tenham sido requeridas previamente, serão produzidas em audiência de instrução e julgamento, cabendo ao juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

O art. 32 especifica que todos os meios moralmente legítimos de prova serão hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes. Deste artigo se depreende que a prova pericial pode ser cabível no Juizado. E o art. 34 aduz acerca das testemunhas.

Pode se considerar que a lei não veta a prova pericial em sede de Juizados Especiais Cíveis. Além de não vetar a produção da prova pericial, a Lei 9.099/95 prevê a possibilidade de nomeação de peritos técnicos de confiança do Juízo. E a partir desse entendimento o STJ passou a decidir que não afasta a competência dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais a simples necessidade de prova pericial, não a tornando complexa apenas por esse motivo.

Insta salientar que no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a Lei que os instituiu prevê a prova pericial, se houver necessidade de uma análise técnica acerca da demanda: “Art. 12. Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes.”

Outra razão importante para a mudança de interpretação da norma, é uma real efetivação do acesso à justiça, como descrito anteriormente, um direito básico que conduz à cidadania, pois, dessa forma, contribui para o acesso a direitos constitucionalmente garantidos a todos, como é o caso do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa, sem a prova pericial em alguns casos, a ampla defesa poderia restar prejudicada.

O STJ entendeu que a celeridade almejada no processo não implicaria que fosse a qualquer custo, mas que resolvesse as demandas de forma justa, sem as burocracias necessárias em causas mais complexas, que necessitariam de uma exposição mais aprofundada, até porque as demandas são de naturezas as mais diversas possível. No entanto, todas as demandas precisam de tempos diferentes para produzir os resultados esperados. (CÂMARA, 2010.p.18)

Portanto, a competência dos Juizados Especiais Estaduais, conforme se depreende de parte da doutrina, e mais recentemente do entendimento do STJ, é que esta se relaciona com a menor complexidade da causa, e não é estabelecida a condição de menor complexidade com a vedação da prova pericial, se esta for necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de Juizados Especiais se deu com a finalidade de regulamentar mandamentos constitucionais e também dar mais celeridade nos processos judiciais, assim como contribuir com o

acesso à justiça.

Os Juizados Especiais orientados pelos princípios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, é uma resposta aos anseios sociais por uma maior aproximação do Poder Judiciário e seus jurisdicionados.

No entanto, algumas controvérsias surgem ao longo das atividades, e um ponto bastante controverso é o fato de a utilização de perícia como meio de elucidar melhor os fatos, até mesmo como forma de cumprir um mandamento constitucional, poderia tornar a causa complexa e, portanto, haver a necessidade de declinar da competência. A pesquisa aqui apresentada, propôs uma análise acerca das provas periciais no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

A produção de prova pericial, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, desde a publicação da Lei 9.099/95, conforme a Jurisprudência, seguiu no sentido de ser motivo de configuração de demanda complexa, o que afastaria a competência dos Juizados Especiais Cíveis. O Superior Tribunal de Justiça, mudou o entendimento sobre essa matéria.

O STJ entendeu que a competência dos Juizados Especiais Cíveis para processamento e julgamento das causas de menor complexidade, definidas nos incisos do artigo 3.º da Lei n.º 9.099/95, não é absoluta, e, dessa forma, a parte autora poderá, abrir mão da celeridade e simplicidade do procedimento previsto naquele Diploma legal e optar pelo procedimento ordinário, disciplinado no Código de Processo Civil, caso entenda ser mais vantajoso.

Embora o FONAJE entenda que poderia realizar uma perícia informal, não deixa claro o entendimento de com seria essa perícia, muito menos seu alcance. Também os enunciados do FONAJE, não formam jurisprudência, sendo facultado aos juízes seguir suas interpretações.

A Jurisprudência do STJ é considerada acertada por entender que não é a necessidade de prova pericial que irá caracterizar a complexidade de uma demanda. E, desta feita, fará com que os Juizados Especiais cumpram uma de suas finalidades de dar celeridade aos processos e também contribuir para melhorar o acesso à justiça.

Dessa forma, para o magistrado, que irá fundamentar suas decisões quanto mais certezas ou proximidade de certezas, é mais interessante para evitar acúmulos desnecessários de trabalho e custos. Por outro lado, pelo ponto de vista das partes o interesse também se faz presente, pois quanto mais demora para a finalização do processo, mais desgaste as partes sofrem, levando, muitas vezes a conciliações injustas e até desistências do processo.

Por outro lado, o STJ também entendeu que ao contrário da Lei nº 9.099/95, a Lei nº 12.153/09, não limita a competência devido à complexidade da matéria e não exclui a possibilidade de produção de prova pericial nas demandas de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Apenas fixa o valor da causa.

Conforme foi demonstrando, os Juizados são competentes para processar causas que necessite da prova pericial, não sendo esse fator, por si só, produtor de complexidade para que haja declaração de incompetência. Dessa forma, em total consonância com os princípios da celeridade e simplicidade que norteiam a Lei dos Juizados.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma Abordagem Crítica**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942. v.2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ªed. Salvador: Juspodivm, 2015.v1 e v2

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Procedimentos Especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**. V.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FREDERICO MARQUES, José. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed., vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 01/05/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF notícias. 01/11/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164958>.

_____.RE.53427. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2492029>.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II, 52ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. I, 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

A CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CIBERESPAÇO: A PROTEÇÃO DAS MARCAS NA ERA DA ADVOCACIA 4.0

Gustavo Pirenetti dos SANTOS¹
Guilherme Marconatto MOELLI²

RESUMO

O estudo pretende analisar o papel do advogado na solução do conflito entre o direito das marcas e o registro dos nomes de domínio. Neste contexto, a ausência de integração entre os órgãos administrativos e as lacunas legislativas permitem que práticas de concorrência desleal se desenvolvam e prejudiquem diretamente as empresas. Adota-se a metodologia hipotético-dedutiva, utilizando-se de pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica e análise jurisprudencial dos casos de concorrência desleal no ciberespaço, a fim de chamar a atenção dos operadores do direito e empresários para que, de forma mais concreta e efetiva, possam utilizar dos meios disponíveis para proteção em meio a era digital

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência desleal; 4ª Revolução Industrial; Advocacia 4.0; Tecnologia

ABSTRACT

The study aims to analyze the role of the lawyer in resolving the conflict between trademark law and the registration of domain names. In this context, the lack of integration between administrative bodies and legislative gaps allows unfair competition practices to develop and directly affect companies. The hypothetical-deductive methodology is adopted, using bibliographical research as a source of theoretical observation and jurisprudential analysis of cases of unfair competition in cyberspace, in order to draw the attention of legal operators and entrepreneurs so that, more concretely and effectively, can use the means available for protection in the midst of the digital age

KEYWORDS: Unfair competition; 4th Industrial Revolution; Advocacy 4.0; Technology

-
- 1 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Advogado Associado na AOM Centro Jurídico Empresarial com atuação profissional nas áreas de Direito Empresarial/Propriedade Intelectual, Processo Empresarial e no Direito Tecnológico, com 05 (cinco) anos de prática na área. Desenvolveu pesquisas científicas voltadas para o Direito Empresarial, mais especificamente direito das propriedades industriais, recuperação judicial e Start Ups, orientado pelo Professor Mestre Adriano de Oliveira Martins. Atualmente é Mestrando pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, sob orientação do Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, na concentração Direito e Estado na Era Digital, sendo bolsista CAPES-Prosop. Possui Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil/Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em fase de conclusão e entrega de Monografia, com expectativa de entrega do certificado no primeiro semestre de 2020. Contato: gupirenetti@gmail.com
 - 2 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Pós-Graduando em Direito Digital pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Realizou Estágio-docência na disciplina Direito Processual Civil, do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, ministrado pelo Professor Mestre Danilo Pierote da Silva. Realiza Estágio-docência na disciplina de Direito Processual Civil, do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, ministrada pelo Professor Doutor César Augusto Luiz Leonardo. Realiza Estágio-docência na disciplina Direito Processual Constitucional, do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, ministrada pelo Professor Doutor César Augusto Luiz Leonardo. Membro do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça, Direitos Humanos e Processo (AJUDPRO) vinculado ao CNPq - UNIVEM. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Exceção (DIFUNDE) vinculado ao CNPq - UNIVEM. Advogado Associado do Escritório Flávio Luís de Oliveira Advogados Associados. Membro Efetivo da Comissão de Processo Civil da OAB - 31ª Subseção de Marília. Contato: gmarconattomodelli@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O início do século XXI comporta em seu bojo inúmeros avanços tecnológicos, dentre eles, destaca-se a evolução da Internet, espaço virtual que seria, futuramente, utilizado por bilhões de indivíduos e milhares de empresas como uma emaranhada teia de compartilhamento de dados.

Empresários e consumidores viram nas novas tecnologias formas inovadoras de divulgar, propagar e compartilhar produtos e ideias. Por meio do comércio eletrônico e dos sites, as empresas desenvolveram-se mecanismos de estratégia de marketing e sistemas para expansão de vendas, bem como o desenvolvimento da atividade empresarial.

A Internet permitiu que indivíduos tivessem acesso vinte e quatro horas por dia à ambientes e espaços virtuais, o que possibilitou as empresas expandirem o mercado para além do horário comum do comércio, com maiores descontos nos produtos disponíveis em razão da diminuição dos custos decorrentes da manutenção de uma loja física e de vendedores locais.

Este momento histórico-científico tem sido chamado por especialistas de a quarta revolução industrial, também conhecida como a revolução das inteligências artificiais, tratam-se dos avanços tecnológicos, nos quais são pautados no uso da inteligência artificial, principalmente aplicados a indústrias.

A expressão criada por Klaus Schwab é uma mudança de paradigma que está transformando a forma como consumimos e nos relacionamos, esta não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital.

Também chamada de 4.0, a revolução acontece após três processos históricos transformadores. A revolução enseja também a utilização da inteligência artificial nas demais profissões, sejam médicos, dentistas, advogados, entre outros.

Nesse contexto, surge uma nova modalidade de profissional jurídico: o advogado 4.0. Profissionais jurídicos que utilizam a tecnologia como uma aliada, e dominam ferramentas digitais a fim de otimizar sua atuação. Além disso, estão preparados para os conflitos originados nas lacunas da tímida legislação regulatória das tecnologias.

No contexto acima, a evolução da internet multiplicou os litígios entre registro de marca e registro de nome de domínio, uma vez que se processam em institutos diferentes, o que resulta em posições jurisprudenciais contrastantes, razão pela qual se faz relevante o presente estudo. Neste aspecto, qual o papel da advocacia na promoção de uma concorrência saudável entre as empresas no ciberespaço?

O presente estudo tem como objetivo a análise do papel do advogado em meio aos avanços da modernidade, em especial, na construção de uma ordem econômica mais justa, regada pelos

princípios da equidade, da justiça e respeito aos princípios da dignidade humana e função social da empresa.

O presente estudo estabelece como cerne o método discursivo hipotético-dedutivo para atribuir, a partir de análise bibliográfica e jurisprudencial, ao direito de propriedade industrial supostamente violado como motivo de discórdia, a relevância jurídica em meio ao contexto comercial eletrônico atual e os processos cada vez mais recorrentes sobre o tema, à luz de princípios, garantias constitucionais, leis infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência.

No mais, esta análise teórica e jurisprudencial não tem a pretensão de esgotar o tema em si mesma, pretende-se, pelo contrário, contribuir para as reflexões de modo a obter uma compreensão geral da concorrência desleal e do direito de propriedade industrial, inserindo-a em um contexto atual de recorrentes litígios, cujas soluções ainda são singulares, objetivando a importância do assunto sob a ótica das garantias constitucionais de propriedade e a necessidade de discussão do conteúdo em razão da inexistência de legislação que arranje-o juridicamente.

1. A 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A ADVOCACIA NA ERA DIGITAL

A palavra “revolução” carrega em seu significado um sentimento de mudança drástica, radical, disruptiva, na qual o padrão ou modelo anterior é intensamente alterado, podendo caracterizar-se de imediato, ou levar centenas de anos até que a mudança possa ocorrer por completo, dando espaço a uma nova configuração.

No aspecto social, as revoluções sempre surgiram para colocar fim a um determinado momento histórico. A primeira mudança relevante na sociedade se concretizou com o desenvolvimento da agricultura, o homem deixaria de procurar alimento para enfim, produzir seu próprio sustento, há mais de 10.000 anos atrás (SCHWAB, 2016, p.15).

Através das eras, inúmeras revoluções fizeram-se presentes na história humana, das quais, as mais relevantes foram as industriais iniciadas na segunda metade do século XVIII. A primeira revolução teve como marco a transição da força muscular para a energia mecânica, era a invenção da máquina o grande molde revolucionário. A segunda transição ocorreu no final do século XIX e início do século XX, com o surgimento das linhas de produção e eletricidade. Era o início das décadas da produção em massa (SCHWAB, 2016, p.15).

Por fim, a terceira revolução foi liderada pelo universo dos computadores. A realidade seria amplamente alterada pelo advento dos *mainframes*³ em 1960, os computadores pessoais em 1980, e da internet em 1990 como uma rede integrada de comunicação. Observa-se que o avanço da

3 Um mainframe é um computador de grande porte dedicado normalmente ao processamento de um volume enorme de informações. O termo mainframe era utilizado para se referir ao gabinete principal que alojava a unidade central de processamento nos primeiros computadores. "Mainframe, n". Oxford English Dictionary

tecnologia reduziu exponencialmente o tempo entre uma revolução inovadora e outra (SCHWAB, 2016, p.16).

O desenvolvimento crescente de novas tecnologias da informação e a consequente redução de custos às empresas, bem como a facilidade de navegação e a rápida disseminação da Internet em escala global aos consumidores, permitiram o nascimento e a expansão exponencial do mercado virtual em detrimento do mercado tradicional de lojas físicas.

Neste ponto, o comércio eletrônico tornou-se um importante nicho de investimento em época de recessão econômica. Tanto que, no ano de 2018, o faturamento foi de R\$ 53,2 bilhões, o que representa uma alta nominal de 12% na comparação com 2017. Foram 123 milhões de pedidos realizados pelo e-commerce, 10% a mais do que no ano anterior. O tíquete médio de compras foi de R\$ 434, ligeira alta de 1%, de modo que, para 2019, a expectativa é de expansão de 15%, com vendas totais de R\$ 61,2 bilhões. Os pedidos devem ser 12% maiores, 137 milhões, e o tíquete médio deve chegar a R\$ 447, aumento de 3%, conforme noticiado⁴.

Tal conjectura é uma mostra de que o e-commerce é uma alternativa ao crescimento da livre concorrência e do nascimento de novas fontes ao mercado financeiro. Neste ponto, o mercado online reduz de forma exacerbada os custos operacionais, viabilizando o surgimento das empresas em coments, dando a elas o poder inclusive de enfrentarem os gigantes do mercado (WAKAI, 2014).

Percebe-se nos últimos anos que, um dos efeitos mais relevantes sobre as novas tecnologias digitais é o da desmaterialização das coisas. Produtos e serviços tornam-se cada vez mais digitais, o que permitiu o surgimento de modelos de negócios inovadores que anteriormente não eram possíveis (LEMOS, 2014, p.23 – 29).

Os impactos da digitalização de produtos e serviços e também de grande parte dos canais e interfaces que utilizamos para interagirmos com eles foi brutal e viabilizaram o surgimento de modelos de negócios inovadores que não eram possíveis antes. Além disso, outro tipo de mudança ainda mais profunda e disruptiva acontece com o desenvolvimento da Internet. Um indivíduo pode, em poucas horas, ter uma ideia e vender determinado produto, elaborar um ambiente virtual e começar a operar. A dinâmica está cada vez mais distante das que vemos dentro de grandes empresas e outras instituições mais estruturadas. (LEMOS, 2014, p.23 – 29)

Uma das expectativas da Internet era exatamente esta: a possibilidade de romper com os limites e barreiras entre os indivíduos, empresários, governos, etc. Nesta nova realidade, o indivíduo seria o centro e o destinatário da informação (LEMOS, 2005, p.181).

4 MOREIRA, Beth. Faturamento do e-commerce soma R\$ 53,2 bilhões em 2018, alta de 12%. 19/02;2019 Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/noticias/2019/02/19/faturamento-do-e-commerce-soma-r-532-bilhoes-em-2018-alta-de-12.htm>. Acesso em: 06.05.2019.

Esta nova conjectura social e tecnológica será moldada por uma internet mais ubíqua e móvel, por dispositivos cada vez menores e potencializados, por inteligências artificiais e máquinas com aprendizado direcionado. Por estas razões, durante a feira de tecnologia de Hannover, na Alemanha, em 2011, foi a primeira vez em que o termo “indústria 4.0” foi utilizado nas discussões para descrever a era das fábricas inteligentes e da conectividade entre as empresas e os consumidores (SCHWAB, 2016, p.16).

Contudo, o que traz um diferencial fundamental a esta nova revolução é a interação da tecnologia com domínios físicos, digitais e biológicos. Não se fala mais em apenas um movimento de mercado ou consumo, mas sim em integração total entre o ente físico, digital e biológico (SCHWAB, 2016, p.17).

Neste novo ambiente, até então não explorado, dados, algoritmos, ciência e tecnologia são oportunidades incalculáveis de se apresentar melhorias a vida pública e privada. No entanto, três aspectos da tecnologia precisam ser levados em consideração, sendo de suma importância a atenção da Advocacia para as implicações decorrentes disso.

O uso excessivo e o crescente acúmulo de dados e informações dos indivíduos, as tomadas de decisões baseadas nestes dados e em inteligências artificiais e por fim, a redução das relações humanas pode ser um ponto crítico a ser observado (SCHWAB, 2018, p.163).

Juntos, estes parâmetros colocam em risco as regras de equidade, justiça, respeito aos direitos humanos, respeito à ordem econômica e a livre concorrência, todos tutelados na Constituição Federal e respaldados pelo exercício da advocacia livre, em defesa destes (SCHWAB, 2018, p.163).

Ressalta-se o papel dos advogados em meio a esta revolução tecnológica. Sem a intervenção do advogado, não há justiça. De forma que, sua função é essencial à justiça e seu exercício deve ser livre e em prol da sociedade. Tal atividade possui status constitucional, sendo adjetivada como indispensável à justiça como um todo.

Neste aspecto, cabe a advocacia atentar-se para os abusos e excessos cometidos em meio a esta nova conjectura social tecnológica, atentando-se para a viabilidade técnica da tecnologia, a sustentabilidade ambiental, a aceitação social e a preferência humana como características orientadoras necessárias para quaisquer projetos tecnológicos (SCHWAB, 2018, p.164).

Esta nova perspectiva apresenta um novo contexto a ser analisado, fala-se em “ética digital” como ramo da ética incumbido de estudar e analisar os problemas morais decorrentes da tecnologia, dos dados, das inovações e da internet.

Sob este alicerce, atenta-se para os três pilares fundamentais, qual seja, a ética dos dados – conteúdo da informação guardada, a ética dos algoritmos – inteligência artificial ou software por

trás da atividade desenvolvida pela máquina, seja no ambiente físico ou virtual e, por fim, a ética das práticas – centrada no respeito do profissional, das empresas no processo de inovação, na criação de tecnologia e na disseminação de informação (SCHWAB, 2018, p.164-165).

Estar atento a tais características é fundamental para que a advocacia exerça seu mandamento constitucional. Empresas cada vez mais utilizar-se-ão de tecnologia em suas atividades. A automação cresce exponencialmente e ameaça postos de trabalho que exigem pouca qualificação e, por fim, a virtualização da sociedade como um todo permite que cada vez mais o marketing empresarial seja direcionado para a rede mundial de computadores.

A virtualização do indivíduo é sentida a todo momento e a conectividade das coisas acelera esta etapa, de forma que, em inúmeras partes do mundo, é comum recorrer a sites de buscas para possíveis soluções de problemas do cotidiano, bem como promoções de produtos, mercadorias de desejo, ou lojas virtuais.

Basta que o potencial consumidor alimente os motores de busca com uma palavra ou termo que corresponda ao produto desejado, ou a marca ou nome da empresa que lhe interesse, para que o buscador exponha uma série de opções de marcas e concorrentes, locais de menor preço, entre as mais diversas possibilidades.

No momento em que o potencial consumidor recorre aos sistemas de buscas para, as opções ali mostradas são os resultados das buscas pagas e das buscas livres. Os resultados da busca livre são os chamados naturais, ou seja, a ordem de apresentação é regrada por critérios de abrangência mais técnica, como relevância do conteúdo, objeto mais procurado, entre outros.

Em síntese, na busca livre, ou natural, os links para sítios eletrônicos são organizados em ordem decrescente de relevância em relação ao termo utilizado na busca.

Neste contexto, os sites de busca, para lucrarem com base em marketing, oferecem o serviço remunerado denominados links *patrocinados*, que são uma forma de publicidade na Internet a partir de palavras-chave (keyword advertising). O mais famoso e lucrativo algoritmo de busca, é o oferecido pela Google, conhecido como *Google Adwords*.

Para o setor publicitário, a comercialização das “buscas” é o fenômeno chamado de “marketing para buscadores” (Search Engine Marketing – SEM). De plano, essa é uma ferramenta que não encontra restrições legais, sobretudo possua um aspecto controverso e de legalidade duvidosa: Há a possibilidade de os contratantes dos serviços de links pagos escolherem como termos ou palavras-chaves, aquelas ligadas às marcas de seus concorrentes, daí o surgimento da concorrência desleal (CASTELLI, 2013).

O desamparo de limites legais permite a existência inconsistências na política de serviço do “Google Adwords”, onde este expressamente informa que “não investigará nem restringirá o uso

de termos de marcas registrada em palavras-chave, mesmo se receber uma reclamação sobre a utilização de marcas registradas”⁵.

Nota-se, que o Google, neste ato, exime-se de quaisquer responsabilidades e autoriza indiretamente qualquer tipo de comercialização de palavras-chave ou termos ligados às marcas de terceiros.

Isso implica dizer inclusive que, grandes empresas e conglomerados empresariais poderiam vincular determinada pesquisa de uma marca de outrem à sua, obliterando a concorrência em razão do poderio econômico.

São por meio de tecnologias como estas que as novas práticas de concorrência desleal estão surgindo, colocando em risco a ordem econômica do Estado, o livre comércio e atividade empresarial e a proteção dos consumidores, lesados nas disputas concorrenciais desiguais praticadas no mercado.

Assim, compete ao exercício da advocacia a defesa dos interesses dos entes privados, seja uma empresa vítima de concorrência desleal na internet, ou os consumidores lesados por práticas abusivas de comércio e marketing, permanecendo sempre alerta aos alicerces e fundamentos para a promoção da ética digital na promoção dos direitos e garantias individuais, do livre comércio e de uma concorrência saudável entre as empresas.

2. A PROTEÇÃO DAS MARCAS E O CONFLITO COM OS NOMES DE DOMÍNIO

No presente capítulo, observar-se-á o aspecto jurídico-constitucional e as normas infraconstitucionais e internacionais que tutelam o direito das Marcas e sua relação com os Nomes de Domínio na internet no contexto do desenvolvimento tecnológico.

A Constituição Federal de 1988 contemplou o direito das marcas no corpo do artigo 5º, inciso XXIX⁶ - garantindo o privilégio temporário a quem pertença – protegendo o interesse social e o desenvolvimento tecnológico atrelado a marca e ao complexo inovatório circunscrito na marca. Todavia, somente em 1996, a Lei nº 9.279 passou a regulamentar a previsão constitucional (SILVA, 2005, p. 277-278).

A nova regulamentação de Lei de Propriedade Industrial classificou as marcas em três espécies: de produtos ou serviços, cuja finalidade é distinguir produtos ou serviços idênticos, semelhante ou afins de origem diversa; de certificação, que atestam a conformidade de produto ou serviço perante normas ou especificações técnicas; e coletivas, que buscam identificar produtos e

5 [https://support.google.com/adwordspolicy/answer/6118?hl=pt-BR]. Acesso em: 06.05.2019

6 A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

serviços provenientes de membros de determinada entidade (JÚNIOR, 2004, p. 131).

Em sua essência, a marca possui a função de distinguir produtos de mesma natureza e a prestação de serviços – indicando as opções que os consumidores poderão optar. Assim, em sua natureza, as marcas podem indicar sua qualidade e ainda exercerem natureza publicitária. Em razão de sua essência de propriedade, pode ser transmitida a terceiros mediante licenciamento (NEGRÃO, 2011, p. 168-169).

A novidade é um dos requisitos necessários para o registro das marcas, podendo ser inovadora e única, ou relativa, sendo tutelada apenas no seguimento de produtos e serviços inerentes da sua atividade econômica. Tal vedação evita a confusão no mercado de consumo, determinada pela doutrina como especificidade das marcas (COELHO, 2011, p. 175).

Entretanto, a especificidade possui uma exceção. Quando o titular da marca pleiteia atribuição de qualidade de alto renome, a proteção constitucional se estende a todos os ramos da atividade, não se limitando aos seguimentos do produto ou serviço analisado (COELHO, 2011, p. 176).

A concessão do registro atende ao disposto no no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal, que como fundamento do Estado Democrático de Direito enuncia a livre iniciativa; integrando-a, neste sentido, o art. 170 da mesma Carta Magna, e esculpindo o princípio da livre concorrência em seu inciso IV. Assim, a proteção da marca é prática consoante não apenas ao artigo 5º, inciso XXIX, que disciplina os direitos e garantias fundamentais; como também aos fundamentos da república e aos princípios de ordem econômica; uma vez que é interesse da coletividade e do segmento empresarial afastar qualquer exercício de concorrência desleal, inclusive a eivada de fraude no uso da marca (JÚNIOR, 2004, p. 136-137).

A tutela das marcas protege o exercício da livre iniciativa do mercado, protegendo os interesses privados e coletivos dos indivíduos devendo todo empresário abster-se de práticas que a afrontem, sob risco de agressão à própria ordem econômica nacional (JÚNIOR, 2004, p. 137).

Neste diapasão, o art. 129, §1º⁷ busca garantir somente àquele investido de boa-fé, requerer o direito de precedência sobre a marca de outrem, se usava há pelo menos seis meses, marca semelhante ou afim para produto ou serviço também semelhante ao registrado (BARBOSA, 2005).

Assim, foi adotado pelo Código da Propriedade Industrial o sistema atributivo misto, preservando tanto o direito adquirido pelo registro, como também combinando à pessoa de boa-fé ao direito de precedência de propriedade da marca, observado §1º do art. 129 da Lei 9279/96 (BARBOSA, 2005).

7 § 1º Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

Ocorre, no entanto, com os avanços tecnológicos e a evolução da Internet, um novo elemento imaterial para captação de clientes surgiu e tem adquirido espaço em meio as empresas, é o chamado nome de domínio.

A Internet ou *World Wide Web* (Rede Mundial de Computadores) tem sido o principal difusor democrático da globalização. O fácil e rápido acesso aos sistemas e mídias sociais interligam bilhões de dispositivos eletrônicos ao mesmo tempo no mundo virtual.

Visando criar um endereço digital, os desenvolvedores da internet elaboraram o chamado endereço “www”, onde os dispositivos eletrônicos pudessem transmitir imagens, vídeos, sons, além de textos que eram publicados na rede. Neste período, o surgimento de empresas provedoras de acesso à Internet, permitiram aos usuários interagir, publicar e disponibilizar informações uns aos outros (PAESANI, 2003, p.05).

Para facilitar o acesso à Internet, os gestores internacionais criaram um endereço alfanumérico que corresponderia a uma série numérica, tornando-se um mecanismo mnemônico, a fim de relacionar os endereços dos websites com a memória dos usuários, de modo que estes se lembrem mais facilmente. (KAMINSKI, 2003, p.245).

A denominação “nome de domínio” foi utilizada para se referir aos endereços de websites criados em todo o espaço virtual, servindo para guiar o usuário a seu destino.

O nome de domínio no Brasil é formado pelos elementos: a world wide web (“www” rede mundial de computadores, naturalmente utilizado), o oab (identifica a pessoa, restritos as instituições ou profissionais liberais) o com ou org ou .gov (que identificam a destinação da unidade), e por último o .br (que identifica o país). (URBANO; LEITE; DE SOUZA, 2015, p.4)

Neste interim, os domínios www possuem a natureza de um comando-instrução enviado ao dispositivo eletrônico para que leve o usuário até o endereço desejado na rede. O nome de domínio é, portanto, endereço que une os usuários uns aos outros, permitindo que seja compartilhado dados, bem como a sua identificação no espaço cibernético. A numeração é única, e permite o acesso apenas aquela localidade virtual. (LABRUINE, 2000, p. 241). Por isso, os domínios são conhecidos como residências virtuais.

www é um conjunto de padrões e tecnologias que possibilitam a utilização da Internet por meio dos programas navegadores, que por sua vez tiram todas as vantagens desse conjunto de padrões e tecnologias pela utilização do hipertexto e suas relações com a multimídia, como som e imagem, proporcionando ao usuário maior faculdade na sua utilização, e também de melhores resultados. (CORRÊA, 2000, p. 9.)

Para o professor Fabio Ulhoa Coelho, o nome de domínio adquiriu duas funções ao ser integrado ao regime brasileiro: a) caráter de endereçamento eletrônico, possibilitando a conexão por meio da internet e o acesso aos usuários-consumidores; e, b) caráter de título de estabelecimento, pois o nome de domínio é o que identifica o site/endereço desejado pelo usuário. Razão pela qual,

endente Coelho que o núcleo formado pela expressão protegida como marca, não poderia ser registrada como nome de domínio. (COELHO, 2002).

Quando se fala em natureza jurídica dos nomes de domínio, a doutrina diverge completamente, em razão da não existência de legislação ou marco regulatório especifica exercício deste direito. O principal direcionamento doutrinário se baseia na técnica da analogia, igualando os nomes de domínio com a legislação de proteção das marcas. (KAMINSKI, 2003, p. 245).

Cada Estado Nacional é responsável por um domínio próprio, de forma que o Brasil é detentor do código “.br”, sendo este domínio administrado pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br), órgão fundado em 31 de maio de 1995 pela portaria interministerial nº 147 elaborada pelos ministérios das Comunicações e da Ciência e Tecnologia.

Os procedimentos para registro dos domínios estão presentes na Resolução da CGI.br nº 008/2008⁸.

Observa-se que é um ponto comum entre os órgãos de registro o princípio *first come, first served bases*, em tradução livre significa – “é servido aquele que primeiro solicita”. Portanto, significa dizer que a prioridade sobre o direito do nome de domínio é daquele que primeiro obter o registro, respeitando-se a ordem de chegada e os requisitos estabelecidos pelo órgão competente do Comitê Gestor da Internet, isto é, o Registro.br. (FONTES, 2006, p. 92).

Assim, com o Saci-Adm, quaisquer controvérsias decorrentes de conflitos entre nomes de domínio sob o regime brasileiro “.br”, poderão ser suscitados no órgão competente de seu registro, o Registro.br, e por meio da Saci-Adm serão encaminhados para solução ao sistema administrativo com especialistas próprios em nomes de domínio, conforme regulamento próprio aprovado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, o CGI.br, proporcionando maior celeridade aos conflitos, semelhantemente como ocorre no INPI (BESER; MENDONÇA, 2010, p. 36).

No entanto, o Saci-Adm é um órgão administrativo, vinculado ao Poder Executivo, este não é competente para processar conflitos envolvendo elementos imateriais de diferentes propriedades industriais, de modo que, nos casos de colidência entre os diferentes institutos e signos distintivos, as empresas e os indivíduos tem submetido o conflito à tutela do Poder Judiciário.

Por um breve momento, discutiu-se integrar os nomes de domínio ao sistema de proteção das marcas, encaminhando os registros de nomes de domínio junto ao INPI (MARTINS, 2009, p.68), no entanto, a Jurisprudência tem tratado com distinção os nomes de domínio e as marcas, identificando-os como institutos jurídicos notórios e próprios, possuindo natureza jurídica igualmente distinta, razão pela qual, o registro do nome de domínio no INPI é incompatível com sua

8 Disponível em: <<http://www.cgi.br/sobre-cg/definicao.htm>> Acesso em: 07 de março de 2017.

competência⁹.

Neste interim, o entendimento de que os nomes de domínio possuem contornos para integrar o acervo patrimonial dos indivíduos é cada vez mais consolidado, em razão de seu valor econômico e relação direta com os estabelecimentos empresariais (ALBRECHT, 2000, p.37), por tais razões, o titular do nome de domínio, adquire através do seu registro o direito de explorar o bem imaterial, podendo usá-lo como bem entender e até mesmo dispor, reunindo características únicas e inerentes a um direito real. (DANTAS, 2009, 34).

O marco regulatório dos nomes de domínio ainda é refratário, restrito apenas ao campo administrativo e de natureza declaratória, o que pode causar inúmeros conflitos com outros institutos da propriedade industrial. O conflito que mais ocorre é quando se registra um nome de domínio cujo núcleo já esteja devidamente tutelado por registro no INPI, e vice-versa, quando o registro de uma marca colide com um nome de domínio já registrado no Registro.br.

3. A CONCORRÊNCIA DESLEAL NO CIBERESPAÇO

Em análise primária, leva-se em consideração a lei 9.279/1996 e sua regra prevista no art. 129 de que, a propriedade da marca se adquire pelo registro validamente expedido em todo o território nacional.

Ocorre que, os domínios virtuais utilizados pelos empresários para identificar um site e situar a empresa na rede mundial de computadores, podem, quase que sempre, colidir diretamente com marcas registradas por outros titulares. Nesta hipótese, imagine que uma marca com atividade no ramo econômico X tenha um concorrente semelhante no ramo econômico Y. Pelo princípio da especificidade das marcas, tal situação é plenamente possível. Todavia, qual deles será detentor do domínio virtual?

Os primeiros conflitos relacionados a nomes de domínio e marcas são aqueles chamados cybersquatting, o qual consiste no registro especulativo de um nome de domínio correspondente a uma marca para, posteriormente, revendê-lo ao seu titular com lucro (BARBOSA, 2015 p. 173)

É exatamente na classe dos nomes de domínio que se encontra o Cybersquatting, nova prática que tem gerado inúmeras implicações no mundo jurídico das empresas. O Cybersquatting é uma expressão derivada do inglês comumente utilizada para se referir aqueles que registram ou adquirem um nome de domínio idêntico ou similar a uma marca já existente, sendo esta, notoriamente reconhecida ou de alto renome nacional, para que posteriormente seja realizada sua venda (DANTAS, 2009, p. 39-40).

9 Acórdão Nº 1436272. 4ª Câmara de Direito Privado. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Decisão em 07 de janeiro de 2017. p.5

O Cybersquatting teve seu primeiro caso registrado em meados de 1993, quando a marca McDonald's, mundialmente reconhecida, resolveu se lançar no mundo virtual. A empresa, conhecida pelo comércio no ramo alimentício, não se preocupou com o registro de domínio no início da propagação da Internet. Somente quando pleiteou o registro, o McDonald's constatou o domínio já se encontrava registrado por um professor de Boston (DANTAS, 2009, p. 40).

Para resolver o conflito, a Multinacional de Alimentos propôs o pagamento da quantia de um milhão de dólares para que fosse realizada a transferência da titularidade do nome de domínio à empresa. Observa-se que jurisprudência estadunidense prioriza o direito daquele que primeiro obteve o registro.

No Brasil, os indivíduos ou empresas que realizam tais práticas ficaram conhecidos como Cyberusurpadores, piratas de nomes de domínio ou posseiros virtuais. A prática resume-se em adquirir o registro de um nome de domínio igual ou semelhante a uma marca Notória ou de Alto Renome, que em razão de um princípio do "*First come, first served basis*", concede ao primeiro que registrar o domínio, o direito de explorá-lo, ainda que semelhante ou idêntico a uma marca pré-existente, por se tratarem de institutos jurídicos distintos com seus próprios órgãos de registro (BARBOSA, 2015, p. 173).

Os posseiros virtuais ou Cyberusurpadores se oportunam da inércia dos titulares de marcas registradas para obterem o registro dos domínios respectivos que ainda não foram pleiteados. Tal situação proporciona um conflito direto entre os institutos, e obriga os titulares das marcas registradas a pagarem preços exorbitantes para obterem a cessão ou transferência dos domínios, como se observa nas palavras do Prof. Efroni: "quando os donos das marcas começaram a perceber o poder comercial e o valor de incorporar suas marcas ao nome de domínio, muitas vezes era tarde demais." (EFRONI, 2003, p. 344).

Um caso semelhante ocorreu no Brasil em meados dos anos 2000, entre a TV GLOBO LTDA e a Rádio Moreira. O conflito foi suscitado perante a OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual). A então Rede Globo indicava ser a detentora dos direitos sobre as marcas do "Jornal Nacional" e "Globo Esporte", enquanto que antiga Rádio Moreira alegava ser proprietária do registro dos nomes de domínio "jornalnacional.com" e "globoesporte.com" (BARBOSA, 2015, p. 175).

Neste caso, o Grupo Globo conseguiu comprovar o direito sobre as marcas, bem como demonstrou que nenhuma das marcas tinham relação com os serviços realizados pela Rádio Moreira, resultando no julgamento a favor do Grupo Globo, onde o OMPI classificou o registro dos nomes de domínio da Rádio Moreira como a prática de Cybersquatting e concorrência parasitária. (BARBOSA, 2015, p. 175).

Para tentar solucionar futuros conflitos, foram propostos dois projetos de Lei no Congresso Nacional. O PL 256/2003 e o PL 835/2011. Enquanto o primeiro encontra-se em análise na CCJ, o segundo foi arquivado pela Mesa Diretora o Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei 256/2003, visa instituir o devido procedimento para registro dos nomes de domínio enquanto que o segundo visava criar procedimentos judiciais para os conflitos de nomes de domínio, o que foi transferido para a esfera administrativa com o Marco Civil da Internet de 2014.

O artigo 7º da PL 256/2003 impunha algumas restrições ao registro dos nomes de domínio que conflitem com a denominação de pessoas jurídicas e de marcas já registradas nos órgãos competentes, sejam as Juntas Comerciais dos Estados, ou mesmo o INPI, mas por não ter sido aprovado, tal situação ainda carece de maior respaldo, limitando-se a tutelas jurisdicionais.

Portanto, cabe a jurisprudência dos tribunais de justiça a resolução dos conflitos originados dos nomes de domínio e as práticas de Cybersquatting, como decidiu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ricardo Villas Boas Cueva, no REsp nº 658.789: “A legitimidade do registro do nome do domínio obtido pelo primeiro requerente pode ser contestada pelo titular de signo distintivo similar ou idêntico anteriormente registrado - seja nome empresarial, seja marca”. Desta forma, ainda que reconhecido o nome de domínio, este pode ser contestado judicialmente por titular de um outro direito.

Seguindo este entendimento, consta relevantíssima decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, num conflito entre marca e nome de domínio, prevaleceu o direito daquele que melhor possuía justo título, conforme trecho do voto do relator na Apelação Cível nº 70006173421/2003¹⁰.

A apelação nº 70006173421/2003, o TJ-RS decidiu que deve prevalecer o direito daquele que melhor obtiver o registro, isto é, o direito sobre a marca não foi mitigado em função do nome

10 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul. Apelação Cível nº 70006173421/2003. Relator Roberto Gesta Leal. [...] Tenho que não assiste razão à apelante. Comprovado está que as duas empresas atuam no mesmo ramo de atividade comercial, qual seja, o comércio de produtos impressos. [...] A apelante consegue demonstrar nos autos que utiliza a marca em seus impressos há bastante tempo, possivelmente há mais tempo que a apelada (fl. 63/65). No entanto, nesse período, nunca diligenciou para regularizar esta utilização, procurando a Junta Comercial, onde está cadastrada com o nome comercial DPP COMÉRCIO DE PAPÉIS, IMPRESSOS E DESIGN GRÁFICO, ou ingressando com pedido de registro da marca no INPI, o fazendo apenas em 24.01.02. Não se pode desprestigiar a diligência da apelada, que primeiro procurou legalizar o uso da expressão “IN PRESS”, ao arquivar na Junta Comercial, em outubro de 2001, a alteração contratual do nome comercial, passando a se chamar IN PRESS GRÁFICA DIGITAL LTDA. Além disso, foi a apelada quem primeiro ingressou com pedido de registro da marca junto ao INPI, em 14.02.2001, quase um ano antes do pedido da apelante. [...] Como nenhuma das duas empresas possui a marca registrada junto ao INPI, deve prevalecer o direito daquela que apresenta melhor título, ou seja, impõe-se reconhecer que a apelada apresenta seu nome comercial “IN PRESS” registrado na Junta Comercial desde outubro de 2001. Tal registro possui eficácia pública capaz de determinar o melhor direito da apelada em detrimento da apelante. Não bastasse isso, também foi aquela que primeiro protocolou o pedido de registro junto ao INPI. [...] . Isso porque este é o prazo para o oferecimento de oposições. Se não tomar a providência de se opor ou, melhor ainda, ingressar com seu próprio pedido, no prazo de 60 dias, o registro deve ser outorgado àquele que primeiro o solicitar. Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao apelo para manter a decisão de primeiro grau, bem como negar provimento ao agravo retido.

de domínio. Neste caso, a jurisdição do Rio Grande do Sul preferiu tutelar o direito da empresa que tomou as devidas diligências para garantir o registro e o direito de uso, não se podendo desprestigiar as diligências requeridas previamente.

Em caso semelhante, o Tribunal de Justiça de São Paulo na resolução do conflito existente entre o domínio de internet e marca registrada no INPI, na ação de concorrência desleal e abstenção de uso de marca, em trâmite sob o nº 0009528-39.2009.8.26.0068¹¹ decidiu pela ocorrência da concorrência desleal.

Na decisão, o Tribunal de São Paulo reconheceu como prevalente o direito sobre o registro da marca em detrimento de anterior registro de nome de domínio em razão da ausência de regras avançadas no que se refere às condições para cessão de nomes de domínio. Assim, registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades (REsp 210.076/RJ).

Nota-se que o Poder Judiciário é o grande centro de resolução de conflitos decorrentes da propriedade industrial, ocasionando o cancelamento de vários registros, sejam eles decorrentes de marcas ou nomes de domínio, formalizando o início de uma jurisprudência brasileira quanto ao *cybersquatting* (BARBOSA, 2015, P. 115).

O que se pretende é elucidar os recentes acontecimentos decorrentes dos temas e, concomitantemente, apresentar os conflitos e como o Poder Judiciário tem assumido o protagonismo diante da ausência de regulamentação específica. Nestes casos, não há uma solução como regra, apenas um encaminhamento jurisprudencial, ainda tímido a respeito da proteção das marcas em função de um registro de domínio de má-fé.

CONCLUSÃO

As inovações tecnológicas e os alcances da ciência por meio da descoberta do mundo virtual permitiram que as pessoas estendessem sua realidade para amplitudes nunca vistas anteriormente. A globalização e a propagação do acesso à internet aos grupos sociais menos privilegiados permitiram que novas oportunidades de investimento e expansão de mercado surgissem, nascendo um novo nicho de exploração econômica.

Neste campo, os nomes de domínio surgiram como endereços virtuais pelos quais os

11 Apelação. Direito Empresarial. Domínio na internet. Cancelamento e abstenção de uso. Nome de domínio que coincide com a marca objeto do depósito, pela autora, de pedido de registro no INPI. Acesso ao sítio que automaticamente direciona o internauta à página destinada aos produtos da corré, similares àquele oferecido pela autora e destinados ao mesmo público-alvo. Concorrência desleal caracterizada. Necessidade de cancelamento do registro. Dano moral à pessoa jurídica, embora possível, não caracterizado no caso concreto. Apelo a que se dá parcial provimento. (TJ-SP - APL: 95283920098260068 SP 0009528-39.2009.8.26.0068, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 08/11/2011, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 09/11/2011)

internautas e as empresas poderiam se localizar na Rede Mundial. Ocorre que, por serem muitas vezes criados a partir de marcas conhecidas, pela facilidade de identificação pelos consumidores, os nomes de domínio conflitavam com a natureza das marcas. O que foi superado pelo entendimento de que sua natureza é distinta das marcas e dos outros elementos de empresa.

Entretanto, a ausência de regulamentação própria para os nomes de domínio e a lacuna legislativa nos procedimentos administrativos permitiu que, por interpretação analógica, fosse aplicado os mesmos direitos pertencentes às Propriedades Intelectuais, provendo também a origem de novos conflitos entre os tais direitos já mencionados, isto é, o conflito entre a propriedade de uma marca colidente com a propriedade de um nome de domínio.

Dos conflitos, ressalta-se a marcante prática do Cybersquatting, oportunamente utilizada como meio de concorrência desleal. Nela, o cyberusurpador promove registro fraudulento de um nome de domínio com o intuito de obter lucros com o prestígio de uma marca alheia. Nestes casos, a simples reprodução não autorizada da marca já enseja prejuízos e danos à imagem das empresas.

Observa-se que, ainda pouco regulado, os nomes de domínio possuem procedimento de resolução de conflitos administrativos geridos pelo órgão gestor da internet, nos moldes propostos pelo sistema de arbitragem. No entanto, a competência do órgão é meramente administrativa, restrita aos domínios nela registrados, o que não soluciona os conflitos existentes entre domínios e marcas, nos casos de Cybersquatting.

Neste interim, a responsabilidade acaba recaindo sobre o Poder Judiciário que, na maioria dos casos, utiliza-se de ponderação principiológica para respaldar os pronunciamentos jurisdicionais que ora decidem com base no “*first come, first served*” dos estadunidenses, ora com base na anterioridade da exploração econômica, valorizando a atividade econômica desenvolvida no *case*.

Portanto, é na esfera jurídica do Poder Judiciário que reside os principais conflitos brasileiros envolvendo a questão correlata, e assim, cabe ao poder Judiciário dar uma resposta satisfativa que possa solucionar os conflitos e, concomitantemente, formalizar e consolidar uma jurisprudência pátria que sirva de base regulamentaria enquanto os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional são aprovados.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALBRECHT, Sofia Mentz. **A inconstitucionalidade da Regulamentação sobre Nomes de Domínio na Internet**. Revista da ABPI nº 44, jan./fev 2000.

BARBOSA, Dênis Borges. **Precedência. Direito de Precedência ao Registro de Marcas**, 2005. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/precedencia.pdf>>. Acesso em: 29 abril. 2018

BARBOSA, Patricia Loureiro Abreu Alves. **Nome de domínio como sinal distintivo empresarial:**

análise das decisões dos Centros de Solução de Controvérsias credenciados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil - Florianópolis, SC, 2015.

BESER, Fernanda Varela. MENDONÇA, Marianna Furtado de. **O novo procedimento administrativo para solução de conflitos envolvendo nomes de domínio “.br”**. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Industrial –ABPI. São Paulo, nº109, p. 27-38, nov/dez. 2010. Pág. 28.

CASTELLI, Anthony. Attorneys Target Competitors’ Name in AdWords a Costly Mistake. 11.02.2013. Disponível em:[<http://solopracticeuniversity.com/2013/02/11/attorneys-target-competitors-name-in-adwords-a-costly-mistake>]. Acesso em: 06.05.2019.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2002

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.41

DANTAS, Paulo Sérgio Pires. **Conflitos sobre marcas e nomes de domínio na internet**. 2009. 66f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2009.

EFRONI, Zohar. **The Anticybersquatting Consumer Protection Act and the Uniform Dispute Resolution Policy: new opportunities for international forum shopping?** In: Columbia Journal of Law & the Arts. v. 26. New York: Columbia, 2003. p. 335 - 368.

FONTES, Marcos Rolim Fernandes. **Nomes de Domínio no Brasil: Natureza, Regime Jurídico e Soluções de Conflitos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Fundação Getúlio Vargas. **Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro Relatório de políticas de Internet: Brasil 2011**. -- São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012

KAMINSKI, Omar. **Conflitos sobre nomes de domínio: a experiência com o judiciário brasileiro**. In LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (org.). Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 242-271.

LEMOS, Manuel. De Volta aos Átomos: Movimento Maker, Hardware Livre e o surgimento de uma nova revolução industrial. Revista Observatório Itaú Cultural - N. 16 (jan./jun. 2014). - São Paulo: Itaú Cultural, 2007.

LEMOS, Ronaldo. Creative Commons, Mídia e as Transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual. Revista Direito GV, N. 1, P. 181 – 187, Maio, 2005.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MOREIRA, Beth. Faturamento do e-commerce soma R\$ 53,2 bilhões em 2018, alta de 12%. 19/02;2019 Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/noticias/2019/02/19/faturamento-do-e-commerce-soma-r-532-bilhoes-em-2018-alta-de-12.htm>. Acesso em: 06.05.2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa** 1. 8. Ed. São Paulo: Editora

Saraiva, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial/Klaus Schwab; tradução Daniel Moreira Miranda. – 1ª Edição; São Paulo: Edipro, 2016

SCHWAB, Klaus. Aplicando a quarta revolução industrial/Klaus Schwab, Nicholas Davis; prefácios de Satya Nadella, João Doria; tradução Daniel Moreira Miranda. – 1ª Edição; São Paulo: Edipro, 2018.

URBANO, Bruna Caroline; LEITE, Divina Cristina Lining; DE SOUZA, Michael Dionisio. **A função do domínio da internet no direito empresarial**. JICEX, v. 3, n. 3, 2015.

WAKAI, Alice. Como as PMEs estão aumentando a participação no e-commerce. E-commerce Brasil, 28.01.2014. Disponível em: [www.ecommercebrasil.com.br/artigos/como-pmes-estao-aumentando-participacao-e-commerce]. Acesso em: 06.05.2019.

A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Bianca Marcondes de OLIVEIRA¹
Taigoara Finardi MARTINS²

RESUMO

Diante da justiça comum, processos mais simples eram ajuizados com intuito de buscar uma solução para uma situação atrituosa ou realizar cobranças de valores menos expressivos, porém como os processos estavam no mesmo cartório que as demandas de maior complexidade, demorava muito para que o processo chegasse na fase de sentença. Decorrente disso, houve a necessidade de buscar uma saída para esse problema, pois os cidadãos estavam tendo seus direitos feridos sem ter como recorrer ao Poder Judiciário. A partir disso, foi criada a lei dos Juizados de Pequenas Causas, que posteriormente foi reformada sua nomenclatura para Juizados Especiais, com intuito de resguardar o acesso à justiça, possuindo elenco de princípios próprios e um procedimento específico para que o processo tenha uma sentença em um menor espaço de tempo. Essa jurisdição ficou conhecida como uma justiça renovatória, uma justiça especial, trazendo a satisfação dos cidadãos em suas contendas. Contudo, com o passar do tempo a justiça especial, que foi criada para solucionar defeitos no sistema da justiça comum, passou a ter os seus próprios problemas afetando o acesso à justiça, sendo que de nada adianta a justiça se a mesma não for célere e acessível ao cidadão. Como base para o trabalho foi utilizada o método hipotético-dedutivo, auxiliar estatístico, estudos bibliográficos e documentais. Espera-se que o presente trabalho amplie conhecimento no referido tema, contribuindo para que não seja obstruído o acesso à justiça no âmbito dos juizados especiais cíveis.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à justiça. efetividade. juizados especiais.

ABSTRACT

In the face of ordinary justice, simpler lawsuits were tried with the intuition of seeking a solution to a situation of scorn or making collections of less expressive values, but since the lawsuits were in the same registry as the demands of greater complexity, it took a long time for the process to arrive in the sentence phase. As a result, there was a need to find a way out of this problem, because citizens were having their rights hurt without having recourse to the Judiciary. From this, the Small Courts Law was created, which later reformed its nomenclature for Special Courts, in order to protect access to justice, having a set of principles and a specific procedure for the process to have a sentence in a shorter span of time. This jurisdiction became known as a renewal justice, a special justice, bringing the satisfaction of citizens in their contentions. However, over time, special justice, which was created to solve defects in the common justice system, began to have its own problems affecting the access to justice, and justice is of no use if it is not swift and accessible to the citizen. The hypothetical-deductive method, statistical aid, bibliographic and documentary studies were used as basis for the study. It is hoped that the present study will increase knowledge on this topic, contributing to the fact that access to justice in the scope of special civil courts will not be obstructed.

KEYWORDS: access to justice; effectiveness; small claim courts.

-
- 1 Acadêmico ou Bacharelando do Curso de Direito da Faculdade do Norte Novo de Apucarana – FACNOPAR. Turma do ano de 2015. biancamarcondes020@gmail.com
 - 2 Mestre em Ciências Jurídicas (UENP); pós graduado em Direito Constitucional (IDCC); graduado em Direito (UEL); advogado e professor; taigoara@finardieprochet.adv.br.

1 INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei 9.099/95, foram concebidos com a finalidade de atender às causas de menor complexidade e fazer com que seja dada uma solução jurisdicional rápida com a finalidade de garantir o acesso à justiça. Foi optado por dar um enfoque aos Juizados, pelo fato do mesmo tratar o acesso à justiça de maneira diferenciada dos modelos tradicionais, amparado pela Constituição Federal e ancorado nos princípios da celeridade, oralidade, economia processual, simplicidade, informalidade, de maneira a possibilitar o acesso à jurisdição e a efetivação do processo.

O presente artigo tem por objetivo apontar minuciosamente entendimentos referentes a efetividade do acesso à justiça no Juizado Especial Cível abordando os seus princípios. Será abordado detalhadamente as práticas processuais e suas características de maior relevância para que o processo tenha um bom andamento nos Juizados Especiais Cíveis. Para tanto, será comparada a estrutura da lei que regula os Juizados e os seus princípios norteadores para que seja alcançado o acesso à justiça, analisando, assim, se o Juizado Especial realmente é eficaz na aplicabilidade da lei na prática.

Dessa forma, a justificativa para o tema funda-se na contradição entre o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, na lei dos Juizados Especiais e o que diz os princípios norteadores deste instituto para garantir o acesso à justiça, os quais se encontram lesados na realidade prática.

2 DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

2.1 Conceito de Acesso à Justiça

Com a constitucionalização dos direitos fundamentais o acesso à justiça passou a ter papel de suma importância, pois através dele se busca a concretização dos demais direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário. Desta forma, o acesso à justiça significa o alcance à jurisdição, assim como a necessidade do Estado fornecer uma ordem de valores e direitos fundamentais do homem. A Constituição Federal de 1988 consagra tal direito em seu artigo 5º, XXXV, onde prevê que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.³

Concebe-se, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, através do qual, de um modo geral, o Estado não pode negar-se em prestar a tutela jurisdicional aos conflitos postos à sua apreciação. Consoante as lições de Mauro Capeletti e Bryant Garty:

3 BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 5, XXXV, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14/02/2019

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 justos⁴.

Cabe ao Estado, portanto, assegurar o acesso à justiça pela ordem constitucional, como um direito fundamental, mas também deve atuar pela manutenção da paz social, solucionando os conflitos sociais sob o prisma da razoabilidade. Sob essa perspectiva, o acesso à justiça traduz a ideia de que o Estado assegure aos cidadãos instrumentos capazes de se obter uma justa solução dos conflitos de interesses, com ampla possibilidade, atendendo aos fins sociais, políticos e jurídicos. Araújo e Junior dizem que:

Traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade Humana. Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana. Por isso, os direitos fundamentais de segunda geração são aqueles que exigem uma atividade prestacional do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais.⁵

Assim, tal instituto constitui direito básico do ser humano, à frente da contemporânea gama de direitos fundamentais constitucionais, permitindo a realização do ideal de justiça social, a oportunidades equitativas aos litigantes dentro do processo, com participação democrática e tutela jurisdicional efetiva. O direito ao acesso à justiça está sendo cada vez mais conhecido como sendo de importância capital entre os mais recentes direitos individuais e sociais, onde de nada valeria seu nome na ausência de mecanismos para que seja realizada a reivindicação dos direitos. O mesmo é considerado como requisito fundamental para a base dos direitos humanos, isso para que haja um sistema jurídico com a garantia de ser equitativo na realização dos direitos de todos.⁶

Vale ressaltar que não se deve confundir acesso à justiça com acesso ao poder Judiciário, Watanabe menciona em sua obra que: “Acesso à justiça, longe de confundir-se com o acesso ao Judiciário, significa algo mais profundo, pois importa o acesso ao justo processo.”⁷

Não se vincula apenas a uma tutela jurisdicional ou tão somente ao Poder Judiciário, o acesso à justiça busca variados tipos de recursos a serem buscados por meio judicial para a resolução dos conflitos, Dinamarco em sua doutrina corrobora que:

[...] o acesso à justiça consiste no acesso à ordem jurídica justa, não bastando apenas que o interessado tenha o simples acesso, sem que lhe seja garantido que sua tutela será analisada em tempo razoável, caso contrário, a decisão acerca dessa pretensão pode configurar-se inútil: Sentenças, decisões, comandos e remédios ditos heroicos concedidos por juízes e

4 CAPELETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Editora 1988. p.168

5 ARAUJO, Luiz Alberto David. JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Direitos e Deveres Individuais e Coletivos**. Ed. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Verbatim 2015 p.140

6 CAPELETTI, Mauro; GARTY, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre 1988. p.10-11

7 WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas**, Rev. dos Tribunais, 1985, p.9

tribunais não passariam de puras balelas, não fora pelo resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com outras e com os bens da vida. O pensador moderno não encara mais o processo, como dantes, a partir do aspecto interno representado pelos atos e relações em que se envolvem seus protagonistas, senão pelo ângulo externo a partir do qual seja possível sentir a sua utilidade.⁸

Diante do exposto é observado que o acesso ao Judiciário se refere a possibilidade do cidadão para reivindicar os seus direitos, buscar a satisfação na resolução de suas contendas com a efetividade da tutela jurisdicional, sendo que após ter o alcance a esse poder é que podemos encontrar o acesso à justiça.

2.2. Juizado Especial e seus princípios

Com vias ao acesso à justiça de forma efetiva emergiu a necessidade de criação de um órgão para o deslinde das causas de menor complexidade, de modo a dar-lhes uma rápida solução jurisdicional garantindo, assim, os direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição de 1967, em seu artigo 136, §1º, alínea b, previu a faculdade de criação de lei em que se instituíssem juízes togados que tinham competência para julgar as causas de pequeno valor. Veja-se:

Art. 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes:

§ 1º - A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:

b) Juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir Juízes vitalícios.⁹

Logo após, foi criada a Lei de nº 7.244/84 que teve a finalidade de regimentar os Juizados Especiais, denominando de Juizados Especiais de Pequenas Causas, conforme o que segue:

Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgãos da Justiça ordinária, poderão ser criados nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico.¹⁰

Sobre a criação desse novo órgão do Poder Judiciário, Leslie Shériida Ferraz discorre:

Em consonância ao regramento Constitucional, a lei n 9099/95, instituiu os Juizados Especiais Cíveis, destinados a tratar de causas de menor complexidade e informados pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Os aludidos Princípios originam, fundamentam e orientam, o processo, devendo por óbvio, ser observados em harmonia com as garantias processuais preexistentes. Não é difícil perceber que os critérios norteadores do Juizado demonstram a intenção do legislador em instituir um “novo processo” e uma lógica na resolução dos conflitos, além de pregar a deformalização, em obediência a facilitação do acesso à justiça.¹¹

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 592

9 BRASIL, Constituição (1967), Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 136, §1º, alínea b) disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm acesso em 21/03/2019

10 BRASIL, lei de nº 7.244, **Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.**, artigo 1º. 1984 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm acesso em 21/03/2019

11 CHIMENTI, Dinamarco apud, Ferraz Leslie Shériida, **Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil**, editora FGV, Rio de Janeiro 2010, p45

Diante de um cenário em que as ações de maior e menor complexidade eram julgadas em um mesmo cartório, nota-se a real necessidade da criação dos Juizados Especiais, com intuito de garantir um acesso à justiça efetivo. Foi, portanto, em razão de existirem lides cotidianamente de pequena importância que os juizados especiais emergiram como instrumento de poder na mão do povo. Isso para que não houvesse o sentimento de que estariam afastados da jurisdição por seu direito não possuir dimensão de uma ação judicial, mas que em vez disso queteriam um resultado satisfatório.¹²

No entanto, inicialmente instituiu-se o rito sumaríssimo, previsto no CPC/73, que era destinado a dar uma solução rápida a causas de pouca monta, mas pela falta de material humano, bem como pela carência de recursos financeiros, na prática, uma demanda proposta pelo rito sumaríssimo perpetuava por mais tempo que a proposta no rito ordinário, o que fez surgir a indústria das cautelares.¹³

Foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a criação dos Juizados Especiais passou a ser obrigatória por parte da União e dos Estados membros, dando origem à Lei infraconstitucional 9.099/95. Impende ressaltar que a Lei dos Juizados Especiais foi um aprimoramento da antiga Lei das Pequenas Causas, de acordo com as lições de Pinto:

Verifica-se que a Lei de Pequenas Causas não só ofereceu às camadas mais carentes da população um processo acessível, rápido, simples e econômico, como ainda pretendeu transcender a isso e constituiu-se em fator educativo destinado a preparar as pessoas para a correta e eficiente defesa dos seus direitos e interesses, sendo, que através desta experiência, e com o seu aperfeiçoamento, chegou-se à Lei dos Juizados Especiais Cíveis.¹⁴

Sua criação trouxe grande interesse pela diversidade de postulação das demandas além de inovações trazidas, dentre elas a novidade de uma justiça mais célere, Ferrazelenca as principais, quais sejam:

1. A instituição do juiz leigo, ao lado do juiz togado; 2. A inserção da execução das causas cíveis, que constava do projeto original, mas fora excluída; 3. A criação, ao lado dos Juizados Especiais Cível, dos Juizados Especiais Criminais; 4. A alteração do objeto, de causas de reduzido valor econômico, para causas cíveis de menor complexidade; 5. Autorização de transação.¹⁵

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis a competência divide-se em relação ao valor da causa, sendo competentes para dirimir causas cujos valores não ultrapassem 40 (quarenta) salários

12 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada**, Doutrina e Jurisprudência dos 27 Estados da Federação. Saraiva São Paulo, 1999. p.3

13 MIRANDA, Alessandra Nóbrega Moura; PETRILHO, Márcio Roncalli de Almeida; OLIVEIRA FILHO, Wanderley Rebello. **Origens históricas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e sua problemática atual**. Disponível em: <http://www.estacio.br/site/juizados_especiais/artigos/artigofinal_grupo1.pdf> p. 18. Acesso em: 14/03/2019

14 PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp.codigo=10061>. Acesso em: 14/03/2019

15 FERRAZ, Lésle Shérida. **Acesso à justiça: Uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro, editora FGV, 2010 p.45

mínimos, conforme disposto no texto de sua Lei regimentadora:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;¹⁶

Assim, a fim de garantir a efetividade do procedimento dos Juizados Especiais, o processo submetido ao rito sumaríssimo, em sua Lei é informado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, e celeridade. Além desses princípios, outro princípio estabelecido pelo artigo 2º da Lei 9.099/95 é da busca, sempre que possível, da autocomposição. Cumpre ressaltar o ensinamento de Rossi:

Esclarece ainda que a preocupação central que pautou a criação dos Juizados de Pequenas Causas foi ampliar o acesso à Justiça mediante a criação de um sistema judicial completo, o mais autossuficiente possível, que não confundisse, nem em termos processuais nem do ponto de vista da organização e do equipamento humano, com os demais procedimentos e órgãos da Justiça Comum. São exemplos dessa estratégia a previsão de uma instância específica que dispensasse o deslocamento físico do processo; a oralização radical dos procedimentos; a vedação da ação rescisória, dos embargos infringentes e do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.¹⁷

Nesse enfoque, o princípio da oralidade consiste na exigência constitucional da forma oral no tratamento da causa, possibilitando assim maneiras diversas para a garantia da ampla defesa. Santin discorre: “Sempre que possível e desde que não afete os direitos das partes, deve-se optar pela forma oral, a qual é mais célere, econômica, informal e desburocratizada”.¹⁸

O presente princípio destinado a cumprir inúmeras funções visa basicamente tornar mais ágil a busca de soluções, proporcionando efetividade ao processo. Nesse sentido, Montes complementa:

O processo inspirado no critério da oralidade significa a utilização de procedimento em que a forma oral se apresenta como mandamento precípua, embora sem eliminação completa do uso dos registros da escrita, o que seria impossível em qualquer procedimento da justiça, em razão da necessidade de se documentar toda a marcha da causa em Juízo.¹⁹

Outro princípio relevante é o da simplicidade, que existe para que seja deixado um pouco de lado o formalismo e ocorra a facilitação da realização dos atos processuais de forma direta, assim como Rocha diz:

Do ponto de vista literal, tem-se que simplicidade, conforme mencionam os bons dicionários, é a qualidade daquilo que é simples. Portanto, parece que o legislador pretendeu enfatizar que toda a atividade desenvolvida nos Juizados Especiais deve ser

16 BRASIL, Lei 9099/95, **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e outras providências**. Art.3, I, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm, acesso em 19/03/2019.

17 ROSSI, Dieyne Morize. **O Juizado Especial Cível como Instrumento de Efetivo Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076763.pdf>>. Acesso em 22/03/2019

18 SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados especiais cíveis e criminais: um estudo das leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p.10

19 MONTES, Jaqueline Santos. **O Acesso à Justiça e sua Efetividade em Relação aos Juizados Especiais Cíveis**, p14, Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/JaquelineSantosMontes.pdf>. Acesso em 27/03/2019

externada de modo a ser bem compreendida pelas partes, especialmente aquelas desacompanhadas de advogado²⁰

Os princípios da informalidade e simplicidade se completam, por isso são conhecidos como princípio da instrumentalidade das formas, tendo como primazia o alcance da finalidade a que se destinam os atos processuais, deixando de lado as formalidades excessivas do processo comum, desde que estes não causem prejuízos para as partes.²¹

Destarte, na aplicação de tais princípios não ocorre apenas a simplificação do processo, mas também a autorização para que certos atos processuais sejam presididos por conciliadores e juízes leigos, com o escopo de abrandar a formalidade instituída no Poder Judiciário, possibilitando o engajamento das partes no processo. O princípio da informalidade, de igual modo, é incluso como princípio norteadores dos Juizados Especiais, que estabelece que os atos processuais devem ser informais, não se fazendo necessário o apego à forma. Sobre o tema Catalan explicita que:

O princípio da informalidade determina em síntese que os atos processuais devem ser informais, despidendo-se do apego à forma. Justifica, pelo mesmo, por exemplo, a permissão dada à parte para que proponha sua reclamação de forma oral, por meio de simples pedido, sem necessidade da assistência por advogado nas causas cujo valor não ultrapasse os 20 (vinte) salários mínimos, devendo a mesma ser reduzida a termo pelo secretário do cartório; ou ainda, a permissão de que os juízes leigos presidam as audiências de conciliação e instrução e julgamento. Portanto, deve ser observado especialmente quando suscitada a existência de nulidades processuais, no sentido de que os atos que tiverem alcançado seu fim e não prejudiquem a defesa, devam ser aproveitados.²²

Outrossim, há o princípio da economia processual, que consiste, de acordo com Theodoro Junior, em alcançar o melhor aproveitamento em um número reduzido de atos processuais:

A economia processual significa obter o maior resultado com o mínimo de emprego da atividade jurisdicional. Tirar o máximo de proveito de um processo é torná-lo efetivo, transformando-o num processo de resultados. Desde o início do século XX, Giuseppe Chiovenda já falava que o processo efetivo deve dar a quem tem um direito, na medida do possível, tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito. Desta forma, deve-se buscar a atribuir a todos os atos processuais a maior carga de efetividade possível²³

Desta forma, esse princípio visa a obtenção máxima de resultado em uma única atividade processual, conseguindo desta forma atingir a sua finalidade, englobando em si dois princípios norteadores do Juizado Especial. Nesse tocante, Cintra afirma que:

20 ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis**: aspectos polêmicos da Lei 9099/95, de 26/09/95. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11

21 ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p34

22 CATALAN, Marcos Jorge. **Juizados Especiais Cíveis**: uma abordagem crítica à luz da sua principiologia, 2014 disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/download/je/DOCTRINA/Uma_abordagem_%20critica.pdf>. Acesso em: 20/02/2019

23 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 30

Exemplo da aplicação desse princípio encontra-se no art.105 do Código de Processo Civil Brasileiro, que trata da ocorrência da conexão e continência. Na conexão, por exemplo, ocorre que dois ou mais processos possuem o pedido e as partes idênticas, portanto, com fulcro no art.105, CPC, e com o devido respeito ao princípio em questão, o juiz ao analisar o processo pode de imediato uni-los para que sejam reconhecidos conjuntamente, ocasionando, assim, uma maior celeridade e economia de atos processuais que neste caso seriam absolutamente dispensáveis²⁴

Cabe frisar que, em respeito ao citado princípio, a Lei norteadora dos Juizados Especiais nº 9099/95 determina em seu art. 41 que o único recurso cabível é o recurso inominado, além dos embargos declaratórios, segue texto da Lei: “art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.”²⁵

Assim, denota-se que a composição dos princípios tem por objetivo fazer com que as decisões sejam proferidas de maneira mais célere, cumprindo o dever do Estado fazer com que a justiça aconteça rapidamente. Tal premissa se encontra inscrita na própria Constituição Federal de 1988, no inciso LXXVIII do artigo 5º que nos traz que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.²⁶

Diante disto, nenhum princípio fundamental do processo deve ser desrespeitado, como o princípio da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da segurança jurídica, entre outros. Um exemplo da efetiva celeridade que ocorre no processo é encontrado no artigo 22, parágrafo único da Lei 9099 de 26 de setembro de 1995 onde se encontra previsto que: “Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo”.²⁷

Fica evidente o princípio da celeridade processual logo de início no processo com a realização de um acordo em audiência de conciliação, sendo que o mesmo se torna um título executivo com força de sentença. Com os princípios dos Juizados Especiais elencados acima pode-se observar a essência da busca pela facilitação do processo, a sua aplicabilidade tem a finalidade de, assim, proporcionar um real acesso à justiça.

2.2.1. Do Procedimento Dos Juizados Especiais

Com a criação dos Juizados Especiais, ficou estabelecido na Lei nº 9099/95 por conta de se

24 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P.79

25 BRASIL, Lei 9099/95, **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e outras providências.**, Art.41, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm, acesso em 19/03/2019

26 BRASIL, **Constituição da República Federativa Brasileira de 1988**, artigo 5º, inciso LXXVIII disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 21/03/2019

27 BRASIL, Lei 9099 de 26 de setembro de 1995, **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e outras providências.**, Art.22, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm, acesso em 19/03/2019

tratar de demandas de menor potencial ofensivo, o rito sumaríssimo a ser seguido nas demandas judiciais, sendo observados os princípios elencados acima, com relação ao referido procedimento. Nesse sentido, Fernando Assis discorre:

No procedimento sumaríssimo, não há previsão de análise inicial por parte do Juiz. No momento da distribuição já é designada imediatamente audiência de conciliação sem que haja um controle judicial criterioso quanto a “qualidade” da petição inicial que foi proposta.²⁸

Com a postulação da ação nos Juizados Especiais, automaticamente é agendada uma audiência de conciliação, tendo em vista que uma das essências do juizado é esta solenidade, a qual tem a possibilidade de por fim ao litígio com a realização de acordos. Assim, a audiência de conciliação se faz essencial no procedimento dos Juizados ante o carácter moderno e célere na resolução de conflitos. Moraes elenca as atribuições da conciliação:

Três são as contribuições principais da Justiça de Conciliação ao processo de paz social. Primeiro, contribui para implantar uma cultura do diálogo entre os cidadãos e as instituições, e das instituições entre si, para a prática de uma cultura do saber ouvir e do saber ceder, para disseminar uma cultura de cooperação onde a justiça, já que as decisões atingidas por comum acordo são mais sólidas e têm mais chance de serem obedecidas e implementadas. Finalmente, em terceiro lugar, possibilita uma justiça mais ágil e mais barata, desafogando o trabalho dos juízes para que possam se dedicar aos casos mais complexos.²⁹

Nesse momento podemos observar a atuação do princípio da informalidade e da celeridade, tendo em vista o interesse em conciliar as partes logo de início, facilitando que o processo obtenha um fim breve.

O Fórum Nacional dos Juizados Especiais permite a possibilidade elencada anteriormente de forma facilitada, sendo que seu Enunciado nº 6 diz: “Não é necessária a presença do juiz togado ou leigo na Sessão de Conciliação, nem a do juiz togado na audiência de instrução conduzida por juiz leigo.”³⁰

Por ser uma justiça especial o Juizado obteve seu próprio procedimento para desenvolvimento do processo, com obediência aos princípios e com a tomada de todos os meios possíveis para que o cidadão tenha uma resolução da sua lide em um período curto de tempo, de modo a efetivar o alcance à justiça.

2.3. Acessibilidade, da desnecessidade de Assistência de Advogado

Os Juizados Especiais Cíveis adotaram o instituto do *jus postulandi*, fazendo com que o

28 ASSIS, Fernando, Procedimento sumaríssimo roteiro, Disponível em: https://www.grancursospresencial.com.br/novo/upload/procedimento_sumar_%cdssimo_roteiro_granjuris1304201020100413131409.pdf acessado em: 24/04/2019

29 MORAES, Germana de Oliveira. **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 79

30 FONAJE, **Enunciados cíveis**, art nº 6, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 15/03/2019

cidadão tenha a possibilidade de provocar jurisdição buscando a reparação de seu direito e podendo acompanhar todo o processo sem a necessidade de constituir advogado para agir em sua defesa. Contudo, tal possibilidade se restringe apenas as ações em que o valor da causa não ultrapasse o montante de vinte salários mínimos.

Kazuo Watanabe acredita que mesmo quando se reduz a chamada litigiosidade contida, é necessário enfrentar as dificuldades referentes a qualidade dos serviços judiciários e sua efetividade, ou seja, facilitar o ingresso ao judiciário não é o suficiente. A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes, isso, pois, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas também de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.³¹

Diante da possibilidade do ajuizamento de ação por conta própria, nomeada como *Jus Postulandi*, Menegatti afirma:

Postularem em juízo pessoalmente, sem a necessidade de se fazerem acompanhar de um defensor, para praticar todos os atos processuais inerentes à defesa de seus interesses, incluindo-se a postulação ou a apresentação de defesa, requerimento de provas, interposição de recursos entre outros atos típicos do inter procedimental previsto em lei e aplicável aos diversos ramos do Judiciário.³²

É importante ressaltar que a parte desassistida de advogado não ficará em desvantagem, sendo que será aplicado o princípio da informalidade diante de todos os atos realizados pelo cartório, bem como na realização de intimações. Desse modo, o acesso às informações e a realização de movimentações processuais poderá ser assistido por um advogado, visando o adequado equilíbrio técnico entre as partes durante o processo.³³

Tendo em vista que a violação dos direitos de qualquer espécie deve ser evitada e que, por vezes, há entre as partes diferenças econômicas, a criação dos Juizados Especiais tem como um de seus princípios norteadores o acolhimento da população hipossuficientes como Montes descreve:

Os Juizados de Pequenas Causas, hoje conhecidos como Juizados Especiais, foram idealizados e criados com o objetivo de facilitar o acesso à Justiça, da população carente, das camadas mais humildes da sociedade e, principalmente, daqueles que sofrem desigualdade social, ou seja, os que não têm recursos para sustentar os custos do Processo, e que dificilmente recorreriam ao judiciário em busca de proteção aos seus interesses violados ou ameaçados de violação.³⁴

É a real aplicação do princípio da informalidade, visto que na sua instauração que o processo se torna mais desburocratizado. Ocorre o desrespeito a exigências formais e mesmo assim

31 WATANABE, Kazuo. **Juizado especial de pequenas causas**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p12

32 MENEGATTI, Christiano Augusto. **O jus postulandi e o direito fundamental de acesso à justiça**. São Paulo: LTR, 2011.p.19

33 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro in **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo**. Editora Forense, 1999, p. 106 a 107.

34 MONTES, Jaqueline Santos. **O acesso à justiça e sua efetividade em relação aos juizados especiais cíveis**. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/páginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/JaquelineSantosMontes.pdf>. Acesso em 22/03/2019, p. 2-3.

o processo atinge a finalidade, com isso se torna eficaz.³⁵

É observado que a jurisdição fica muito próxima ao cidadão com a possibilidade da postulação sem a presença do advogado, fazendo com que o mesmo não tenha gastos, facilitando assim o acesso à justiça a todas as classes econômicas, para que o direito seja realmente aplicado.

3 JUIZADO ESPECIAL COMO UMA FERRAMENTA PARA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A criação da Lei 9099/95, onde o Juizado de Pequenas Causas passou a ser nomeado como Juizado Especial, incluiu uma série de princípios e paradigmas, buscando a facilitação do acesso à justiça, seguindo uma estrutura processual diferida das ações convencionais de um processo comum. O processo se tornou mais célere e com real acesso à justiça, além da concretização do objetivo de aplicar o Direito para finalizar os conflitos de modo a obedecer aos princípios basilares, elencados na Lei do Juizado.³⁶

Essa ampliação do Poder Judiciário se tornou necessária pelo fato de que o cidadão, por muitas vezes, quando tinha seu direito ferido, por mínimo que seja o dano, pela incerteza de que seu Direito seria resguardado, deixava de buscar a justiça. A respeito disso Cappellletti, e Garth relatam:

[...] sem algum tipo especial e procedimento para as pequenas causas, os direitos das pessoas comuns frequentemente permanecerão simbólicos. O desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem.³⁷

Note-se que, desde a criação da Lei do Juizado de Pequenas Causas, quando o indivíduo se depara com circunstâncias de atritos e violações de direitos, a partir de seus princípios e de sua essência de facilitação do alcance da justiça, sempre foi objetivado abarcar todas as demandas atrituosas e interesses por menores que sejam. Com isso, houve a facilitação do acesso à justiça, com a aplicação dos fundamentos políticos filosóficos que foram usados em sua criação, para que o fim da litigiosidade contida seja possibilitado.³⁸

Portanto, do ponto de vista do direito fundamental de acesso à justiça, busca-se estabelecer os Juizados Especiais como um instrumento garantidor ao jurisdicionado para que suas ações judiciais de pequeno valor monetário tenha uma resolução justa e satisfatória sem alterar a inflação processual dos cartórios. Tendo a sua ideologia voltada para abertura da acessibilidade de tutela jurisdicional a todas as classes econômicas, diante de haver o princípio da informalidade. Bacellar

35 PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p233.

36 MORINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4º ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p64.

37 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.p97

38 WATANABE, Kazuo. **Juizado especial de pequenas causas**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p3-4.

em sua obra discorre que:

Verifica-se que o povo está carente de justiça e precisa encontrar ambiente propício para solucionar suas pendências. Existem vários obstáculos que afastam o povo do Poder Judiciário, como o ambiente formal e de característica elitizada da maioria dos órgãos do Judiciário. (BACELLAR, Roberto Portugal, 2004, p. 44)³⁹

Desta feita, conclui-se que os Juizados Especiais trouxeram inovações esperançosas para que o cidadão tenha a garantia de que seu direito será resguardado, por mínima complexidade que sua demanda exija.

4. PROBLEMAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Diante de todas as ferramentas criadas para que o processo tenha um efetivo acesso à justiça, muitas das vezes não se vê tal eficaz âmbito dos juizados especiais cíveis. Há empecilhos decorrentes de fatores naturais do cotidiano processual que prejudicam o Juizado a alcançar seu principal objetivo e, assim, afetam as possibilidades do cidadão ir em busca do seu direito, como será abordado adiante.

4.1 A morosidade e o Acesso à Justiça

Diante da vida cotidiana do cidadão, ocorrida violações de seus direitos em grau de menor complexidade, o Juizado Especial é procurado na busca pela celeridade processual para resolução de seus conflitos, o que gera grande expectativa na parte. No entanto, não é possível chegar à celeridade esperada, tendo em vista a existência de um número alto de demandas. Decorrente disso, a morosidade processual, por sua vez, passa a ser muito criticada pelo fato de o princípio da celeridade ter o dever de ser aplicado, almejando-se não violar o princípio da segurança das relações jurídicas que pela necessidade da resolução dos litígios serem realizados em um pequeno espaço de tempo entre o ocorrido e uma sanção judicial, a população passa a ser desestimulada a recorrer ao Poder Judiciário. Acerca da morosidade, Rocha discorre:

Não se quer justiça amanhã. Quer-se justiça hoje. Logo a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito e garantia que a justiça representa. A liberdade não pode esperar, porque enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível; a vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se; a igualdade não pode esperar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito; a segurança não espera, pois, a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes com a só ameaça que torna incertostodos os direitos.⁴⁰

A função dos Juizados Especiais Cíveis vem sendo ampliada no que diz respeito às

39 BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais, **A nova mediação paraprocessual**. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.44

40 ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.64-65

reformas promovidas para garantia do acesso à justiça, o que se torna um motivo para o acúmulo de ações no referido instituto. Esse abarrotamento se dá tanto em razão dos Juizados absorverem a competência da Justiça Comum, como até de suprir deficiências do próprio poder público. Nesse sentido, Watanabe apud Herman, afirma que:

À continuidade de semelhante situação, que é de extrema gravidade, a finalidade maior dos Juizados, que é de facilitação do acesso à justiça e de celeridade na solução dos conflitos de interesses, estará irremediavelmente desvirtuada, com o lastimável comprometimento da própria razão de ser desses Juizados. Os que não entenderam a ideia básica dos Juizados procuraram fazer deles uma solução para a crise da justiça, e com isto não somente estão matando os Juizados, como também agravando mais ainda a crise que há muito afeta a nossa Justiça.⁴¹

Desta forma, mesmo que a lei vise facilitar o acesso à justiça as demandas acabam sobrecarregando o Poder Judiciário, dificultando assim a efetivação da função primordial da Lei dos Juizados que é a celeridade processual. Não se deve postergar a aplicação do direito, pois se há uma necessidade social de uma reparação para ser realizada não se causa apenas de um pequeno dano a alguém, mas sim a existência de uma ciência moderna jurídica é prejudicada, a qual traz em sua essência a resolução dos litígios, de forma satisfatória ao postulador, efetivando assim a garantia do acesso à justiça.⁴²

4.2. Hipossuficiência Técnica

Outro empecilho para que se alcance o acesso à justiça é a desigualdade econômica, pois o cidadão de baixa renda nem mesmo tem o conhecimento da existência de seus direitos. Assim, por mais que o Juizado Especial amplie o poder de ação, abrindo a possibilidade do cidadão ingressar com a ação sem a necessidade de assistência de um advogado em sua lei regimentadora, falta-lhe conhecimento técnico para a elaboração de sua defesa por conta própria. Tartuce discorre em suas lições que:

É inegável a realidade sociológica na qual os litigantes são desprovidos de informações processuais básicas. Para comprovar essa assertiva, basta considerar a situação do demandante sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis: o desconhecimento sobre o trâmite processual e a inacessibilidade do linguajar técnico podem prejudicar e muito a prática dos atos em juízo.⁴³

A lei confere à sociedade a liberdade de ação, mas como citado acima, diante da inexistência de conhecimento técnico suficiente os indivíduos acabam tendo seus direitos violados e não recorrem ao Poder Judiciário. De acordo com Frischeisen:

As pessoas não pensam em uma política pública de acesso à justiça. As pessoas pensam em

41 HERMANN, Ricardo Torres. **O Tratamento das demandas de massa nos juizados especiais Cíveis**. Porto Alegre, 2010, p.44

42 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.146-148

43 TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.199

saúde. Todo mundo pensa: a saúde deve ser pública ou não? E a Assistência Social? Devem ser prestadas por entidades privadas, públicas ou por ambas? Poucas pessoas fora da área jurídica, entretanto, pensam em uma política pública de acesso à justiça.⁴⁴

Diante de tantas melhorias elencadas na criação dos Juizados Especiais Cíveis não se imagina uma real dificuldade para alcançar o acesso à justiça com mais celeridade nas demandas, mas Junior e Neto argumentam que a lei criada não optou pela resolução mais adequada aos litígios conforme a seguir:

De forma geral, o que constamos nacionalmente é a facilitação normativa e fática do acesso à Justiça e, a cada dia que passa, tem-se a sensação de que a “boa nova” se espalha, e que cada vez mais o jurisdicionado, em particular as camadas mais carentes da comunidade, tem ocorrido às secretarias dos Juizados para formularem seus requerimentos, simples e informais. De outra parte, deparamo-nos com uma deficiente estrutura cartorária, poucos juízes assistência social e assistência judiciária pública permanente⁴⁵

Em sua linha de pensamento, os escritores entendem que embora tenham sido produzidas com intuito de melhorias no sistema judiciário, as diretrizes trazidas pela Lei dos Juizados Especiais não condizem com a realidade vivida pelo Poder Judiciário atualmente, onde entram em afronto com a Ordem Jurídica justa e o devido processo legal. Vale ressaltar que a falta de obrigatoriedade da presença do advogado não deve se sobrepor ao acesso à justiça o qual é assegurado constitucionalmente. Neste sentido, explica Alexandre Freitas Câmara:

É de se referir, porém, que me parece inconstitucional a regra que permite à parte comparecer em juízo sem advogado nos juizados especiais cíveis, quando o valor da causa não exceder de 20 salários mínimos. Tal inconstitucionalidade decorre do fato de tal regra contrariar o disposto no art. 133 da Constituição da República, em cujos termos o advogado é essencial ao exercício da função jurisdicional, na forma da lei. Ao meu sentir, à lei caberá regulamentar o exercício da atividade do advogado, mas sem jamais chegar ao ponto de tornar a presença do advogado facultativa, pois assim estar-se-ia negando à sua atividade o caráter de função essencial. Isso porque, como sabido, essencial significa indispensável, necessário. Assim sendo, não se pode admitir que o advogado seja essencial, mas possa ser dispensado, sob pena de se incorrer em paradoxo gravíssimo.⁴⁶

Embora haja possibilidades elencadas, em relação a real obtenção do acesso à justiça, entende-se constitucionalmente como necessária a presença de um operador do direito, tendo em vista que possui este o conhecimento das normas jurídicas.

4.3 O Ajuizamento de demandas em massa

Com o avanço das demandas da sociedade, vêm sendo criada inúmeras situações que levam o cidadão a pleitear indenizações por danos morais ao Poder Judiciário, diante disso os processos começaram a ter números consideráveis com a intolerância da sociedade quando se

44 FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Cidadania, acesso à justiça e realização da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.1

45 TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei 9099/95**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.180

46 CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: volume 1, 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2014, p.53

deparam com algo que não lhe é de seu agrado, levando o mesmo a pleitear indenizações por muitas vezes banais, com intuito de tirar proveito das situações. Quanto a isso Lima discorre:

Existem também aqueles que adentram ao Judiciário em busca de um ganho financeiro, pleiteando dano moral como uma forma de alimentar um ganho em cima de uma determinada ação. Por exemplo: apresento uma demanda pleiteando dano material por uma eventual batida em meu veículo e peço também danos morais não por ter sofrido o citado dano, mas como uma forma de ganhar algo a mais em cima do valor a ser sentenciado pelo dano material.⁴⁷

No mesmo sentido, Schuch em sua obra relata sobre a banalização dessas ações, que acaba se tornando comum e sobrecarregando mais o Judiciário:

A postulação de indenizações por fatos que não passam de meros aborrecimentos comuns da vida civil, bem como estimativas milionárias e desproporcionais ao agravo sofrido, não têm sido incomuns nos Fóruns e Tribunais.⁴⁸

Diante do pensamento citado acima, o doutrinador Motta, segue a mesma linha de raciocínio em sua obra que diz:

Infelizmente, não obstante, o ser humano tende a abusar daquilo que é bom, máxime quando tem sabor de novidade. Podem ser encontradas atualmente no Judiciário verdadeiras 'aventuras jurídicas' e 'vítimas profissionais' de danos morais, que procuram valer-se da evolução do instituto para fins escusos e inconfessáveis, na busca do lucro desmedido. Por esta razão, o maior desafio da doutrina e da jurisprudência hoje não mais é a aceitação por dano moral, já garantida constitucionalmente, mas, paradoxalmente, estabelecer seus limites e verificar em que situação não é cabível. O uso despropositado do instituto poderá conduzi-lo ao descrédito e provocar lamentável retrocesso, em prejuízo daqueles que dele realmente merecem seus benefícios.⁴⁹

Consequentemente ao sobrepeso das ações, a demora para que seja dada uma decisão, por sua vez, viola o acesso à justiça fazendo com que a mesma seja alcançada de forma estendida, ferindo diretamente os princípios da celeridade e da razoável duração do processo. Lima assevera que:

Com isso, existe um excesso de demandas por danos morais no Poder Judiciário que exige do juiz a máxima cautela e conhecimento no seu julgamento, vez o mesmo deve identificar a existência ou não do dano, a extensão do mesmo, as condições sociais da vítima e do agente causador do dano, bem como o valor a ser pago, evitando um enriquecimento ilícito, a falência do agente causador, bem como uma sentença ínfima que venha a estimular a reincidência do ato praticado.⁵⁰

As decisões procedentes em casos como esses leva o cidadão a ingressar com excessos de demandas, por vezes até mesmo temerárias, no Poder Judiciário, tornando-se verdadeiras aventuras jurídicas cujo único escopo é receber qualquer vantagem pecuniária através de reparações de danos morais supostamente experimentados pela parte.

47 LIMA, Andre Barreto, **Processo e efetividade dos Direitos**, ed. Qualis, Salvador, 2017, p3

48 SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano Moral Imoral: O abuso á luz da doutrina e jurisprudência**. 1 ed, v.2, São Paulo, 2012, p68-69

49 MOTTA, Carlos Dias, **Dano Moral por abalo indevido de crédito**. Ed Revista dos tribunais, São Paulo, 1999, p92.

50 LIMA, Andre Barreto, **Processo e efetividade dos Direitos**, ed. Qualis, Salvador, 2017, p3

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os confrontos da vida cotidiana torna-se comum que haja violação dos direitos do cidadão que, por mais que de pequena expressão, traz algum dano ao mesmo. Nessas situações caso o mesmo optasse por buscar reparação por meio do Poder Judiciário há grande demora para se ter uma resposta, que ainda poderia não ser satisfatória. Com isso, fora afetado o princípio do acesso à justiça dessas pessoas que, de acordo com a conceituação elencada no primeiro capítulo, fica evidente que o Estado não deve negar prestação de tutela jurisdicional, fazendo com que o cidadão tenha efetivo acesso à justiça, satisfazendo-o.

Para que isso aconteça foram criados os Juizados Especiais, com seu procedimento próprio para analisar e julgar as ações de menor complexidade, para garantir o acesso à justiça, trabalhado no segundo e no terceiro capítulo, garantia essa que segue acostada nos princípios norteadores desse instituto seja eles oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Com objetivo de promover a facilitação do acesso à justiça a lei do Juizado trouxe também a possibilidade de postulação das ações sem a presença de um advogado, aplicando os princípios deste instituto concretizando o acesso à justiça. Diante de todas as melhorias trazidas na criação dos Juizados, se torna de difícil imaginar empecilhos ao acesso à justiça, mas acontece que as demandas acabam ferindo o princípio do acesso à justiça com a sua própria facilitação.

E ainda, de modo conclusivo, tem-se que, nas demandas repetitivas, tratadas no quarto capítulo, torna-se ineficaz o acesso à jurisdição, pois nos casos em que realmente é afetado um direito não se é dada a real atenção. Há também a falta de informação dos hipossuficientes que por muitas vezes tem seu direito violado por não terem o conhecimento da existência do mesmo e por isso não buscarem o Poder Judiciário. Tal problema poderia ser solucionado caso houvesse maior instrução da classe mais pobre da população para dar-lhe informação sobre os seus próprios direitos, os quais são assegurados por lei, para que assim os indivíduos buscassem o Poder Judiciário para realizações de suas contendas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David. JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Direitos e Deveres Individuais e Coletivos**. Ed. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Verbatim 2015.

CAPELLETI, Mauro; GARTY, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, 1988.

BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados Especiais, **A nova mediação paraprocessual**. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL, Constituição (1967), **Constituição da República Federativa do Brasil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm acesso em 21/03/2019.

BRASIL, lei de nº 7.244, **Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas**.1984, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm acesso em 21/03/2019.

Brasil, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em: 14/02/2019.

BRASIL, Lei 9099/95, **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e outras providências**. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm, acesso em 19/03/2019.

BRASIL, Lei 9099 de 26 de setembro de 1995, **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e outras providências**. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm, acesso em 19/03/2019.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

CAPELLETI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Editora 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo**. Editora Forense, 1999.

CATALAN, Marcos Jorge. **Juizados Especiais Cíveis: uma abordagem crítica à luz da sua principiologia**, 2014 disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/download/je/DOCTRINA/Uma_abordagem_%20critica.pdf>. Acesso em: 20/02/2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CHIMENTI, Dinamarco apud, Ferraz Leslie Shériida, **Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil**, editora FGV, Rio de Janeiro 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ, Léslie Shériida. **Acesso à justiça: Uma análise dos juizados especiais cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro, editora FGV, 2010.

FONAJE, **Enunciados cíveis**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 15/03/2019.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Cidadania, acesso à justiça e realização da igualdade**. 3ª ed. São Paulo. Martins Fontes, 2005.

HERMANN, Ricardo Torres. **O Tratamento das demandas de massa nos juizados especiais Cíveis**. Porto Alegre, 2010.

- LIMA, Andre Barreto, **Processo e efetividade dos Direitos**, ed. Qualis, Salvador, 2017.
- MIRANDA, Alessandra Nóbrega Moura; PETRILHO, Márcio Roncalli de Almeida; OLIVEIRA FILHO, Wanderley Rebello. **Origens históricas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e sua problemática atual**. Disponível em: <http://www.estacio.br/site/juizados_especiais/artigos/artigofinal_grupo1.pdf> p. 18. Acesso em: 14/03/2019.
- MENEGATTI, Christiano Augusto. **O jus postulandi e o direito fundamental de acesso à justiça**. São Paulo: LTR, 2011.
- MONTES, Jaqueline Santos. **O acesso à justiça e sua efetividade em relação aos juizados especiais cíveis**. Disponível em: <ww.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/JaquelineSantosMontes.pdf>. Acesso em 22/03/2019.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4º ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MOTTA, Carlos Dias, **Dano Moral por abalo indevido de crédito**. Ed Revista dos tribunais, São Paulo, 1999.
- PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp.codigo=10061>. Acesso em: 14/03/2019.
- ROSSI, Dieyne Morize. **O juizado Especial Cível como Instrumento de Efetivo Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076763.pdf>>. Acesso em 22/03/2019.
- ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis: aspectos polêmicos da Lei 9099/95, de 26/09/95**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTIN, Janaína Rigo. **Juizados especiais cíveis e criminais: um estudo das leis 9.099/1995 e 10.259/2001**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada**, Doutrina e Jurisprudência dos 27 Estados da Federação. Saraiva São Paulo, 1999.
- SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Dano Moral Imoral: O abuso á luz da doutrina e jurisprudência**. 1 ed, São Paulo, 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais**: comentários à lei 9099/95. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas**, Revista. dos Tribunais, 1985.

A INCONSISTÊNCIA DO ARTIGO 785 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FRENTE AO SISTEMA PROCESSUAL E SEUS PRINCÍPIOS

Gabriel Lorenzetti Pinheiro GARCIA
João Paulo da Silva OLIVEIRA

RESUMO

Este artigo tem como objetivo tecer considerações sobre o artigo 785 do Código de Processo Civil, que estabelece ser possível ao portador de um título executivo extrajudicial ingressar na via cognitiva a fim de obter um título executivo judicial. Assim, em uma primeira análise deste dispositivo legal, percebe-se que o possuidor de um documento hábil a iniciar um processo de execução tem o direito de ajuizar, ao revés, um processo de conhecimento. Essa possibilidade conferida ao portador do título, quando analisada sob o olhar dos princípios da celeridade e da economia processual, aparenta se chocar contra a ordem processual civil, renovada pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015. O artigo 785 deste diploma seria, sob esse ponto de vista, completamente contrário aos princípios citados, servindo apenas para inflar ainda mais o Judiciário com demandas desnecessárias, haja vista que pleitear diretamente na via executória seria mais célere e efetivo. Este estudo buscará analisar a real eficiência e eventual desnecessidade da existência do dispositivo legal, bem como se este se encontra de acordo com os preceitos idealizados quando da elaboração do Código. Para tal, será utilizado no presente trabalho o método dedutivo, tendo como base a pesquisa bibliográfica e documental, além de artigos e jurisprudências acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Título executivo extrajudicial. Celeridade.

ABSTRACT

This article aims to make considerations about the Article 785 of the Code of Civil Procedure, which sets that it is possible for the bearer of an extrajudicial executive title to enter the cognitive pathway aiming to obtain a judicial executive title. Thus, in a first analysis of this legal device, it is perceived that the holder of a document able to initiate a process of execution has the right to file, going backwards, a process of knowledge. This possibility granted to the holder of the title, when analyzed under the principles of celerity and procedural economy, appears to clash against the civil procedural order, renewed by the legislator in the Code of Civil Procedure of 2015. Article 785 of this diploma would, under this point of view, go against aforementioned principles, serving only to inflate the Judiciary even more with unnecessary demands, since direct prosecution in the executory path would be faster and more effective. This study will seek to analyze the real efficiency and possible unnecessary existence of the legal device, as well as whether such a device is in accordance with the idealized precepts when the Code was drafted. For this purpose, the deductive method will be used, based on bibliographical and documentary research, as well as articles and jurisprudence on the subject.

KEYWORDS: Execution. Extrajudicial executive title. Celerity.

1. INTRODUÇÃO

O cenário moderno do direito processual civil tem passado por significativas transformações, considerando-se a visão constitucional do processo, a conquista do chamado

sincretismo processual e, com extrema importância, a vinda de um novo diploma em vigor desde 2016. Neste novo sistema processual, atribuiu-se um foco ainda maior aos princípios norteadores do processo civil e, dessa forma, a base principiológica do atual Código Processual Civil é muito mais forte e presente do que a de seus antecessores.

É inegável que muito se acrescentou de positivo ao direito formal com as mudanças ocorridas no âmbito legal. Contudo, deve-se apontar aquilo que não encontra espaço dentro do novo sistema, isto é, aquilo que se mostra inconsistente quando confrontado com os princípios norteadores do processo e com as regras deles extraídas.

Nem todos os artigos positivados no Código de Processo Civil são capazes de abraçar os princípios do processo civil, de forma que se chocam frontalmente com a nova ordem processual estabelecida pelo legislador em 2015. Caso este do artigo 785 do referido diploma, que, em síntese, dispõe que o portador de título executivo extrajudicial tem o direito de ingressar com citado título na via cognitiva, por meio de uma ação de conhecimento.

Malgrado o esforço de alguns para justificá-lo, o artigo 785, trazido no bojo do novo Código, não possui razão de ser. Apesar de ser uma inovação legislativa que consolida um entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, não encontra solidez dentro do âmbito do direito formal.

Primeiramente, deve-se citar que a conquista do chamado sincretismo processual foi crucial para dar efetividade aos princípios da celeridade e da economia processual. Isso possibilitou um desafogamento do Judiciário e uma maior celeridade às ações puramente executórias. Não faz sentido conferir ao portador do título executivo extrajudicial, já capaz de iniciar um processo de execução, a faculdade de iniciar um processo de conhecimento, muito mais moroso e com mais amplitude de defesa para o executado. Isso apenas encabularia ainda mais sua pretensão de receber do executado o que lhe é devido.

Tendo isso em consideração e analisando os princípios da economia processual, da celeridade e da razoável duração do processo, percebe-se que o referido artigo não se assemelha ao que representam. Isso porque o fato de o portador de título executivo extrajudicial poder optar por ingressar com uma ação de conhecimento quando poderia, simplesmente, obter a tutela executiva rapidamente, parece servir apenas para assoberbar o Judiciário com demandas desnecessárias e prolongar uma lide sem necessidade prática.

Onerar o sistema judiciário e demandar lides sem sentido foi o que o legislador, com o Código de Processo Civil atual, procurou evitar. Ora, se já há um título executivo extrajudicial que consubstancia obrigação líquida, certa e exigível, não há motivos para se passar por toda uma ação de conhecimento, que irá custar tempo e dinheiro às partes e adicionar mais uma lide para o

Judiciário, já inflado, resolver. O correto deveria ser o ingresso diretamente pela via executiva, de forma a se obter a tutela jurisdicional o mais rápido possível. Isso é excelente para o exequente, que terá sua pretensão atendida mais rapidamente, e para o próprio Judiciário, que terá uma ação de conhecimento a menos para julgar, haja vista que essas ações são mais longas e complexas do que uma ação de execução.

Assim, não há sentido em se colocar, em uma primeira análise, dentro dessa nova ordem processual civil, um dispositivo que permite ao portador do título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível ajuizar uma ação cognitiva, quando poderia, simplesmente, iniciar uma ação executória e receber aquilo que lhe é devido. É a institucionalização da falta de interesse de agir no processo. Apesar de haver a capacidade para agir, o interesse de agir resta prejudicado. Aparentemente, não há motivos para que alguém que possua um título executivo extrajudicial ingresse com uma ação de conhecimento.

Contudo, da mesma forma que diversos doutrinadores rechaçam o artigo 785 do Código de Processo Civil, outros doutrinadores e até mesmo a jurisprudência apresentam argumentos favoráveis à existência de referido dispositivo, como, por exemplo, o fato de garantir mais segurança jurídica ao portador do título.

Questiona-se, então, o seguinte ponto: seria o artigo 785 realmente necessário dentro da atual ordem processual civil, ou sua existência neste atual diploma legal representa um retrocesso ao ordenamento processual civil brasileiro? Este trabalho científico buscará esclarecer esta questão, apresentando argumentos contrários e favoráveis à manutenção do artigo supramencionado no Código de Processo Civil, bem como expondo o posicionamento jurisprudencial a respeito do tema, confrontando o dispositivo com o que estabelece o sistema processual e as suas diretrizes principiológicas.

Para tanto, serão explorados, no primeiro capítulo, os princípios que, em tese, são contrariados pelo dispositivo em análise. Posteriormente, serão apresentados os posicionamentos favoráveis e contrários à necessidade do artigo 785 do Código de Processo Civil, e será feita uma análise crítica deste dispositivo. Ainda, será analisado o enunciado 446 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, cujo teor se assemelha ao artigo 785, e versa sobre a possibilidade de o credor iniciar uma ação monitória, ainda que possua título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível.

Para o desenvolvimento deste trabalho será utilizado o método de pesquisa dedutivo, sendo analisada a doutrina a respeito do tema, bem como a própria lei positivada em nosso ordenamento jurídico e o posicionamento dos tribunais superiores de nosso país acerca do abordado.

2. O ARTIGO 785 DO NOVO CÓDIGO E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS

PROCESSUAIS CIVIS

Antes de se adentrar na ampla discussão a respeito da conformidade (ou a falta dela) do artigo 785 do Código de Processo Civil com a atual sistemática do direito processual civil brasileiro, mister se faz proceder à sua análise à luz de alguns princípios processuais civis considerados pelo legislador quando da elaboração do novo código, uma vez que esta análise possibilitará a melhor compreensão do debate atualmente travado.

Preceitua o artigo 785 do Código de Processo Civil que “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (BRASIL, 2015).

Inicia-se a análise deste disposto confrontando-o com o princípio processual civil constitucional do devido processo legal. Referido princípio vem positivado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Este princípio pode ser analisado sobre duas dimensões: a formal e a substancial. A primeira é aquela que confere aos indivíduos o direito ao contraditório, ao juiz natural, e a um processo com duração razoável, ao passo que a segunda versa sobre a necessidade do processo de gerar decisões jurídicas substancialmente devidas (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 67-68).

Dessa forma, o devido processo legal não está somente pautado no direito das partes de ter sua pretensão levada até o juiz que lhes conferirá uma decisão justa. A decisão, além de justa, deve ser necessária, conforme o pensamento de Didier Júnior, acima exposto. Quando se analisa a redação do artigo 785 do Código de Processo Civil, a princípio, pode-se imaginar que visa ele garantir justamente o devido processo legal para o portador do título executivo extrajudicial, ao possibilitar que ele de início ao processo de conhecimento. Porém, a decisão que resultará desse processo será uma decisão desnecessária, de forma a contrariar a dimensão substancial deste importante princípio.

Não se vislumbra a necessidade de se instaurar um processo de conhecimento quando a via executiva já está ao alcance do portador do título. Quando o artigo ora analisado garante essa possibilidade, percebe-se que sua redação se choca contra o princípio do devido processo legal substancial por permitir que se provoque o Judiciário pleiteando uma decisão que será, em uma primeira análise, inútil e desnecessária, pois visa apenas conferir a posse de título executivo judicial a quem já possui título executivo extrajudicial. Não haveria utilidade prática em tal decisão, apenas se postergaria o início do processo de execução.

Nas palavras do professor Fredie Didier Júnior:

A locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão

inglesa “*due process of law*”. *Law*, porém, significa *Direito*, e não *lei* [...]. A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 63, grifo do autor).

Assim, o princípio do devido processo legal não versa apenas sobre a legalidade do processo e de sua forma como direito à obtenção de uma decisão judicial justa, mas deve ser interpretado sob a luz do direito como um todo, de forma que pleitear por decisão que, ainda que justa, seja desnecessária, contraria princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se utilizar esta mesma linha de raciocínio ao se analisar o dispositivo em questão sob a ótica do princípio da economia processual. Esse princípio, em síntese, visa evitar que sejam gastos tempo e dinheiro de maneira inútil no âmbito judicial. Ele orienta que atos processuais e, dessa forma, o próprio processo, sejam geridos de maneira eficiente, de forma a se obter o máximo de resultados com o mínimo de esforços e gastos.

Segundo o doutrinador Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

Preconiza o princípio [da economia processual] [...] que a prestação jurisdicional obedeça a uma vantajosa relação custo-benefício, ou seja, que proporcione maior eficiência com o menor custo possível. A economia torna o processo mais efetivo, na medida em que a providência desejada deve ser realizada de forma mais célere, menos custosa e com maiores chances[sic] de sucesso. (PINHO, 2013, p. 110).

Ainda, nesta linha de pensamento são os ensinamentos do professor Cassio Scarpinella Bueno:

O princípio da economia processual [...], contudo, não se refere só ao *tempo* necessário para o desenvolvimento do processo mas[sic] também à redução de custos nele envolvidos e, bem assim, à realização de uma mais ampla *otimização da prestação jurisdicional*, inclusive do ponto de vista *econômico, administrativo* e, até mesmo, *burocrático*. Em suma, trata-se de desenvolver o máximo da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo com o menor esforço possível, obtendo o máximo de resultados coincidentes com os objetivos mais amplos de todo o sistema jurídico [...] (BUENO, 2013, p. 158-159, grifo do autor).

Ao se realizar a leitura da redação do artigo 785 do Código de Processo Civil, percebe-se que ele não possui nada de econômico, mas muito pelo contrário, possibilita a criação de uma lide desnecessária e dispendiosa, que irá onerar o Judiciário com um processo cujo resultado não será útil, pois o credor já poderia ter iniciado um processo de execução diretamente. É justamente o oposto do princípio da economia processual, uma vez que aumentará os esforços necessários para se chegar ao mesmo fim, qual seja, a satisfação do crédito.

Pode-se vislumbrar, neste primeiro momento da análise deste dispositivo, que o portador do título executivo extrajudicial não possui interesse de agir ao iniciar um processo de conhecimento, e, dessa forma, pode-se inferir que o artigo em questão legitima a litigância com a ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir. Ora, não há motivo para se desejar um título executivo judicial visando sua posterior execução, quando é possível, de plano,

com o título executivo extrajudicial, ingressar diretamente na seara executória.

Nesse sentido, visualiza-se que o legislador, ao positivizar este artigo no Código de Processo Civil, se distanciou dos valores da economia processual que tanto procurou seguir quando da elaboração do novo Código. É a forma como pensa o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves:

Trata-se [o artigo 785 do Código de Processo Civil] de um verdadeiro atentado ao princípio da economia processual sob seu aspecto macroscópico, permitindo-se um processo inútil por vontade das partes em detrimento do interesse público de se obterem mais resultados com menor atividade jurisdicional. (NEVES, 2015, p. 408).

Assim, permitir que o credor portador de título executivo extrajudicial ingresse na via cognitiva fere tanto o princípio do devido processo legal em sua forma substancial, quanto o princípio da economia processual, ao permitir uma litigância desnecessária que produzirá uma decisão inútil.

Prosseguindo a análise, deve-se atentar para os princípios da duração razoável do processo e da celeridade processual. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, consubstanciada no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 1, dispõe:

Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Também, o Código de Processo Civil traz referido princípio em seu artigo 4º que versa: “As partes têm o direito de obter **em prazo razoável** a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. (BRASIL, 2015, grifo nosso). Assim, percebe-se que é direito das partes, não apenas do autor, de obter a solução integral do mérito em prazo razoável.

Ademais, prevê o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil que “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Ao se estudar o artigo 785 do Código de Processo Civil, observa-se que ele, aparentemente, embaraça tal situação e choca-se frontalmente não apenas contra os princípios da duração razoável do processo e da celeridade, mas também contra o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, contra o próprio artigo 4º do diploma processual civil e contra o artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, pacto este que o Brasil é signatário.

Pode-se observar que o dispositivo constitucional abarca diversos princípios processuais civis, entre eles o da economia processual, da duração razoável do processo e da celeridade processual. Nesse sentido, segundo Cassio Scarpinella Bueno:

É importante destacar que o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, mesmo que

possa ser lido sob o nome comum de “economia processual” [...] traz duas diretrizes diversas, embora complementares. Uma relativa à “duração razoável do processo”. Outra é a relativa aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BUENO, 2013, p. 157).

Ainda, não há como negar que os princípios expostos neste dispositivo legal funcionam como engrenagens de forma a garantir a verdadeira eficiência processual. Segundo o mesmo doutrinador acima citado:

O que o princípio previsto expressamente no inciso LXXVIII do art. 5º quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados*, tornados mais *eficientes* [...], sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isto mesmo, não há por que recusar referir-se a esta faceta do dispositivo constitucional em exame como “princípio da *eficiência* da atividade jurisdicional”. (BUENO, 2013, p. 158, grifo do autor).

Conforme analisado anteriormente, dar a possibilidade ao credor que já possui título executivo extrajudicial que represente uma obrigação certa, líquida e exigível de não iniciar o processo de execução e, ao revés, dar início a um processo cognitivo, faz com que a atividade jurisdicional sobre o caso apenas se alongue de maneira desnecessária, uma vez que, de um jeito ou de outro, o credor deverá passar por uma fase executiva para atingir a satisfação de seu crédito.

Se assim são as coisas, qual a razão de se possibilitar que o credor ingresse na via cognitiva e alongue um procedimento que poderia ser extremamente mais direto e enxuto? Não faz muito sentido, pela ótica processual civil atual, litigar sobre algo cujo fim pode ser alcançado de maneira mais direta e célere. Assim, o artigo 785 e os princípios da duração razoável do processo e da celeridade processual não deveriam coexistir no mesmo ordenamento jurídico, uma vez que nitidamente contrapostos entre si. Ora, não há porque optar pela via mais longa quando pode-se acessar, de plano, a via mais curta. Possibilitar que isso ocorra alonga desnecessariamente a lide, custa tempo e dinheiro aos litigantes e ao Estado, bem como incha o Judiciário, já muito saturado, com uma pretensão sem razão de ser.

São formas de se fazer valer os princípios da economia processual, da celeridade, da eficiência e da razoável duração do processo, justamente, a redução de atos processuais desnecessários e a diminuição da proposição de demandas desnecessárias, de forma a se resolver o maior número de conflitos de uma só vez (BUENO, 2013, p. 157-158). No caso do artigo 785 do Código de Processo Civil, verifica-se justamente o oposto: inicia-se uma ação de conhecimento em sua totalidade, não um mero ato processual, que visa apenas garantir título executivo judicial a quem já possui um extrajudicial, postergando a solução do conflito ao possibilitar que o credor não ingresse na via executiva de plano.

O Judiciário, atualmente, se encontra extremamente abarrotado com inúmeras causas sem decisões satisfativas. Isso ocorre, entre outros fatores, devido à inobservância dos princípios abordados neste trabalho. Sendo esta a atual realidade, não deveria o Estado atravancar ainda mais o

acesso à solução do litígio pelas partes e pelos terceiros interessados. Assim, questiona-se o motivo pelo qual o próprio Estado, por meio do Poder Legislativo, trouxe o artigo 785 no atual diploma processual civil, que não possui correspondência no antigo Código, e que apenas garante ao credor o direito a iniciar uma demanda na qual não possui nenhum interesse. De plano pode-se perceber que tal dispositivo vai contra o pensamento racional utilizado na elaboração do novo Código.

O artigo em questão afronta completamente os princípios da celeridade processual, da razoável duração do processo e da eficiência processual. Se o processo civil moderno deve garantir às partes que o processo seja útil e produza uma decisão necessária e tempestiva, não há sentido em se manter o aludido dispositivo no bojo do Código de Processo Civil.

Permitir ao credor que, em posse de título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível opte por não iniciar a execução e, ao contrário, inicie uma demanda cognitiva, afronta o princípio do devido processo legal em sua forma substancial, o princípio da economia processual, da celeridade e da razoável duração do processo, de forma a ser visualizado como uma real ineficiência no ordenamento processual civil brasileiro.

Adentrar-se-á no próximo capítulo à análise dos posicionamentos dos doutrinadores e da jurisprudência sobre a questão trabalhada até aqui. Neste primeiro capítulo, foram expostas diversas contradições entre os princípios norteadores do direito processual civil e a redação do artigo 785 do Código de Processo Civil. Essa análise principiológica será essencial para se entender o posicionamento dos mais diversos doutrinadores e dos tribunais superiores.

3. AS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E A REAL NECESSIDADE DO DISPOSITO LEGAL

Em face da disposição trazida no artigo 785 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), muitas discussões surgem acerca da real finalidade que se confere (ou se pode conferir) a esse dispositivo legal.

Nessa senda, abre-se ensejo, como retro mencionado, a discussões doutrinárias que se concentram tanto na defesa do artigo, como em críticas a ele realizadas. Alguns entendem pela necessidade dessa possibilidade processual, ao passo que outros se opõem de forma ferrenha ao seu teor. Defensores militam pela sua necessidade, como é o caso do processualista Humberto Theodoro Júnior; enquanto outros, como o professor Daniel Amorim Assumpção Neves, apresentam as suas críticas.

Para o primeiro:

Por contar o credor com título executivo extrajudicial, capaz de proporcionar-lhe o acesso direto à execução forçada, poder-se-ia pensar que não lhe seria permitido reclamar a satisfação de seu crédito por meio de ação cognitiva condenatória. Isto porque lhe faltaria

interesse para justificar a pretensão à obtenção de um título executivo judicial. As coisas, no entanto, não se passam de maneira tão singela. Primeiro, porque a existência de um título extrajudicial não torna indiscutível o negócio subjacente, de modo que o devedor conserva o direito de questioná-lo em juízo amplamente. Segundo, porque, estando a execução sujeita a requisitos específicos, pode o credor ver seu processo inviabilizado na via executiva, mesmo sendo titular do crédito ajuizado. **Bastará ao devedor demonstrar, por exemplo, a iliquidez da obrigação ou a falta de algum requisito formal do título.** (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 222, grifo nosso).

Denota-se, da leitura acima, uma preocupação em garantir ao credor a satisfação de seu crédito de modo mais efetivo. Todavia, o nobre processualista não é feliz em sua argumentação, uma vez que faz menção à possibilidade de o devedor arguir alguma matéria referente à certeza, liquidez ou exigibilidade da obrigação em sua defesa, o que, caso fosse acolhida, inviabilizaria a demanda executiva e tornaria mais benéfica ao credor a demanda cognitiva.

Uma crítica surge desse raciocínio, tendo em vista que o argumento se refere à insegurança do credor quanto à via adequada de satisfação de seu crédito. Ora, se este não está seguro quanto aos requisitos de certeza, liquidez ou exigibilidade da obrigação estampada no título, não pode dizer que possui um título executivo extrajudicial para embasar sua pretensão no art. 785, uma vez que não há solidez, no sentido técnico, dos requisitos necessários.

Em outra argumentação levantada, Theodoro Júnior (2017, p. 223) acompanha o entendimento oriundo do Superior Tribunal de Justiça, valendo-se da relação estabelecida entre o Tribunal e o novo diploma processual civil e sustenta que “[...] a utilização pelo credor do processo de conhecimento, mesmo dispondo de título executivo extrajudicial, ‘gera situação menos gravosa para o devedor, com maior amplitude de defesa’”.

Divergindo de Humberto Theodoro Júnior, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 407-408) assevera que o mencionado artigo não pode escapar das críticas, embora haja entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça a respeito de seu teor. Segundo o professor, o egrégio Tribunal supracitado embasa em dois fundamentos, tidos por principais, capazes de acolher a demanda cognitiva mesmo com a existência de título executivo extrajudicial. São eles: a inexistência de prejuízo ao réu e a possibilidade de uma defesa mais ampla e completa a ser feita por este. Entretanto, no entendimento do douto processualista, ambos não se sustentam. Assim, afirma que não ocorre defesa mais abrangente à pessoa do réu, uma vez que este poderia suscitar as mesmas teses defensivas, tanto em sede de contestação, quanto em sede de embargos à execução. Ademais, no que concerne à inexistência de prejuízo, é um argumento válido e correto sob um prisma, qual seja, o dos interesses das partes, uma vez que não há possibilidade de o credor invadir o patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação em um processo de conhecimento, o que pode ocorrer dentro de uma execução autônoma. Entretanto, assinala o professor que, embora isso seja concreto, não é possível que se admita, em razão de, na hipótese prevista pelo art. 785, o prisma a

ser utilizado como base é o das condições da ação, com enfoque no interesse de agir, ou mesmo em sua falta já que, tendo as condições da ação a natureza de matéria de ordem pública, devem prevalecer em detrimento da liberalidade das partes.

Por fim, arremata:

A criação de um título executivo judicial por meio de processo de conhecimento quando já existe título executivo extrajudicial em favor do autor demanda um trabalho jurisdicional inútil, ocupando o Poder Judiciário de um processo que não precisaria existir para tutelar o interesse da parte. A questão, portanto, não diz respeito à vontade do autor e à ausência de prejuízo ao réu, mas à perda de tempo, dinheiro e energia exigida do Poder Judiciário para criar um título executivo judicial reconhecendo uma obrigação já consagrada em título executivo extrajudicial. (NEVES, 2015, p.408).

Assim, como dito alhures, percebe-se que não há consenso por parte da doutrina processual civil no tocante à disposição do art. 785. O que se percebe é a inconsistência que o mesmo apresenta, quando confrontado com o sistema processual como um todo, bem como com os princípios norteadores deste sistema, discussão já travada no presente trabalho.

Desse modo, é relevante que se traga ao bojo da presente pesquisa aquilo que tem sido decidido em âmbito do STJ. Theodoro Júnior faz referência, em sua obra, à decisão proferida nos autos do Recurso Especial 1.087.170/GO, cuja relatora, Ministra Nancy Andrighi, expõe em seu voto:

Se há dúvidas e incertezas da parte quanto aos requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade do título, características estas contestadas pelo próprio devedor no presente recurso, e que caracterizariam o documento como título executivo, nada impede o exercício pelo credor da ação de cobrança da dívida, mesmo porque, possibilita ao devedor a ampla defesa, não havendo que se falar em carência de ação por falta de interesse de agir. (STJ - REsp: 1087170 GO 2008/0167699-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2011)

Destarte, nota-se que não é uma discussão travada recentemente, uma vez que a decisão é do ano de 2011. Isso indica a positividade de um entendimento jurisprudencial, com consolidação no decorrer do tempo, sendo-lhe conferida força normativa embora em choque com as condições da ação.

Apresentada, brevemente, a disparidade que envolve a doutrina, outro aspecto de suma importância a ser trazido à luz é o da necessidade (ou desnecessidade) da previsão contida no artigo em questão, tendo em vista que, de plano, não se percebe uma real aplicação prática do mesmo, dando a entender, em uma análise perfunctória, tratar-se de um dispositivo inútil e sem razão de ser.

Não se pode pensar que seria um meio mais vantajoso ao credor, uma vez que este demoraria mais para obter o provimento jurisdicional adequado à satisfação de seu crédito. Nessa mesma linha de pensamento, também não se mostra benéfico ao credor abrir mão da possibilidade de invadir, a qualquer tempo, o patrimônio do devedor com uma constrição, na qual teria chance de

encontrar algum bem capaz de satisfazer o seu crédito.

Considerando-se o exposto e tendo por base a análise doutrinária a respeito do tema, a aplicação prática do artigo 785 resta quase inexistente, uma vez que as poucas situações capazes de serem enquadradas em sua disposição carecem de substrato, restando somente uma hipótese dotada de mais robustez e passível de atrair a aplicação da norma. Trata-se da obrigação constituída e estampada em uma duplicata, título de crédito de natureza extrajudicial, que tem por requisitos indispensáveis, além da certeza, da liquidez e da exigibilidade da obrigação, a figura do aceite ou, em sua falta (por recusa do devedor), do protesto pela falta do aceite. Sendo assim, não basta ao credor comprovar que o título do qual dispõe para sustentar sua execução representa uma obrigação certa, líquida e exigível, mas é preciso que demonstre a ocorrência do aceite do devedor, reconhecendo a exatidão da obrigação (MAMEDE, 2014, p. 248), ou a ausência deste aceite (consubstanciada no protesto da duplicata).

Caso o credor da duplicata ingresse com uma demanda executiva, visando à satisfação mais célere do seu crédito, amparado apenas pelos requisitos obrigacionais de certeza, liquidez e exigibilidade, sem demonstrar a figura do aceite, estará fadado a ver sua execução extinta. Nessa remota hipótese, não resta outra saída ao credor, senão valer-se de um processo de conhecimento em virtude da ausência de requisitos capazes de autorizar a tutela executiva; nesse caso, haveria possibilidade de aplicação do artigo em lume.

Todavia, a aplicação do referido artigo à situação supramencionada se mostra subsistente. Partindo-se do pressuposto de que a execução de uma obrigação consubstanciada em uma duplicata sem aceite ou sem protesto por falta de aceite é uma hipótese demasiado específica, não é crível que o dispositivo legal se preste apenas a isso, uma vez que sua previsão é genérica e abstrata.

Não subsiste, portanto, aplicação prática e concreta do artigo 785 do diploma processual civil, excetuando-se, por óbvio, a situação analisada anteriormente. O que subsiste é a discussão doutrinária que se posiciona, como vislumbrado, em campos opostos. Amparados por decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça, os defensores do dispositivo argumentam e militam a favor de uma decisão judicial que restou positivada em face de uma nova legislação processual.

3.1. O artigo 785 como supedâneo para aplicação do procedimento monitorio

Diante da análise traçada acima, vislumbrando-se as disparidades que permeiam a doutrina e a aplicação exígua do artigo em comento, impende enfrentar um estudo amparado não pela legislação ou pela jurisprudência, mas por doutrinadores que integram o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e se debruçam e apresentam à ciência jurídica caminhos cuja finalidade é a de facilitar a compreensão e aplicação do direito processual civil.

Trata-se da análise de enunciados oriundos do dito Fórum, com enfoque em um deles, cuja redação é: “Cabe ação monitória mesmo quando o autor for portador de título executivo extrajudicial.” (enunciado n. 446 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Analisando-se criticamente a disposição, resta cristalina a relação que se estabelece entre o artigo 700 do Código de Processo Civil e o artigo 785, do mesmo diploma, objeto da presente pesquisa.

Verificando o que estabelece o Enunciado, trata-se de uma faculdade conferida ao credor, que já dispõe de um título executivo extrajudicial, de ajuizar uma demanda monitória. Essa faculdade suscita críticas similares às tecidas no presente trabalho, uma vez que, em um primeiro olhar, não se apresentam razões concretas para a concretização dessa possibilidade.

Em primeiro lugar, deve-se atentar para a redação do mencionado artigo 700 do diploma processual civil:

Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita **sem eficácia de título executivo** ter direito de exigir do devedor capaz:
I – o pagamento de quantia em dinheiro;
II – a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;
III – o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer. (BRASIL, 2015).

Pela redação exposta, tem-se a adoção do procedimento monitório, quando o documento responsável por indicar a obrigação causadora do litígio não possuir eficácia de título executivo. Surge a primeira crítica: como pode uma demanda monitória ser ajuizada com base em título executivo extrajudicial se o exercício desse procedimento especial pressupõe a inexistência de eficácia executiva do documento? A redação do artigo 700 é clara e não deixa dúvidas quanto à possibilidade de ajuizamento da ação monitória.

Sendo, a ação monitória, “o procedimento especial destinado a permitir a rápida formação de título executivo judicial” (CÂMARA, 2014, p. 537), não parece adequado que o detentor de um título executivo extrajudicial se valha da demanda em comento para obter a satisfação de uma obrigação em que figure como credor.

A segunda crítica reside em um aspecto já tratado neste trabalho, qual seja, a oneração desnecessária do Poder Judiciário para a constituição de um título que o credor já possui e que já dispõe de força executiva. Embora a formação de um título executivo através da demanda monitória seja bem mais célere do que em uma ação de conhecimento, mais célere ainda é o ingresso do credor, pela via executiva, com base em um título dotado de eficácia executiva em âmbito extrajudicial.

Deve-se considerar que a ação monitória é cabível em casos dotados de concreta aparência da razão do credor, embora este esteja desprovido de um título executivo (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 378). Quando o mesmo já possui um título executivo, é mais do que evidente a aparência

de razão, uma vez que a obrigação encontra supedâneo em um documento hábil a amparar um processo de execução autônoma.

Em suma, o artigo 785 do Código de Processo Civil, tanto analisado isoladamente, quanto conjugado com o Enunciado 446 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, não encontra razão de ser, sendo uma aberração jurídica, pois pode se considerar que o dispositivo torna legítima a possibilidade de litigar sem interesse processual.

4. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pode perceber-se que há diversos argumentos contrários e favoráveis a respeito do teor do artigo 785 do Código de Processo Civil. Após a análise crítica deste dispositivo legal no presente trabalho e as considerações dos posicionamentos da doutrina e Corte infraconstitucional, conclui-se que houve um excesso de zelo do legislador ao conferir ao credor a possibilidade de ajuizar uma ação cognitiva quando já em posse de título executivo extrajudicial. Esse excesso de zelo, entretanto, acabou por permitir que haja o início de demandas desnecessárias, de lides inúteis, que apenas servirão para inflar o Judiciário.

Se o credor já possui título executivo extrajudicial que represente obrigação líquida, certa e exigível, de forma a poder iniciar o procedimento executório, não há motivos para a propositura de uma ação cognitiva. Ausente alguma das três características do título executivo extrajudicial, o credor não poderá executá-lo, uma vez que ainda não detém um título executivo. Assim basta aguardar que a condição que ainda não se resolveu, venha a se resolver e, então, ingressar com a ação executória.

A redação do artigo, ao permitir esse ato por parte do portador do título, ofende profundamente os princípios da economia processual e da eficiência, uma vez que apenas alarga uma lide que poderia ser extremamente célere.

Além de atentar contra princípios basilares do direito processual civil, o artigo em comento mostra-se detentor de aplicabilidade exígua e de parca finalidade. Ademais, a sua aplicação põe em xeque as condições de ação, no que se refere ao interesse processual (nesse caso, ausente).

Outro aspecto a ser considerado é a aplicação específica na execução de uma duplicata incompleta em seus requisitos, o que não entra em consonância com a redação genérica atribuída ao dispositivo. Tendo por base a especificidade da obrigação exequenda e as particularidades atribuídas ao título, não parece adequado que a razão de ser do artigo em lume seja exposta com tanta generalidade.

Ainda tratando-se da exígua possibilidade de real eficácia da norma, mostra-se inconcebível a sua utilização como supedâneo para um procedimento monitorio, uma vez que os

requisitos deste vão no sentido oposto ao de um título executivo extrajudicial. Sabendo-se que o mandado monitório pressupõe a existência de um documento desprovido de eficácia executiva para o seu ajuizamento, não parece viável a propositura de citada ação quando já se dispõe de documento hábil à satisfação do crédito.

Em que pese às considerações aqui realizadas, não se deve descartar o papel exercido pela jurisprudência, no sentido de dar guarida a essa possibilidade estampada no artigo 785 do Código de Processo Civil, sendo este uma positivação de um conjunto de decisões judiciais, e a legitimação da possibilidade de se litigar sem interesse.

Em suma, prevalece o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e o posicionamento daqueles que defendem o dispositivo legal. Entretanto, as críticas não devem ser poupadas, uma vez que a norma analisada mostra-se completamente inconsistente com o sistema processual civil.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organizador Anne Joyce Angher. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

_____. *Constituição República Federativa do Brasil*. Organizador Anne Joyce Angher. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

_____. Decreto n. 678, de 9 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *VadeMecum OAB e Concursos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Comercial e processo civil. Cédula de produto rural. Liquidação financeira. Possibilidade. Limites. Procedimento judicial cabível para cobrança. Tutela cautelar. Pedido formulado no âmbito do processo principal. Possibilidade. Recurso Especial n. 1.087.170. Recorrente Erivaldo Camilo da Silva e Recorrido Banco do Brasil S/A. Relator Ministra Nancy Andrighi. 11 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21309276/recurso-especial-resp-1087170-go-2008-0167699-0-stj/inteiro-teor-21309277?ref=juris-tabs>>. Acesso em 24 de junho de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 1. 565p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Vol. 3. 686p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. Vol. 1. 786p.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados aprovados em Vitória*.

Vitória, de 01 a 03 de maio de 2015.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Vol. 3. 380p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. 639p.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 1. 998p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Vol. 3. 1273p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: processo cautelar de procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Vol. 3. 462p.

A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CIVIL COMO FATOR PROPOULSOR DO INCENTIVO À SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS PELO CPC 2015

Sofia Éttore MARTINHÃO¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva a demonstração de que a visão instrumental do sistema processual civil impulsionou o incentivo à solução consensual dos conflitos pelo CPC 2015. Inicia-se a pesquisa com a exposição dos métodos de solução dos conflitos, partindo-se da autotutela à autocomposição. Antes que o Estado fosse suficientemente forte para se impor às esferas particulares dos cidadãos, a solução dos litígios de dava de forma parcial. Quando o Estado puxou para si o exercício da Jurisdição, o processo passou a ser o instrumento utilizado para a solução das demandas. Acompanhando a ciência processual, o conceito de processo passou por uma evolução conceitual até que fosse reconhecido como instrumento de pacificação social. Tal reconhecimento impulsionou a busca por mecanismos que o auxiliem no alcance de seus objetivos sociais. Inspirado pelos ensinamentos da fase instrumentalista, o CPC 2015 incentiva a solução consensual das demandas, abrindo um espaço favorável ao diálogo e ao exercício da livre vontade pelas partes.

PALAVRAS-CHAVE: instrumentalidade, processo, solução consensual.

ABSTRACT

The present work wants to show that the instrumental view of the civil procedural system stimulated the incentive to the consensual resolution of the conflicts by the CPC 2015. The research begins with the exposition of the methods of conflict resolution, starting from autotutela to self-composition. Before the State was strong enough to impose itself on the particular spheres of the citizens, the solution of the disputes would be partial. When the State pulled the Jurisdiction to itself, the process became the instrument used to solve the demands. Accompanying procedural science, the concept of process went through a conceptual evolution until it was recognized as an instrument of social pacification. Such recognition has boosted the search for mechanisms that help it achieve its social objectives. Inspired by the teachings of the instrumentalist phase, the CPC 2015 encourages the consensual solution of demands, opening a space conducive to dialogue and the exercise of free will by the people involved in the conflict.

KEYWORDS: instrumentality, process, consensual solution.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva a demonstração de que a visão instrumentalista do sistema processual civil moderno impulsionou a promoção da solução consensual dos conflitos pelo CPC 2015. Em diversas de suas passagens, o diploma processual permite a designação de audiências de conciliação ou mediação nas quais será tentada a autocomposição entre os litigantes.

A solução consensual dos conflitos pressupõe a maior participação dos sujeitos envolvidos no conflito que, exercendo a sua autonomia da vontade, trabalham ativamente na busca por uma solução que melhor atenda às suas pretensões. Divergindo da autotutela, a autocomposição

1 MARTINHÃO, Sofia Éttore. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

pressupõe a compreensão das causas do conflito, bem como uma participação ativa dos sujeitos envolvidos no litígio, manifestando livremente suas opiniões.

Em um primeiro momento, procedeu-se à análise dos métodos de solução de conflitos, partindo-se da autotutela para a autocomposição. Expõe-se o conceito de conflito e os métodos utilizados para a sua solução quando inexistia um Estado suficientemente forte para se impor às esferas particulares dos cidadãos. Da solução parcial, parte-se a Jurisdição, exercida por meio do processo que se desenvolveu conceitualmente ao longo dos séculos, acompanhando a trajetória evolutiva da ciência processual.

A seguir, a presente pesquisa dedicou-se à análise da evolução da ciência processual, partindo-se do sincretismo para se chegar ao instrumentalismo. Com o sincretismo, todo o sistema processual estava atrelado ao direito subjetivo, não sendo dotado de seus próprios conceitos e princípios. Já na fase autônoma, a ciência processual conquistou a sua independência, momento no qual foram definidas as suas bases conceituais, dotadas, porém, de extremo tecnicismo. Foi com o advento da fase instrumentalista que o sistema processual passou a ser dotado de conteúdo teleológico, reconhecendo-se a interação deste com a sociedade para a qual se destina.

Em um terceiro momento, restou-se analisado o incentivo à solução consensual dos conflitos no CPC 2015. São expostos os diversos artigos que legitimam a designação da audiência de conciliação e mediação, bem como a diferença de conduta a ser adotada por aquele que conduz cada uma delas. Destaca-se a criação de um ambiente voltado ao diálogo e ao exercício do autorregramento da vontade pelas partes.

Ao final, concluiu-se que o incentivo à solução consensual dos conflitos pelo CPC 2015 resulta da visão instrumental do sistema processual. Foi a partir da aceitação do caráter pacificador do processo que se iniciaram as buscas por mecanismos que garantam a sua efetividade. É nesse ponto que ganham relevância as formais consensuais de resolução dos litígios, pois elas asseguram um desfecho mais adequado a situação apresentada, pois obtido após o diálogo direcionado entre os litigantes.

No desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, partindo-se da análise de questões particulares que levam à conclusão. São estudados os métodos de solução de conflitos e a evolução da ciência processual para se chegar ao incentivo à solução consensual dos litígios no CPC 2015 e à sua correlação com a noção instrumental do sistema processual civil.

1. OS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A VIDA EM SOCIDADE

A vida em sociedade pressupõe o surgimento de conflitos das mais variadas espécies, que

se originam da resistência a uma determinada pretensão. São causas de infelicidade na vida dos sujeitos envolvidos, pois constituem empecilho à obtenção do bem da vida discutido. Diversas são as razões pelas quais os conflitos se proliferam na sociedade, dentre elas o adensamento populacional, bem como a escassez dos bens materiais e imateriais disponíveis, conforme aponta renomada doutrina.

Ora, como é do conhecimento de todos, a sociedade contemporânea é altamente conflitiva, atingida por um sempre crescente número de desavenças envolvendo cada vez mais os seus integrantes. O adensamento populacional, o caráter finito e conseqüente insuficiência dos bens materiais e imateriais à disposição dos homens para satisfação de suas necessidades, a escassez de recursos, a concentração de riquezas em mão de poucos, tudo coopera para que indivíduos e coletividades se envolvam cada vez mais em situações conflituosas. (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2014, p.30)

Sendo resultado da convivência humana, os conflitos existem desde os primórdios da vida em coletividade. É em razão deles que se destaca a correlação entre sociedade e direito, uma vez que este último surgiu de maneira a harmonizar a vida em sociedade. Ainda nas lições de CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (2014), o direito possui função ordenadora, promovendo a coordenação dos interesses que se originam na vida social, organizando a interação entre as pessoas e compondo os litígios existentes.

Discorrendo sobre o tema, DINAMARCO (2013) aponta que a vida em sociedade seria bem pior se os estados de insatisfação fossem perpétuos, convertendo-se em decepções permanentes e inafastáveis. De maneira a superar essa situação, o Estado, exercendo a jurisdição, oferece a promessa de acabar com as referidas insatisfações. Assim, entende-se que a Jurisdição moderna tem a função de pacificar a sociedade por meio da solução dos conflitos com justiça.

Entretanto, antes que o Estado fosse suficientemente forte para se impor às esferas individuais dos cidadãos e promover a solução das demandas litigiosas, isso se dava por meio de métodos parciais de solução, quais sejam, a autotutela e a autocomposição. Na primeira, um indivíduo impõe a outro a satisfação da sua pretensão por meio da utilização da força física enquanto que, na segunda modalidade, um ou ambos sujeitos envolvidos, sacrificam o seu interesse em prol da solução da demanda.

Fortemente combatida nos dias atuais, a autotutela pressupunha a utilização da violência. O indivíduo mais forte fisicamente impunha ao mais fraco a satisfação da sua vontade, sem que houvesse qualquer discussão acerca da justiça da decisão tomada. Pra CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (2014, p. 39): “quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si mesmo a satisfação dessa pretensão”.

Diferenciando-se da autotutela por prescindir da utilização de qualquer modalidade de

violência, a autocomposição trata-se de uma solução parcial dos conflitos baseada no diálogo. Resume-se em três espécies, quais sejam, a submissão, a desistência e a transação, conforme apontam CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (2014). Consiste a submissão na renúncia à resistência oferecida à pretensão da parte contrária, enquanto que a desistência se caracteriza pela renúncia à própria pretensão. Por fim, a transação pressupõe a realização de concessões recíprocas.

Ao decorrer dos anos, porém, as soluções parciais mostraram-se insuficientes ante às novas demandas sociais. Passou-se a requisitar, então, a intervenção de um terceiro imparcial que conduzisse a solução da controvérsia. Assim que se tornou devidamente fortalecido e apto a se impor sobre a esfera particular dos cidadãos, o Estado tomou para si o poder de solucionar os conflitos sociais e o faz por meio da função Jurisdicional. Nos ensinamentos de DIDIER Jr. (2015, p. 155): “é da essência da atividade jurisdicional ser ela exercida por quem seja estranho ao conflito (*terceiro*, aspecto objetivo) e desinteressado dele (*imparcial*, aspecto subjetivo) ”.

Conceituando Jurisdição como expressão de poder e destacando as interações entre ela e as mutações sociais, Cândido Rangel Dinamarco assevera que:

Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do próprio Estado e, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações no espaço e no tempo. (DINAMARCO, 2014, p. 178).

Modernamente, ganhou espaço o princípio do controle jurisdicional, uma vez que o Poder de solucionar os conflitos é atribuído, prioritariamente, ao Estado, colocando em plano secundário a solução parcial dos litígios. O art. 5º, XXXV, da CF, expressa o princípio em comento quando prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por sua vez, a Jurisdição é exercida por meio do processo, reconhecido como verdadeiro instrumento de pacificação social. Seu conceito, entretanto, passou por uma longa evolução ao longo dos séculos, acompanhando o desenvolvimento da própria ciência processual. Abandonou-se a ideia de que o processo seria mero apêndice do direito material para aceitar-se que este é munido de conteúdo teleológico, servindo à pacificação dos litígios com justiça. Foi pela aceitação da referida ideia que os processualistas passaram a se preocupar com a efetividade do mesmo e com a busca por mecanismos que auxiliem na promoção da celeridade das demandas judiciais.

2. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CIVIL E SUA EFETIVIDADE

A ciência processual percorreu um longo caminho evolutivo até os dias atuais, partindo da fase sincrética e culminando na instrumentalista, ainda em curso. A referida evolução também promoveu relevantes alterações conceituais em institutos fundamentais da ciência em análise, em especial, a noção de processo.

Nas fases primitivas de seu desenvolvimento, a ciência em estudo não era dotada de autonomia em face do direito material. A ação era compreendida como o próprio direito material que, após lesado, encontrava em si os meios de proteção. O processo não era autônomo e dotado de suas próprias regras e objetivos. Este era tratado como mera sucessão coordenada de atos cuja única função reconhecida pelos processualistas da época resumia-se na proteção do direito subjetivo lesado, conforme explica renomada doutrina:

(...)Tinha-se, até então a remansosa tranquilidade (de uma visão *plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sihi debeat, judicio persequendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz. (DINAMARCO, 2013, p.18, grifos do autor).

Assim, todo o sistema processual se voltava à proteção do direito subjetivo lesado, de forma que não havia distinção conceitual entre direito processual e direito material, muito menos, estudos específicos dedicados ao primeiro. Nessa fase, sendo compreendido o processo como mera sucessão coordenada de atos, não havia o reconhecimento da relação que se origina entre as partes e o Juiz no momento da propositura de uma demanda judicial.

Ao longo do século XIX, porém, a visão sincrética do ordenamento processual começou a exibir suas diversas falhas. Ainda conforme as sábias lições de DINAMARCO (2013, p. 18): “foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no início do século XIX principiou a ruir”. Os estudiosos da época colocaram de lado o direito material para dar maior atenção ao ordenamento processual.

Foi nesse período que os processualistas passaram a se dedicar à elaboração dos conceitos fundamentais da ciência processual, momento em que esta ganhou a sua autonomia em face do direito material. Reconheceu-se a relação jurídica processual que se forma entre as partes e o Juiz na propositura da demanda como independente e distinta daquela que se origina entre as partes na ocorrência do conflito.

Objetivava-se a maturidade da ciência processual, a qual passou um considerável período atrelada ao direito material. É por esta razão que os conceitos desenvolvidos à época eram puramente técnicos, prescindindo de conteúdo teleológico. Concentrados em garantir a autonomia da nova ciência, os estudiosos não enxergavam a necessidade de se estabelecer uma relação entre os conceitos desenvolvidos e a sociedade para a qual se destinavam.

A segunda fase foi *autonomista*, ou *conceitual*, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do

sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. (CINTRA, DINAMARCO E GRINOVER, 2014, p. 61-62).

Assim, a preocupação, à época, era a estruturação das bases conceituais da nova ciência, de maneira que esta conquistasse a sua autonomia em relação ao direito material. Para tanto, não se tornava necessária a busca do fundo teleológico dos conceitos recém-criados. É por esta razão que se conceituou o processo como uma sucessão coordenada de atos destinada à solução da demanda, sem destacar os seus escopos sociais, hoje amplamente discutidos pela doutrina processual.

Levou-se quase um século para que os institutos processuais fossem dotados de conteúdo valorativo, o que se deu em razão da transição da fase autonomista para a instrumentalista. A visão instrumental da ciência processual pressupõe o reconhecimento de objetivos sociais a serem atingidos por meio da Jurisdição, a qual é exercida com auxílio do processo. Nesse sentido, este último deixou de ser compreendido como mera sucessão coordenada de atos para ser aceito como verdadeiro instrumento dotado objetivos sociais específicos.

Discorrendo sobre as fases evolutivas da ciência processual, DINAMARCO (2013) explica que se chegou à consciência da instrumentalidade como polo de propagação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sabe que sua ciência chegou a níveis mais que satisfatórios de maturidade e não mais se justifica a postura metafísica consistente em investigações conceituais desprovidas de conteúdo teleológico.

Compreendeu-se, então, o conteúdo teleológico intrínseco aos institutos processuais e a intensa relação existente entre estes e a sociedade para a qual o sistema processual vigente se destina. Reconheceu-se o processo como instrumento dotado de escopos sociais, políticos e econômicos, conforme aponta DINAMARCO (2013). Modernamente, estuda-se o sistema processual considerando-se os efeitos que este reflete na sociedade, bem como as mudanças que ele pode sofrer em decorrência da evolução social.

Um dos grandes objetivos sociais do processo é a pacificação dos conflitos interpessoais com justiça. No momento em que o Estado tomou para si o exercício da Jurisdição, aquele passou a ser o principal instrumento de solução dos litígios sociais. A solução da demanda judicial coloca fim a situação de incerteza originada entre as partes, aplicando o ordenamento jurídico vigente ao caso concreto e atribuindo o bem da vida a quem de direito.

Foi em razão da visão instrumental do sistema processual que se deu a permeabilização de preceitos constitucionais no processo civil. Nas lições de DIDIER Jr. (2015, p.46): “ a constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo”. De fato, a solução dos conflitos com justiça pressupõe, conseqüentemente, o respeito à ordem Constitucional vigente. De nada adianta a organização do procedimento pela lei processual se este

não respeita princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o contraditório e ampla defesa, todos consagrados em plano constitucional.

É com o intuito de se garantir o respeito à ordem constitucional vigente, bem como de promover a pacificação dos conflitos sociais com justiça que se intensificou a busca pela efetividade do processo. Pode-se entender por “efetividade” a solução da demanda em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, satisfazendo os anseios das partes envolvidas, e observando-se o princípio constitucional da duração razoável do processo, expresso pelo art. 5º, LXXVIII, da CF.

Há diversos fatores que constituem verdadeiros obstáculos à efetividade do processo. Dentre as diversas causas, os processualistas destacam a morosidade judicial. O tempo excessivo para a conclusão da demanda pode tornar a decisão insuficiente ante a situação fática, uma vez que diversos direitos podem perecer em razão do lapso temporal decorrido. Ademais, o período excessivo em que a parte ficou privada do bem da vida que lhe é de direito constitui-se verdadeira injustiça, conforme ensina Theodoro Júnior:

É evidente que sem *efetividade*, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo *justo*. Não sendo rápida a resposta do conflito para a pacificação do litígio, a tutela não se revela *efetiva*. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça. Daí por que, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é um dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependam da tutela da Justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação. (THEODORO Jr., 2017, p.65).

Buscando-se garantir a efetividade do processo e, conseqüentemente, combatendo a morosidade judicial que foram incluídos no sistema processual civil diversos mecanismos capazes de solucionar os conflitos com justiça, observando-se o princípio da duração razoável do processo, inserido no art. 5º LXXVIII da CF. Nesse ponto, destaca-se o incentivo à solução consensual dos conflitos pelo CPC 2015. Além de incentivar o diálogo entre as partes, e o conseqüente restabelecimento da situação anterior ao conflito, os métodos consensuais são capazes de promover a celeridade da demanda. Isso porque, havendo acordo entre os sujeitos, o mesmo pode ser homologado de plano pelo juiz, por meio de uma sentença homologatória. Dessa forma, não há necessidade de se aguardar toda a instrução processual para que seja proferida a decisão final.

Ademais, o incentivo à solução consensual dos litígios reflete a proteção, pelo CPC, do princípio do autorregramento da vontade das partes. Respeita-se o que foi decidido entre os envolvidos, pois, dessa forma, há maior possibilidade de restabelecimento da situação pacífica anterior ao conflito. Além disso, priorizar o diálogo significa buscar uma decisão que beneficie a todos os envolvidos, decorrente do exercício da livre vontade de cada um.

Neste momento, serão analisados os métodos consensuais de resolução de controvérsias, buscando-se demonstrar que o incentivo à solução consensual dos conflitos no CPC 2015 se deu em razão da visão instrumental do processo civil.

3. O INCENTIVO À SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS NO CPC 2015 E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CIVIL

A compreensão de que o processo possui diversos objetivos sociais a serem perseguidos, alcançada graças à visão instrumentalista da ciência processual, fez com que os processualistas modernos se preocupassem com a efetividade do processo. Nesse sentido, intensificou-se a busca por procedimentos que promovam a celeridade judicial, combatendo a morosidade, que se impõe como um verdadeiro obstáculo à realização dos escopos sociais da Jurisdição.

O ressurgimento de procedimentos ávidos a atender a lógica da celeridade pretende erigir uma justiça a partir de técnicas mais consensuais, voltada a uma percepção coexistencial e cooperativa, baseada no *conciliar* que segue ao encontro de uma nova concepção de jurisdição, não mais compreendida a partir do monopólio do Estado, mas concebida como uma entre as várias formas de solucionar as disputas surgidas na sociedade. (PAUMGARTEN, 2015, p. 212).

Atendendo à busca pela efetividade do processo, o CPC 2015 incentiva, em diversos momentos, tentativa de solução consensual dos conflitos. Já em seu art. 3º, §2º, o CPC prescreve que: “ o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Ademais, acrescenta o §3º 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”.

Vê-se, assim, a promoção do diálogo, objetivando-se a criação de um processo favorável à solução consensual dos conflitos. Sempre que entender pertinente, o Juiz pode designar audiência para promover a tentativa de autocomposição entre as partes, conforme dispõe, ainda, o art. 139, V, do diploma processual. Persistindo na busca pela solução consensual, o art. 334 do CPC prevê que, havendo o recebimento da petição inicial, o juiz deverá designar audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 dias, antes mesmo da citação do réu.

As audiências de conciliação ou mediação constituem espaço aberto ao diálogo, à compreensão do conflito e à busca por soluções que satisfaçam todos os envolvidos. Em que pese a considerável semelhança entre as duas modalidades de audiências, a diferença entre elas consiste no método a ser utilizado por aquele que a conduz.

PAUMGARTEN (2015) define a conciliação como um método autocompositivo atípico no qual as partes negociam para chegar a um acordo, contando com o auxílio de um terceiro imparcial, que é o conciliador. O art. 165, §2º, do CPC estabelece que ele deverá atuar,

preferencialmente, nas causas em que não havia vínculo anterior entre as partes, podendo, inclusive, sugerir soluções para o conflito, sem coagir as partes a firmarem algum acordo.

Já o mediador, em conformidade com o §3º do mesmo artigo, deverá atuar nas causas em que existia um vínculo anterior entre as partes como, por exemplo, naquelas que envolvam o direito de família. Ademais, não deverá propor soluções para o conflito, cabendo-lhe, somente, a promoção do diálogo entre os envolvidos, para que estes, por si só, compreendam o conflito e cheguem a uma solução possível. O mediador objetiva o restabelecimento do diálogo entre as partes, que restou prejudicado pela pendência do litígio. Explicando a mediação, PAUMGARTTEN (2015) elucida que consiste em método indicado aos conflitos de base continuada.

As audiências prévias, porém, não serão realizadas quando a causa não admitir autocomposição, conforme prescreve o art. 334, §4º, II do CPC. Não se pode confundir, porém, direitos indisponíveis com impossibilidade de solução da demanda por autocomposição. Insta salientar que, mesmo as demandas que versem sobre direitos indisponíveis podem ser resolvidas de maneira amigável, como no caso de autos em que se discutam o direito a alimentos. Não será admitida a solução consensual quando a lei impuser, expressamente, tal óbice, como no caso da lei nº 8429/92 que veda a tentativa de acordo, transação ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa.

Ademais, não será designada a audiência prévia se ambas as partes se manifestarem contrariamente à sua realização, conforme dispõe o art. 334, §4º, I do diploma processual. Destaca PAUMGARTTEN (2015), que a renúncia deve ser bilateral e expressa, devendo ser agendada a tentativa de autocomposição mesmo quando uma das partes demonstrar desinteresse em sua realização. Tal fato demonstra o incentivo do CPC 2015 à solução consensual dos litígios, pois, a mínima possibilidade de aproximação entre as partes, legitima a designação da audiência.

Não havendo vedações legislativas, a solução consensual dos conflitos estimula o diálogo, abrindo espaço para que as partes exerçam a sua autonomia da vontade na busca por uma solução. Isso significa que os sujeitos são livres para decidir e que o juiz respeitará os termos expostos no acordo. Verificada a ausência de nulidades, o juiz procederá à homologação do que fora estabelecido em audiência de conciliação ou mediação, não podendo promover alterações no que fora pactuado.

Discorrendo sobre o tema, DIDIER Jr. (2015) refere-se ao princípio do autorregramento da vontade das partes como decorrente do próprio direito à liberdade, garantido pelo art. 5º, caput, da CF e, ainda, acrescenta que não há motivo para a limitação do exercício da liberdade no processo, desde que se respeite o caráter publicístico do procedimento.

Além de ampliar o diálogo e a liberdade das partes no estabelecimento dos termos do

acordo, a solução consensual contribui para a celeridade do procedimento. Se as partes obtiverem, de plano, uma solução amigável, a mesma já pode ser homologada pelo juiz, desde que ausentes causas de nulidade. Assim, evita-se todo o deslinde da marcha processual, até que se chegue à decisão final. O acordo a ser homologado foi confeccionado com a participação dos próprios envolvidos, por meio da conversa direcionada por um conciliador ou mediador, o que facilita o seu cumprimento.

Sobre o tema, explica a doutrina:

(...) O novo código determina que o acordo judicial obtido deva ser reduzido a termo e homologado por sentença, operando assim, a extinção do feito com julgamento do mérito. A sentença que homologar o acordo obtido em conciliação ou mediação, judicial ou extrajudicial, será título executivo judicial, conforme designa o art. 515, II e III do CPC/2015. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 199)

O incentivo à solução consensual dos conflitos decorre da preocupação com a efetividade do processo. Por efetividade entende-se a solução da controvérsia de forma justa e em tempo razoável, o que pode ser obtido por meio dos métodos consensuais de solução dos litígios. O acordo firmado através do diálogo se adequa com mais facilidade aos anseios das partes, além de economizar toda a instrução processual necessária para a prolação da sentença de mérito.

A doutrina moderna explica o novo enfoque do sistema processual civil, inspirado pelas lições da fase instrumentalista:

O desafio das novas regras processuais é aderir ao sentido assumido pela Constituição na pós-modernidade, diminuir o déficit de efetividade do processo, revisar paradigmas e democratizar o processo, capacitando-o para ser um instrumento de transformação social. O novo código afasta-se das raízes romano-germânicas e passa a sofrer notável influência anglo-saxônica. Na busca desse intento, a nova ideologia exige das partes uma postura colaborativa e do juiz o gerenciamento ativo do processo que terá a sua disposição ferramentas as quais se espera, sejam capazes de aprimorar a efetividade do processo. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 192)

Com a evolução da ciência processual promoveu-se a alteração conceitual do processo. Desde que este deixou de ser compreendido como mecanismo à serviço do direito material, os processualistas buscam mecanismos que o auxiliem na tarefa de pacificação social. Foi munido desse espírito que o CPC 2015 promoveu o incentivo à solução consensual dos conflitos.

PAUMGARTTEN (2015) destaca, ainda, que em que pese a conciliação e mediação não serem obrigatórias às partes no processo, o incentivo à sua designação em diversos artigos do CPC 2015 demonstra que esse direcionamento será um dos objetivos do ofício gerenciador que o juiz assumirá no novo processo. Essa postura exigirá toda sensibilidade e conhecimento acerca do conflito e das técnicas disponíveis para a sua adequada solução.

É disso que decorre o dever do juiz e dos auxiliares da justiça atualizarem, com frequência, as suas técnicas autocompositivas. A promoção da solução consensual pressupõe o preparo técnico

daqueles envolvidos em sua condução. É aconselhável, também, que os Tribunais de Justiça mantenham quadros atualizados de conciliadores e mediadores, tudo objetivando-se priorizar a solução amigável dos conflitos, incansavelmente destacada pelo novo diploma processual.

É certo que há, no CPC 2015, diversas passagens que legitimam a designação de audiências de conciliação ou mediação, objetivando a autocomposição entre as partes. Postura que reflete a busca pela efetividade do processo, pois incentiva o diálogo, cria um espaço favorável ao exercício do autorregramento da vontade pelas partes, permitindo a busca por uma solução que melhor se adeque ao conflito apresentado.

CONCLUSÃO

A evolução da ciência processual promoveu uma alteração conceitual no processo. Na fase sincrética, este era compreendido como mero meio de proteção do direito subjetivo lesado, não sendo dotado da independência que possui nos dias atuais. Com os estudos da fase autonomista, o processo ganhou a sua autonomia, sendo dotado de seus próprios princípios fundamentais. Foi nesse período que se abandonou a ideia de que o sistema processual existia exclusivamente em função da proteção ao direito subjetivo, sem ser dotado de existência própria.

Conquistada a sua autonomia, chegou-se o momento de se atribuir conteúdo teleológico aos institutos processuais recém dotados de sua autonomia ante ao direito material. Com a fase instrumentalista, o processo deixou de ser compreendido como mera sucessão coordenada de atos para ser aceito como verdadeiro instrumento dotado de objetivos sociais, políticos e econômicos. Anteriormente, os processualistas não reconheciam que o sistema processual é capaz de interagir com a sociedade para a qual se destina, sofrendo alterações na medida que esta evolui.

Foi nesse momento em que ganhou relevância a efetividade do processo. Sendo instrumento de pacificação social, o mesmo deve ser dotado de mecanismos que o ajudem a alcançar determinado fim. É por esta razão que o CPC 2015 promove, em diversos artigos, o incentivo à solução consensual dos conflitos, a ser buscada no decorrer das audiências de conciliação e mediação.

Diferindo da autotutela, a autocomposição objetiva o diálogo, a compreensão das causas do conflito, para que os envolvidos possam decidir pela melhor solução à situação apresentada. Mesmo a mínima possibilidade de acordo legitima o juiz a designar audiências objetivando a conversa direcionada entre as partes.

Além de auxiliar na promoção de celeridade da demanda, a solução consensual trabalha o conflito de maneira mais adequada que uma sentença de mérito proferida pelo juiz após a instrução processual. O acordo é obtido após o diálogo direcionado, com a participação ativa dos envolvidos.

É um ambiente direcionado ao restabelecimento da situação anterior ao conflito, promovendo a pacificação social de forma mais eficaz.

Conclui-se, dessa forma, que foi a alteração conceitual do processo que levou os processualistas e operadores do direito a buscarem mecanismos que promovam a efetividade do procedimento, ganhando grande destaque a solução consensual dos conflitos. Vê-se, em diversos artigos do diploma processual, a criação de um ambiente aberto ao diálogo, à atuação participativa dos envolvidos. Tudo isso ocorre pois, finalmente, aceitou-se que o processo não é mera sucessão de atos, desprovida de conteúdo teleológico. Todo o sistema processual produz efeitos na sociedade para a qual se destina e sofre alterações na medida que esta evolui.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Congresso. Senado. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Poder Executivo: Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Congresso. Senado. **Código de Processo Civil**. Poder Executivo: Brasília, DF, 16 de março de 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 30ªed.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. revis. e atual. Editora: Malheiros editores. 2013. 400p.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ªed. Salvador: Juspodivm. 2015. 786p.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos**. Curitiba: Juruá. 2015. 688p.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de direito processual civil – Vol. I**. 58ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. 1296p.

A MEDIAÇÃO NO CENÁRIO NACIONAL: ANÁLISE CRÍTICA DA CRIAÇÃO DAS CÂMARAS DE MEDIAÇÃO NO BRASIL E DA REMUNERAÇÃO DOS MEDIADORES

Guilherme Martins Barbatto PIVA¹
Hugo Crivilim AGUDO²

RESUMO

A mediação, sob a ótica contemporânea, se apresenta como uma mudança de perspectiva a ser efetivada, gradativamente, no cenário nacional, para que se diminua o caráter conflituoso das relações jurídicas essencialmente levadas ao contencioso mediante análise jurisdicional. Neste ínterim, constitui um dos principais meios alternativos de solução de conflitos, fomentando a “desjudicialização”, pautado na autocomposição entre as partes. Desta forma, resta-se de cunho extremamente necessário a elaboração do presente estudo, a fim de que se estabeleça uma visão sistematizada sobre a abordagem da mediação no Brasil, traçando disposições acerca de sua aplicação prática, diferenciações conceituais e vantagens de utilização. Em arremate, como ponto fulcral do estudo, demonstrar-se-á como se dá a criação das Câmaras de Mediação no país, para que se teça uma abordagem crítica, em especial no que tange à remuneração dos mediadores como patente desestímulo ao exercício da atividade.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Meios alternativos de solução de conflitos. Câmaras de Mediação. Remuneração de mediadores.

ABSTRACT

The mediation, from the contemporary point of view, presents itself like a change of perspective to be implemented, gradually, on the national scene, to achieve a decrease of the conflicting character of the legal relations essentially taken to the jurisdictional analysis. Therefore, the mediation is one of the main alternative ways of resolving conflicts, encouraging the self-composition between the individuals. Thus, the elaboration of this study is truly necessary, to achieve a systematic vision about the use of the mediation in Brazil, exposing dispositions about its application, differentiations and advantages of use. To finish, the main point of the study, will show how the Mediation Assemblies are created in the country, to reach a critical approach, especially in reference of the remuneration of the mediators, which constitutes a discouragement to the activity.

KEYWORDS: Mediation. Alternative ways of resolving conflicts. Mediation Assemblies. Mediator’s remuneration.

INTRODUÇÃO

As discussões envolvendo a eficácia atual da resolução de demandas contenciosas envolvendo a prestação jurisdicional, bem como a atuação do Poder Judiciário como um todo, no

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Estagiário no escritório de advocacia “Bohac Advogados Associados”. E-mail: pivaguilherme@live.com

2 Advogado. Bacharel em Direito e Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito Público pela Universidade “Leonardo da Vinci”. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: hugo_crivilim@hotmail.com

Brasil, ganham cada vez mais destaque e relevância nos mais diversos âmbitos e setores da sociedade.

Não são só especialistas do Direito, doutrinadores de renome e grandes analistas das ciências sociais que opinam sobre o tema. A relevância do assunto é tamanha, que a questão da judicialização de todo e qualquer conflito, que acaba gerando um voluptuoso número de processos, com uma conseqüente morosidade elevada no deslinde das demandas, se tornou senso comum e de simples constatação.

Neste sentido, ao passo que o problema se evidencia, também se elucidam possíveis contrapontos à morosidade do deslinde de contenciosos jurisdicionais.

Os meios alternativos de solução de conflitos não constituem, essencialmente, inovações contemporâneas por excelência, uma vez que sua existência aponta para tempos pretéritos, nas mais diversas civilizações e ordenamentos jurídicos.

Entretanto, no Brasil, é correto entender que a utilização destes meios, em especial a conciliação, a mediação e a arbitragem, vem ganhando notoriedade, incentivo e aplicação prática relevante apenas há poucos anos.

Tal postura de avanço é notória a partir do Novo Código de Processo Civil, vigente desde o ano de 2015, que estabelece, como um de seus pilares, a fomentação de meios alternativos de solução de conflitos, tendo a mediação como uma de suas bases.

Sendo, a mediação, o principal objeto do presente artigo científico, o trabalho pautar-se-á, inicialmente, em traçar aspectos gerais e relevantes sobre o instituto, que constitui, como cediço, a efetivação prática de uma mudança de perspectiva a ser buscada, para que se diminua o caráter contencioso das relações jurídicas como um todo, fomentando a desjudicialização das lides.

Após análises conceituais, mediante diferenciação de institutos inicialmente semelhantes, o estudo passará a expor algumas características e vantagens do procedimento da mediação, para que a importância desta seja devidamente delineada.

Traçadas as premissas acima dispostas, o ponto fulcral do artigo se destinará a explicitar o que são, e como ocorre a criação das Câmaras de Mediação no Brasil, expondo, também, a forma de remuneração dos mediadores no país.

Em arremate, buscar-se-á conclusão acerca da falta de segurança jurídica avinda da ausência de regulamentação específica em âmbito nacional, em especial sobre a remuneração de profissionais, que acarreta, certamente, na ausência de estímulo para o exercício da função.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo-indutivo, com a presença de análise doutrinária e conceitual, explicitação de artigos e opiniões, buscando resolução de controvérsias por intermédio da elucidação de minúcias que envolvem o tema debatido, a fim de atingir uma análise

conclusiva juridicamente plausível à questão suscitada.

2 A MEDIAÇÃO NO BRASIL: ASPECTOS GERAIS E RELEVANTES

Os meios alternativos de soluções de conflitos têm obtido, especialmente após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, maior relevância e aplicação prática, como uma forma de contraposição, e até mesmo combate, à morosidade do Poder Judiciário que decorre, dentre outras razões, do excessivo número de controvérsias a serem decididas pela prestação jurisdicional.

Desta feita, além da solução das lides em via judicial, podemos elencar, como meios de solução de conflitos, aqueles que se dividem em formas de heterocomposição e autocomposição.

Como a própria nomenclatura já é capaz de demonstrar, na heterocomposição, um terceiro é essencial para a decisão da lide, obtendo as informações necessárias para a valoração da questão, decidindo de forma imparcial após demonstrar seu convencimento.

Nas espécies de autocomposição, por sua vez, o conflito é solucionado pelas próprias partes, ainda que com certo estímulo perpetrado por eventual terceiro imparcial, que faz com que os polos da demanda cheguem em um consenso quanto ao seu deslinde.

A prestação jurisdicional é exemplo de heterocomposição, mas essa espécie possui, como meio alternativo, por excelência, a arbitragem. No que tange à autocomposição, os institutos são a conciliação e a mediação, que possuem, como resultado, a transação entre as partes.

Na esteira do alinhavado, o estudo em voga possui, como objeto específico, peculiaridades envolvendo a mediação. Portanto, sua conceituação e análise normativa faz-se de cunho essencial.

Neste ponto, inicialmente, imperioso diferenciar os institutos da conciliação e da mediação, tendo em vista que o primeiro já está, por assim dizer, mais difundido e melhor institucionalizado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como na vida prática, sendo que é, por vezes, confundido com o segundo.

Contudo, não se confundem, apenas são dispostas às partes na busca pelo mesmo resultado: a transação.

A conciliação é um meio de autocomposição que, naturalmente, busca o consenso entre as partes, a fim de solucionar a questão por meios suasórios, por intermédio da interferência de um terceiro que, de forma imparcial, atua de forma ativa, propondo soluções, elaborando propostas, norteadas pela dialética conciliatória na saga pela transação.

Mediação, por sua vez, também é meio de autocomposição que visa a solução da questão por meio do consenso entre as partes, no entanto, o terceiro imparcial não atua ativamente, não propõe soluções nem formula propostas, mas se vale de diversas técnicas que, basicamente, visam estimular o diálogo e influenciar o ambiente para que os próprios conflitantes concluam por uma

resolução da demanda.

Diferenciando os institutos, Luiz Antônio Scavone Junior (2018, p. 09):

Diferente a jurisdição arbitral e da jurisdição estatal, na conciliação, o conciliador, embora sugira a solução, não pode impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.

De outro lado, tenta que as partes aceitem suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito, a qual deve ser por elas adotada espontaneamente.

Em resumo, na conciliação não existe solução sem acordo entre as partes, como ocorre nas soluções judicial e arbitral, nas quais o juiz e o árbitro são dotados de poderes para solucionar o conflito independentemente de acordo entre as partes.

Na mediação, de maneira diversa, o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo.

O resultado útil da conciliação e da mediação é a transação, ou seja, o acordo entre as partes que, igualmente, podem transacionar sem o auxílio de um conciliador ou mediador.

Isto posto, a mediação, no Brasil, pode ocorrer de forma extrajudicial ou judicial.

O processo de mediação extrajudicial deve ocorrer por iniciativa espontânea das partes, sendo que o mediador (terceiro imparcial e facilitador da composição), será escolhido pelos envolvidos na lide, recaindo sobre este, as mesmas hipóteses de suspeição ou impedimento que incidem sobre magistrados (artigo 145, Código de Processo Civil).

Devem ser observados prazos a serem fixados contratualmente para reunião de mediação, contados a partir do recebimento do convite, além de estipulação de local adequado para reunião, e o mediador a ser escolhido.

Caso não haja tal regramento específico entre as próprias partes, alguns critérios devem ser observados, como por exemplo prazo mínimo de 10 dias úteis, e máximo de 3 meses, para primeira reunião após recebimento do convite, em local adequado para tanto, devendo ser elaborada lista com ao menos cinco nomes de mediadores capacitados, sendo que a parte convidada poderá escolher um deles, ou o primeiro, caso não se manifeste.

A composição firmada ensejará em termo assinado, que consiste, segundo a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), em título executivo extrajudicial, ainda que não levado para homologação em juízo, conduta esta que é facultada às partes, de acordo com a jurisprudência atual.

O procedimento de mediação extrajudicial, acima delineado, possui previsão legal nos artigos 21 a 23, da legislação mencionada, enquanto que a mediação judicial, possui disposições comuns adstritas aos artigos 14 a 20, desta Lei.

A mediação judicial ocorre, via de regra, em audiência designada pelo magistrado competente, com base no artigo 695, do Código de Processo Civil, após ter recebido a petição inicial. É realizada por um mediador indicado pelo Juízo, não condicionado a aceitação das partes.

Há prazo de duração do procedimento, de até 60 (sessenta) dias, contados da primeira sessão, podendo haver pedido de prorrogação das partes, devidamente justificado. Havendo composição, a demanda judicial é extinta, e o acordo lavrado constitui título executivo judicial.

Quanto à presença de advogado ao longo da mediação, tal questão é, atualmente, objeto de amplo debate doutrinário, uma vez que o Código de Processo Civil prevê, expressamente, em seu artigo 695, parágrafo 4º, a necessidade de acompanhamento de advogado ou Defensor Público, em audiências de conciliação e mediação.

Entretanto, há quem entenda que, diante do caráter de autocomposição, que é da essência destas modalidades alternativas de solução de conflitos, as partes não necessariamente devem entabular acordo apenas na presença de seus patronos.

Tal raciocínio é contraposto por aqueles que defendem a função constitucional do advogado de administração da justiça (artigo 133, da Constituição Federal). Contudo, em julgamento recente, de Recurso Administrativo, apresentado pela OAB, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), decidiu, em novembro de 2018, por maioria, que a presença de advogados e defensores públicos não é obrigatória em mediações e conciliações conduzidas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

No que diz respeito às vantagens da mediação, como meio alternativo de solução de conflitos, salta aos olhos o fomento à celeridade e economia processual, em razão da desburocratização e aplicação prática de seus princípios informadores e procedimento como um todo.

Ademais, constitui interação produtiva entre indivíduos inicialmente conflitantes, que conseqüentemente ensejará na diminuição do número de demandas judiciais, culminando com a redução da morosidade que aflige o Poder Judiciário.

Importante ressaltar, também, que a autocomposição que parte da essência da mediação, possui um interessante fator psicológico que faz com que as partes que compuseram determinado acordo, entendam que este foi pautado no bom senso, não havendo vencedor ou vencido, desapegando, assim, das questões de rivalidade.

Portanto, as decisões tendem a ser cumpridas em uma melhor forma de sucesso. Neste aspecto, os resultados são, por certo, melhores do que quando um terceiro impõe uma solução, ou inclusive quando é caso de conciliação, havendo atuação direta do terceiro na influência entre propostas e contrapropostas quando, no caso da mediação, há estrito incentivo ao acordo imediato entre os indivíduos inicialmente conflitantes.

Lecionando, de forma esboçada, sobre a Mediação e suas vantagens, à luz do Código de Processo Civil de 2015, e da Constituição Federal, Carlos Eduardo de Vasconcelos (2018, p. 74-76)

ensina:

Com efeito, é de conhecimento público que dificilmente a pacificação social é obtida por meio de sentença, que se resume, via de regra, à imposição de textos normativos para solucionar aquela parcela de lide levada a juízo, sem compreender a concretude do conflito, qual seja, as necessidades humanas e sociais a serem reconhecidas e pacificadas. Daí porque emana desses princípios fundamentais a necessidade do fortalecimento, no âmbito processual, do papel da cidadania democrática, comprometida com a solução pacífica as controvérsias. Essa atuação deve justamente acontecer em ambientes de transparência, de cooperação e de controle social da administração da justiça, e pelos procedimentos institucionais de mediação e conciliação.

O novo CPC, em sua característica de texto inspirado no constitucionalismo contemporâneo, prioriza a cooperação, a boa-fé, a prevalência do campo material sobre o formal, o diálogo processual, a não surpresa, a duração razoável do processo, reconhecendo as suas disposições normativas como instrumentos para a concretização dos princípios constitucionais.

As atuais inovações do CPC resgatam, portanto, uma dívida histórica do direito processual civil para com a Constituição da República. Estávamos reféns da supervalorização de processos de ganha-perde, com ênfase para as particularidades formais, que hipertrofiavam os mecanismos adjudicatórios e aviltavam as possibilidades dos métodos autocompositivos.

Como nítida vertente vantajosa, merece menção, também, a ampliação considerável do acesso à justiça, garantia constitucionalmente prevista a todos de forma isonômica, estampada no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior.

Traçadas estas premissas, necessário entender, ainda, como se dá a institucionalização do procedimento de mediação no país, em especial pelo ponto fulcral deste estudo: as Câmaras de Mediação e a remuneração dos mediadores. É o teor do quanto segue.

3 AS CÂMARAS DE MEDIAÇÃO NO BRASIL

A partir do movimento de incentivo expresso aos meios alternativos de solução de conflito, consolidado no âmbito de legislações federais, especialmente com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), restou patente a necessidade da instrumentalização de instituições com a finalidade de efetivar a aplicação prática destes institutos.

Neste diapasão, o próprio Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 165, a criação, pelos Tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, que deveriam se destinar a elaboração de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como desenvolvimento de programas a fim de estimular a autocomposição.

Ocorre que, diante do texto legal, os Tribunais são competentes para a criação dos centros judiciários e, desta forma, a organização e institucionalização destes se dá de forma específica e diversa em cada Estado-membro.

Para fins didáticos, o presente estudo passará a abordar, além de um panorama geral, as especificidades do Estado de São Paulo, em que o autor atua mormente exercendo suas funções

patronais.

Antes mesmo da vigência do atual Código de Processo Civil, já havia, no âmbito jurídico nacional, a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que se prestou, sinteticamente, nas palavras de Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2013, p. 2017) a normatizar a mediação da seguinte forma:

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125 com o intuito de conferir tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário. Objetiva, ainda, estimular, escorar e divulgar a sistematização e o aprimoramento das práticas de pacificação social, com ênfase para a conciliação e a mediação. Também pretende vincular os órgãos judiciários para a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Juízos de Resolução Alternativos de Conflitos. Por conseguinte, estabelece um conteúdo programático mínimo para cursos de capacitação de conciliadores e mediadores, previsto no Anexo I da Resolução. Inclui, no bojo do Anexo III da referida norma, princípios que norteiam a prática e conduta dos operadores desses meios de pacificação social, contidos no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.

No cenário estadual avaliado (São Paulo), existe, atualmente, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), órgão criado pelo Provimento nº 1.868/2011, do Conselho Superior da Magistratura (CSM/SP) do Estado de São Paulo, com a finalidade de disseminar e consolidar a cultura da harmonização consensual de demandas.

Visando efetivar as determinações legais, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo (CSM/SP) editou, assim, o Provimento nº 2.348, de 23 de agosto de 2016, que dispôs, basicamente, sobre as atribuições dos NUPEMECs, a criação e organização dos CEJUSCs, bem como das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação.

As regulamentações acima alinhavadas constituem avanços significativos na instrumentalização dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil, uma vez que fomentam a instalação, e organização, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, vinculados a cada foro de capital, litoral e interior do Estado, bem como aos Tribunais de Segunda Instância.

Quanto a estes centros, a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, já determinava, em âmbito nacional, sua instalação, a ser viabilizada pelos próprios Tribunais, conforme expresso em seu artigo 8º, *in verbis*:

Art. 8º. Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Neste diapasão, o Provimento do CSM/SP, do ano de 2016, serviu como forma de especificar a organização dos CEJUSCS no Estado, a serem criados pelos Tribunais, em primeira e segunda instância, facultando, ainda, ao juiz coordenador, a elaboração de parceria com entidades

públicas ou privadas, desde que com a prévia autorização do Núcleo Permanente do Tribunal a qual está filiado.

Portanto, em um panorama geral, os centros judiciários de solução consensual de conflitos possuem, no âmbito nacional, criação determinada pelo Código de Processo Civil (artigos 165 e seguintes), e regulamentada por Provimentos do Conselho Nacional de Justiça, que determina normas a serem observadas por cada Tribunal dos Estados-membros, os quais, por sua vez, instalam a sistematização necessária às suas necessidades, com normas próprias e específicas em cada um destes.

Entretanto, além dos CEJUSCs, criados e instalados pelos próprios Tribunais, há, também, a possibilidade de criação de Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, que podem, a depender de devida filiação, também ser vinculadas a jurisdições competentes, auxiliando na instrumentalização e aplicação prática dos meios alternativos de solução de conflitos.

As Câmaras Privadas de Mediação, apesar de não possuírem criação imposta por Lei, como ocorre com os CEJUSCs, são expressamente mencionadas como ente apto a solucionar demandas, pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 167, como segue:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Também com o objetivo de incentivar a utilização prática da mediação, no âmbito privado, cada Tribunal estadual deverá editar normas específicas quanto à sua criação, organização, atribuição e vinculação à atividade jurisdicional.

Quanto ao Estado de São Paulo, o Provimento nº 2.348/16, do CSM/SP, prevê, nos artigos 32 a 39, basicamente, o âmbito de atuação das Câmaras Privadas, e o que é necessário para que sejam credenciadas ao Tribunal de Justiça do Estado.

Eis o que dispõe o artigo 32, de referido Provimento:

Artigo 32. As Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, criadas pelo Provimento CSM nº 2287/2015 do Conselho Superior da Magistratura, serão credenciadas perante o Tribunal de Justiça mediante requerimento do responsável endereçado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, indicando os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania perante os quais a câmara tiver interesse na vinculação e, na sua falta, o Centro da Região Administrativa Judiciária local.

Portanto, basicamente, as câmaras são criadas pela iniciativa privada, que posteriormente cumprirá os pressupostos legais, mediante requerimento, instruído com os documentos previstos no artigo 34 do Provimento, enviado ao NUPEMEC, indicando a qual CEJUSC pretende se vincular, para que, assim, as mediações e conciliações realizadas por esta instituição possuam caráter vinculado à própria jurisdição estadual.

O NUPEMEC irá, a partir do requerimento, avaliar a idoneidade da Câmara, sendo de sua atribuição, inclusive, a realização de entrevistas ou vistorias no local, para que decida pela aprovação, ou não, do credenciamento perante o Tribunal e o CEJUSC pretendido.

Em resumo, o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sintetiza, em seu *website*³, “como habilitar uma Câmara Privada”, da seguinte forma:

Como habilitar uma Câmara Privada.

As Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, criadas pelo Provimento nº 2.348/16, do Conselho Superior da Magistratura, são credenciadas perante o Tribunal de Justiça mediante requerimento do responsável, endereçado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec). É preciso indicar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadanias (Cejuscs) que a Câmara tem interesse na vinculação e, na sua falta, o Centro da Região Administrativa Judiciária local. Também é preciso instruir o pedido com documentos indicados no provimento.

Ademais, imperioso alinhar que, segundo o artigo 175, do Código de Processo Civil, *caput* e parágrafo único, aplicam-se, às Câmaras Privadas, as mesmas disposições legais envolvendo os Centros Judiciais, mediadores e conciliadores oficiais.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, assim resume os direitos e deveres de uma Câmara Privada, também em seu *website*⁴:

Quais são os direitos e deveres da Câmara Privada no tribunal no qual está cadastrada?

A Câmara Privada possui, com as devidas adaptações, os mesmos direitos e deveres dos mediadores judiciais e conciliadores (artigo 175, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Além disso, se pretende atuar incidentalmente a processos judiciais, deve ser credenciada no tribunal. Como contrapartida a esse credenciamento, a câmara privada deve suportar um percentual de audiências não remuneradas, a ser estabelecido pelos tribunais de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (artigo 169, § 2º, do Código de Processo Civil, e artigo 12-D da Resolução CNJ n. 125/2010).

Cumprido salientar, por oportuno, que cada Tribunal de Justiça do país possui suas próprias normas atinentes à instrumentalização de seus Centros de Solução Consensual de Conflitos, e viabilização do credenciamento de Câmaras Privadas, sendo que, entretanto, o padrão seguido é, em grande maioria, extremamente semelhante ao traçado pelo Estado de São Paulo.

Este é, portanto, o panorama atual envolvendo a criação de Centros Judiciários e Câmaras Privadas de mediação no Brasil.

4 A REMUNERAÇÃO DOS MEDIADORES NO BRASIL

Para que se atinjam as noções críticas buscadas pelo presente estudo, devem ser tecidas, *a priori*, considerações acerca de quais indivíduos podem atuar como mediador, de acordo com a legislação pátria, e entendimento doutrinário contemporâneo.

3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conciliação e Mediação. Como habilitar uma Câmara Privada. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Nucleo/CamarasPrivadas>>

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmaras Privadas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/camara-privada>>

De acordo com os ditames da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), esta divide, ao longo de seus artigos 9º a 13º, os pressupostos para que um indivíduo possa ser mediador, com diferenciações entre a mediação extrajudicial e a mediação judicial.

Quanto à mediação extrajudicial, pautado no artigo 9º de referido diploma legal, qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes, devidamente capacitada para realizar a mediação, poderia ser mediador.

No que diz respeito à mediação judicial, com fulcro no artigo 11º, há o pressuposto específico de que haja graduação em curso de ensino superior, há pelo menos 2 (dois) anos, em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, bem como que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), ou pelos Tribunais.

Há que se mencionar, também, que as diretrizes para capacitação de mediadores judiciais estão previstas na Resolução nº 125/2010, proferida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), posteriormente alterada e adequada às inovações legislativas, pela Emenda nº 02/2016.

Entretanto, ainda assim, a doutrina, ao discutir o perfil do mediador e seus pressupostos para tanto, elucida relevante debate sobre a necessidade de ser, ou não, o mediador, um operador do Direito, em razão de específica aptidão para interpretação normativa e solução de conflitos.

Sobre o tema, Fernanda Tartuce (2018, p. 289-290) assim leciona:

Temáticas ligadas à formação e à capacitação de mediadores têm despertado considerável preocupação. [...] Há polêmica considerável sobre a necessidade de ser o mediador um operador do Direito (especialmente um advogado), atentando-se especialmente à aptidão para conduzir o procedimento e a verificação de condições para o estabelecimento de um acordo exequível. O mediador deve ser treinado para buscar propiciar o restabelecimento da comunicação entre as pessoas. Para tanto, deve ser paciente, sensível, despido de preconceitos e hábil para formular perguntas pertinentes aos envolvidos no conflito de modo a proporcionar espaço para a reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições.

Apesar das discussões acerca da formação acadêmica, uníssono, portanto, o entendimento pela profissionalização específica para o exercício da função.

Outra questão amplamente debatida envolvendo mediação, se trata da remuneração de mediadores, sendo que, na esteira das demais regulamentações que abarcam o tema, há as diretrizes nacionais, traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como as normas regulamentadoras específicas, proferidas por cada um dos Tribunais dos Estados-membros.

Passa-se, portanto, como padrão do estudo, a analisar a norma geral, bem como aquela trazida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Conselho Nacional de Justiça editou, ao final do ano de 2018, a Resolução nº 271/2018, que foi tida, por alguns autores, como um marco importante ao estímulo da atividade de mediação,

vez que fixou os parâmetros nacionais de remuneração a serem seguidos, no que diz respeito aos pagamentos dos mediadores, norma esta que dispõe, também, sobre possível revisão dos valores em atenção à proporcionalidade de cada região.

Sintetizando a questão, Luis Zanini, em artigo sobre o tema (2018, s/p), explicitou:

[...] o final de 2018 trouxe uma luz de esperança aos mediadores de todo o Brasil. Foi o ano em que foram estabelecidos parâmetros nacionais para unificar os procedimentos de remuneração em todo o país. A decisão foi homologada na 40ª reunião virtual pelo CNJ através do Ato Normativo de Número 0001874-88.2016.2.00.0000. Momento em que foram estabelecidos padrões para a remuneração de forma a unificar o sistema em todos os estados. No entanto, a norma também prevê a possibilidade de revisão da remuneração proporcional à realidade de cada região.

Apesar disso, trata-se de um marco na história da justiça brasileira, uma vez que a profissionalização e regulamentação da carreira dos mediadores e conciliadores judiciais representam um grande incentivo na capacitação e no desenvolvimento dos profissionais do setor.

Neste ínterim, o texto expresso na Resolução mencionada divide os mediadores em três patamares, remunerados à medida do valor da causa de cada determinada demanda.

O mediador pode ser de nível básico, cobrando de R\$ 60,00 (sessenta reais) pela hora laborada, em causas de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a R\$ 700,00 (setecentos reais) por hora, em causas que superam o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Pode, também, ser de nível intermediário, seguindo os mesmos patamares de valor da causa acima alinhavados, cobrando de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) a R\$ 1.000,00 (mil reais) pela hora de atividade.

Há, ainda, o nível avançado, que, na esteira da divisão de valor da causa exposta, poderá aferir remuneração de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), até R\$ 1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais), por hora.

Em arremate, a Resolução prevê os mediadores de nível extraordinário, sem parâmetro específico de remuneração, sendo que o mediador portador desta expertise deverá negociar diretamente com as partes o valor de suas horas, independentemente de valor da causa.

É correto entender, ainda, que não há previsão expressa de como se dará o enquadramento dos mediadores em cada um dos níveis, sendo razoável entender que o currículo, o nível de profissionalização, e o *know-how* como um todo, devem ser levados em conta para que o Tribunal classifique o mediador.

Seguindo os patamares trazidos pela regulamentação nacional, o Tribunal de Justiça de São Paulo aprovou a Resolução nº 809, de 21 de março de 2019, a qual, basicamente, se prestou a reiterar todos os parâmetros alinhavados ao curso da Resolução anteriormente editada pelo Conselho Nacional de Justiça, o que vigora até o corrente momento.

Diante de todo o exposto, o autor deste trabalho partilha da opinião de que, apesar de terem

constituído um marco à instrumentalização da mediação no cenário nacional, os parâmetros de remuneração ainda não constituem devido estímulo à atividade como um todo.

Há, portanto, dois motivos básicos que desestimulam a formação de mediadores: a ausência de segurança jurídica, por serem, todas as regulamentações que envolvem a mediação, um tanto quanto genéricas e superficiais, abrindo margem para a criação de normas suplementares e interpretações abertas sobre cada disposição.

A insegurança jurídica, seja no aspecto da profissionalização, ou da remuneração de mediadores, é, portanto, talvez a principal óbice ao desenvolvimento da atividade.

Uma segunda razão que contribui para a ausência de estímulo seria, neste sentido, a baixa remuneração dos profissionais, que não condiz, sequer, com honorários advocatícios percebidos por patronos, nas causas de acordo com os valores tidos pela legislação como parâmetro de recebimento de remuneração.

A remuneração seria alta, apenas, para os mediadores em nível avançado, e em causas de alto valor, sendo que não há, nas regulamentações sobre o tema, menção expressa sobre o que é necessário para que um mediador seja considerado como avançado.

Após esmerado estudo, e por todo o disposto no presente artigo científico, cumpre ao autor disciplinar suas considerações finais, incluindo conclusão opinativa sobre o tema abarcado.

5 CONCLUSÃO

Analisando todos os fatores expostos, cumpre salientar a importância do desenvolvimento dos meios alternativos de solução de conflitos, como contraponto ao elevado número de processos que culmina com a morosidade que aflige o Poder Judiciário brasileiro. Especialmente quanto à mediação, restou-se demonstrado que esta possui vantagens em seus mais diversos aspectos, seja na solução consensual atingida pelas próprias partes, ou pelo fator psicológico que culmina em maior efetividade dos acordos entabulados.

Buscando instrumentalizar o instituto da mediação no país, a contemporaneidade trouxe menções expressas em legislações federais, como o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, que fizeram com que adaptações sistêmicas fossem viabilizadas para que houvesse a devida aplicação prática de tal ferramenta no âmbito da justiça nacional. Surgiram, portanto, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), instalados pelos próprios Tribunais, bem como as Câmaras Privadas de Mediação, seguidas de regulamentações que preveem o seu credenciamento perante a justiça de cada Estado.

Como marco do desenvolvimento da mediação, no final do ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça fixou parâmetros de remuneração aos mediadores, visando estimular a

atividade.

Entretanto, no entendimento do presente estudo, ainda há muito o que ser feito para que o devido estímulo à mediação seja alcançado, uma vez que todas as normas que envolvem o tema estão dispostas de maneira genérica, aberta, e extremamente esparsas entre Leis Federais, Resoluções nacionais e regulamentações estaduais suplementares, não havendo a devida segurança jurídica que o instituto demanda para amplo desenvolvimento.

Expostas estas premissas, ante tudo o que fora exposto e estudado, conclui-se, expressamente, pela necessidade de regulamentação em âmbito nacional, sem margem para interpretações, dotada de caráter positivo por excelência, que afaste a possibilidade de suplementações esparsas da questão, para que todas as peculiaridades envolvendo a mediação no cenário nacional (profissionalização, remuneração, vinculação, credenciamento, etc.) estejam especificamente discriminadas ao curso de um único diploma normativo, trazendo a segurança jurídica necessária para a evolução deste meio alternativo de solução de conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de.; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BONFIM, Ricardo. **Resolução do TJ-SP fixa as regras de remuneração a mediadores**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/resolucao-tj-sp-fixa-regras-remuneracao-mediadores>>. Conjur: 2019.

BRASIL, Código de Processo Civil (2015). **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Vade Mecum, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei de Mediação (2015). **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Vade Mecum, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Câmaras Privadas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/camara-privada>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 271, de 11 de dezembro de 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2780>>.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE SÃO PAULO (CSM/SP). **Provimento CSM nº 2.348/2016**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?>

cdLegislacaoEdit=146899&fIBtVoltar=N>.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação**. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; Verçosa, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de. **Arbitragem e Mediação: Temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação de Conflitos**. São Paulo. Atlas: 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4. ed., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Conciliação e Mediação – Câmaras Privadas de Conciliação**. Disponível em:

<<https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Nucleo/CamarasPrivadas>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJSP). **Resolução nº 809, de 21 de março de 2019**. Disponível em: <<https://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=13&nuDiario=2772&cdCaderno=10&nuSeqpagina=1>>.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

ZANINI, Luis P. **Remuneração de mediadores e conciliadores judiciais**. Disponível em:

<<https://www.centrodemediadores.com/remuneracao-de-mediadores-e-conciliadores/>>.

AMICUS CURIAE: UMA ANÁLISE DEMOCRÁTICA À LUZ DA FILOSOFIA HABERMASIANA DO AGIR COMUNICATIVO

Augusto Casoni QUINELLATO¹
Vinicius Henrique RODRIGUES²

RESUMO

O instituto do *amicus curiae* é considerado novo, uma vez que recém positivado, de forma ampla e detalhada pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código de processo civil de 2015. Entretanto, muito além das análises doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de seu verdadeiro conceito, limites e aplicações práticas, faz-se necessário um estudo voltado às suas origens, visando melhor compreender o referido instituto e sua importância no âmbito da democracia atual. Dessa forma, deixando um pouco de lado seus aspectos técnicos, o presente estudo visa analisar suas raízes, diretrizes e função social, passando, para tanto, por toda sua origem histórica e relacionando-o aos conceitos de democracia e, principalmente, com a filosofia de Habermas: a teoria do agir comunicativo.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus curiae*. Democracia. Habermas. Agir comunicativo.

ABSTRACT

The institute of *amicus curiae* is considered new, once it has been brought to law recently, broadly and detailed for the first time in Brazil's legal order through the Code of Civil Procedure of 2015. However, beyond its true concept's doctrinal and jurisprudential reviews, limits and practical applications, it is necessary to make a study turned to its origins, seeking to better understand the institute and its importance within the framework of current democracy. This way, leaving aside its technical aspects, the study aims to analyse its roots, guidelines and social function, passing, to do so, through its historical origin and relating it to the concepts of democracy and, mainly, with Habermas's philosophy: the theory of communicative act.

KEYWORDS: *Amicus curiae*. Democracy. Habermas. Communicative act.

1 INTRODUÇÃO

O instituto do *amicus curiae*, embora já utilizado no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo em algumas situações específicas, foi apenas com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que se tornou, de fato, um instituto devidamente positivado em Lei Federal.

Dessa forma, o *códex* trouxe seu *modus operandi*, descrevendo em seu artigo 138, de forma breve, como utilizar, na prática, a nova modalidade de intervenção de terceiros (como é reconhecida pela maioria da doutrina).

Entretanto, muitas dúvidas ainda permaneceram em relação à sua aplicação, à sua efetividade e, principalmente, à sua função dentro de um processo que já tem polo ativo, polo

1 Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. augustocasoni@gmail.com. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Toledo.

2 Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. viniciusrodrigues.pdf@gmail.com. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Toledo.

passivo, Estado-juiz e Ministério Público atuando.

Para tanto, uma vez que a jurisdição compõe o processo, junto das partes, Estado-Juiz e ação, e que, em última análise, é o exercício da democracia que está em jogo, surge a necessidade do estudo desse dispositivo em correlação ao conceito de democracia.

É por isso que o presente estudo se inicia com uma breve análise dos conceitos de democracia e jurisdição, para somente depois adentrar ao vasto mundo do recente (no Brasil), porém complexo, instituto do *amicus curiae*.

Estuda-se a sua origem, que é incerta: alguns reputam que surgiu na Inglaterra, outros, no Direito Romano.

O Direito norte-americano, por sua vez, trouxe contribuições de suma importância ao instituto, e por isso sua análise, no presente estudo, se mostrou essencial para que se pudesse alcançar o objetivo de estudar esta intervenção de terceiros mais a fundo.

Por fim, traz-se à baila a filosofia Frankfurtiana, traduzida em Habermas com a teoria do agir comunicativo, objeto crasso ao presente *paper* que correlaciona à mencionada teoria com o instituto que insere um terceiro, além do Estado-juiz, no processo.

Dessa forma, com a devida análise bibliográfica, e utilizando-se do método dedutivo, busca-se analisar todo o supramencionado de forma multidisciplinar, correlacionando o instituto processual (Direito) com democracia (Política) e a Teoria do Agir comunicativo (Filosofia) para que se possa elucidar e entender, além da visão tecnicista, o tão importante instituto do *amicus curiae*.

2 DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO

Para que seja possível desenvolver um raciocínio que nos leve a analisar o *amicus curiae* em relação à filosofia de Habermas, faz-se mister uma análise, ainda que breve, de nosso sistema democrático, de como a jurisdição é vista nesse contexto, e de como seu exercício pode ser também um exercício democrático.

A democracia brasileira, ainda que recente e frágil, demonstra mais de um aspecto e vertente, sendo que o próprio art. 1º da Constituição já se mostra símbolo da amplitude de interpretações que ela pode ensejar.

O que se visa elucidar, em um primeiro plano, são os conceitos de democracia representativa e participativa.

A participação democrática, se entendida como a maneira de se interferir nos sistemas que regulamentam toda uma forma de funcionamento social, talvez tenha sua maior configuração no sistema legislativo de uma nação. É através desse sistema que serão elaboradas as leis que regulamentarão, de fato, a vida social.

Ao analisarmos o nosso processo legislativo, nos remetemos diretamente à democracia representativa, afinal, nossos legisladores são eleitos pelo povo, sendo responsáveis por “representar” a vontade da população através de sua atuação.

A democracia representativa, nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 137), “[...] pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc.”. Como se pode observar, na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das eleições. No entanto, é fato que as maneiras de exercício da cidadania não se esgotam através das eleições, o que nos leva de volta ao supramencionado art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Em seu primeiro artigo, no parágrafo único, nossa Constituição preceitua que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Vale o destaque para duas expressões do referido parágrafo, que trazem à tona as vertentes democráticas previamente referidas, quais sejam, “representantes eleitos” e “diretamente”.

Destes excertos, principalmente do segundo, é possível verificar claramente a figura da democracia representativa, da mesma forma que a figura da democracia participativa.

Ainda segundo José Afonso (2005, p. 137-138), extrai-se que a Constituição traz as duas formas de exercício democrático para si, tanto a representativa quanto a participativa, sendo a representativa sentida diretamente pela população (através do exercício cidadão do voto, por exemplo), e a participativa remanescendo em um segundo plano, apesar do mesmo grau de importância.

A democracia participativa é caracterizada pela participação direta e pessoal nas decisões democráticas de uma comunidade, sendo que, particularmente no modelo brasileiro, existem algumas figuras que caracterizam diretamente o princípio participativo, sendo elas: a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a ação popular.

Assim como já mencionado, é válido ressaltar que o exercício democrático não se esgota com as práticas representativas, tampouco com as participativas. Nas palavras de Antônio do Passo Cabral (2003, p. 2) “Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar as decisões estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação”. Assim, podemos recordar de outras maneiras de participação popular na democracia, tais como protestos, reivindicações, entre outros.

Feita a análise desses dois princípios democráticos, voltemos os olhos à análise da jurisdição e do processo em si e de que forma eles se relacionam com a democracia.

Quando se reflete sobre a natureza jurídica do processo, é possível vê-lo como um ramo do

direito público e, tendo característica pública, deve voltar sua atuação para aspectos que dizem respeito à toda a comunidade.

Colocando em destaque o viés público do processo, é necessário que o exercício da jurisdição busque realizar objetivos do Estado, que devem preceder o mero interesse das partes sem que deixe de as atender, uma vez que atender o interesse do cidadão, no fim das contas, é um de seus principais interesses. Esses objetivos podem ser tanto sociais (apaziguar conflitos), quanto políticos (reafirmar o poder estatal).

Dentre os aspectos políticos, o que visamos destacar é a missão que o processo deve ter de permitir a participação do indivíduo na vida política do país. Ao se permitir que tenha espaço dentro do processo, o indivíduo tem a possibilidade de interferir em decisões que poderão influenciar outras no futuro, podendo, assim, influir diretamente na formação de normas vinculantes ou, ao menos, nas diretrizes de interpretação.

O que se vê, portanto, é que o processo, sob o olhar de sua concepção publicista, se mostra como uma ampliação do cenário de participação democrática, um verdadeiro instrumento político de participação, haja vista que não garante apenas o atendimento dos interesses de indivíduos, mas também que indivíduos possam provocar o Estado para garantirem que tais objetivos políticos e sociais da comunidade sejam garantidos e efetivados.

Conclui-se, portanto, que o processo se torna mais um canal, e um dos principais, no desenvolvimento da democracia participativa e, tendo isso em mente, é plenamente justificável que exista a colaboração de outras figuras ou representantes sociais quando os assuntos tratados tenham grande relevância social ou sejam complexos.

Não é plausível exigir que ou o juiz ou as partes possam ter pleno conhecimento sobre matérias complexas ou extremamente relevantes. É nesse contexto que se sobleva a figura do *amicus curiae*.

Esse importante instituto jurídico, que aparece de forma gradual e recente no ordenamento brasileiro, principalmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, representa uma poderosa ferramenta para efetivar o processo como este palco de participação democrática e uma efetiva manifestação política dos cidadãos.

3 ORIGENS HISTÓRICAS DO *AMICUS CURIAE*

É incerta e discutida a exata origem do instituto do *amicus curiae* nos ordenamentos jurídicos históricos. Muitos autores defendem que suas primeiras aparições foram no Direito Romano, já outros alegam que o *amicus* teve maior e mais relevante presença no Direito Inglês.

Essas são as duas origens mais aceitas e mais divulgadas pela maioria da doutrina. Em

relação à origem inglesa, acredita-se que o *amicus* tenha aparecido pela primeira vez na época do direito penal inglês medieval. A função do *amicus curiae* era de garantir que a corte realizasse um julgamento correto e sem deixar de avaliar nenhum elemento essencial para o julgamento, fornecendo o *amicus* informações acuradas e que os juízes eventualmente não possuíam.

Nesse sentido discorrem Brambilla e Oliveira (2018, p.7):

“Naquele sistema processual penal, a sua função seria de fornecer informações mais precisas para acertar os fatos controversos e auxiliar a corte a proferir decisão mais justa, porque não haveria vícios por falta de consideração de circunstâncias relevantes por eventual omissão das partes por descuido ou até voluntariamente”

Fato é que o sistema do *amicus* no direito inglês nunca foi necessariamente disciplinado ou regulamentado. Existem, inclusive, casos em que era possível que qualquer pessoa se voluntariasse para aconselhar a corte. Como cita Chandra S. Mohan (2010 *apud* BRAMBILLA; OLIVEIRA, 2018, p.7): “há casos de espectadores que chamam a atenção para irregularidades em mandados e inquisições, a respeito da morte de uma parte no processo e para estatutos relevantes que regem argumentos perante o tribunal”.

Assim sendo, para Thaiane Correa Cristovam (2015), o sistema do *common law*, vigente nas cortes inglesas, acabou facilitando o aparecimento do *amicus curiae* nos processos judiciais devido à sua maior liberalidade na condução dos processos.

Com o avanço do tempo, as cortes inglesas em geral, não apenas as processuais, trouxeram a figura do *amicus* a vários de seus processos, de maneira que o instituto se transformou mais em uma ferramenta de análise de casos fáticos do que propriamente em um direito de intervenção de terceiros. O direito inglês, através da falta de regulamentações criou uma ferramenta extremamente versátil e útil para a condução de casos litigiosos.

Como exemplo elucidativo da atuação do *amicus curiae* no direito inglês, vale a citação do caso *The Protector v. Geering*, de 1656, quando o Lorde George Treby demonstra interesse em participar de uma deliberação da Corte sobre uma lei que estava sendo contestada, a mesma lei que foi aprovada em sessão na qual o Lorde estava presente. Portanto, sua participação foi admitida para que qualquer dúvida fosse dirimida.

Já ao falarmos da suposta origem romana do *amicus curiae* nos remetemos ao instituto, presente nas tradições romanas desde as épocas mais remotas até a república, do *consilium*.

Através deste instituto, era possível que os juízes romanos invocassem os chamados “sábios do direito”, que atuavam como verdadeiros auxiliares (amigos) da corte, impedindo que ela cometesse eventuais erros de julgamento e, justamente por esse aspecto amistoso para com a corte, agindo de maneira imparcial em relação às partes.

É justamente por conta dessas duas características que muitos autores encontram

dificuldades em associar o *consilium* romano diretamente com o *amicus curiae*. Segundo Bueno (2012, p.112): “[...] justamente por essa razão, isto é, pela natureza de sua intervenção (sempre provocada) e pela liberdade de sua atuação (sempre neutra), que Giovanni Criscuoli estrema aquela figura do direito romano do *amicus curiae*”.

No entanto, não é possível negar que, apesar das diferenças deste instituto em relação à aplicação do *amicus* como conhecemos hoje, é inegável apontar que o *consilium sapientes* romano foi uma das bases e primórdio das fontes que consolidaram o instituto foco de nosso estudo.

2.1 Precedentes Americanos da atuação do Amicus Curiae

Embora as duas grandes e mais citadas fontes do *amicus curiae* sejam o direito romano e o direito inglês, foi no direito norte americano que o *amicus* se desenvolveu de forma mais relevante e com características mais semelhantes à maneira em que aparece em nosso sistema processual civil, sendo válida e necessária uma menção ao desenvolvimento histórico do *amicus* nas cortes estadunidenses.

É a partir da primeira metade do século XIX que se encontram os primeiros registros da atuação de *amici curiae* nas cortes americanas. O caso mais famoso e de grande referência para a doutrina é o caso “Green vs. Biddle” de 1823. Nesse caso, foi autorizada a participação do senador Henry Clay, que foi permitido até mesmo a expor seus argumentos de forma oral perante a Corte.

Entretanto, o que se iniciou no direito americano como forma de defender interesses públicos, ao longo dos anos foi se transformando, deixando de lado a neutralidade e passando a atuar de forma mais combativa defendendo interesses específicos.

Há outro caso marcante no direito americano, que ficou conhecido como “Muller vs. Oregon” de 1907, em que a atuação do advogado Louis D. Brandeis como *amicus curiae* ganhou grande destaque devido aos elementos extrajurídicos trazidos à apreciação.

Após esse grande marco, por volta da década de 30, muitos *amici* eram aceitos na Corte, porém, representando de forma mais significativa os interesses corporativos do que os individuais. A Suprema Corte americana, então, edita a “Rule 27” e passa a requerer que, para que haja a atuação do *amicus curiae*, as partes devem expressamente anuir. Assim, o *amicus* nos estados americanos fica dividido entre público e particular, sendo que para os primeiros não havia necessidade de tal anuência.

Apesar da regra aprovada pela Suprema Corte, outros problemas surgiam dos casos em que havia atuação de *amici*. Emergiu o que foi chamado de *litigant amici*, que eram terceiros buscando muito mais a defesa de interesses próprios do que coletivos ou públicos.

Após isso, a Suprema Corte modifica a Regra 29 do “Federal Rules os Appellate

Procedure”, indicando que, para haver intervenção do *amicus curiae* privado, seria preciso demonstrar que as informações acrescentadas por ele seriam precisas e fundamentariam a sua participação no processo. Podemos verificar nessa alteração feita pela Suprema Corte americana requisitos muito semelhantes àqueles presentes no atual Código de Processo Civil Brasileiro, que traz a figura do *amicus curiae* em seu art. 138, exigindo a representatividade adequada.

Após essas mudanças e posteriores adequações, o *amicus* ganhou enorme espaço nas decisões norte americanas e sua aplicação se tornou referência para muitos outros ordenamentos além do brasileiro, o que nos leva à análise do surgimento deste instituto no nosso próprio ordenamento.

3 ORIGEM DO AMICUS CURIAE NO BRASIL

A seguir serão listadas algumas aparições importantes do instituto ou de previsões legais que muito se assemelham a ele, e que permitiram ou incentivaram sua chegada ao Código de Processo Civil.

3.1 Comissão De Valores Mobiliários

O primeiro momento em que o “amigo da corte” aparece no ordenamento jurídico brasileiro, ainda sem possuir a denominação de *amicus curiae*, é na lei 6385 de 1976, em seu artigo 31.

A comissão de valores mobiliários é uma autarquia federal e, através da lei, foi possível que ela interferisse nos processos que tratavam de assuntos de sua alçada, inclusive ações administrativas que se incluíam dentro de seus padrões fiscalizadores.

Vale destacar a complexidade que as questões envolvendo o mercado de valores imobiliários possuem, daí a necessidade desse novo dispositivo legal permitir que a CVM atuasse dessa maneira, dando a oportunidade a juízes obter esclarecimentos e explicações sobre questões técnicas. Importante apontar que a atuação é neutra, sendo que, mesmo que a CVM possua eventuais interesses, sua função é fazer com que a legislação do mercado de capitais seja aplicada de maneira correta.

3.2 Controle Concentrado de Constitucionalidade

Antes de partir para a análise desse importante passo histórico para a implantação do *amicus curiae* de forma plena nos processos brasileiros, vale menção a outros dispositivos legais que trouxeram figuras semelhantes ao *amicus*, como a lei 8884/94 que, ao disciplinar infrações

contra a ordem econômica, possibilitou ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) intervir nos processos em que qualquer dispositivo dessa lei estivesse em debate.

Outra menção de relevância é a da lei 9279/96 que regula direitos e obrigações relacionados à propriedade industrial. A lei prevê que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) intervenha em processos que apreciem nulidades de registros, patentes, entre outros.

Para entender como se dá a aplicação do *amicus* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, importante conceituar o instituto. Nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes (2017, p. 765):

“Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais”

O controle de constitucionalidade de maneira concentrada pode ser exercido por meio da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade), da ADC (ação declaratória de constitucionalidade) e da ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental). É com o controle concentrado que as legislações infraconstitucionais são verificadas e avaliadas de acordo com a nossa Constituição para que seus elementos possam ser averiguados em relação a contradições ou desrespeitos à Lei Maior, sendo que esse processo gera efeitos que serão sentidos por toda a população, e não meramente subjetivos.

Com a Constituição de 1988, o rol de legitimados para propor essas ações se ampliou, propiciando uma democracia com ares mais abertos e participativos. A lei 9868/99, que trata das ADINs e ADCs, assim como a lei 9882/99, que trata das ADPFs, trouxeram previsões da participação do *amicus curiae* nestes processos tão importantes.

O legislador, nas referidas leis, de forma evidente engrandeceu o debate constitucional e deu maior amplitude à discussão de ideias ao permitir que o relator de ADINs e ADCs admita a manifestação de órgão ou entidades no processo, conforme prevê o art. 7º, parágrafo segundo da lei 9868/99. No entanto, ele o faz tendo em vista a relevância de matéria debatida (o que se pode presumir desde logo pois as ações em questão pressupõem temas de grande relevância, constitucionais) e, um elemento inovador, a representatividade dos postulantes; os dois requisitos, no parágrafo segundo, para a manifestação do amigo da corte.

Com efeito, a ADC não possui nenhuma previsão quanto a manifestações de *amici curiae*, no entanto, a doutrina, tendo em vista a semelhança com o instituto da ADIN, não impõe obstáculos para sua aplicação.

Já a situação das ADPFs é um tanto ambígua porquanto traz uma maior abrangência em um aspecto e maior restrição em outro. A lei 9882/99 nada diz em relação a *amici curiae*, mas,

devido a chamada “abertura procedimental”, é possível que o relator, a seu requerimento, autorize sustentações orais ou juntada de memoriais por interessados no processo. O que se percebe é que, nesse caso, não há nenhuma exigência quanto à representatividade dos interessados, havendo até mesmo a possibilidade de pessoas físicas ocuparem esse papel. Aí vemos a abrangência; a restrição se encontra no fato de que só haverá *amicus* caso assim requeira o relator do processo.

3.3 Controle Difuso de Constitucionalidade

No controle difuso de constitucionalidade, o *amicus curiae* também é permitido, sendo que ocorre quando uma lei é declarada inconstitucional dentro de um determinado processo, tornando-se inaplicável apenas para aquele caso concreto não possuindo efeito *erga omnes*.

Apesar de não possuir esse efeito, a ação que declara alguma inconstitucionalidade poderá ser precedente que afetará ações futuras, por esse motivo, o antigo Código de Processo Civil, em seu artigo 482, já previa a interferência do Ministério Público, dos legitimados do rol do artigo 103 da Constituição e de outros órgãos ou entidades nessas ações. Vale apontar que os requisitos de relevância da matéria e de representatividade deveriam estar presentes para que as interferências fossem possíveis.

3.4 Juizados Especiais Federais

Uma última aparição do *amicus curiae* na legislação brasileira antes do Novo Código de Processo Civil de 2015 foi na lei 10259/01, a lei dos Juizados Especiais Federais.

Em seu artigo 14, a referida lei prevê o chamado pedido de uniformização de interpretação de lei federal, que pode ocorrer quando houver decisões diferentes de Turmas Recursais sobre direito material. A previsão do *amicus* é literal pois o artigo cita que, além de o relator poder pedir informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformizações e do Ministério Público, os eventuais interessados que não são parte no processo poderão se manifestar no prazo de 30 dias.

Após todas as hipóteses elencadas, em 2015, finalmente, o instituto ganha seu próprio capítulo no Código de Processo Civil Brasileiro, trazendo uma possibilidade de atuação muito maior e dirimindo algumas dúvidas que pairavam sobre sua figura. Alguns elementos relevantes serão discutidos no próximo item.

4 O AMICUS CURIAE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como já citado anteriormente, o Novo Código de Processo Civil, em 2015, finalmente

trouxe o *amicus* para dentro do processo de forma efetiva; o fez através do artigo 138, trazendo e definindo, de forma nunca antes feita no ordenamento brasileiro, a maneira de ingresso e os requisitos do referido instituto.

A maioria da doutrina hodierna classifica o *amicus curiae*, em relação à sua natureza jurídica, como modalidade de intervenção de terceiros. Mesmo sendo um entendimento pacífico na doutrina, pode gerar algumas dúvidas, vez que é inegável a peculiaridade deste instituto.

O *amicus* pode ser considerado como um terceiro porque não é parte. Como define Antonio do Passo Cabral (2003), parte é “aquele que formula ao Estado-juiz pedido em seu nome ou em nome de outrem (autor) e aquele em face de quem a atuação estatal deverá incidir (réu), aquele que pede e aquele em relação a quem se pede a tutela jurisdicional”. Ainda continua o autor que, o conceito de terceiro é exclusivo e deve ser elucidado em conjunto ao conceito de parte: “não se apresenta ontologicamente, mas por exclusão, negação: será terceiro todo aquele que não for parte”. Portanto, ao constatar que o *amicus* não possui características de parte, e sabendo que não se pode confundir com o juiz que possui um papel único e inconfundível no processo, não lhe resta outra classificação senão como terceiro.

Para concluir, ensinam Brambilla e Oliveira (2018, p. 65): “[...] o *amicus curiae* não se confunde com parte, pois não demanda nem é demandado, não titulariza nenhuma pretensão e apenas se coloca como terceiro [...] que intervém em processo de outrem, em que não é nem autor, nem réu”.

No entanto, como não podia deixar de ser, devido à complexidade desse instituto, é muito discutida sua classificação como intervenção de terceiro e muitas diferenças suas para com os demais assistentes processuais são sempre citadas.

Alguns autores diriam até mesmo que sua intervenção pode ser considerada atípica, sendo que elencamos duas das maiores diferenças do *amicus curiae* em relação às outras intervenções.

A primeira delas está relacionada ao interesse. Como ensina a doutrina processual civil, para intervir no processo, é preciso ao terceiro apresentar um interesse jurídico na demanda. É necessário que o interventor comprove que o processo poderá influir diretamente sobre alguma relação jurídica que possui. Não há tal característica quando tratamos sobre o amigo da corte.

O interesse do *amicus* pode existir, mas não se exige que ele seja jurídico, podendo ser social ou econômico, ou de qualquer outra natureza, sendo exigido somente do *amicus* a característica de representatividade, que será melhor elucidada adiante. A verdade é que o interesse do *amicus* é, em grande parte, reflexo ou mediato.

Antes de analisar a outra diferença marcante, é interessante ressaltar que o interesse do *amicus curiae*, existente ou não, nada traz de prejudicial à jurisdição e à lisura processual, visto que

é o próprio interesse que torna o terceiro um ente mais qualificado para o debate processual, sendo de interesse de todos (podemos visualizar isto dentro dos objetivos do direito processual em sua visão pública) uma melhor e mais qualificada argumentação em pareceres que poderão influenciar decisões futuras.

A outra principal diferença está relacionada aos efeitos que o *amicus curiae* sofre em relação ao julgamento. Ao se configurar uma intervenção de terceiros, é decorrência natural que aquilo que seja decidido no processo vincule o terceiro através da “coisa julgada”. O *amicus curiae* não sofre com os efeitos da coisa julgada, e pode livremente, inclusive, voltar a discutir sobre a matéria que motivou sua intervenção em outros processos.

O código de processo civil traz, para o *amicus curiae*, alguns requisitos e limites que valem ser citados.

Quanto às hipóteses de intervenção, segundo o art. 138, o *amicus* poderá intervir por pedido do juiz ou do relator, por requerimento das partes do processo, ou então pela própria manifestação daquele que deseja realizar a interferência, desde que autorizado pelo juiz. Diante do exposto conclui Eduardo Talamini (2016): “Portanto, essa é uma modalidade de intervenção que tanto pode ser espontânea (voluntária) quanto provocada (coata)”.

Ainda traz o código vários requisitos, objetivos e subjetivos para que haja a atuação do *amicus*. Quanto aos requisitos objetivos, deve haver a “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. A partir dessa formulação do artigo pode-se concluir que os requisitos não são cumulativos, e sim exemplificativos, como ensina o professor Talamini (2016):

“São duas as balizas: por um lado a especialidade da matéria, o seu grau de complexidade; por outro, a importância da causa, que deve ir além do interesse das partes, i.e., sua transcendência, repercussão transindividual ou institucional. São requisitos alternativos (“ou”), não necessariamente cumulativos: tanto a sofisticação da causa quanto sua importância ultra partes (i.e., que vá além das partes) pode autorizar, por si só, a intervenção. De todo modo, os dois aspectos, em casos em que não se põem isoladamente de modo tão intenso, podem ser somados, considerados conjuntamente, a fim de viabilizar a admissão do *amicus*.”

O código também faz ressalvas quanto às características subjetivas do sujeito interveniente. O *amicus curiae*, segundo o art. 138, poderá ser tanto pessoa física natural, quanto pessoa jurídica, tanto entes públicos quanto privados, entidades com ou sem fins lucrativos. A requisição que o código faz não está relacionada à natureza da pessoa, e sim à sua representatividade.

Representatividade que encontra sentido na capacidade que o terceiro terá de apresentar fatos e constatações relevantes que poderão contribuir para o processo e para a elucidação dos fatos como um todo. Poderia até mesmo se questionar a denominação dada a este requisito (representatividade) pois não há nenhuma espécie de representação ou substituição processual do

terceiro no instituto do *amicus curiae*, apenas uma ampliação do interesse defendido com a chegada de novas interpretações trazidas pelo *amicus*, aí sim se encontra o verdadeiro requisito que o legislador quis trazer quando se referiu à “representatividade adequada”.

Outra peculiaridade do *amicus curiae* dentro do CPC 2015 é que, no parágrafo segundo do art. 138, temos que caberá ao juiz ou ao relator determinar os poderes e a forma com que o *amicus* poderá atuar no processo. No entanto, existem alguns limites máximos e mínimos para que o juiz determine essa atuação; nesses limites encontramos ainda mais diferenças do *amicus* em relação a outras intervenções de terceiros, segundo Alexandre Freitas Câmara (2015):

“Enquanto o assistente pode recorrer de todas as decisões judiciais, o *amicus curiae* tem severas limitações recursais. Além disso, o assistente tem os mesmos poderes processuais que o assistido, enquanto o *amicus curiae* só tem os poderes que a decisão que admite sua intervenção lhe outorgar.”

Destarte todas as peculiaridades e características do determinado instituto, é inegável sua ampliação dentro do palco democrático que é (ou deveria ser) o processo e sua importância para a reafirmação dos pilares democráticos de nossa sociedade enquanto pluralista e lastreada na participação ampla das mais diversas figuras sociais e suas visões sobre o justo e o direito.

5 O AMICUS CURIAE E O AGIR COMUNICATIVO DE HABERMAS

Habermas, como discípulo da Escola de Frankfurt que era, buscou em sua filosofia criticar a instrumentalização da razão. Para ele e outros autores, a partir do iluminismo, a razão, que surgiu como instrumento de libertação intelectual humana, acabou se transformando em um instrumento de dominação, dirigida a fins objetivos. Há, segundo os filósofos da escola frankfurtiana uma espécie de “racionalização” do que de fato seria a razão.

O filósofo afirma em seus estudos que a linguagem deve ser uma verdadeira forma de ação, ou seja, ao falar os indivíduos exercem um ato que deve ser compreendido por seus interlocutores, assim como deve estar revestido de racionalidade, sinceridade e exatidão.

Para Habermas, é o diálogo livre de pretensões subjetivas, que buscam interesses particulares, que deve legitimar a base ética de uma sociedade, e para relacionarmos com as questões democráticas, também é o diálogo e o debate sobre as leis que deve legitimá-las.

Ao trazermos a mencionada filosofia frankfurtiana, especialmente em Habermas, ao campo processual em análise, podemos verificar, ainda mais, a importância da figura do *amicus curiae*.

Justamente por ter natureza de terceiro auxiliador, não especificamente da Corte, mas sim do debate, devido às suas características já analisadas, como a mencionada representatividade, o *amicus* se mostra como figura fundamental, dentro da filosofia habermasiana, para que haja o modelo comunicativo de ação racional, oposto à razão instrumental, que é, nas palavras de

Habermas (1984, p. 454):

“Chamo de ações comunicativas quando as interações sociais não são coordenadas através de cálculos egocêntricos do próprio êxito por parte de cada ator individual, considerado isoladamente, senão mediante operações cooperativas de interpretação dos participantes. Na ação comunicativa os atores não se orientam primariamente por seu próprio êxito, senão pela produção de um acordo que é condição para que cada participante na interação possa prosseguir seus próprios planos de ação”.

Ao se colocar o *amicus curiae* como amplificador do palco democrático que é o processo, vemos umas das características principais da teoria do agir comunicativo. Para o filósofo, o agir comunicativo ocorre quando as figuras, que são parte do diálogo, exercem ações coordenadas a fim de chegar a um entendimento consensual, e não de atender interesses particulares.

Quando adicionamos o amigo da corte ao processo, ele abre espaço dentro de sua característica litigiosa para um aspecto mais dialógico, visto que o *amicus* representa uma instituição ou fala em nome de um interesse, ou trás um conhecimento maior estritamente ligado ao objeto de discussão processual. O *amicus*, por não ser parte, não possui interesse em obter sucesso no litígio, e sim em esclarecer e enriquecer o diálogo.

Encontramos nesse aspecto do *amicus curiae* a base legitimadora de nossa democracia, bem como uma mola propulsora de seu principal objetivo, traduzindo a função processual em efetivação da cidadania, esculpida, caracterizada e espelhada na filosofia habermasiana.

5 CONCLUSÃO

Ao retomarmos algumas considerações feitas no presente artigo, temos como objeto principal da discussão o *amicus curiae* e sua importância democrática.

Por certo que não será um instituto processual, ligado tecnicamente *apenas* à inclusão de terceiros na atuação e participação jurisdicional, o responsável por efetivar de uma vez por todas nossa democracia.

Como já mencionado, a democracia brasileira é recente, se mostrando ainda frágil e pouco efetiva, sentindo falta desde fortes atuações institucionais até uma participação mais efusiva da própria população em todos os segmentos da sociedade, incluindo o processo.

O *amicus* se mostra uma figura importante para impulsionar a democracia em um aspecto específico, qual seja, a participação de um indivíduo, ou grupos de indivíduos, dentro do processo de terceiros, nos quais não estão em jogo interesses particulares dos próprios *amici*.

Essa mola propulsora democrática está longe de ser a única solução, e ainda é preciso que lutemos e discutamos muitos outros instrumentos em muitos outros aspectos do prisma democrático.

O filósofo Habermas, em sua complexa tese do agir comunicativo, visa, colocando de

forma simplificada, a valorização do diálogo. É preciso que a argumentação baseada na verdade seja a base para as nossas premissas éticas e democráticas. Aí talvez se encontre um instrumento essencial para todos os aspectos democráticos: o diálogo, o agir comunicativo.

Em um período no qual a comunicação, de forma geral, é cada vez mais fácil em razão do avanço da tecnologia, a comunicação dentro do processo segue o mesmo rumo; o acesso à justiça, por conseguinte, cada vez mais difundido, amplia a participação democrática na jurisdição.

Diante desse cenário, faz-se necessário dar um passo atrás, estudar antigas teorias, como a do agir comunicativo, já bem consolidadas, e aplicá-las a novos institutos, como o *amicus curiae*, pois dessa forma será possível que, por meio do diálogo verdadeiro, a intervenção de um terceiro no processo possa de fato levá-lo ao melhor desfecho possível: a justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAMBILLA, P. A. de S.; OLIVEIRA, J. S. de. **O *amicus curiae* como instrumento de efetivação de direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro. Um terceiro enigmático.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. **Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 234, p. 111-142, out. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45149/44793>>. Acesso em: 01 Jul. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A Intervenção do *amicus curiae* no novo CPC.** 23 out. 15. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/23/a-intervencao-do-amicus-curiae-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 05 Jul. 2019.

CRISTOVAM, T. C. . ***Amicus Curiae*: ferramenta de participação democrática ou de legitimação de interesses privados?** 2015, Belo Horizonte. Direito e Política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. Belo Horizonte: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2015. v. I. p. 406-433.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa: complementos y estudios previos.** Madrid, Cátedra, 1984.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25.ed.; São Paulo: Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo. ***Amicus Curiae no CPC/15***. 1 mar. 16. ISSN 1983-392X. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>>. Acesso
em: 05 Jul. 2019.

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A PERTINÊNCIA PROCEDIMENTAL DA CONTESTAÇÃO

Evandro Monteiro DOS SANTOS¹
Fábio Dias da SILVA²

RESUMO

O trabalho em questão objetivou traçar parâmetros para que seja quebrada a concepção de que no procedimento de produção antecipada de provas não é possível, de qualquer maneira, a contestação, sendo que o próprio legislador ordinário se contradiz em suas delimitações legais, devendo ser resguardado, para todo e qualquer fim, o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que a contestação é o instrumento processual por excelência para se contrapor a qualquer demanda/intento jurisdicional interposto, tal como a produção de prova contra terceiro e o próprio jurisdicionado. Desta maneira que temos que a contestação é o instrumento necessário, adequado e obrigatório para que se tenha a contraposição do terceiro e daquele que negou a prova estabelecer perante o juízo as suas delimitações dos motivos pelo qual a prova não pode ser produzida, haja vista que pode violar direitos fundamentais, como a intimidade, honra e vida privada. Com essas premissas que o estudo fez por bem delinear a obrigatoriedade e a pertinência da contestação para com a produção antecipada de provas, onde, no mais das vezes, não pode ser restrita de qualquer maneira.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipada. Prova. Pertinência. Contestação. Ampla defesa.

ABSTRACT

The present work aimed to draw parameters to break the concept that in the procedure of early production of evidence is not possible, anyway, the challenge, and the ordinary legislator itself contradicts in its legal delimitations, and should be safeguarded, for any and all purposes, the constitutional right of the ample defense and of the contradictory, since the contestation is the procedural instrument par excellence to oppose to any demand / trial jurisdictional brought, such as the production of evidence against third party and the own jurisdiction. In this way we have that the challenge is the necessary, adequate and obligatory instrument to have the counterpart of the third party and the one who denied the proof establish before the court its delimitations of the reasons why the proof can not be produced, may violate fundamental rights, such as privacy, honor and privacy. With these premises the study did well to outline the obligation and relevance of the challenge to the production of evidence, where, more often than not, it can not be restricted in any way.

KEYWORDS: Anticipate. Proof. Relevance. Contestation. Wide defense.

1 INTRODUÇÃO

Desde o anterior Código de Processo Civil de 1973 temos as denominadas ações cautelares onde, pautando-se da tutela cautelar, obtém-se um acautelamento do direito trazido à apreciação do Poder Judiciário, de modo que a urgência do caso concreto justifique um provimento jurisdicional

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. evandro570@gmail.com.

2 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.

mais célere frente aos demais.

A partir daquele momento já surgia no ordenamento jurídico pátrio o poder geral de cautela, tendo em vista que é necessário, dada as circunstâncias do caso, uma literal cautela para com o direito, sendo que se não for observada terá, de outro modo, uma legítima perda do objeto trazido, vezes que a natureza de direito material que sujeita o jurisdicionado a pleitear uma tutela cautelar por meio da ação judicial.

Naquele tempo do CPC de 1973 tínhamos as ações cautelares inominadas e as nominadas, de tal sorte que as primeiras eram tratadas a partir da observância do poder geral de cautela, e não se atentando ao caso concreto em si, como são postas as segundas ações, uma vez que essas sim atrelaram-se aos pressupostos do direito trazido ao Poder Judiciário.

Pelo Código de Processo Civil de 2015 trazendo fortes e grandes modificações no ordenamento jurídico pátrio, temos que as denominadas ações cautelares nominadas perderam um pouco o sentido de ser, haja vista que o objetivo do legislador ordinário foi, no mais das vezes, resguardar o direito cautelar a partir do poder geral de cautela.

E, com esse poder geral de cautela, obtemos um acautelamento do direito, pouco importando a natureza jurídica do direito material, trazendo maior segurança ao jurisdicionado que não se vê restrito àquele nome descrito para a tutela requerida, mas, sim, para o objetivo maior que é acautelar o direito trazido no bojo dos autos do processo.

Desta maneira preliminar, pautando-se do poder geral de cautela que ainda vislumbramos algumas tutelas cautelares existentes no CPC de 2015, tal como a produção antecipada de provas que, mesmo que não detenha de procedimento próprio para tanto, aplica-se a maioria gama dos direitos trazidos pelo procedimento comum.

Por essa concepção, o que se vislumbra é uma falta de pressupostos específicos para a produção antecipada de provas, sendo que por mais que tenha alguns instrumentos precisos para esse tipo de tutela cautelar, há uma carência no que tange à instrumentalidade do processo em si, principalmente o que se fazer após pleiteado o pedido antecipatório.

Uma dessas carências específicas, muito embora tenha previsto no CPC de 2015 que a produção antecipada de provas não se admita, em hipótese alguma, o oferecimento de contestação, surge a indagação da impossibilidade de resguardar o amplo direito de defesa e do contraditório, violando conseqüentemente direito tanto de terceiros que podem ser ofendidos com a prova produzida, como também daqueles que não detêm de relação alguma com o objeto da prova.

Assim sendo, não obstante haja uma proibição, e conseqüentemente impossibilidade, de oferecimento da resposta por meio de contestação, não podemos deixar que o procedimento antecipatório de provas, a partir de uma tutela cautelar, possa violar direitos de quem não aceitaria a

produção da prova tal como fora realizada, como também não detinha de interesse algum de que determinada prova fosse produzida.

2 DO PROCEDIMENTO ANTECIPATÓRIO DE PROVAS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A produção antecipada de provas está prevista no ordenamento jurídico pátrio como um instrumento de tutela cautelar, mesmo que inserido na parte do direito probatório, porém, com características próprias e específicas para que se tenha uma concepção literal de acautelamento do direito tutelado no bojo dos autos do processo jurisdicional.

Cabe destacar especificamente as hipóteses onde temos a concretização da produção antecipada de provas, nos exatos termos dos incisos do artigo 381 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Pelo que se demonstra o legislador ordinário de 2015 esteve preocupado com o direito de produzir provas, principalmente quando a prova, pela demora do tempo, venha a se tornar uma prova de difícil, ou até impossível, concretização, haja vista que se houver uma demora pode provocar uma inviabilidade de produzir a prova da maneira como seria realizada nos dias atuais.

E nesse viés, a partir do inciso I do artigo 381 supra citado, que temos a existência da tutela cautelar, tendo em vista que seu requisito urgência faz com que se justifique a produção de forma antecipada, sem qualquer ouvida das partes, com o intuito específico de que a parte seja resguardada com o objeto da prova a ser idealizada no mundo fático e de direito material.

Nessa oportunidade o direito a ser acautelado necessita de que, pela impossibilidade ou difícil verificação dos fatos a ser produzida determinada prova, ao invés de ser prejudicado pela evidente inviabilização da dilação probatória, seja produzida de maneira mais rápida e eficaz do que aquela que se teria até se aguardar o momento processual adequado para tanto, dando a conotação de emergência do procedimento adotado.

As demais hipóteses da produção antecipada de provas, no mais das vezes, se assemelham com o caráter da tutela cautelar, onde pelo inciso II temos que o objetivo do legislador foi observar a autocomposição, uma das normas fundamentais do processo civil de 2015, onde a prova produzida possa sustentar um meio alternativo de solução de conflitos, por exemplo.

Do mesmo modo como o inciso III a ser analisado brevemente, o inciso II faz com que o

objetivo das provas produzidas possa fazer com que o cidadão que pensa em interpelar outrem frente ao Poder Judiciário tenha objetivamente o intuito de solucionar aquela demanda de maneira consensual e sem qualquer conflito ante as provas produzidas em caráter preliminar por meio de demanda própria.

E, por último, pelo inciso III vislumbramos que se concretize um evidente poder geral de cautela que fará com que o jurisdicionado que se encontre em dificuldades de ter conhecimento dos fatos, a partir da ausência de provas, produza provas a efetivamente preparar, ou não, uma futura demanda judicial que poderia ser evitada.

Essa hipótese é a que merece destaque, principalmente quando se busca uma tutela jurisdicional adequada e proporcional ao intento das partes, ou seja, se as provas produzidas de modo antecipado trazerem instrumentos hábeis e adequados a concretizar não só a (in) existência de direito, mas, também, adiantar eventual postulação, onde seja possível vislumbrar efetivamente que aquele quem interpelou a jurisdição demonstre intuito meramente protelatório e sem evidente parcela de direito.

Nesse parâmetro, não diverso das demais previsões, temos que o legislador buscou fazer com que as provas a serem produzidas, como também aquelas que são impossíveis, ou até difíceis, de serem visualizadas, sejam instrumento a concretizar não só uma ação judicial como também a evitar esse procedimento que, se as provas convergirem para a ausência de direito, demonstrará o intuito totalmente temerário do jurisdicionado ao, mesmo assim, insistir pela demanda judicial.

2.1 Natureza jurídica

Por natureza jurídica da produção antecipada de provas temos que, sob o contexto de jurisdição, esta pode adotar o caráter contencioso ou de jurisdição voluntária, sem a litigiosidade em si.

Para fins de diferenciação entre as esferas de jurisdição Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 173) estabelecem os seguintes pressupostos:

[...] vem a doutrina dizendo que os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais, porque: a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; b) não há o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes; c) além disso, o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucederia sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado.

Pelas observações trazidas e postas em aplicação frente ao procedimento tratado vislumbramos que não se trata, no mais das vezes, de jurisdição voluntária, tendo em vista que há

uma determinada resistência daquele que é detentor da prova a ser objeto de antecipação, motivo pelo qual é necessário que se tenha a propositura da demanda antecipatória de provas.

Dessa mesma maneira temos que o procedimento de produção antecipada de prova necessita, e aqui vemos como requisito indispensável ao pressuposto processual de interesse de agir, de prévio requerimento frente à pessoa física ou jurídica a ser requerida a prova a ser produzida, no mais das vezes trará um conteúdo/natureza contenciosa ao procedimento.

Não obstante essas constatações, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 142-143) assim lecionam:

O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar - não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma *litigiosidade potencial*. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova.

De modo diverso ao defendido temos a posição de que a produção antecipada de provas, por si só, não detém de caráter contencioso, mas, sim, de jurisdição voluntária, uma vez que somente há a afirmação, e direito, de produzir prova, e não questionando a pertinência fática da prova em si.

Essa conclusão exposta nada mais é do que o que se discute na produção antecipada de prova é a possibilidade de produzir a prova, e não se essa é pertinente, ou não, resguardando o direito de provar do jurisdicionado.

E a partir desse ponto vislumbramos a posição adotada pelo legislador ordinário acerca da inviabilidade de responder/recorrer aos termos da produção antecipada de provas, vezes que haverá, como será exposto posteriormente, um evidente conflito de direitos fundamentais, aquele de produzir provas e o direito à intimidade, direito de contraditório e ampla defesa.

Não obstante esse fato, observamos que de toda maneira o procedimento de antecipação de provas, mesmo que não haja litigiosidade no direito constitucional de produzir provas, poderá acarretar na violação da honra, imagem e intimidade de quem é requerida, evidenciando ainda mais o caráter contencioso do instrumento, o que lhe é inerente, com a consequência lógica de resguardar a ampla defesa e o contraditório.

Assim, a natureza jurídica de referido procedimento poderá cingir tanto na possibilidade de ser contencioso, caso tenha uma resistência justificada por parte de terceiros e de quem quer que seja, como também de natureza de jurisdição voluntária se condizer literalmente ao direito de prova do jurisdicionado, partindo da sua esfera de direito tutelada no bojo dos autos do processo.

2.2 Da inadmissibilidade de contestação

A princípio, nos termos do § 4.º do artigo 382 do Código de Processo Civil, temos que “neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

Pela dicção deste artigo observamos que não há possibilidade alguma de oferecer qualquer defesa ou recurso no procedimento antecipatório de provas, ressalvada a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo Autor da ação, a qual a própria legislação destina recurso próprio para tanto.

Não obstante essa disposição é certo que merece, e deve, ser alvo de críticas, haja vista que está prejudicando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa quando dispõe que não há que se falar em defesa ou recurso no procedimento.

Além da violação latente ao contraditório e a ampla defesa, é possível observar que caso se tenha a produção de prova que viole os direitos à intimidade, honra, direitos aqueles protegidos na Magna Carta como fundamentais ao homem, não há que se falar em qualquer defesa ou impedimento, estando o Código de Processo Civil expresso nesse sentido.

Surge, assim, a plena possibilidade do jurisdicionado, autor da demanda antecipatória, simplesmente requerer a produção antecipada e somente aguardar o deferimento ou indeferimento da produção de prova, sendo que não haverá de ser respeitado o contraditório e a ampla defesa.

De outra banda, há por parte do próprio legislador ordinário que se o requerente da produção antecipada de provas tiver consigo o parcial deferimento de seu pedido não poderá recorrer dessa decisão parcial, vezes que não há previsão legal para tanto.

Sobre essa disposição legal Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 149-150) sustentam:

Mas daí a dizer, como o faz o §4º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar - além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício. Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe.

Consoante observação da doutrina é preciso destacar que o passo que o legislador ordinário tomou trouxe uma latente violação ao contraditório e ampla defesa, e conseqüentemente a surgir discussão acerca da sua constitucionalidade ou não do dispositivo supra relacionado.

Ademais, com a previsão de citação de terceiros há a participação do interessado no processo e quando se diz participação efetivamente deve ser resguardada a possibilidade do terceiro a repudiar a produção de prova requerida, como também de se contrapor aos pontos trazidos quanto à produção de prova requerida.

No mesmo trilho Flávio Luiz Yarshell (2015, p. 1042) assim ensina:

[...] De forma semelhante ao que foi dito sobre a defesa do réu, aqui a lei pareceu ignorar que o deferimento da antecipação pode violar direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade. Ou seja: a lei parece ter partido da falsa premissa de que o deferimento da prova jamais poderia acarretar prejuízo para o demandado; o que é clamoroso equívoco. Portanto, na premissa de que a decisão que deferir a prova também pode ensejar interesse recursal, a supressão legal – tanto mais porque gera injustificado desequilíbrio entre os litigantes – deve, mais uma vez, ser interpretada à luz da Constituição Federal e dos limites trazidos pelo § 2.º do artigo 382 do Código de Processo Civil.

Pelos brilhantes ensinamentos supra relacionado é possível preconizar que ao colocar sob análise a presente disposição legal não devemos considerá-la no sentido literal da palavra, vezes que não poderia o legislador infraconstitucional dispor de condições e limitações ao contraditório e ampla defesa, direito constitucional extrapolando literalmente os limites de seu poder legiferante.

A partir dessas concepções temos que o Código de Processo Civil de 2015, como também alguns magistrados adotando a legislação pátria vêm decidindo acerca da inadmissibilidade de recursos e defesas no caso de produção antecipada de provas, porém, não deve ser levado em caráter literal, tendo em vista que a prova a ser produzida pode evidentemente trazer prejuízos para as partes como também terceiros.

Para todo fim, o dispositivo legal deve ser lido com grande observação, tendo em vista que pode, e com certeza acarretará em uma violação de direitos constitucionalmente reconhecidos tanto pela Constituição da República de 1988 como também pelo ordenamento jurídico pátrio.

2.3 Efeitos da produção antecipada de provas frente a terceiros

Pelo que se demonstrou, há a necessidade de apresentação da contestação no procedimento da produção antecipada de provas, principalmente para resguardar o contraditório e a ampla defesa mas, ainda mais importante, é o efeito frente a terceiros que pode acarretar esse procedimento, de tal forma que o legislador ordinário fez por bem prever a intimação/citação de terceiros.

Como já ensinado pela doutrina supra citada, não haveria que se falar em citação, e conseqüente apresentação de contestação, se o próprio § 1.º do artigo 382 do Código de Processo Civil prevê a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado.

Salta aos olhos que é decorrência lógica da citação dos terceiros a apresentação de sua resposta através de contestação e, somente com esse instrumento processual que é possível que se tenha a visualização da possibilidade de produzir a prova tal como requerido pelo demandante.

E, sob esse prisma de pensamento que se vislumbra um entendimento mais concreto acerca da pertinência da apresentação da contestação, chegando a concluir que somente após desta que deverá ser fornecida a prova requerida, vezes que se o terceiro interveniente se contrapor a prova produzida, de uma forma com que inviabilize a sua produção frente ao procedimento quando da análise pelo magistrado, terá uma concretização da intimidade e honra do jurisdicionado.

De toda sorte deve ser analisada a legitimidade do terceiro interveniente para o procedimento, sendo que nas razões de decidir deve o magistrado vislumbrar se, de fato, o terceiro interveniente tem razão em se contrapor à prova a ser produzida, ou não.

Daniel Colnago Rodrigues (2017, p. 46-47) preconiza que os terceiros podem ser classificados como terceiros juridicamente indiferentes, aqueles que não detêm de qualquer relação com a questão debatida em juízo, englobando também os terceiros com interesse de fato, sendo pessoas que são titulares de relação jurídica autônoma, porém de alguma forma conexa com a que se tornou nos autos do processo, como terceiros juridicamente interessados onde são aqueles que têm ligação jurídica ou fática com a questão controvertida, seja em razão de questão conexa à tratada nos autos do processo ou pelo fato de que participaram da questão controvertida, ou até que ainda tem interesse institucional no debate da matéria de determinada demanda judicial.

De acordo com a doutrina vislumbramos que o conceito de terceiro, e também sua legitimidade, é abrangente, de tal forma que os terceiros, em breve síntese, devem ser aqueles que detenham de uma relação jurídica, por mais que seja mínima, com o objeto tutelado nos autos.

Ao voltar os olhos para a produção antecipada de provas temos que esse instrumento jurídico deve adotar da maior publicidade possível, e com isso engloba os terceiros, qualquer que seja sua qualidade, tendo em vista que a prova a ser produzida pode ocasionar lesão a algum direito de personalidade, e também de direito fundamental, no qual o próprio terceiro deve intervir para que essa prova não seja produzida como fora no bojo dos autos do processo.

E essa cautela pôde ser bem observada pelo legislador ordinário, tendo em vista que preconizou, de forma expressa, a possibilidade de que o terceiro adentre aos autos do processo para que, de uma forma concreta e adequada, faça com que o bem da vida a ser resguardado, nesse caso a prova a ser produzida, seja respeitado e não conduza à uma violação de direitos fundamentais daquele interveniente.

Com isso, temos que os efeitos da produção antecipada de provas, tal como já consignado alhures, pode causar uma violação à intimidade, vida privada e honra do terceiro, vezes que o seu chamamento ao processo visa especificamente conduzir à uma redução de ilegalidades, e mais, redução de inconstitucionalidades, tendo em vista o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

3 A PERTINÊNCIA DA APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Cabe trazer a observação, em primeiro lugar, de Ovidio A. Baptista da Silva (2006, p. 79) acerca do problema “tempo” no processo:

Esta luta constante contra o tempo que não apenas o juiz, mas, igualmente, o legislador e o próprio doutrinador de processo desenvolvem buscando reduzir sua influência, de modo que haja sempre a maior aderência possível entre a estrutura e as exigências de cada espécie de direito e o correspondente instrumento processual criado para dar-lhe efetiva *vigência prática*, este anseio pela *efetividade* dos direitos subjetivos reconhecidos pela ordem jurídica, é que tem determinado o descomunal crescimento não só da tutela cautelar, mas das outras formas de tutela sumária não cautelares.

Desde aquele tempo a doutrina já observava que o ordenamento jurídico pátrio e o Poder Judiciário em conjunto tratavam o tempo como um problema a ser solucionado, de tal sorte que houve o crescimento das tutelas a serem obtidas em cognição sumária, não exatamente das tutelas cautelares em si.

O modo como era tratado o caráter emergencial e urgente em que as tutelas se fundamentavam ocasionava a denominada eficiência procedimental, tendo em vista que no mais das vezes o tempo era o maior vilão para que se houvesse a concessão daquela tutela que só seria concedida no final do andamento processual, sob cognição exauriente.

Entretanto, com a produção antecipada de prova não é possível ser concedida sua tutela jurisdicional de forma indiscriminada, uma vez que pode ser que a prova a ser produzida, tal como retratado anteriormente, possa trazer prejuízos à vida, intimidade, honra de terceiros e até quem se recusou a fornecer a prova a ser produzida, devendo ser utilizado o critério de “efetividade” com cautela.

Os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior (2016, p. 114):

Cabe, pois, à Justiça não apenas dar uma resposta qualquer ao demandante, nem mesmo simplesmente enquadrar formalmente o fato deduzido em juízo no enunciado legal que lhe corresponda, dentro do ordenamento jurídico positivo. O direito de ação é abstrato, no sentido de que pode ser exercido sem prévia demonstração da existência efetiva do direito material que se pretende fazer atuar. Mas a tutela jurisdicional, que só é disponibilizada a quem realmente se encontre na titularidade de um direito subjetivo lesado ou ameaçado, tem de ser *efetiva e justa*, dentro das perspectivas traçadas pela ordem constitucional.

Ao se adotar o critério de efetividade procedimental temos que ter uma conjugação de todas as formas controvertidas de direito, englobando tanto a norma legal, como também o que fora alegado pelas partes, trazendo uma conotação igualitária entre o que foi dito e o que foi decidido, até mesmo vislumbrando a adequação ao princípio da congruência jurisdicional.

Para tanto, há a observação correta e concreta de que deve ter o englobamento do previsto constitucionalmente para com o previsto no campo infra legal, tendo assim a observação do contexto como um todo, vislumbrando e resguardando todos os direitos e deveres tratados no campo jurisdicional.

Nesse contexto de idéias temos que a efetividade procedimental não só é aplicada sob o viés de procedência da demanda judicial como também que deve ter como efetivo um procedimento judicial quando a tutela jurisdicional é entregue da maneira como o jurisdicionado buscava.

Em critério de exemplificação, sob o contexto da produção antecipada de provas, temos que o terceiro, ou qualquer que tenha o interesse de que a prova não seja produzida como requerida pelo jurisdicionado, se houver a contraposição e não exibição/produção da prova, há a efetividade procedimental por parte do jurisdicionado que o requereu.

A contestação, assim, irá guardar a efetividade procedimental para aquele que não detém de interesse de que a prova seja produzida, de tal sorte que irá se contrapor e exercer seu direito constitucional de ampla defesa e do contraditório.

Não pode, assim, ter em mente de que o caráter emergencial da forma de tutela requerida, como também aquele critério urgente, ser violador de direitos e garantias constitucionais, sob o fundamento de que a tutela tem de ser deferida sob pena de inviabilizar a fruição do direito tutelado no bojo dos autos do processo.

3.1 Da necessidade de resguardo do contraditório e da ampla defesa

Com o fito de eficiência procedimental, como também ser pertinente a apresentação de contestação para com o procedimento antecipado de provas, temos que é necessário, tal como corroborado de forma exaustiva no bojo desse trabalho, a apresentação de contestação pela parte contrária e o terceiro que não concorda com os termos do requerimento trazido pelo demandante.

E essa contestação não resplandece o interesse dos terceiros, como também daquele contra quem será produzida a prova, o eventual sujeito passivo da demanda, mas, também, resguarda o contraditório e a ampla defesa, direitos fundamentais previstos constitucionalmente que não podem ser relevados em qualquer esfera jurisdicional ou administrativa.

É certo, tal como já destacado anteriormente, que o ordenamento jurídico pátrio é composto de normas para que sejam ressalvadas em caso de conflito entre direitos tidos como fundamentais, a se utilizar da ponderação ou até da prevalência de um sobre o outro, se um determinar uma forma maior de abrangência do direito fundamental do jurisdicionado.

No contexto dos direitos fundamentais de direito processual Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 251) preconizam o seguinte:

Anote-se que, no âmbito dos direitos fundamentais de caráter processual, verifica-se, não raras vezes, a invocação (e aplicação) da garantia do devido processo legal, como garantia geral, em lugar das garantias especiais do direito ao contraditório e da ampla defesa, do juiz natural ou da proibição do uso de prova ilícita. Ou, ainda, a aplicação da garantia geral do devido processo legal e de uma garantia especial. Não se tem aqui propriamente uma relação de concorrência efetiva ou real, a resolver com base no princípio da especialidade, mas, talvez, a compreensão de que o âmbito de proteção dessas garantias especiais ainda não se teria autonomizado completamente da garantia geral referida.

O devido processo legal, assim, deve ser resguardado, tal como o direito à ampla defesa que, em consonância com a doutrina citada, engloba o devido processo legal como cláusula geral e

a cláusula especial a ampla defesa, dispondo às partes, e todo aquele que tiver interesse na demanda processual, de um resguardo de seu direito constitucional de poder oferecer a resposta necessária para com a prova a ser produzida.

Necessário se faz tecer a seguinte explanação afim de configurar o resguardo da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que se uma prova a ser produzida violar direitos e garantias fundamentais, e for impossibilitada qualquer defesa do jurisdicionado, tal como previsto pelo legislador ordinário, certamente estará violando direitos e garantias, como também estará perpetrando o jurisdicionado de poder oferecer resposta e resistência à dilação probatória.

Não se questiona, de maneira alguma, que essa resistência certamente ocasionará a sucumbência, se for injustificada, porém, não deve ser tida como obstáculo para que possa ser oferecida qualquer resposta pelo terceiro ou aquele que tenha contra si produzida uma prova requerida.

O que se objetiva é o interesse maior e resguardar a Constituição da República de 1988 que disciplina expressamente o devido processo legal e ampla defesa, instrumentos e direitos necessários para que vivemos em sociedade e tenhamos um processo jurisdicional adequado e principalmente legal.

A partir da consagração da ampla defesa e do contraditório no procedimento antecipatório de provas temos que resguardará, também, a função e objetivo da prova, bem como que fornecerá maior convencimento ao juiz quanto àquela prova, vezes que colocará em cheque que a prova, tal como produzida, poderá desde já ocasionar danos e vislumbrar, mesmo que em caráter sumário, uma inviabilidade do procedimento futuro, caso for proposto sob o crivo do Poder Judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2015, p. 65) assim ensinam:

Com efeito, a função da prova é permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da sua impugnação por outro sujeito do diálogo. É por essa razão que somente os fatos (*rectius*, as afirmações de fato) controvertidos são objeto de prova; as afirmações de fato sobre as quais não se levanta (por nenhum dos sujeitos do processo) qualquer dúvida são incontrovertidas e, portanto, estão fora da investigação processual [...]

Sob esse parâmetro temos que a função da prova a ser produzida, tal como na antecipação das provas, é para que se tenha um embasamento para que demanda futura e principal seja ou não proposta, uma vez que o Código de Processo Civil atual não mais exige somente a urgência para a sua concessão. E sob esses ensinamentos temos ainda mais a exigibilidade da contestação, vezes que se não houver contraponto à produção antecipada de provas não poderá, de qualquer maneira, ser resguardado o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

No mesmo sentido Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 1104) trazem as seguintes observações:

A parte pode alegar toda a sorte de matéria de ordem pública que obste a produção de prova contra si dirigida. Entretanto, a ampla defesa e o contraditório, que por contestação, ou por recurso já poderiam vir a ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de prova, por expressa disposição legal, ficam diferidos para o momento processual adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar.

Não pode, e não deve, ser o jurisdicionado lesado de seus direitos fundamentais, ainda mais que eventual produção de prova deve ser resistida no procedimento adequado e onde foi produzida, sendo que se for produzida inadmitindo resposta do terceiro interessado já terá lesado seu direito.

Por assim ser, como o intuito da produção antecipada de provas é fazer com que a prova seja produzida, e como essa prova pode provocar lesões aos direitos de personalidade e direitos fundamentais, é necessário e obrigatório, por assim dizer, que seja resguardada a ampla defesa e o contraditório através da contestação.

4 CONCLUSÃO

Por todas essas premissas adotadas é plenamente possível concluir que o legislador ordinário de 2015, a partir do Código de Processo Civil de 2015 foi infeliz ao retirar de qualquer possibilidade a contestação, mesmo que tenha determinado, de ofício, a citação de terceiros interessados na produção da prova.

Não somente a contestação é necessária para resguardar o direito à ampla defesa e ao contraditório, mas, também, para que se tenha o resguardo do devido processo legal aos jurisdicionados e aos terceiros para qualquer que seja a pertinência da não produção da prova, tal como requerida pelo autor da demanda.

A contestação não versará precipuamente acerca da produção da prova, mas sobre o direito à intimidade, vida, de que a prova poderá acarretar ao jurisdicionado, sendo, no mais das vezes, inviabilizada sua produção por violar direitos de terceiros e da própria parte que recusou produzir a prova.

Por óbvio que o Poder Judiciário, frente à impossibilidade legislativa de não oferecer contestação, não pode se manter inerte por essas razões, uma vez que deve cotejar, e interpretar o ordenamento jurídico pátrio como um todo e não somente baseado na lei ordinária, suplantando a lei com a Magna Carta.

Dentro dessas razões não pode o jurisdicionado ser negado de oferecer sua resposta através de contestação, seja resistindo à pretensão, ou até fundamentando o por que da razão que a prova não deve ser produzida da maneira como requerida, pelo simples fato de que se o legislador prevê a citação, este aceita, mesmo que tacitamente, a resistência por parte do jurisdicionado ou terceiro

interessado para tanto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

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.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: volume 2 : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

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.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

YARSHEL, Flávio Luiz. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CONSTELAÇÕES FAMILIARES: A APLICABILIDADE DO DIREITO SISTÊMICO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Ana Lara Sardelari SCALIANTE¹
Gilberto Notário LIGEIRO²
Matheus Dalta PIMENTEL³

RESUMO

O presente trabalho visa, em suma, analisar a utilização da prática psicoterapeuta sistêmica na mediação e conciliação de litígios familiares no seio do Judiciário, ponderando os principais aspectos e vantagens da utilização desta prática; explanando os elementos jurídicos, históricos e sociais que moldaram a família no direito civil brasileiro, além de explanar sobre a evolução das Constelações Sistêmicas para o Direito Sistêmico: método alternativo de resolução de conflitos idealizado pelo Juiz de Direito Sami Storch e premiado pelo Conselho Nacional de Justiça. Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), o legislador passou a priorizar, nos parágrafos segundo e terceiro do art. 3º, os métodos consensuais autocompositivos de solução de demandas que funcionam como equivalentes jurisdicionais, com o objetivo de satisfação social e efetivo acesso à justiça visando, principalmente, a celeridade dos processos. A elaboração deste trabalho é justificada pela novidade do tema, consonante com a ascensão do interesse pela abordagem sistêmica em nosso Poder Judiciário, na busca de outras instituições que facilitem as resoluções dos conflitos, visto que nestes há maior teor social do que jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Constelação Familiar. Direito Sistêmico. Pacificação de conflitos.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the use of systemic psychotherapy practice in conciliation and mediation of family disputes in the Judiciary, considering the main aspects and advantages of it; explaining the juridical, historical and social elements that gave form to the family on the brazilian civil law, besides to explain about the developement of the Family Constellations to Systemic Law: a tool to alternative methods of resolution of conflicts, idealized by judge Sami Storch and awarded by National Council of Justice. With de advent of the New Code of Civil Procedure (Act nº 13.105/15), the legislator has given priority, on the second and third paragraphs of Article 3, to

-
- 1 Graduada em Direito pelo “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP. Membro do grupo de estudos “DIPSIN – Direito, Psicologia e Neurociência” da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP. E-mail: lara.sardelari@hotmail.com
 - 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. Orientador deste trabalho.
 - 3 Graduando em Direito pelo “Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP. Bolsista de Iniciação Científica e membro do grupo de estudos “Direitos Humanos, Cosmopolitismo e Internormatividade” pela mesma IES. E-mail: matheus_dalta@hotmail.com

autocompositive consensual methods of resolution of conflicts that work as jurisdictional equivalents, with the objective of social satisfaction and effective access to justice, aiming mainly the agility of justice. The development of this work is justified by being a new, raising subject, consonant with the increasing interest by the systemical approach on our Judiciary, searching another institutions that could help to simplify conflict resolution, since in these there is more social than legal content.

KEYWORDS: Family Constellation. Systemical Law. Pacification of Conflicts

1. INTRODUÇÃO

Anteriormente à construção do modelo de família como conhecemos atualmente, as sociedades antigas já se organizavam em grupos unidos por laços afetivos ou consanguíneos, materializando-os em clãs; tribos e dinastias.

A palavra família descende do latim *famulus*, que significa “servos” ou “escravos domésticos”, e designava aqueles que trabalhavam na agricultura familiar ou que pertenciam ao mesmo patrão. É considerada a primeira forma de organização social, seja pelos laços consanguíneos (quando as pessoas possuíam um ancestral em comum), seja pelo advento do matrimônio. A família, por ser mais antiga que o Estado, constitui-se como célula germinal da comunidade estatal (MEDEIROS, 1997, p. 24).

Os hebreus designavam família como sendo a reunião de descendentes e ascendentes ou de pessoas que exerciam sua atividade laboral em comum, sendo nominada de “casa do pai”, reunidos sobre o poder do ancião. (MORAES, 2011, p. 66) Já um pequeno grupo no sudoeste da China denominado “Mosuo”, ou “Reino de Mulheres” coordenavam a família sob o domínio do matriarcado, sendo dado às mulheres a prerrogativa de escolher seus parceiros sexuais; somente se relacionar por deleite ou com o intuito de gerar descendentes, e não para contrair matrimônio estável e fixo como é moldado pela nossa cultura. Também era instituído às mães o poder familiar, sendo reservado ao pai somente a função procriativa. (SANTOS; ARAÚJO, 2013, p. 81).

Durante a Idade Média, construiu-se o conceito e o modelo de família preponderante nas sociedades ocidentais, através da união matrimonial com o intuito de gerar herdeiros e constituir um círculo familiar respaldado no Cristianismo e nos dogmas instituídos pela Igreja Apostólica Católica Romana, principal instituição religiosa que influenciou e ainda influencia em boa parte da Europa e em praticamente toda a América.

Para o filósofo e psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, a concepção de família consagrada pela Constituição de 1988 como base da sociedade, é moldada sob a égide das ordens do amor (pertencimento, hierarquia e equilíbrio); eles soberanos que transcendem os limites sensíveis comuns aos homens (HELLINGER, 2007).

Em alguns casos, a inobservância dessas ordens propulsiona conflitos e traumas que parasitam famílias por gerações, desconstruindo relações que, pela força natural, deveriam se manter estáveis por toda a vida.

As constelações sistêmicas buscam edulcorar os conflitos existentes dentro de um círculo de pessoas, reconstruindo laços que se partiram e promovendo relacionamentos saudáveis e sem máculas através de um sistema simples e – na maioria das vezes – rápido.

A utilização do instituto das Constelações Sistêmicas Familiares já é realidade em diversas comarcas, com o crescente número de Comissões de Direito Sistêmico, e presente em 17 Tribunais brasileiros. Segundo o CNJ, a técnica está sendo aplicada a mais de 300 casos no Estado do Rio de Janeiro, no Tribunal de Justiça do DF e também na 2ª Vara de Família de Itabuna/BA, precursora da utilização da técnica no Judiciário.

De acordo com os ditames da resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, os juízos monocráticos, colegiados e tribunais superiores possuem liberdade de utilizar técnicas que inovem na resolução de conflitos judiciais, promovendo ao Judiciário brasileiro moralidade, eficiência e celeridade. Isso está em conformidade com o §3º do art. 3º do CPC/2015 *in verbis*:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 3º. A conciliação, a mediação e **outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (Grifo nosso).

É necessário um olhar amplo por parte do operador do direito para que se possa compreender as razões sociais e até mesmo as psicológicas existentes por trás da relação jurídicomaterial. Neste contexto, destacam-se as chamadas constelações familiares, idealizadas pelo filósofo e psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, que consiste em uma abordagem sistêmica e fenomenológica cuja finalidade é a de estudar os padrões comportamentais dos familiares do indivíduo através das gerações, utilizando-se de representantes ou bonecos.

O presente trabalho apresenta caráter metodológico qualitativo no tocante à abordagem, objetivando produzir informações aprofundadas e exploratórias no que cerne ao seu objetivo. Utilizou-se a metodologia dedutiva, por meio da revisão bibliográfica majoritariamente virtual, visto que grande parte dos estudos relacionados ainda se encontram em fase de desenvolvimento; e da obtenção de relatos de indivíduos participantes das chamadas Constelações Familiares, bem como os resultados obtidos e publicados pelo jurista Sami Storch, idealizador da expressão “direito sistêmico” e pioneiro na aplicação desta técnica no Brasil.

Observa-se que a técnica de Hellinger neste cenário não figura como método consensual de resolução de conflitos, mas sim como uma ferramenta interdisciplinar para tal feito. O Brasil é pioneiro na utilização desta técnica no judiciário, pela iniciativa do magistrado Sami Storch, que

entre 2012 e 2013, alcançou 100% (cem por cento) de acordos em processos em mutirão nos quais o polo passivo e o ativo estiveram presentes para resolução.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A Família No Ordenamento Constitucional Brasileiro: Origem e Características

O sistema Constitucional brasileiro, principalmente após a institucionalização da República, possui um histórico de glorificação aos princípios generantes que constituem a família, além de uma especial análise ao instituto do casamento civil, legalizado somente em 1890, através do Decreto nº 181; respaldado nos princípios republicanos que o Estado havia agregado naquele período.

Destarte, a primeira Constituição republicana brasileira trouxe em seu texto legal uma proteção especial ao instituto, ditando-o no Art. 72, § 4º: “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

As duas cartas magnas posteriores, editadas sob a égide do governo de Getúlio Dorneles Vargas, continuaram a consagrar a família em seu rol, distribuindo-a nos artigos 144 ao 147. O instituto, em comparação com a Constituição de 1934, sofreu poucas alterações na Constituição de 1937, também conhecida como “Polaca”.

Art 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

As três leis supremas subsequentes (1945, 1967 e 1969), praticamente não ofereceram nenhuma alteração consubstancial para a família no direito brasileiro, mantendo as principais características asseguradas pelas cartas anteriores.

Por fim, a Constituição Cidadã de 1988, em conjunto com a seara do Direito Civil, consagra o instituto da família como elemento basilar para a consolidação de uma sociedade íntegra, idônea e justa; materializando esse diadema no rol do Capítulo VII, artigo 260 do seu texto de lei.

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. (Grifo nosso).

Infere-se o grau de importância dado à família pelo legislador constituinte de 1988, que assim como suas antecessoras, deu status régio ao núcleo familiar, ascendo-a da lei infraconstitucional à Lei Suprema brasileira. Este fenômeno jurídico é chamado de constitucionalização, onde o legislador entende que, devido ao seu grau de importância, determinadas normas devem possuir proteção especial do Estado, inoculando-as na Carta Magna estatal.

O instituto da família esteia-se nos valores romanos, sociedade que já definia e estruturava a família de maneira tradicionalista e patriarcal, originando-a do primitivo “famulus”, que designava os escravos domésticos que eram coagidos a trabalhar na agricultura romana. A partir daí, fundamentou-se a soberania do homem e sua capacidade “*sui juris*” que legitimava o pátrio poder no governo de um grupo de pessoas, classificadas como “*alieni juris*”. (COULANGES, 2006).

2.1.1 A Presença da Família no Direito Civil: Diferenças Pontuais Entre o Código de 1916 e de 2002

O Código Civil de 1916, seguindo os costumes predominantes da época, ordenou o seu texto legal de modo que a família no direito fosse vista sob uma ótica extremamente patriarcal e tradicionalista.

O instrumento vedava a autonomia feminina, colocando-a em um patamar inferior ao do homem na sociedade conjugal. À mulher concernia os afazeres domésticos, e ao governo do núcleo familiar somente subsidiariamente ao Pátrio Poder assegurado ao homem.

A incapacidade instituída pelo Código à mulher era tamanha, que o documento de Lei taxava os atos em que presumia-se autorizada a mulher em alguns atos comuns do dia-a-dia (art.247 do Código Civil de 1916); como por exemplo fazer compras relativas aos afazeres domésticos, ou contrair obrigações referentes ao trabalho devidamente autorizado pelo marido. (ESPINOLA, 1954, p. 278)

O antigo ordenamento também instituída que haviam determinados atos que somente poderiam ser concretizados se houvesse outorga uxória do marido, como o exercício de profissão.

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

- I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235).
- II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310).
- III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.
- IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.
- V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.

- VI. Litigar em juízo civil ou comercial, não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.
- VII. Exercer profissão (art. 233, n° IV).
- VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.
- IX. Aceitar mandato (art. 1.299).

Além disso, o Código não reconhecia os direitos sucessórios de filhos ilegítimos, e também clausurava a indissolubilidade do casamento, sendo permitido a defesa da honra, acobertada pelo paládio da exclusão da ilicitude.

Com o passar dos anos, o ordenamento jurídico brasileiro se reformulou gradativamente, e os legisladores pátrios atualizaram o conjunto de leis vigentes no Brasil acerca da família e de seus membros.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei n° 4.121/62), a Lei do Divórcio de 1977, o Código de Menores (Lei n° 6.697/79) e a Constituição da República de 1988 promoveram mudanças substanciais que antecederam a Lei N° 10.406 de 2002: O Código Civil vigente que automaticamente revogou o Código anterior, deixando para trás o individualismo, a distinção entre os cidadãos e o patrimonialismo.

Primando pela igualdade de gênero, o Código expurgou a subordinação da mulher casada ao marido, sendo a ela concedida plena capacidade civil, autonomia e autodeterminação. O instrumento legal estendeu os direitos de herança a todos os filhos, não havendo discriminação entre aqueles gerados na constância do matrimônio, fora dele ou adotados. Com o advento das evoluções que impulsionam a sociedade e o Direito ao progresso, desenvolveram-se novos núcleos familiares que antes não eram regulares e nem possuíam proteção ou reconhecimento Estatal, como as famílias homoafetivas, anaparentais e unipessoais.

Destarte, mesmo que o conjunto de leis vigentes reprima o conceito de família, o Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Supremo Tribunal Federal atualizaram e ampliaram o conceito estabelecido pelos documentos de Lei, tendo em vista a necessidade de abarcar todos os cidadãos sobre o manto protetivo do Estado.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) N°: 4.277 impetrada pelo então Procurador Geral da República, Roberto Gurgel e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N:132 proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro reconheceram a extensão do casamento aos casais homossexuais, aplicando-se as regras do instituto da união estável prevista no artigo 173 do Código Civil.

Em consonância com a decisão histórica da Suprema Corte, o CNJ editou a Resolução N° 175 em 2013, vedando a recusa de reconhecimento, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo⁴.

4 Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504> > Acesso em: 01 Jun 2019

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. (DINIZ, 2013).

Portanto, norteado pelos princípios constitucionais de igualdade e repúdio à qualquer espécie de discriminação, entende-se que família é uma relação interligada por valores profundamente afetivos, sendo dispensável a existência de vínculo sanguíneo.

3. AS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS FAMILIARES E O CAMINHO AO DIREITO SISTÊMICO: EXPLANAÇÃO, REFLEXOS E APLICABILIDADE JURÍDICA

As constelações sistêmicas familiares definem-se por uma técnica psicoterapeuta criada pelo teólogo e filósofo alemão Bert Hellinger, que inclina a ideia de que os conflitos familiares partem de um ponto congruente presente na história familiar. Estes conflitos podem ser sanados quando materializados em um determinado grupo de pessoas aleatórias que espelham a vida do constelado através de uma sessão sistêmica.

Segundo Hellinger, a genealogia familiar pode influenciar diretamente o comportamento da posteridade de acordo com situações e fatos traumáticos ocorridos no decorrer da sua trajetória vital. Filhos se espelham nos comportamentos dos pais, avós ou tios, e inconscientemente repetem as atitudes praticadas pelos consanguíneos devido ao ciclo que une os antepassados aos descendentes. (ERVOLINO, 2012)

O estudioso acredita que todos os indivíduos estariam ligados por elos comuns aos seres humanos: alegrias, angústias, tristezas e decepções, regidos por um ordenamento superior: as Ordens do Amor (pertencimento, hierarquia, equilíbrio). Ele faz analogia ao conjunto de corpos celestes que vivem em harmonia, sustentação e equilíbrio no Espaço de acordo com o astrofísico Arthur Eddington⁵.

Muitos, porém, percebem, como por instinto, que seus relacionamentos continuam a atuar, mesmo depois de terminados, e que eles próprios permanecem vinculados a acontecimentos importantes em sua família, embora tenham acontecido num passado remoto. As constelações familiares permitem que voltemos a sentir-nos como seres relacionais. Elas fazem valer a dimensão sistêmica e histórica de nossa existência, de uma forma que às vezes parece arcaica ou mesmo mágica (SCHNEIDER, p.11, 2007)

Em suas viagens missionárias à África do Sul, o alemão estudou o povo Zulu, grupo tribal que lutou contra a dominação das potências europeias no continente africano por volta do século XIV e XIX. Esta civilização já praticava formas primitivas de Constelações Sistêmicas, método

5 Arthur Stanley Eddington (1882-1944) foi um importante astrofísico britânico responsável pela disseminação da Teoria da Relatividade de Albert Einstein através do “Report on the relativity theory of gravitation” e escritor do “*Stellar Movements and the Structure of the Universe*”.

utilizado por eles para solucionar conflitos internos.

Partindo dessa premissa, Bert iniciou os estudos da psicoterapia aplicada nas constelações sistêmicas, desenvolvendo o modelo conhecido e utilizado no Brasil e em mais de dezenas de países ao redor do mundo.

O primeiro passo é a condução do método por um conciliador imparcial, denominado constelador, que somente sabe o necessário sobre os conflitos internos envolvendo os constelados para poder gerir e interpretar a constelação familiar.

Posto isto, os constelados escolhem pessoas desconhecidas para representa-los na formação da constelação (estátuas vivas), colocando-os em lugares diferentes e revestindo-as com a identidade dos seus familiares que fazem parte do conflito colocado em análise. É importante frisar que não há contato prévio com os representantes, pois a sessão inclui pessoas diferentes e que na maioria das vezes nunca tiveram contato com os constelados.

A partir deste momento, o constelador inicia os trabalhos, questionando e analisando a linguagem corporal dos representantes, sendo a neste instante que a constelação torna-se ativa. Os representantes começam a portar-se como se fossem o constelado ou como se tivessem um profundo conhecimento da sua vida íntima, dos seus desejos e sentimentos.

Segundo os estudiosos das constelações sistêmicas familiares, como todas as pessoas estão ligadas por laços invisíveis, é neste momento que estes tornam-se mais fortes, devido ao campo morfogenético; sendo possível aos representantes, constelados e ao constelador a capacidade de detecção da presença dos problemas e o que deve ser feito para repará-los.

A prática já é consagrada na psicoterapia brasileira como um método eficiente, prático e dinâmico de resolução de conflitos, proporcionando soluções pragmáticas e reconfortantes para aqueles que possuem traumas dos mais variados campos.

3.1 O Direito Sistêmico

A influência das constelações sistêmicas familiares na sociedade brasileira vem transcendendo os limites psicoterapêuticos. A técnica vem sendo cada vez mais utilizada no Poder Judiciário, seja nas comarcas ou nos Tribunais de Justiça dos estados.

É truísmo dizer que o que leva os cidadãos à procura do esteio da tutela jurisdicional é a existência preponderante de um conflito que, em boa parte dos casos, não fora liquidado pelos meios extrajudiciais disponíveis. Os autos processuais não traduzem fielmente a raiz dos conflitos.

Todavia, o grau de litigiosidade da sociedade brasileira, especialmente no que tange aos divórcios que vem constituindo-se majoritariamente de forma litigiosa⁶ estagnam o pleno exercício

6 Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais->

do mandato legal do Judiciário nacional: exercer a Justiça e buscar soluções adequadas ao processo.

Os problemas familiares geram sequelas que muitas vezes não são sanadas completamente, produzindo reflexos que acabam por interferir no campo psicológico dos litigantes, impedindo que acordos sejam concretizados e que o processo submetido ao Judiciário flua sem impedimentos.

Destarte, podemos verificar que o conflito familiar é diferente de qualquer outro a ser experimentado pelo cidadão. Se a pessoa enfrenta outra situação jurídica, como, por exemplo, uma inscrição indevida nos serviços de proteção ao crédito, ela se recordará da problemática apenas em algumas situações isoladas do dia a dia. Agora, em se tratando de conflitos familiares, o envolvido acordará, trabalhará, passará o dia e, por certo, não dormirá pensando no conflito. (ROSA, 2012, p. 99)

O Direito Sistêmico organiza-se como uma maneira de buscar a solução não só jurídica para os litígios, mas também psicológica através da junção da prática usual de resolução de conflitos e das constelações sistêmicas familiares criadas por Bert Hellinger.

O precursor da utilização das constelações sistêmicas foi o Juiz de Direito da Comarca da Itabuna/BA, Sami Storch, que conheceu a técnica psicoterapeuta em 2004 e a partir desta data começou a estudá-la mais profundamente, chegando à conclusão de que ela poderia ser revertida para auxiliar a solução de litígios que concernem ao direito de família na Justiça brasileira, objetivando o alcance dos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da razoável duração do processo. (CASTRO, 2017, p. 51)

A utilização da técnica gerou um saldo para a comarca de Itabuna de 100% de acordos pré processuais na vara em que Storch jurisdiciona.⁷ Em um dos mutirões realizados, onde ambas as partes estiveram presentes. Esse número demonstra a funcionalidade das constelações e como a sua utilização na Justiça tem rendido ótimos frutos.

No Distrito Federal, na Vara Cível, de Família, Órfãos e Sucessões do Núcleo Bandeirantes, obteve-se cerca de 86% de acordos através da utilização das Constelações Sistêmicas. Já em Goiás, o “Projeto Mediação Familiar”, que baseia-se na metodologia do direito sistêmico, é aplicada em 94% dos litígios da 3ª Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania da comarca de Goiânia; rendendo ao Tribunal de Justiça do Estado o prêmio “Conciliar É Legal”, do CNJ⁸.

Dessa forma, além de contribuir para o aperfeiçoamento da Justiça, a prática também auxilia a melhorar a qualidade dos relacionamentos nas famílias – que, sabendo lidar melhor com os conflitos, podem viver mais em paz e assim proporcionar um ambiente familiar melhor para o crescimento e desenvolvimento dos filhos, com respeito e consideração à importância de cada um. Consequência natural disso é a melhora nos relacionamentos em geral e a redução dos conflitos na comunidade. (STORCH, 2015)

de-160-no-pais> Acesso em: 03 Jun 2019

7 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-17/juiz-obtem-100-acordos-tecnica-alema-antes-conciliacoes>> Acesso em: 06 Jun 2019

8 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>> Acesso em 06 Set 2017

3.2. As Influências e Reflexos Sociais do Direito Sistemico Tutelado pelo Direito

O Código Civil, principal instrumento jurídico materializador do direito privado, rege as relações particulares e delimita horizontes para a guarda da Ordem e da Lei sobre a égide dos princípios da legalidade e da autonomia das partes.

O Direito tem como força motriz a sociedade, que emana costumes e condutas que influenciam diretamente o núcleo legislativo e jurídico que mantém o Estado. Esses propulsores sociais variam de acordo com a conjuntura histórica e política em que vive o país, e evolui com o passar dos anos, aderindo novas práticas e roupagens gregárias como vimos no capítulo anterior.

Creio ser possível dizer que a Justiça está para o direito como o horizonte está para cada um de nós. Quanto mais caminhamos em direção ao horizonte – dez passos, cem passos, mil passos – mais ele se afasta de nós, na mesma proporção. Nem por isso o horizonte deixa de ser importante porque é ele que nos permite caminhar. Pois também o Direito, na permanente busca da Justiça, está sempre caminhando, em constante evolução. (FILHO, p 58, 2002)

O próprio ordenamento jurídico prevê expressamente a utilização dos costumes como fontes secundárias do direito nos termos do artigo 4º da LINDB, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Posto isto, verifica-se como a sociedade influencia as relações jurídicas e sofre reflexos da sua operabilidade. Com o direito sistemico não é diferente: devido à ordem de pertencimento, o comportamento dos familiares dentro do sistema pode influenciar profundamente os outros, como observa-se em casos de exclusão. Outros integrantes do sistema tendem a repetir aquele comportamento, devido à Lealdade Sistemica (CASTRO, 2017, p. 52).

O ato de registro do matrimônio, a verificação de inadimplência de pessoas físicas ou jurídicas através do protesto de títulos, os testamentos registrados em Cartório de Notas ou mesmo as certidões de óbito são documentos públicos que comprovam o império do interesse social nas relações que os cidadãos comuns acreditam ser privadas.

Os traumas que dão início aos conflitos familiares solucionados pelas constelações sistêmicas dentro do âmbito jurídico nascem, majoritariamente, de conflitos no casamento, na divisão testamentária de heranças e bens, do óbito de um ente querido ou mesmo de uma dívida que pode flagelar as ordens superiores que regem a família. Todos esses elementos nascem de razões que são disponíveis à consulta pública.

Destarte, verifica-se que o direito sistemico surte efeitos não somente entre as partes constituidoras do processo, mas também em toda a sociedade, afinal um conflito produz resultados em todo o seu derredor, podendo provocar mudanças no comportamento coletivo.

Além disso, a utilização da prática nas instâncias jurídicas resulta na redução do grau de litigiosidade da sociedade, desafogando a Justiça e ajuda a promover o bom convívio social,

restaurando relações que se perderam durante o tempo. O objetivo das constelações é solucionar o problema no interior dos jurisdicionados, para que se evite a morosidade processual e propositura de novas demandas.

3.3. Medidas Alternativas de Conciliação: Da Funcionalidade do Direito Sistêmico aos Meios Instituídos pelo Novo Código de Processo Civil

Em meados de 2010, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a ‘Política Nacional de Conciliação, objetivando impulsionar práticas alternativas de resolução de conflitos que não abarquem o processo judicial.⁹ Esta medida do CNJ propulsou a criação de diversos mecanismos legais com a mesma “*mens legis*”: concretizar a razoável duração do processo e solucionar o litígio através do consenso da partes envolvidas no conflito.

Seguindo a política de solução alternativa de litígios, foi promulgada em 2015 a lei nº 13.140 apelidada de “Lei da Mediação” por se tratar de um instrumento infraconstitucional que coordena e organiza o funcionamento e aplicação da mediação como uma técnica de “solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

O novo Código de Processo Civil, ponderando os novos anseios jurídicos pela mediação e solução de litígios, trouxe em seu corpo legal o amparo jurídico para as soluções de controvérsias, sendo obrigatória à todos os processos cíveis a audiência de conciliação e mediação, salvo os casos previstos nos termos do artigo 334 do Novo CPC:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1^o O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2^o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3^o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4^o A audiência não será realizada:

- se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
- quando não se admitir a autocomposição.

É evidente a preocupação do Estado em garantir meios alternativos como o a utilização das constelações sistêmicas, propiciando um bom resultado do acesso à tutela jurisdicional, solucionando, assim, uma das maiores equações da Justiça brasileira: a morosidade no sistema

9 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI122362,11049-CNJ+publica+resolucao+que+institui+Politica+Nacional+de+Conciliacao>> Acesso em 15 Jun de 2019

jurídico e a alta gama de processos que inundam as instâncias superiores pela falta de acordos e conciliação entre as partes nas comarcas e jurisdições iniciais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os valores legais, morais e éticos que o Estado brasileiro possui elencado em sua estrutura normativa estão presentes em todos os atos que permeiam a sociedade, inclusive aqueles de caráter familiar.

Como vimos, a família constitui-se como elemento chave do Estado, resguardada pelo fenômeno do constitucionalismo na Lei Suprema da Nação, dotada de características e proteções ímpares conferidas expressamente à instituição.

Todavia, os traumas e as demais questões psicológicas, sociais e históricas que afetam um núcleo familiar podem gerar sequelas que flagelam a relação de harmonia entre os entes familiares, restringindo a sua eficácia como elemento fundante do Estado brasileiro.

Destarte, tendo em vista que o Direito busca incessantemente formas para manter o núcleo familiar como alicerce da República, invocam-se as constelações sistêmicas, convertendo-as para o âmbito da Justiça e da linguagem jurídica, funcionando como uma perfeita ferramenta de solução de conflitos e elemento singular para a restauração das ordens superiores que regem as relações familiares.

O tema cresce no Brasil e é justificado por sua relevância social e humanitária. Os resultados demonstram que o direito sistêmico é um tema ligado às ciências sociais aplicadas que merece ser estudado com maior profundidade por identificar situações pessoais ocultas que acabam por interferir diretamente na resolução dos pedidos formulados, uma vez que sua aplicação prática revela resultados concretos e efetivos. Portanto, entende-se ser uma proficiente alternativa para pacificação social e cura individual, a partir da correlação entre direito e filosofia.

Sendo assim, as constelações sistêmicas são meios que devem ser utilizados em todos os graus de Jurisdição do Brasil, e sua aplicabilidade não deve se restringir somente ao campo do direito de família; deve-se estendê-la ao âmbito do direito criminal, sucessório, trabalhista e todas as demais searas que envolvam elemento jurídico e elemento humano a ser restaurado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Lei nº 13.140 de 26 de Junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.** Site do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 02 Jun.

2019.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Site do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 Jun. 2019. _____ **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Site do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 Jun. 2019.

_____. Resolução nº 125 de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 30 Maio 2019.

CASTRO, Marcos Antonio Ferreira de. Constelação Familiar e Direito: o novo caminho rumo à paz social. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 133, n. , p.47-58, abr. 2017. Trimestral. ISSN 1982-1506.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

ERVOLINO, Daniela. **O que é constelação familiar?**, 2012. Disponível em:<<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/psicologia/o-que-e-constelacao-familiar/11859>> Acesso em: 22 Jun. 2019.

ESPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. 1ªed, Rio de Janeiro, Gazeta Judiciária Editôra: 1954.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **A finalidade do direito e a realização da Justiça**. Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, v 5, 2002.

HELLINGER, Bert. **Constelações sistêmicas**. São Paulo, SP: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. São Paulo, SP: Cultrix, 2007.

MASIERO, Anna Carolina. **Aplicabilidade da Constelação Sistêmica no âmbito do Direito**, 2016. Disponível em: <http://fapam.web797.kinghost.net/admin/monografiasnupe/arquivos/26042017195349Anna_Carolina_Masiero.pdf> Acesso em: 02 Jun. 2019.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MORAES, Reginaldo Pereira. **A família no antigo oriente próximo: uma descrição veterotestamentária**. Revista Hermenêutica, [S.l.], v. 11, n. 1, jan. 2011. ISSN 2238-2275.

ROSA, Conrado Paulino. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**: 1ªed, Belo Horizonte, MG, Del Rey, 2012.

SANTOS, Anabela; ARAÚJO, Armindo. **Singularidade na diversidade: os Kuvale e os Mosuo**

no ritual do casamento. Revista do Centro de Investigação de Ética Aplicada -nº 4, Angola: Instituto Superior Politécnico Sol Nascente, 2013.

SCHNEIDER, Jakob Robert. **A prática das constelações sistêmicas familiares - bases e procedimentos.** 1ªed, Patos de Minas, MG, Atman: 2007. ISBN: 978-85- 98540-14-6.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. *In* **Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº4.** São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015.

STORCH, Sami. **O que é direito sistêmico,** 2010. Disponível em:
<<https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>> Acesso em: 05 Jun. 2019.

CRISE DE INADIMPLÊNCIA: BREVES EXPLANAÇÕES ACERCA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL EM SEU VIÉS AUTÔNOMO E SINCRÉTICO

João Vitor Nistarda GIANANTE¹
Gilberto Notário LIGERO²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo traçar um panorama geral do processo de execução civil, regulamentado pelo Código de Processo Civil. De início, é feita a apresentação dos processos postos à disposição dos jurisdicionados para a solução de seus conflitos – processo de conhecimento e de execução. Feita a distinção, iniciam-se os estudos dos princípios e peculiaridades do sistema executivo pátrio em suas duas modalidades: execução de título extrajudicial, procedimento autônomo, e a execução de título judicial, também denominado de cumprimento de sentença, que é, em verdade, fase de um processo de conhecimento (processo sincrético).

PALAVRAS-CHAVE: Execução civil. Títulos executivos. Princípios informativos. Vias executivas. Meios executivos.

ABSTRACT

This study attempts to create an overview of the execution proceedings, regulated by the Code of Civil Procedure. The article starts by presenting the proceedings at the disposal of those under the jurisdiction for solving their conflicts – prejudgement and execution proceedings. Once the differences between the types of proceedings are clear, begin the study of the principles and peculiarities of the Brazilian executive system in its two distinct ways: execution of extrajudicial title, autonomus proceedings, and execution of judicial title, also known as compliance with the judgement, which is a phase of a prejudgement proceeding (syncretic process).

KEYWORDS: Civil Execution. Executive titles. Informative principles. Executive paths. Executive ways.

1 INTRODUÇÃO

O direito processual civil moderno deixou de lado a sua grande preocupação com a formalidade de seus institutos, para dar enfoque à funcionalidade das tutelas jurisdicionais ofertadas. Atualmente, tem-se, portanto, um direito processual que preza, sobretudo, pela instrumentalidade e efetividade. Afinal, de nada vale um sistema processual recheado de formalidades, categorias e conceitos que não consegue alcançar sua finalidade primordial, que é a concessão da tutela adequada e, conseqüentemente, a pacificação social.

Sob esse prisma, tem-se que execução civil, um dos principais instrumentos processuais

1 Discente do 7º termo de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente, São Paulo. E-mail: joaogiansante@toledoprudente.edu.br.

2 Doutor em Direito Processual Civil - PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil – UEL/PR. Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Orientador do trabalho. E-mail: gilberto_ligero@toledoprudente.edu.br.

capazes de trazer a efetividade ao direito material pleiteado, sofreu profundas e complexas reformas nos últimos tempos, a fim de fazê-la incorporar essa nova concepção processual de primazia pela instrumentalidade e efetividade.

Partindo desses pressupostos, a proposta do presente trabalho foi apresentar uma pesquisa acadêmica pautada na melhor doutrina contemporânea para, utilizando-se do método dedutivo, dissertar sobre o processo de execução civil trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como seus princípios informativos, espécies – processo autônomo ou sincrético – e toda a construção legal acerca do sistema executivo, que o fazem tão particular.

2 DICOTOMIA: COGNIÇÃO E EXECUÇÃO

O Estado, por meio do Poder Judiciário, coloca à disposição de seus jurisdicionados a possibilidade de, em não havendo a composição amigável do impasse entre as partes, que estas obtenham a solução de seus litígios por meio da prestação jurisdicional, cujo resultado será imposto àqueles envolvidos no processo.

Logicamente, para que se obtenha uma tutela jurisdicional adequada, a dinâmica processual não pode ser a mesma quando o autor busca o conhecimento de sua pretensão perante o judiciário e quando já se tem esse direito concretizado, necessitando apenas sua satisfação.

Por essa razão, observando as peculiaridades e distinções existentes entre essas duas situações, é que se divide o processo em processo de conhecimento ou cognição e processo de execução, com regulamentação e procedimentos próprios de cada um.

Anteriormente, havia ainda a previsão de um terceiro processo autônomo, diferente dos processos de cognição e execução, que dizia respeito à tutela provisória, seja ela cautelar, antecipada ou de evidência. Embora ainda exista sua previsão, o Código de Processo Civil de 2015 a trata como incidente dos dois processos autônomos atualmente regulamentados pelo diploma jurídico citado. Ou seja, não mais se trata de um processo autônomo.

Sobre a mudança de tratamento da tutela provisória, explica o processualista Humberto Theodoro Jr (2018, p. 754):

A prestação da tutela provisória, além de não exigir a formação de um processo independente, corresponde a atividades judiciais que, em essência, não se distinguem dos accertamentos realizáveis na prestação cognitiva, nem dos atos materiais com que se efetua a prestação satisfativa na execução forçada. Para solucionar qualquer pretensão à medida provisória, o juiz sempre terá de proceder à verificação e certificação do direito a ela (o que configura atividade cognitiva) e, para pô-la em prática, terá de recorrer aos mesmos expedientes do processo de execução.

Nesta senda, oportuno se faz diferenciar os dois tipos de processos autônomos atualmente regulamentados pelo Código de Processo Civil de 2015. Para isso, cita-se o Humberto Theodoro

Júnior (2018, p. 754), que faz essa diferenciação entre as tutelas de cognição e execução de maneira simples e objetiva:

Se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo aplicável é o de conhecimento ou cognição, que deve culminar por uma sentença de mérito que contenha a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor. No acerto contido na sentença consiste o provimento do processo de conhecimento.

Se a lide é pretensão apenas insatisfeita (por já estar o direito do autor previamente definido pela própria lei, como líquido, certo e exigível), sua solução será encontrada por intermédio do processo de execução, que é o meio de realizar de forma prática a prestação a que corresponde o direito da parte. A efetiva satisfação do direito do credor é o provimento nessa modalidade de processo.

Ainda sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 233) leciona em outra obra que a grande diferença entre os dois processos é:

Embora tanto num como noutro a parte exerça perante o Estado o direito subjetivo público de ação, a grande diferença entre os dois processos reside no fato de tender o processo de cognição à pesquisa do direito dos litigantes, ao passo que o processo de execução parte justamente da certeza do direito do credor, atestada pelo “título executivo” de que é portador.

No mesmo sentido, discorre Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, p. 22):

No processo de conhecimento, a atividade é essencialmente intelectual: o juiz ouve os argumentos do autor e do réu, colhe as provas, pondera as informações trazidas e emite um comando, declarando se o autor tem ou não o direito postulado e se faz jus à tutela jurisdicional. Já no de execução, a atividade do juiz é desenvolvida para tornar efetivo o direito do exequente, que o executado resiste em satisfazer *sponte propria*. A atividade já não é intelectual, mas de alteração da realidade material, na busca da satisfação do direito, que não foi voluntariamente observado.

A partir destas informações, extrai-se que o processo de cognição ou de conhecimento, é aquele por meio do qual se objetiva o reconhecimento de um direito perante o juiz. Ou seja, o autor leva ao judiciário os fatos e fundamentos jurídicos pertinentes à sua pretensão, com a finalidade de que o Estado resolva a questão por meio da análise da peça exordial, contestação do réu e produção de provas, para que, ao fim, determine se o autor faz jus ao direito pleiteado ou não.

Em suma, diferente do processo de cognição, que busca o reconhecimento do direito, tem-se que o processo de execução, cerne do presente trabalho, provém de uma crise de inadimplemento – aquele que detinha uma obrigação deixa de cumpri-la – ou seja, tem por objetivo a satisfação de um direito já reconhecido, que não foi voluntariamente satisfeito pelo executado.

3 TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA E VIAS EXECUTIVAS

A tutela jurisdicional executiva se mostra conveniente quando já assiste ao exequente um direito confirmado – leia-se: uma obrigação certa, líquida e exigível a seu favor – e tem por finalidade a satisfação desse direito, de forma espontânea do devedor, ou de forma forçada, por imposição do judiciário. Sobre o processo de execução, esclarece Humberto Theodoro Júnior (2019,

p. 233):

Atua o Estado, na execução, como substituto, promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer: a satisfação da prestação a que tem direito o credor. Somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que tem lugar a intervenção do órgão judicial executivo. Daí a denominação de ‘execução forçada’, adotada pelo novo Código de Processo Civil, no art. 778, à qual se contrapõe a ideia de ‘execução voluntária’ ou ‘cumprimento’ da prestação, que vem a ser o adimplemento.

E complementa que:

O processo de execução apresenta-se como o conjunto de atos coordenados em juízo tendentes a atingir o fim da execução forçada, qual seja, a satisfação compulsória do direito do credor à custa de bens do devedor. Esse processo, tal como se dá com o de conhecimento, é, em si mesmo, uma relação jurídica continuativa de direito público, que vincula devedor, credor e o Estado, na pessoa do juiz ou Tribunal. Trata-se, pois, do continente da atividade executiva em juízo. (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 236)

Superada a questão da definição de execução, tem-se que seu objeto pode advir de uma sentença (título executivo judicial), revelando-se como uma fase executiva de um processo de cognição – portanto, um processo sincrético, que é aquele em que não há a dicotomia entre cognição e execução, uma vez que operam, na mesma demanda, ambas as funções (cognitiva e executiva). Pode advir, ainda, de um documento ao qual a lei considere forte o bastante para atribuir-lhe a propriedade de título executivo (neste caso, extrajudicial), operando-se, nesta hipótese, como um procedimento autônomo de execução.

Desta ideia, extrai-se que existem, em realidade, duas espécies de execução: a imediata, sequência lógica de um processo de conhecimento, que não se perfaz com a instauração de novo processo, mas sim como fase de uma prévia atividade cognitiva; e a autônoma, quando dispensa-se a fase de cognição, em razão da propriedade executiva dada pela lei ao objeto da lide, como faz com os títulos executivos extrajudiciais. Para Marcelo Abelha (2015, p. 70), distinguem-se da seguinte forma:

Tomando por análise a tutela jurisdicional executiva, podemos dizer que ela pode ser realizada por via de um processo autônomo – voltado exclusivamente para a atuação da norma concreta (“processo de execução fundado em título extrajudicial”) – ou sendo apenas um módulo (fase) executivo de uma relação jurídica processual que agrega as funções de declarar e atuar à norma concreta (como no caso do art. 523 do CPC).

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 230), as vias executivas se dão da seguinte forma:

A atividade jurissatisfativa pode acontecer como incidente complementar do processo de accertamento, dentro, portanto, da mesma relação processual em que se alcançou a sentença condenatória, ou como objeto principal do processo de execução, reservado este para os títulos extrajudiciais, que, para chegar ao provimento de satisfação do direito do credor titular da ação executiva, prescinde do prévio accertamento em sentença.

O Livro II, da Parte Especial, do Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, tratava dessas duas espécies de execução de forma unificada. Assim, havia a instauração de um procedimento autônomo de execução para ambas as modalidades, além disto, todas as outras

regras pertinentes a tal procedimento eram, basicamente, idênticas.

Todavia, diferente do seu antecessor, o Código de Processo Civil de 2015 seguiu as mudanças substanciais trazidas pela Lei 11.232/2005, ou seja, em regra, não mais existe o processo autônomo dedicado às execuções pautadas em títulos judiciais que, atualmente, caracterizam-se como uma das fases que compõem o processo de cognição.

Destarte, como fase do procedimento de cognição, não há mais a regulamentação das execuções fundadas em títulos judiciais no Título II do Código de Processo Civil, que, atualmente, trata exclusivamente das execuções de títulos extrajudiciais. Assim, as regras pertinentes ao incidente de cumprimento de sentença encontram-se dispostas em título específico, no capítulo que trata do processo de conhecimento.

Embora tratadas em separado, não há como dizer que o cumprimento de sentença – a execução de título judicial – deixou de constituir um procedimento executivo. A doutrina explica que isso não desnatura a essência deste procedimento, que permanece sendo executivo, apenas não mais se trata de um processo autônomo, mas sim uma das fases. Sobre o assunto, disserta Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, p. 22):

Com isso, desapareceu a unidade sistemática entre a execução por título judicial e extrajudicial. Só esta implica novo processo; aquela agora é fase de cumprimento de sentença. Não deixou de ser execução, mas não é mais processo de execução. (...) Essa sistemática obriga a uma opção: continuar tratando da execução de título judicial juntamente com a de título extrajudicial, ou passar a tratá-la no processo de conhecimento como fase de cumprimento de sentença? Preferiu-se a primeira solução, pois continua existindo uma execução de título judicial, com um procedimento próprio. Só que ela não é mais processo autônomo, mas fase. Ainda assim, o tipo de ato que nela se pratica e o seu procedimento fazem com que ela guarde muito mais proximidade com o processo de execução de título extrajudicial do que com o processo de conhecimento. Enquanto neste o que se objetiva é o reconhecimento, a declaração de um direito, nas execuções o que se busca é a sua satisfação.

Ou seja, atualmente, o direito processual civil brasileiro institui que o processo de execução e o cumprimento de sentença são distintos e inconfundíveis. Todavia, em ambos o juiz se utiliza de atos e procedimentos executivos para fazer cumprir o direito exequendo.

4 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA EXECUÇÃO

Sobre o processo de execução, recaem princípios fundamentais e informativos. Segundo Araken de Assis (2016, p. 43), distinguem-se estes dois institutos da seguinte forma:

Empreende a doutrina processual brasileira a distinção entre princípios informativos e fundamentais: aqueles são de ordem técnica e universal, e, portanto, pouco suscetíveis a variações socioeconômicas; estes, ao contrário, carregados ideologicamente, comportam balanceamento em cada ordenamento concreto e, frequentemente, encontram-se em oposição.

Tem-se como princípios fundamentais aqueles previstos na Constituição Federal, que

cuidam de garantias processuais fundamentais que devem, sempre e em qualquer processo, ser observadas. Os princípios informativos do processo de execução, por outro lado, estão previstos em norma infraconstitucional, embora também encontrem sua base na Lei Maior, e são específicas do processo de execução.

Acerca da essência dos princípios informativos, esclarece Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 244):

O ordenamento jurídico compõe-se de uma verdadeira coleção de regras dos mais variados matizes. Mas, quando se encara um subconjunto dessas normas, destinado a regular um grupo orgânico de fatos conexos, descobrem-se certos pressupostos que inspiraram o legislador a seguir um rumo geral. Encontram-se, dessa maneira, certas ideias, ainda que não explícitas nos textos, mas inquestionavelmente presentes no conjunto harmônico das disposições. Esse norte visado pelo legislador representa os *princípios informativos*, cuja inteligência é de inquestionável importância para a compreensão do sistema e, principalmente, para interpretação do sentido particular de cada norma, que haverá de ser buscado sempre de forma a harmonizá-lo com os vetores correspondentes à inspiração maior e final do instituto jurídico-normativo.

Ou seja, os princípios informativos da execução são os pressupostos que norteiam todo o processo executivo e que, de acordo com as lições supra, encontram-se explícita ou implicitamente presentes no espírito das normas que regulamentam tal instituto.

São, portanto, os princípios específicos que recaem sobre a prestação jurisdicional executiva, cujo estudo faz-se necessário para que se compreenda toda a sistemática do processo executivo.

4.1 Princípio da Autonomia

Na concepção de Araken de Assis (2016, p. 44): “corolário da especificidade da própria função executiva, crucial se ostenta a autonomia da execução, agora compreendida no sentido funcional. Ela constitui ente à parte das funções de cognição e cautelar”.

Embora atualmente haja discussões em âmbito doutrinário acerca da incidência do princípio da autonomia no processo de execução em razão das modificações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, afere-se que a melhor doutrina ainda considera-o como um dos princípios informativos do processo executivo.

Leciona a doutrina tradicional que a execução desenvolve-se de maneira autônoma, constituindo-se como processo distinto do processo de cognição. Portanto, não há que considerá-la como uma mera fase processual, dentro de um processo de cognição. Mesmo que atualmente haja a concepção de um sistema processual unitário para ambos os processos, continua a vigorar a visão de que o processo de execução é, sim, autônomo.

Todavia, cabe ressalva. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, era absoluta a

ideia de autonomia de processo de execução, para ambas as espécies – execução de título extrajudicial e execução de título judicial. Ao exequente, cabia sempre a propositura de demanda autônoma para obter o provimento jurisdicional executivo.

Porém, a partir do novo sistema trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, essa ideia mudou. Agora, para se executar uma sentença, título judicial, deve-se requerer a instauração do incidente de cumprimento de sentença, ato que ocorre dentro do próprio processo de conhecimento em que se proferiu a decisão. O cumprimento de sentença, portanto, trouxe uma modificação significativa ao processo de execução, na medida que mitigou a ideia de autonomia da execução, passando a execução de título executivo judicial a ser uma fase do processo de conhecimento.

Justamente em razão do instituto do cumprimento de sentença como fase de um processo de conhecimento, é que começaram as indagações acerca da natureza autônoma do processo de execução. Todavia, é fácil perceber que não há o que se discutir em relação à execução de título extrajudicial, que continua a ser um processo autônomo, de características e normatização próprias. É, nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 240):

Embora modernamente se tenha concebido um sistema processual unitário para a cognição e a execução, em termos de acertamento que culmine por sentença condenatória, continua válida a visão doutrinária em torno da autonomia do processo de execução. O que se dispensou foi o processo de execução, por via de ação própria, para a hipótese de cumprimento forçado da sentença. Esse processo, contudo, continua sendo autônomo plenamente no caso dos títulos executivos extrajudiciais.

O que se tem, portanto, é a mera relativização do princípio da autonomia no que diz respeito ao cumprimento de sentença (execução de título judicial) que, atualmente, perfaz um sistema processual sincrético. Porém, quanto a execução de título extrajudicial, tem-se que subsiste a premissa da autonomia do processo de execução.

4.2 Princípio da Disponibilidade

Previsto expressamente no artigo 775 do Código de Processo Civil, entende-se pelo princípio da disponibilidade que o credor não é obrigado a iniciar o processo de execução, tampouco é obrigado a finalizá-lo após iniciado. Ou seja, a execução é uma faculdade dada àquele que tem o direito – é livre para iniciá-la se quiser, bem como desistir quando quiser, após o seu início.

Sobre a razão dessa ampla disponibilidade da execução, em especial quanto à possibilidade de haver a desistência do exequente a qualquer tempo, diferente do que ocorre no processo de cognição, ensina Humberto Theodoro Júnior (2019, 249):

No processo de conhecimento, o autor pode desistir da ação e, assim o fazendo, extingue o processo (NCPC, art. 485, VIII). No entanto, uma vez decorrido o prazo de resposta, a desistência só é possível mediante consentimento do réu (art. 485, § 4º). É que, diante da

incerteza caracterizadora da lide de pretensão contestada, o direito à definição jurisdicional do conflito pertence tanto ao autor como ao réu.

Outro é o sistema adotado pelo Código no que toca ao processo de execução. Aqui não mais se questiona sobre a apuração do direito aplicável à controvérsia das partes. O crédito do autor é certo e líquido e a atuação do órgão judicial procura apenas torná-lo efetivo. A atividade jurisdicional é toda exercida em prol do atendimento de um direito já reconhecido anteriormente ao credor no título executivo. Daí dispor o art. 775 que “o exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva”, sem qualquer dependência do assentimento da parte contrária.

Ainda no que tange a possibilidade de o credor desistir da execução sem o consentimento do executado, Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 92) leciona:

A regra disposta no Livro II da Parte Especial, art. 775 do CPC, funda-se no aspecto de que o processo executivo tem por finalidade a satisfação do direito exequendo – processo de desfecho único – e, por isso mesmo, não haveria necessidade de consentimento do executado para que fosse válida a desistência, ou seja, não haveria nenhum prejuízo – antes, um benefício – para o executado se o autor desistisse da execução, daí por que a opinião do executado seria irrelevante para se obtê-la. Aliás, o texto é claro ao demonstrar que existe uma “faculdade”, justamente porque tal “situação jurídica subjetiva” caracteriza-se pelo fato de que não cria nenhum prejuízo em face de quem ela é exercida.

Cumprir mencionar que Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 250) faz uma espécie de subdivisão deste princípio, quando trata da *disponibilidade parcial da execução*, que nada mais é do que a desistência parcial da execução, conforme abaixo se verifica:

Ora, quem pode desistir, unilateralmente, de “toda a execução” é claro que pode, também, alterar o pedido, para excluir alguma verba a respeito da qual não mais deseja prosseguir na exigência executiva. Quem pode o mais pode o menos, segundo elementar princípio jurídico. *In casu*, excluir parte do pedido de execução nada mais é do que desistir de parte da execução

Dessarte, conclui-se de tais lições que cabe ao exequente tal prerrogativa porque não há, no processo de execução, qualquer discussão acerca da existência ou não do seu direito, uma vez que este já se demonstra certo, líquido e exigível. E, assim o sendo, qualquer desistência do autor será benéfica ao executado, o que torna a sua concordância desnecessária.

Gonçalves (2018, v. 3, p. 33) ensina que “o objetivo é a satisfação do credor, cabendo-lhe decidir quando prosseguir em sua busca, quando não”. Portanto, justificado o princípio da disponibilidade que paira sobre o processo de execução.

4.3 Princípio do Resultado ou Desfecho Único

O princípio do desfecho único justifica-se pelo fato de no processo de execução, haver um único desfecho natural possível, qual seja, a satisfação do direito do autor. Há, portanto, o final regular da execução quando o exequente finalmente recebe exatamente a prestação que receberia caso não houvesse a necessidade de se recorrer ao judiciário para obter a tutela jurisdicional executiva. Dessarte, a execução encontra seu fim com uma sentença declaratória, nos moldes do

artigo 794, do Código de Processo Civil.

Anômala será, portanto, a execução que vai na via reversa da solução natural, com a extinção do processo sem o julgamento do mérito – por algum dos motivos dos artigo 267 do Código de Processo Civil, ou, ainda, quando há o total acolhimento de eventuais embargos à execução por parte do executado, fundamentado na inexistência do direito do exequente. Nesse sentido, encontram-se as lições de Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 95):

A adoção do princípio do desfecho único significa que a extinção da execução (cumprimento de sentença ou processo autônomo) não está atrelada à tradicional terminologia do “procedente/improcedente”, que caracteriza o processo de conhecimento nos quais existe o julgamento da lide. Em outras palavras, o princípio do desfecho único implica dizer que a função executiva termina de forma típica ou normal quando se prolata uma sentença que reconhece a satisfação do direito exequendo. Assim, a execução civil poderá ser frutífera ou infrutífera, mas não procedente ou improcedente.

Outra não poderia ser a previsão, uma vez que todo o processo de execução encontra-se voltado a um único objetivo, que é a entrega do direito material ao qual o exequente faz jus, na exata forma que o receberia caso houvesse o adimplemento voluntário do executado. Justifica-se, portanto, a denominação de “desfecho único”, afinal, a satisfação do direito exequendo é o único provimento possível em sede de execução.

O executado não verá, em hipótese alguma, um julgamento de mérito a seu favor – o processo de execução não discute o mérito, apenas utiliza-se dos meios adequados para satisfazer o direito do exequente. Assim, a decisão mais favorável que se pode obter, na posição de executado, é a extinção do processo sem o julgamento de mérito, uma vez que impossível a improcedência do pedido. Nesse sentido, Araken de Assis (2016, p. 48):

Realizar-se-á em proveito do exequente. Independentemente dos pendores individualistas, no devido tempo examinados (infra,220), a norma pouco disfarça a ideologia do sistema executivo. O conjunto dos meios executórios tem o único objetivo de satisfazer o credor. Em relação ao direito anterior, o princípio do resultado desligou-se da expropriação e adquiriu caráter mais geral, inserindo-se no Capítulo I - Disposições Gerais - do Título II - Das Diversas Espécies de Execução - do Livro II da Parte Especial do NCPC. Toda execução, portanto, há de ser específica. Uma execução é bem sucedida, de fato, quanto entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo (execução in natura). Este há de ser o objetivo fundamental de toda e qualquer reforma da função jurisdicional executiva, favorecendo a realização dos créditos e dos direitos em geral.

Portanto, a partir destas lições, tem-se que toda a regulamentação do processo de execução está voltada ao credor. Ora, se a execução tem como escopo justamente a satisfação do direito exequendo, de fato, não poderia ser outro o desfecho processual.

4.4 Princípio da Utilidade ou da Máxima Efetividade Executiva

A execução apenas se justifica se for útil ao credor, ou seja, através do processo de

execução, o autor deve obter alguma vantagem a qual tem direito. É o que ensina Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 246):

Expressa-se esse princípio por meio da afirmação de que “a execução deve ser útil ao credor”, e, por isso, não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor. Em consequência, é intolerável o uso do processo executivo apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor. Por isso, “não se levará a efeito a penhora, quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução” (art. 836). Por força do mesmo princípio, o art. 891 do NCPC proíbe a arrematação de bens penhorados, por meio de lance que importe preço vil, considerando-se como tal o que for inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital; e não tendo sido fixado preço mínimo, o que for inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação (art. 891, parágrafo único).

No mesmo sentido, é o posicionamento de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, p. 33):

O processo é um instrumento que objetiva alcançar um fim determinado; na execução, a satisfação total ou parcial do exequente. Não se pode admitir que ela prossiga quando apenas trará prejuízos ao executado, sem reverter em proveito para o exequente. Por exemplo, se constatado que o valor do bem penhorado será inteiramente consumido para o pagamento apenas das custas e despesas da própria execução. É o que estabelece expressamente o art. 836 do CPC: “Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”.

Dessarte, o princípio da utilidade será contemplado sempre que a execução – tanto o processo quanto as medidas executivas tomadas ao longo deste – trazer algum benefício ao exequente, visando a satisfação de seu direito. Em contrapartida, não há que se admitir a execução quando esta for apenas para prejudicar o devedor, sem que haja a possibilidade de satisfação do direito exequendo.

4.5 Princípio da Economia ou Menor Onerosidade

O princípio da economia ou da menor onerosidade é estabelecido pelo artigo 805 do Código de Processo Civil, que determina que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Assim, quando diante de várias possibilidades de satisfação do direito exequendo pelo devedor, o magistrado deve optar por aquela que se mostre menos onerosa ao devedor.

Sobre o princípio em questão, leciona Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 246) que “toda execução deve ser econômica, deve realizar-se da forma que, satisfazendo o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor”

Por seu turno Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, v. 3, p. 35) faz uma ressalva, alertando que tal princípio deve ser analisado cuidadosamente, sem perder de foco o objetivo do processo, que é a satisfação do direito exequendo:

Não se pode perder de vista que o objetivo da execução é a satisfação do exequente: se

houver vários meios equivalentes para alcançá-la, deve o juiz preferir a que cause menos ônus para o executado. Mas, para tanto, é preciso que os vários modos sejam equivalentes, no que concerne ao resultado almejado pelo exequente.

Portanto, pode-se o princípio da menor onerosidade é a garantia de que o processo de execução não pode servir como um meio de vingança àquele que deixou de cumprir com sua obrigação, adotando-se, sempre, os meios menos penosos possíveis ao executado, desde que aptos à satisfação do direito pleiteado pelo autor.

Por fim, conclui-se que tal medida não pode gerar um sacrifício desproporcional ao exequente: o magistrado deve utilizar-se dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo a manter o equilíbrio da relação processual. Afinal, não se pode admitir que, ao oferecer ao executado o menor ônus possível, se faça o inverso com o exequente, causando-lhe grande prejuízo.

4.6 Princípio da Realidade ou da Responsabilidade Patrimonial

O princípio da realidade, também chamado de princípio da responsabilidade patrimonial, encontra seu fundamento no artigo 789, do Código de Processo Civil, ao determinar que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Sobre o tema, Araken de Assis (2016, p. 47) escreve que “à execução contemporânea confere-se de exclusivo caráter real. Visa a execução, segundo opinião comum, ao patrimônio do executado”. Ou seja, ao afirmar que uma execução é real, é dizer, em verdade, que a tutela jurisdicional executiva deve recair apenas sobre o patrimônio do executado e nunca sobre a sua pessoa – a execução, portanto, é sempre patrimonial e jamais pessoal. É por essa razão que uma execução será frustrada quando o devedor não tiver bens patrimoniais satisfativos do direito exequendo.

Assim, há que se observar a possibilidade de prisão civil de devedor de alimentos e depositário infiel, ambas previstas no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. Questiona-se a incidência de tal princípio às execuções desta natureza, uma vez que a possibilidade de prisão civil extrapolaria os limites propostos pelo princípio da realidade e alcançaria a pessoa do executado.

Todavia, resta estabelecido que a possibilidade de prisão civil não afasta a incidência do princípio da realidade: a privação de liberdade não tem a finalidade de satisfazer a execução, é, em verdade, apenas uma forma de coagir o devedor a cumprir com a sua obrigação.

Quanto a prisão civil de depositário infiel, em que pese a Constituição Federal prever, em seu artigo 5º, inciso LXVII, tal possibilidade, é cediço que esta disposição foi afastada pela adesão

do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), atos que levaram à edição da súmula vinculante de número 25, pela Suprema Corte, cujo conteúdo é, justamente, sobre a ilicitude da prisão civil de depositário infiel, em qualquer modalidade de depósito.

4.7 Princípio da Atipicidade dos Meios Executivos

Já pairou sobre o ordenamento jurídico processual pátrio a máxima de que os meios executivos deviam ser típicos: ao juiz, cabia impor sobre a esfera patrimonial do devedor apenas aquelas medidas executivas expressamente estipuladas na lei.

Esse princípio concedia ao devedor uma previsibilidade sobre quais medidas poderiam ser adotadas pelo juiz para a satisfação do direito exequendo e, ao mesmo tempo, limitava a atuação do magistrado, que poderia valer-se apenas das hipóteses elencadas na legislação para efetivar o direito do credor – o que, muitas vezes, não atendia às necessidades do caso concreto.

A fim de proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva, justa e em tempo razoável, essa concepção de tipicidade dos meios executivos foi alterada, em especial com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe diversas inovações ao sistema processual civil – modificou e modernizou vários dos institutos regulamentados em seu antecessor.

Nesta esteira destas atualizações, encontra-se o princípio da atipicidade dos meios executivos, inclusive nas obrigações de prestações pecuniárias, conforme previsto expressamente no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, que diz caber ao juiz a determinação de “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Concebeu-se, assim, o poder geral de efetivação, o que permite a “aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”, conforme enunciado de número 48, aprovado durante o seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil (2015), pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Portanto, verifica-se que, atualmente, não há mais a necessidade de o magistrado observar apenas o rol de medidas executivas previstas em lei, dando espaço ao princípio da atipicidade dos meios executivos, o que afasta a limitação de atuação imposta ao juiz e lhe confere uma maior liberdade, podendo o magistrado assumir uma postura mais ativa e participativa no processo de execução, determinando as medidas típicas e atípicas necessárias à devida satisfação do direito do exequente pelo executado.

Sobre o princípio em comento, bem analisa Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 98):

Tal princípio é consagrado na regra legal de que o juiz poderá, em cada caso concreto, utilizar o meio executivo que lhe parecer mais adequado para dar, de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional executiva. Por isso, não estará adstrito ao juiz seguir o itinerário de meios executivos previstos pelo legislador, senão porque poderá lançar mão de medidas necessárias – e nada além disso – para realizar a norma concreta. O limite natural desse princípio é outro princípio – o do menor sacrifício possível –, que servirá de contenção à atuação da atipicidade dos meios executivos.

É notório que o princípio da atipicidade dos meios executivos concede ao julgador um poder enorme e, por consequência, gera uma grande responsabilidade ao magistrado, uma vez que as medidas atípicas atuam de maneira coercitiva ou sub-rogatória sobre o devedor, e podem, portanto, causar grandes prejuízos e violações aos direitos do executado. Por essa razão, alerta a doutrina que a aplicação destas medidas deve sempre ser precedida da observância dos princípios da menor onerosidade da execução, além dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre as precauções que devem ser tomadas pelo magistrado para a aplicação das medidas executivas atípicas, acrescenta ainda Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 238):

A aplicação do art. 139, IV, portanto, deve ocorrer em caráter extraordinário, quando as medidas ordinárias se mostrarem ineficazes. Primeiro, haverá de observar-se o procedimento típico, amparado basicamente na penhora e na expropriação de bens do devedor.

Além disso, a medida coercitiva tem de amparar-se na possibilidade real de que o devedor tenha condições patrimoniais para saldar o débito, e tem de ser aplicada pelo juiz com moderação e adequação para evitar situações vexatórias incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Ou seja, as medidas atípicas devem ser aplicadas de maneira excepcional, apenas quando as medidas típicas não se mostrarem útil ao resultado do processo. Além disso, não há que se falar em medidas atípicas quando o devedor não tiver patrimônio para satisfazer o crédito exequendo.

5 MEIOS DE EXECUÇÃO

Ao longo dessa exposição, ficou demonstrado que terá vez o processo de execução quando o devedor não cumprir voluntariamente com aquilo que lhe cabe. Dessarte, o cumprimento espontâneo do devedor, elide a propositura da demanda executiva. Por outro lado, havendo a sua inadimplência, a satisfação do direito do exequente dar-se-á por medidas a serem impostas pelo Estado juiz.

Partindo do pressuposto de que a execução compulsória deve ser exceção, cabe ao juiz, antes de iniciar a execução forçada, realizar a devida citação do executado, no início da ação executiva, ou ainda após o transcurso do prazo previsto em lei, após proferimento de sentença condenatória. Apenas depois da observação destas duas situações, é que devem ser aplicadas as medidas judiciais satisfativas sobre o patrimônio do devedor, inerentes à execução compulsória.

Portanto, ao se deparar com a inadimplência do executado, o Estado juiz, dentro de um

processo de execução, se vale de dois meios de execução, a fim de ver satisfeito o direito exequendo. Sobre os meios executivos, discorre Araken de Assis (2016, p. 75):

Combinando forças, ponderando todos os valores, chega-se ao seguinte enunciado: meios executórios constituem a reunião de atos executivos, organizados no procedimento, endereçada à obtenção do bem pretendido pelo exequente. Esses meios veiculam a força executiva que se faz presente em todas as ações classificadas de executivas, e não só naquelas que se originam do efeito executivo da sentença condenatória.

Os meios executivos são, em verdade, o conjunto de atos executivos, que ocorrem ao decorrer do processo de execução, cuja finalidade é a satisfação do direito exequendo. Sobre os atos executivos, ensina Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 72):

Tais atos são assim chamados porque emanam do poder do Estado-juiz, e têm por finalidade satisfazer à pretensão do exequente, sujeitando o executado a essa finalidade. Esses atos processuais executivos são realizados mediante as técnicas processuais de sub-rogação ou coercitivas. Lembre-se que a finalidade do ato executivo é satisfação à pretensão executiva, e, por isso mesmo, tais atos são destinados a criar alterações no mundo dos fatos, tornando concreta e real a prestação contida no título executivo provisório ou definitivo.

Disto posto, tem-se que a partir dos atos executivos, tem-se os meios de execução, que podem, ainda, ser classificados como execução direta, que se vale de meios sub-rogatórios, ou execução indireta, que se vale de meios coercitivos. Nas palavras de Theodoro Jr (2019, v. 3, p. 237): “o Estado se serve de duas formas de sanção para manter o império da ordem jurídica: os meios de coação e os meios de sub-rogação”.

O que vai determinar qual o meio executivo a ser adotado no caso em concreto, será a natureza do direito material em execução. Há determinadas demandas que admitem, ainda, o uso de ambos os meios executivos. A título de exemplo, pontifica Araken de Assis (2016, p. 76):

Obrigações de fazer fungíveis, a exemplo da construção de um muro, tanto admitem execução "direta", através de terceiro e às expensas do executado (art. 817), quanto autorizam a "indireta", a pressão psicológica do pagamento de multa pecuniária cumulativamente progressiva (art. 814, caput). Também a execução das prestações para entrega de coisa permite o emprego de pressão psicológica (art. 806, § 1.º).

Assim, afere-se que a possibilidade que a lei traz ao Estado juiz, frente à uma inadimplência dentro de um processo de execução, é a aplicação de medidas coercitivas ou de sub-rogação, cuja finalidade é a concretização do direito exequendo, por meio da interferência compulsória no patrimônio do devedor. É o que ensina nos ensina Araken de Assis (2016, p. 74):

A nota comum dos atos executivos descansa na invasão da esfera jurídica do executado. Isoladamente, o ato desloca, de modo forçado, pessoas e coisas, e provoca transferência de valores, também forçada, para outro círculo patrimonial.

Posto isto, necessário se faz estudar a diferença entre esses dois meios de execução e seus respectivos métodos executivos.

5.1 Execução Direta

Tem-se por execução direta aquela em que o Estado juiz se vale de medidas de sub-rogação para a satisfação da pretensão executiva. Assis (2016, p. 77) instrui que “a sub-rogação abrange a expropriação (art. 825), o desapossamento (art. 806, § 2.º) e a transformação (art. 817)”. Sobre os métodos sub-rogatórios, leciona Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 72):

Por intermédio dos meios sub-rogatórios, o Estado-juiz substitui a atividade do executado, prescindindo da sua vontade, e realiza o direito do exequente. Podem ser divididos ainda em instrumentais e finais. São exemplos, respectivamente, a penhora de bens e a expropriação em leilão público (também os atos de desapossamento nas execuções de entrega de coisa).

No mesmo sentido, encontra-se o ensinamento de Humberto Theodoro Jr. (2019, p. 238):

[...] Nos meios de *sub-rogação* o Estado atua como substituto do devedor inadimplente, procurando, sem sua colaboração e até contra sua vontade, dar satisfação ao credor, proporcionando-lhe o mesmo benefício que para ele representaria o cumprimento da obrigação ou um benefício equivalente.

Portanto, os meios executórios de sub-rogação são aqueles em que o Estado toma providências as quais deveriam ter sido tomadas pelo próprio executado. Daí o termo ‘sub-rogação’ – o Estado sub-roga-se na posição do devedor, praticando as condutas necessárias a efetivação do direito exequendo. É, portanto, meio de execução que dispensa a participação do executado para que se torne efetiva.

5.1.1 Desapossamento

Trata-se de medida executiva utilizada frente às obrigações de entregar coisa certa, que podem ser tanto de direito pessoal quanto de direito real. Trata-se de medida cuja atividade é simples e instantânea. A partir da inadimplência da obrigação de entregar a coisa, passa a procura do bem objeto da execução que, quando encontrado, será prontamente transferido ao exequente. Nesses termos, vem o ensinamento de Fernando da Fonseca Gajardoni (2017, p. 173):

Não entregue a coisa no prazo estabelecido, cumpra-se a ordem de busca e apreensão ou imissão na posse já constante do mandado (art. 806, § 2º, do CPC/2015), que receberá, portanto, através da medida executiva sub-rogatória referida, a coisa tal como se o devedor a tivesse entregue voluntariamente.

Por esta razão, os bens destinados ao desapossamento são denominados pela doutrina como bens finais – o próprio bem deve ser entregue ao credor, diferente do que ocorre com os bens sujeitos à expropriação, por exemplo, classificados como “instrumentais”, uma vez que são liquidados para, posteriormente, serem entregues ao exequente. Abelha (2015, p. 156) leciona que na obrigação de entregar coisa certa, que pede a medida de desapossamento, “o que se tem é a execução da própria norma primária, da prestação devida que não foi cumprida pelo executado”.

5.1.2 Transformação

É a medida adequada para fazer adimplir as obrigações de fazer fungíveis. Trata-se de execução direta de caráter mais complexo, em que o credor, diante do inadimplemento do executado, outorgará a obrigação de fazer a terceiro, as custas do executado. Nas palavras de Araken de Assis (2016, p. 83), é “a realização do *facere* por terceiro e o adiantamento pelo exequente das despesas porventura aprovadas”

A partir do requerimento do exequente, caberá ao juiz, se entender cabível ao caso em concreto, convocar o terceiro capaz de cumprir com a obrigação de fazer a qual o executado se submeteu. Sobre o procedimento, ensina Fernando da Fonseca Gajardoni (2017, p. 193) que:

O exequente, para obter autorização judicial a fim de que terceiro efetue a prestação devida pelo executado, deverá apresentar ao juízo propostas de terceiros que digam respeito aos atos materiais necessários para o cumprimento da obrigação exequenda. Estas propostas também podem ser apresentadas pelo executado (embora isso seja bastante raro), ou diretamente pelos próprios terceiros que, cientes da possibilidade de serem contratados, ofertam seus serviços ao juízo. A proposta, sem forma certa, deverá indicar o plano de execução (prazos), custos, honorários *pro labore*, materiais necessários etc.

A partir da proposta, então, será conhecido o valor da obra a ser realizada pelo profissional, momento em que o exequente devesse adiantar a quantia prevista. É justamente por esse desembolso do exequente – que será cobrado posteriormente do devedor – que essa medida não é utilizada com frequência nos processos de execução de obrigação de fazer fungível, que muitas vezes acabam sendo convertidas em perdas e danos. Afinal, são grandes as chances de o executado não ter condições de reaver a quantia desembolsada pelo exequente para a o adimplemento da execução, o que levaria o exequente a um flagrante prejuízo.

5.1.3 Expropriação

Os atos sub-rogatórios pertinentes à esta modalidade estão expressamente previstos no artigo 825, do Código de Processo Civil, quando estabelece que a expropriação consiste na adjudicação, alienação e apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou estabelecimento e de outros bens e são as medidas adequadas para a satisfação das execuções de obrigações de pagar quantia certa.

Inicialmente, insta assinalar que para a efetuação da expropriação, primeiro há que se proceder com a individuação de determinado bem da esfera do patrimônio do devedor, apto a satisfação da obrigação – o bem será “pinçado” e, posteriormente, avaliado. Se o bem em questão for dinheiro, é fácil de se notar que o percurso será mais fácil: a quitação do débito se dará com o próprio dinheiro.

Porém, se não o for, deverá ocorrer a penhora do bem individuado, seguido de sua devida

avaliação para que se reconheça a possibilidade de satisfação do crédito exequendo a partir dele. É justamente por essa razão que Abelha (2015, p. 75) leciona que “a penhora e a avaliação são atos executivos instrumentais, porque preparam o itinerário executivo para o ato final de expropriação”. Feita esta pontuação, cumpre abordar o espírito das medidas expropriatórias.

Pela adjudicação, tem-se que o exequente aceita em receber o próprio bem do adjudicado do devedor, o bem apreendido, e não o bem específico que recebia em caso de adimplemento pela parte contrária. Trata-se de uma medida em que há a satisfação da execução de maneira imediata, com a transferência ao credor da propriedade anteriormente pertencente ao devedor. Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 77) cita que “ocorre aí uma espécie de resultado prático equivalente, pois o dinheiro era o que se pretendia originariamente”.

Diferente ocorre na alienação, uma vez que a satisfação do direito exequendo ocorrerá após certo lapso temporal. Afinal, primeiramente é feita a expropriação do próprio bem e, posteriormente é que se faz a expropriação da quantia em dinheiro auferida pela alienação daquele.

Por fim, ocorre a apropriação de frutos e rendimentos do bem penhorado quando o credor obtém durante certo período, em pequena quantidade, os rendimentos deste bem outrora penhorado. Destaca-se que, nesta situação, diferente das anteriormente comentadas, ao fim do processo, o devedor continua a ter propriedade sobre o bem – este terá apenas os frutos e rendimentos penhorados pelo tempo necessário para o cumprimento da obrigação.

5.2 Execução Indireta

Tem-se por execução indireta aquela em que o Estado juiz se vale de medidas coercitivas para a satisfação do direito exequendo. Assis (2016, p. 77) instrui que “a coerção utiliza a ameaça de prisão (art. 528, caput e § 3.º) e de imposição de multa em dinheiro (v.g., art. 814, caput)”.

Trata-se de medida utilizada desde a época do direito romano, quando utilizava-se da força física como forma de compelir os inadimplentes a cumprirem com suas obrigações. Os devedores respondiam pessoalmente pela dívida – daí a denominação “execução pessoal”.

Com a modernização das civilizações e avanço do direito, tais medidas, que podiam levar a escravidão e morte do devedor, passaram a ser repudiadas. Atualmente, embora ainda subsistam, as medidas coercitivas atuais em nada se assemelham com as outrora aplicadas.

São, em realidade, formas de compelir o executado a adimplir a execução, exercendo influência sobre a sua psique. Atuam sobre a vontade do devedor, uma vez que fazem com que ele reflita sobre a sua situação e chegue à conclusão de que não é vantajoso deixar de cumprir com o que deve, uma vez que, caso fizer isso, terá de arcar com o ônus coercitivo que lhe foi imposto.

Sobre os meios executivos coercitivos, analisa Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 72):

Os meios coercitivos são aqueles que não prescindem da vontade do executado, pois atuam diretamente sobre ela, com função coercitiva de pressão psicológica, como se fosse um estimulante positivo no cumprimento da obrigação inadimplida. Tais atos têm grande vantagem sobre os anteriores, pois permitem a atuação da norma concreta por ato do próprio executado, com menos custo e ônus tanto para o Estado quanto para o exequente. Tais medidas coercitivas devem ser direcionadas contra o executado, fazendo com que este raciocine no sentido de compreender que seria mais vantajoso cumprir e satisfazer o direito exequendo do que assumir a medida coercitiva que lhe foi imposta. São exemplos de medidas coercitivas as multas diárias, a prisão civil nas execuções de prestações alimentícias etc.

Em regra, as medidas coercitivas incidem sobre as execuções em que os meios subrogatórios não demonstram ser capaz de fazerem imperar a norma jurídica, como ocorre nas obrigações infungíveis de fazer e em todas as obrigações de não fazer. Todavia, estas não são as únicas hipóteses em que as coerções mostram-se úteis e a lei não as restringe a essas duas ocasiões. Embora esse seja o panorama geral sobre a aplicação das medidas executivas coercitivas, não são estas as únicas ocasiões em que o magistrado deve aplicá-las, conforme observa Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 78):

Não obstante os meios coercitivos terem função acentuada nos casos de obrigações ou deveres infungíveis, certamente a lei não restringe a sua aplicação a essas situações, já que a execução por coerção é muito mais econômica do que a sub-rogatória, e atende ao princípio da maior coincidência possível, no sentido de que a obrigação foi cumprida, ainda que sob pressão e judicialmente, pelo próprio executado. Por isso, o CPC estende os meios coercitivos – com destaque para a multa – a outras modalidades executivas, tal como se vê nos arts. 297, 771, parágrafo único, 804, parágrafo único, 538, § 3.º etc.

Nesta senda, tem-se que as coerções executivas previstas na norma processual civil brasileira dividem-se em duas subespécies: coerção patrimonial e coerção pessoal, cujo teor será explorado abaixo.

5.2.1 Coerção patrimonial

A coerção patrimonial é aquela que recai sobre a esfera patrimonial do devedor, como ocorre na fixação de multa – como as *astreintes*, por exemplo – pelo Estado juiz, a fim de forçar o cumprimento da obrigação e desestimular a protelação do processo. Afinal, enquanto não for realizado o pagamento, a multa periódica subsistirá, o que influi diretamente na psique do devedor, que sentir-se-á compelido a cumprir com sua obrigação, uma vez que, se assim não o fizer, apenas agravará sua situação de inadimplência.

Todavia, a doutrina ressalta a ponderação a que deve se submeter o magistrado antes de aplicar a coerção patrimonial ao executado, a fim de se obter o resultado útil do processo. É o que bem elucida Araken Assis (2016, p. 81):

É importante que, no caso concreto e atendendo às peculiaridades da causa que lhe são postas, o juiz sopesse, dentre outros aspectos da multa (valor, tempo etc.), a própria utilidade da sua imposição, pois, se há casos em que esta se mostra imprescindível para a obtenção

da tutela específica (*in natura*), há outros em que ela será absolutamente desnecessária, como na hipótese de execução para emitir declaração de vontade (art. 501). Outrossim, também deve haver cuidado nas obrigações de entrega de coisa, em que os atos executivos sub-rogatórios de busca e apreensão (bem móvel) e imissão de posse (bem imóvel) são eficientes no sentido de obtenção do resultado específico (receber a coisa), e a multa será apenas mais um coadjuvante (não substitutivo) desses atos executivos, o que, aliás, deixa claro o art. 806, parágrafo único, do CPC.

Portanto, afere-se a necessidade de se ter coerência na aplicação das coerções patrimoniais. Deve-se sempre analisar a viabilidade e necessidade de tal medida, bem como devem ser analisadas as características específicas da demanda a qual o juiz se depara.

5.2.2 Coerção pessoal

Trata-se de medida excepcionalíssima no direito processual civil, que incide sobre a esfera pessoal do devedor, com a determinação de prisão pelo juiz àquele que deixa de cumprir com suas obrigações. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVII, confere tal possibilidade ao devedor de obrigação pecuniária alimentar e ao depositário infiel.

Porém, como anteriormente já esclarecido, mostra-se em desacordo com o atual entendimento internacional, conforme estabelece o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 7º, § 7º, tratado cujo Brasil é signatário, seguido do enunciado 25 da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Ambos levaram à vedação à prisão do depositário infiel, mantendo, portanto, apenas a possibilidade de prisão do devedor de prestação de natureza alimentar – única maneira de coerção pessoal admitida no direito processual brasileiro pátrio atual.

6 CONCLUSÃO

Ante toda a explanação realizada ao longo do trabalho, nota-se que a execução civil é um sistema cuja finalidade é única: a satisfação do direito do credor. Portanto, não há, em sede de execução, qualquer discussão acerca do direito material – já há a certeza do direito do exequente, seja por meio de um título extrajudicial que a legislação lhe confira um caráter executivo, ensejando assim um procedimento autônomo, seja por meio de uma sentença, que levará a fase de cumprimento de sentença, que é uma fase executiva de um processo de conhecimento.

Nesse sentido, outra não poderia ser a regulamentação do processo de execução. Ora, se já há a certeza do direito do exequente, nada mais válido que construir um sistema específico, inclusive com princípios informativos próprios, que levem a uma tutela efetiva e adequada. Assim, em caso de inadimplência de um título executivo, o credor sabe que pode buscar amparo judicial, onde terá todo o amparo das medidas executivas aplicáveis pelo juiz, a fim de ver satisfeito o direito exequendo – seja por meios sub-rogatórios, seja por meio coercitivos; seja por meio típicos, seja por

meio atípicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5ª ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro, volume IV [livro eletrônico]: manual da execução**. 2ª ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/05/2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19/05/2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Execução e recursos: comentários ao CPC 2015**. v. 3; 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, volume 3. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**, volume 3. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

SEMINÁRIO O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015, Brasília. **Enunciados Aprovados**. Brasília: ENFAM. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 15/05/2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, volume 1. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 3. 52. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

EVOLUÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Joel Vieira BERÇOCANO¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO

Este estudo buscou através do meio indutivo de pesquisa, apontar as novidades que o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou no tema tutela antecipada de evidência.

Além das invocações propriamente ditas, o artigo analisou a polêmica que existe entre os juristas brasileiros no concernente à interpretação do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015.

Esse artigo também demonstrou a preocupação do legislador ordinário em assegurar a efetividade da segurança jurídica, bem como a uniformização da jurisprudência brasileira. A qual se nota da leitura do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela. Evidência. Antecipada. Precedente

ABSTRACT

This study sought to point out the updates brought by the 2015 Civil Procedure Code to the provisional injunction of evidence, through the inductive means of research.

Besides invocations themselves, the article analysed the controversy between Brazilian jurists concerning the interpretation of article 311 of the 2015 Civil Procedure Code.

This article also showed the ordinary legislator's concern in assuring the efficiency of juridical safety as well as the standardization of the Brazilian law. Which can be seen from the reading of the article 311 of the 2015 Civil Procedure Code.

KEYWORDS: Injunction. Evidence. Precedents

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou em muitos pontos o Direito Processual Civil Brasileiro, quebrando paradigmas, aperfeiçoando a redação do revogado Código de Processo Civil, e criando instrumentos processuais totalmente novos.

Nesse artigo será tratado de uma dessas alterações em específico, qual seja, a tutela antecipada de evidência. Mostrar-se-á como esse instituto evoluiu, será dado enfoque principalmente no que é novo, haja vista o aumento de possibilidades de concessão da famigerada tutela.

1 Discente do 7º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, bolsista do CNPq na modalidade de pesquisador de iniciação científica. E-mail: joel.bercocano1425@gmail.com

2 Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/FDPP do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Mambri da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Coordenador de pesquisa do CNPq E-mail: coor.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br

Tratar-se-á de todas as possibilidades dantes não previstas, mas com um enfoque maior para o inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015. A razão do foco nesse dispositivo é que em um único artigo o legislador infraconstitucional de 2015 foi capaz de conjugar duas importantes novidades: Novel Diploma, quais sejam, o acréscimo de uma possibilidade de tutela de evidência e uma nova forma de dar efetividade à jurisprudência dos tribunais.

Será apontado as principais divergências doutrinárias no que concerne à aplicação do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015. Discutindo-se principalmente se o seu texto deve ser interpretado de forma restritiva ou extensiva.

Todas essas questões serão apontadas através do meio indutivo, método pelo qual, a partir de uma análise do panorama geral da questão, afunilar-se-á o estudo para atacar o cerne da questão, que apesar de seu caráter notadamente acadêmico, repercute em efeitos práticos sintomáticos, tanto para o réu, quanto autor, bem como todo o Poder Judiciário de forma geral. Entre as conclusões, que estão em capítulo próprio, defende-se que deve haver uma interpretação extensiva do artigo 311. A finalidade é garantir a concessão da tutela amparada em precedente em sentido amplo.

2 CONCEITO DE TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA E SUA DISTINÇÃO DAS DEMAIS TUTELAS

A tutela antecipada enquanto gênero, se presta a agilizar a prestação jurisdicional quando não se justifica, esperar o trâmite natural do processo, que tende a ser vagaroso para que umas das partes, em geral o autor da ação tenha acesso a uma tutela satisfativa. Tal fato contraria a própria natureza instrumental do processo civil, o qual segundo Cândido Rangel é um instrumento hábil para assegurar a efetivação dos direitos pleiteados na ação, nesse sentido:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais. [...] Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e cana, de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.³

Com o intuito de tornar mais eficaz o procedimento dentro do processo civil o legislador de 1973 criou a tutela antecipada. A antecipação da tutela pode ser lastreada na urgência, ou no direito evidente do pleiteante.

A melhor doutrina, ainda sobre a égide do Código de Processo Civil de 1973 comenta qual seria a natureza jurídica de tais tutelas da seguinte forma:

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001 p. 270/271

A tutela antecipada, além de provisória, implica satisfação do interesse material. Não se limita à conservação, confundindo-se com o próprio resultado final. Embora se negue a natureza cautelar da tutela antecipada, reconhecem-se nela características próprias das tutelas emergenciais. Mas a cautelar, afirma-se, apenas assegura a pretensão, enquanto a antecipatória realiza a pretensão. Além disso, a primeira deve ser requerida mediante ação autônoma; a segunda, no próprio processo.⁴

Em que pese o autor estivesse tratando do revogado Código de Processo Civil, o atual diploma legal não inovou a natureza jurídica da tutela antecipada. Entretanto, percebe-se a preocupação do juriconsulto em diferenciar a tutela antecipada de tutela cautelar. A razão disso à época do escrito, não havia consenso do que deveria se entender por tutela antecipada e tutela cautelar, o que causava diversos problemas de ordem prática, uma vez que era comum que os advogados dessem o nome de cautelar a uma tutela antecipada e vice-versa, o que por sua vez gerava efeitos processuais, em especial em sede de recurso, diferentes dos que se esperava.

O Código de Processo Civil de 2015 dirimiu essas dúvidas, e atualmente é pacífico o entendimento de que o que diferencia uma tutela provisória da outra é a natureza satisfativa ou cautelar do pedido. Quando se pleiteia a concessão do pedido ou de parte desse, antes do trânsito em julgado da ação, a tutela tem natureza satisfativa, sendo por tanto uma tutela antecipada. De outra banda, se o que se pleiteia é assegurar que o objeto do pedido não se perca, não se deteriore, ou mesmo que o processo possa ser concluído de forma natural, a tutela possui natureza cautelar, uma vez que o autor não antecipa o gozo do pleiteia na ação.

Uma observação se faz pertinente, o citado autor aponta como uma das diferenças entre tutela cautelar e antecipada, o momento e a forma como são requeridas. Tais diferenças foram revogadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Isso porque a tutela cautelar não é mais feita em um processo autônomo, e sim no bojo de um processo, ou de forma antecedente, mas ainda assim fará parte do processo principal; some-se isso ao fato que a tutela cautelar pode ser requerida de forma incidental, tal qual a tutela antecipada. E que a tutela antecipada também pode ser concedida em caráter antecedente, nesse sentido:

Sob a égide do CPC/73, ao menos numa interpretação literal, só há possibilidade de se veicular uma tutela cautelar em caráter antecedente e, assim mesmo, sob a forma de um processo cautelar preparatório. O NCPC muda completamente essa regra, primeiro **ao extinguir a autonomia do processo cautelar** e, segundo, **ao permitir expressamente a possibilidade de se requerer uma tutela antecipada em caráter antecedente**.⁵

Quanto ao fato de que a tutela cautelar pode ser requerida de forma incidental, a doutrina disserta que:

No novo Código, o procedimento comum e os procedimentos diferenciados podem viabilizar tanto a prestação de tutela satisfativa como de tutela cautelar de maneira

4 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 298

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 507

antecedente ou incidental (art. 294, parágrafo único, CPC). O processo civil visa à tutela dos direitos, que pode ser prestada por atividades de cognição e execução e mediante decisões provisórias e definitivas que podem ter lugar indistintamente em qualquer procedimento.⁶

Em síntese, tanto as tutelas antecipadas quanto as cautelares tem por similaridades a possibilidade de serem pleiteadas a qualquer tempo, desde que anteriores ao trânsito em julgado, e pelo fato de que ambas podem ser deferidas a partir de uma cognição sumária da lide. Distinguindo-se uma da outra, pela natureza satisfativa ou cautelar da tutela.

Feita a distinção entre tutela antecipada e cautelar, resta responder a perquirição do que diferencia a tutela de caráter satisfativo lastreada na urgência da lastreada na evidência do direito.

Como o próprio nome induz, na primeira hipótese é necessário demonstrar a urgência, a se entender risco na espera. Por urgência deve-se entender:

Usa-se, hoje, a expressão perigo de demora (*periculum in mora*) em sentido amplo, seja para se afirmar que a tutela de urgência é concedida para se evitar dano decorrente da demora processual, seja porque se está diante de uma situação de risco, a impor a concessão de medida de emergência para evitar a ocorrência de dano iminente.⁷

Além de demonstrar que o dano é iminente é necessário que o requerente demonstre a possibilidade de reverter os efeitos da concessão da tutela. Para garantir essa reversibilidade o peticionante deve apresentar alguma garantia de que pode indenizar os danos causados à parte prejudicada. Contudo, o próprio §1º do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, faz uma ressalva no sentido de dispensar tal garantia quando essa inviabilizar a possibilidade de requerer a liminar antecedente, não é outro o entendimento esposado por Jose Garcia Medina.

Há que se considerar que, a depender do tipo de caução exigida, a tutela de urgência poderá restar inviabilizada. Por “idônea”, assim, deve-se considerar tanto a adequação da caução aos fins do art.302 do CPC/2015, quanto, de outro lado, a natureza da tutela urgente pleiteada, bem como às condições em que se encontra o autor.

Acorde com esse modo de pensar, o §1.º, *in fine*, do art.300 do CPC/2015 dispensa a prestação de caução, se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. Não fosse assim, se estaria a estabelecer um requisito insuperável para a concessão da liminar.⁸

Mas ainda que seja irreversível, o autor fará jus à concessão da tutela, desde que consiga demonstrar a irreversibilidade reversa. Ou seja, apontar que no caso concreto, os danos causados pela não concessão da tutela também sejam irreversíveis, situação muito comum em ações que versem sobre o pedido de remédios de alto-custo, a doutrina na vigência do Código de Processo Civil de 1973 já sinalizava esse entendimento, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

Exclui-se, em princípio, a possibilidade da antecipação quando houver perigo de mostrar-se irreversível a situação resultante da decisão antecipatória; mas é forte a tendência de

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 388

7 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 506

8 MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de direito processual civil moderno. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 p. 489

atenuar, em casos graves, o rigor da proibição, sobretudo quando se afigurar também irreversível o dano a ser sofrido pela parte interessada, se não se antecipar a tutela.⁹

Entretanto, não basta apenas comprovar que o autor não pode esperar, e que esse pode reverter os prejuízos econômicos causados, existe outro requisito a ser cumprido, qual seja, a probabilidade do direito. Calha ressaltar que a probabilidade do direito é requisito comum tanto à concessão da tutela cautelar quanto a de urgência. O Código de Processo Civil de 2015 atento ao fato de que essas são concedidas mediante uma cognição sumária, deixou em aberto os critérios que o juiz se valerá para fundamentar o seu convencimento para deferir ou não as tutelas de caráter provisório, nesse sentido:

A norma encerra qualquer dúvida a respeito do tema, sendo a mesma probabilidade de o direito existir suficiente para a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada. O legislador não especificou que elementos são esses capazes de convencer o juiz, ainda que mediante uma cognição sumária, a conceder a tutela de urgência pretendida.¹⁰

Por fim, o último requisito para a concessão da tutela antecipada de urgência é o requerimento da parte, pois caso a sentença indefira os pedidos do autor esse deverá ressarcir os danos causados à parte prejudicada.¹¹

Tutela de evidência como o próprio nome induz, dispensa a urgência, tendo por único requisito a probabilidade do direito. Entretanto, como o pedido de antecipação da tutela satisfativa dispensa o requisito da urgência, a probabilidade do direito deve ser patente. O que significa dizer que não consiste apenas em uma mera possibilidade, mas sim em uma “quase certeza” do direito pleiteado.

Pode-se entender que de tão provável que é o direito do autor cabe ao réu demonstrar que de fato o requerente não faz jus a receber o que pede. Apontando as razões de fato ou de direito que justifiquem o indeferimento dos pedidos. A doutrina conceitua tutela de evidência da seguinte forma:

Por isso, a tutela de evidência é uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo, implicando benefícios tanto na seara das tutelas definitivas quanto das provisórias. (...) A tutela de evidência, portanto, consubstancia-se em dois pressupostos: I) na prova das alegações de fato; II) na probabilidade de acolhimento da pretensão processual, dispensando-se a demonstração de urgência ou perigo.¹²

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 26. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008 p. 87

10 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017 p. 500

11 Na tutela provisória não é diferente. Todas as suas espécies constituem pleno e específico exercício de jurisdição e, assim, somente podem ser exercidas por iniciativa de uma das partes interessadas, e não por iniciativa do próprio juiz. Isso resulta do disposto nos artigos 2º e 490, segundo os quais o processo civil começa por iniciativa da parte, sendo vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Confira-se: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**: volume 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: JusPODIVM, 2015 p. 203

12 PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

O que significa dizer que a tutela de evidência é uma espécie do gênero tutela provisória antecipada, a qual se diferencia das demais por exigir apenas a alta probabilidade do direito. Entretanto, diferentemente do que ocorre com a tutela fundada na urgência, nesse tipo de antecipação da tutela o juiz tem menos liberdade para decidir se os requisitos estão ou não presentes. Isso porque nesse caso o grau de subjetivismo diminui drasticamente, uma vez que as hipóteses que possibilitam o deferimento do pedido estão todas delimitadas em Lei, no caso no artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015. No revogado Código o dispositivo legal correspondente era o artigo 273.

Uma observação se faz pertinente, a tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado de mérito. Pois a primeira deriva de uma cognição sumária do processo, na qual em que pese o processo não esteja maturo o suficiente para encerrar-se com uma sentença definitiva de mérito. Enquanto a segunda resulta de um processo que prescindindo de uma dilação probatória pode antecipar a análise do mérito dispensando etapas comuns aos processos. Sobre o julgamento antecipado de mérito José Garcia Medina disserta que:

Rigorosamente, sendo desnecessária a produção de provas em audiência de instrução – porque inexistente controvérsia sobre fatos – o julgamento imediato da lide é medida que se impõem, não se podendo dizer que tal julgamento seja realizado antes do tempo devido, mas feito no momento oportuno, ajustado às circunstâncias da causa. Inadequado é postergar o julgamento, quando a causa deva ser resolvida de imediato.¹³

Diferentemente que ocorre com o julgamento antecipado de mérito a decisão que defere a tutela ora requerida não tem o condão de encerrar o processo. Justamente por isso, diz-se que no primeiro caso trata-se de sentença, portanto, tendo por excelência a apelação como um meio de impugnação. Enquanto no caso das tutelas de evidência, por se tratar de decisões interlocutórias o recurso cabível é o agravo de instrumento.

Além dos meios de impugnação serem diferentes, outra relevante distinção diz respeito aos efeitos que cada pronunciamento judicial produz. No caso do julgamento antecipado de mérito a decisão, se não impugnada, é atingida pelos efeitos da coisa julgada material, tornando-se inalterável em respeito ao princípio da segurança jurídica. A melhor doutrina ao comentar sobre os efeitos da coisa julgada nos ensina que:

O que a coisa julgada acarreta é uma transformação qualitativa nos efeitos da sentença, efeitos esses que já poderiam estar sendo produzidos antes ou independentemente do trânsito em julgado. Uma sentença exequível provisoriamente produz, por exemplo, efeitos, sem embargo de ainda não se achar acobertada pela coisa julgada. Quando não cabe mais recurso algum, é que o decisório se torna imutável e indiscutível, revestindo-se da autoridade de coisa julgada.
(...) Deu-se-lhe apenas um qualificativo e reforço, fazendo que aquilo até então discutível e

2017 p. 319

13 MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 p. 587

modificável se tornasse definitivo e irreversível.¹⁴

Enquanto as tutelas antecipadas de evidência são provisórias, ou seja, podem ser revogadas a qualquer tempo por outra decisão interlocutória ou na sentença definitiva de mérito. Nesse sentido:

Já a medida antecipatória, (a) tem conteúdo semelhante ao que decorre da tutela definitiva, de tal modo que (b) a sentença de procedência virá para substituí-la, transformando em definitivo o que até então era provisório.¹⁵

Essa é uma característica comum a todas as espécies de tutela antecipada, seja a que se baliza pela urgência seja a fundamentada na probabilidade do direito.

3 TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A tutela de evidência surgiu no nosso ordenamento jurídico ainda no Código de Processo Civil de 1950. Foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 8.952/1994, ou sendo posteriormente parcialmente alterado pela Lei nº 10.444/02, a qual ampliou as hipóteses de cabimento da tutela antecipada de evidência.

O revogado Código criou a tutela de evidência sancionatória. Estando essa disposta no artigo 273 do referido Diploma Legal.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.¹⁶

A doutrina criticava a redação da Lei, pelo fato de essa usar a expressão “verossimilhança”, defendiam os processualistas da época que o melhor seria o termo probabilidade, uma vez que até o fecho do processo é impossível dizer se os fatos são verosímeis ou não, nesse sentido:

A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor. Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art.273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.¹⁷

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: volume 1 : teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017 p. 1118

15 MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 p. 483

16 BRASIL. **Código de Processo Civil/1973** n.p

17 MHOFF, Cristiano. **Código de processo civil interpretado: anotado artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2012 p. 662

A interpretação *ipsis literis* do comando legal acaba por exigir do juiz um juízo de certeza, o qual só é possível de ocorrer através de uma cognição exauriente. Entretanto, se exauriente for a cognição, o pronunciamento judicial adequado será a sentença, a qual uma vez proferida põem fim ao processo de conhecimento, ao menos se não houver recurso contra essa. A doutrina ao explicar o que deve ser entendido nesse caso como prova inequívoca faz uma crítica à redação do artigo quanto ao fato de sua redação induzir o leitor a pensar em um juízo de certeza:

A prova chamada inequívoca é, normalmente, prova incompleta, mas não duvidosa ou equivocada. O termo “inequívoca” não pode ser confundido com prova conducente à certeza, oriunda esta da cognição exauriente.¹⁸

Tal interpretação, caso adotada, inviabilizaria por completo a concessão das tutelas de antecipadas de evidência, haja vista que essas justamente pelo seu caráter provisório só podem ser deferidas através de decisões interlocutórias. Como será melhor tratado nos tópicos subsequentes, essa crítica não passou despercebida pelo legislador de 2015.

Da leitura do inciso I do Código de Processo Civil de 1973 infere-se que esse trata na verdade da tutela de antecipada de urgência, e não propriamente fundada na evidência. Isso porque como visto alhures, a tutela de evidência propriamente dita prescinde da demonstração do *periculum in mora*.

Já o inciso II trata de uma hipótese de tutela de evidência na modalidade sancionatória. O legislador buscou inibir e punir a litigância de má-fé naquela em que uma das partes pratica atos processuais desnecessários apenas para protelar, tornando mais lento o tramite processual com o fito exclusivo de prejudicar a parte contrária. Ressalte-se que uma vez comprovado o abuso de direito, o autor se desvencilhava da obrigação de comprovar o risco de dano e a urgência, nesse sentido:

A segunda hipótese, que não é exigível em conjunto com a primeira, dela sendo independente, é o abuso de direito de defesa ou manifesto protelatório do réu. Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação.¹⁹

A tutela de evidência desenvolvida pelo Código de Processo Civil de 2015 tinha como principal objetivo sancionar o réu que agisse de má-fé, o foco era a conduta do réu e não o direito do requerente. Entretanto, os termos usados pelo Código são abertos, o que dá grande margem de interpretação para o juiz, o qual no caso *in concreto* decidirá se houve ou não abuso de alguma das partes.

4 TUTELA DE EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A

18 ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012 p. 418

19 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 638

UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Código de Processo Civil de 2015, rompeu com diversos dogmas de processo civil, e inovou em muitos pontos o sistema processual brasileiro. Um dos pontos atingidos por essas inovações foi justamente a tutela de evidência, a qual teve seu rol ampliado.

O Novo Código enxerga o caso in particular como uma fração de um todo maior, tendo uma visão macro do processo civil, entendendo que o processo não se limitar a resolver o conflito *inter partes*, na medida em que as decisões tomadas em um processo produz efeitos tanto endo-processuais (fenômenos que acontecem dentro da relação jurídica processual) quanto extra-processuais (fenômenos alheios aos autos do processo). Esse novo modo de enxergar o processo civil foi o responsável por ampliar o rol de possibilidades de concessão da tutela de evidência.

Para melhor esmiuçar as novidades do tema convém ler o artigo 311 do Código de Processo Civil em sua integralidade, haja vista, que as principais hipóteses de tutela antecipada de evidência se encontram nesse dispositivo legal, a título de conhecimento, também é prevista em procedimentos específicos como a ação possessória (artigo 562 CPC/15), nos embargos de terceiro (artigo 678 CPC/15), e na ação monitória (artigo 700 CPC/15). O referido artigo possui a seguinte redação:

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.²⁰

É digno de elogios a separação que o legislador fez entre a tutela de evidência e tutela de urgência, destinando um artigo para tratar unicamente da primeira delas. Tal feito, permitiu uma análise mais técnica, e evita confusões entre as espécies deixando bem claro o objeto de cada uma delas.

Pois bem, percebe-se que o primeiro dos incisos do artigo 311 basicamente repete a redação do artigo 273, II do Código de Processo Civil de 1973. Calha destacar a alteração da palavra “réu” por “parte”, mudança essa que resultou da crítica da doutrina processualista que alertava que o texto fora mal redigido, uma vez que o autor também pode ser prejudicado pelo deferimento da tutela antecipada de evidência quando agir de forma protelatória. Fredie Didier

20 BRASIL. Código de Processo Civil de 2015 n.p

explica que o autor pode atrasar a marcha processual de forma inútil, o que por sua vez se enquadraria em abuso do direito de defesa, disserta o referido autor que:

O termo “abuso de direito de defesa” deve ser interpretado de forma ampla. Abarca não só abusos e excessos cometidos pela via da contestação (defesa em sentido estrito), mas também em qualquer outra manifestação da parte – como, por exemplo, com o uso infundado de exceções rituais, pelo simples fato de suspenderem o processo, interposição de recursos protelatórios ou a solicitação desnecessária de oitiva de testemunha.²¹

Os incisos subsequentes têm em comum a exigência de robusta prova documental, a qual possa dar segurança ao julgador caso. Nos incisos II, III e, IV do artigo 311 do Código de Processo Civil o foco está no direito do autor. Ou seja, não se preza a punir a mal conduta do réu, mas sim evitar a demora na concessão de um direito que o autor provou de forma qualificada que fazer jus. Diz-se que a probabilidade deve ser qualificada pois mesmo na tutela antecipada de urgência, é exigido que se demonstre o *fumus boni iuris*, todavia, no concernente à tutela de evidência, por dispensar os demais requisitos, essa probabilidade de direito tem de ser muito alta, nesse sentido:

Com base na sua definição de evidência, traz a supracitada tutela da evidência extremada sem urgência, em que a medida liminar é concedida sem a análise do perigo do dano. O juiz, por exemplo, se depara com um caso em que a pretensão (no plano material) é de existência quase certa e a parte não apresenta o *periculum in mora*. O grau de periculosidade é fraco e assim o juiz profere a decisão sem apreciar o perigo da demora, visto que a evidência do dano é latente. O *fumus boni iuris* deixa de ser um dos elementos para tornar-se o elemento essencial para o deferimento da medida liminar, e o perigo de demora será dispensado em face do elevado grau do *fumus boni iuris*.²²

O inciso III, do artigo 311, inova ao extinguir o procedimento especial de depósito, o qual tinha previsão nos artigos 901 a 906 do Código de Processo Civil de 1973, desde a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil o contrato de depósito passou a ser discutido no processo comum ordinário. Mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, já era possível a concessão de liminar lastreada apenas na evidência nesses tipos de casos²³. A hipótese estampada no inciso III, diferentemente das demais possibilidades do artigo, só tem guarida em uma específica situação de direito material, e em razão de sua especificidade, o Código disciplina um regramento especial para o seu requerimento, bem como a forma como deve ser deferida, de forma que a tutela não pode ser genérica, tendo um único objeto possível. A doutrina de Fredie Didier explica essas particularidades

21 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 2 : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013 p. 560

22 DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**: volume 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: JusPODIVM, 2015 p. 158

23 Fredie Didier, explica que par a concessão da tutela provisória no Código de Processo Civil de 1973 a mera apresentação de prova escrita, no caso, contrato escrito, bastava para qualificar a probabilidade do direito a ponto de viabilizar a concessão da liminar. Nas suas palavras: “[...] Bastava que o contrato de depósito fosse objeto de “prova literal” (ou seja, prova escrita) para que se configurasse sua evidência e se admitisse a tutela provisória da obrigação correspondente”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019 p. 760).

dessa tutela provisória de forma muito clara, ensina o juriconsulto que:

Coloca-se, assim, como pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato, que se deve aperfeiçoar, precisamente, por “prova documental adequada do contrato de depósito”. Mas para que se conclua pela probabilidade de acolhimento da pretensão processual é necessário que se configure a mora *ex re*, com advento do termo certo, ou a ocorrência de mora *ex persona*, mediante prova documental da interpelação respectiva, se o réu não foi ainda citado (já que a citação o constitui em mora). [...] Uma vez preenchido o pressuposto referido, a tutela provisória de evidência será concedida, de acordo com a literalidade da lei, mediante “ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. O legislador só admite, em caráter provisório, a tutela específica da obrigação e, não, tutela genérica ou pelo seu equivalente em dinheiro. Até porque a tutela provisória de evidência só é prevista para pedido reipersecutório e não para pedido de condenação em quantia.²⁴

Como visto, a essência dessa tutela foi mantida pelo Código de Processo Civil, o qual apenas a transferiu para o procedimento comum e aperfeiçoou a redação do texto que a disciplina.

O inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil por sua vez, é mais genérico, na medida em que se não se limita a um direito material em específico. A única anamnese necessária diz respeito às provas que instruem o requerimento. Quanto às provas, dois requisitos se fazem presentes, o primeiro deles diz respeito ao requerente que deve através de prova documental provar o direito alegado, e o segundo deles diz respeito ao requerido, o qual deve apresentar prova que seja incapaz de gerar dúvida razoável.

No que tange ao primeiro dos requisitos a doutrina mais moderna entende que prova documental deve ser interpretada de forma mais ampla, de forma a abranger também as provas que prescindam de documentação, nesse sentido:

Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de prova ou mais provas (como o notório, o incontroverso e o confessado).²⁵

O segundo dos requisitos é que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, o que significa dizer que o réu apresenta provas contrárias, sendo essas, no entanto, fracas, a ponto de pouco interferir no juízo de certeza do magistrado. Da leitura do Código infere-se que no caso de o réu não apresentar provas em sentido contrário às apresentadas pelo autor não será possível a concessão da tutela.

O que justifica que a tutela antecipada não seja deferida quando não for apresentada provas em contrário é que o Código de Processo Civil prevê outra forma de prestigiar o direito que é evidente. Sendo réu revel, quanto à produção de provas, ou seja, deixando de produzir as provas

24 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019 p. 760

25 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019 p. 761

necessárias para contestar os fatos levantados pelo autor, é possível ser aplicado o artigo 355, inciso II do Código de Processo Civil de 2015. A doutrina, ao falar dos requisitos da antecipação do julgamento de mérito nesses casos ensina que:

Quanto à possibilidade de julgamento de mérito, sendo o réu revel e houver um cenário em que se possa aplicar o efeito material da revelia, presumindo os fatos como verdadeiros, seja em razão da não contestação (NCPC, art.344) ou da defesa em sentido amplo (NCPC, art.341), e, não sendo hipótese de produção de provas (NCPC, art.349), o art.355, inc. II, do NCPC contempla técnica processual que permite a tutela jurisdicional seja baseada em cognição parcial, que se legitima pela presença no caso concreto, de três requisitos concomitantes: I) a ausência de contestação (revelia), desde que o réu tenha sido regularmente citado; II) a aplicação do efeito material da revelia; III) a falta de requerimento de provas pelo réu em tempo oportuno.²⁶

Não sem razão o inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 será o último dos incisos pormenorizadamente analisado. Esse dispositivo legal representa um significativo avanço do sistema processual civil brasileiro, uma vez que tem como objeto imediato a satisfação do direito do autor respaldado em robustas provas documentais e com amparo em precedente de observância obrigatória. Saliente-se que o Código de Processo Civil não contemplava tal possibilidade, ou seja, tal mecanismo foi inaugurado com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015.

Quanto às provas essas devem assim como nas demais hipóteses previstas nesse inciso devem ser documentais e fortes o bastante para convencer o julgador do direito ora pleiteado. Por se tratar de hipótese mais genérica tais provas não carecem de quaisquer características a além de serem documentadas e idôneas, isso porque a evidência focalizada não está nas questões de fato e sim nas questões de direito. Quanto à esse tipo de prova Daniel Neves ensina que:

A prova documentada – ou documentada – exigida pelo dispositivo legal ora analisado deve ser idônea, ou seja, deve ser formalmente confiável e ter conteúdo que corrobore as alegações do autor, sendo apta, prima facie, a atestar a viabilidade da pretensão.²⁷

Como dito anteriormente, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela devem estar amparados em precedente de observância obrigatória. Por essa razão é imprescindível ter de forma muito clara o que deve ser interpretado como precedente de forma obrigatória.

Questiona-se se o artigo deve ser interpretado *ipsis literis*, ou se é cabível uma interpretação teleológica mais ampla de modo a buscar os reais objetivos do legislador. Ou ainda, se em uma interpretação hermenêutica que interprete o dispositivo legal com vistas aos princípios do processo civil constitucional brasileiro, de forma a analisar a regra dentro de um contexto normativo, relacionando-o com os demais artigos que versem sobre a uniformidade da

26 PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 p. 517/518

27 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 2.ed., rev. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017 p. 534

jurisprudência.

Caso seja adotado o entendimento de que o inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil deva ser interpretado de forma literal, a tutela só poderá ser deferida quando estiver respaldada em precedente originado do julgamento de casos respetivos, a se entender incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), ou no caso se recursos respetivos; ou ainda, com previsão em súmula de efeito vinculante.

Entretanto, a doutrina majoritária entende que deve ser utilizada uma interpretação extensiva, possibilitando o deferimento do pedido de antecipação ainda que esse não esteja lastreado em precedente obrigatório em sentido *strictu*. Entre os defensores dessa tese encontra-se José Garcia Medina, o qual justifica a interpretação extensiva através do uso de analogia com outros instrumentos processuais previstos no Código, tais quais a reclamação constitucional, nesse sentido:

Como parâmetro para se aferir a ausência da controvérsia sob o aspecto jurídico da questão, refere-se a lei processual, apenas, à existência de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos ou em súmula vinculante. Entendemos que igual solução deve ser observada, analogicamente, quando a tese tiver sido firmada em assunção de competência ou em outras súmulas (ainda que não vinculantes), em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e, também, quando proferida decisão do STF em controle de concentrado de constitucionalidade (art.927, I do CPC/2015).
[...] Não faria sentido, p.ex., admitir-se reclamação contra decisão que desrespeita julgado proferido em assunção de competência (cf. art.988, IV) e não se autorizar a concessão de tutela da evidência, com base em tese firmada no mesmo julgado.²⁸

Daniel Neves também defende uma interpretação extensiva da norma, contudo, os seus fundamentos são outros. O referido jurista se vale de uma analogia entre o artigo 311 e o artigo 332 ambos do Código de Processo Civil de 2015, esse último versa sobre a improcedência liminar do pedido, justificando a interpretação analógica do seguinte modo:

É verdade que o legislador poderia ter sido mais incisivo na abrangência do dispositivo, considerando também as súmulas persuasivas e a jurisprudência dominante, ainda que somente dos tribunais superiores, como ocorre no julgamento liminar de improcedência (art. 332, I, do Novo CPC).²⁹

Em que pese, seja bem estruturada a teoria do jurista, e que aparentemente seja a interpretação extensiva a mais adequada, é necessário depurar os fundamentos da tese. Argumenta o autor que é possível fazer analogia entre os artigos 311, II e 332, I do Código de Processo Civil de 2015, todavia sem observar que os dois dispositivos trazem características dispares para os requerentes.

No caso da tutela de evidência, caso a sentença ou acórdão reforme a decisão que não assiste razão ao requerente da tutela, esse deverá além de arcar com a sucumbência indenizar os

28 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 p. 539

29 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017 p 534

danos provocados pela antecipação dos efeitos da tutela. Ou seja, é da essência da tutela causar prejuízos a alguma das partes. E justamente por essa razão o requerimento é imprescindível.

A improcedência liminar por sua vez, dispensa a oitiva do réu, o qual nem sequer apresenta defesa. Ora, naturalmente o autor vencido não terá que pagar a verba sucumbencial, não sofrendo, portanto, prejuízos econômicos além dos valores cobrados a título de custas processuais. Outro fator importantíssimo que distingue um caso de outro é que no primeiro o que se busca é antecipar um direito evidente, prestigiando aquele que lhe faz jus bem como a uniformidade da jurisprudência; enquanto no segundo caso o objetivo máximo é evitar uma prestação jurisdicional desnecessária, uma vez que dispensa uma série de atos processuais que em nada alterarão a situação jurídica do autor e do réu.

Calha ressaltar que para a concessão da tutela antecipada de evidência além do pedido ter guarida em precedente obrigatório os fatos alegados carecem de prova documental, enquanto na improcedência liminar do pedido do artigo 332, I e II o julgador não se dá ao trabalho de analisar as provas. A consequência disso é que a tutela antecipada pode ser revogada por meio de agravo, ou mesmo quando da sentença ou acórdão que encerre o processo com apenas com o afastamento das provas trazidas pelo autor. Ou seja, a tutela de evidência, pode ser atacada com matérias relativas ao direito (superação do precedente ou súmula) ou de fato (provas), tanto um quanto outro, ou ambos podem ser alegados para atacar a tutela de evidência.

A improcedência liminar do pedido que deve ser atacada por apelação só pode ser reformada no caso de ser demonstrada a superação do precedente ou súmula (overriding ou Overruling), ou ainda que o caso foge ao alcance desses (distinguish).

O que se perquire é qual a justificativa plausível para ampliar a interpretação do artigo. A exemplo dos juristas acima referenciados, a tese que parecer estar mais bem alicerçada se vale da analogia. No entanto, deve-se olhar para os artigos que dizem respeito às tutelas que põem fim ao processo, ou seja, as sentenças e os acórdãos que analisam o mérito da questão.

Ora, a tutela provisória tem por escopo adiantar os efeitos que se objetiva conseguir por meio da sentença de mérito que ponha fim ao processo reconhecendo o direito do autor. Portanto, o apropriado é deitar os olhos no artigo 489, parágrafo 1º incisos V e VI do Código de Processo Civil de 2015, pois esse versa sobre a fundamentação da sentença, segue abaixo a redação do artigo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do

entendimento.³⁰

Observe-se que §1º se aplica à decisão interlocutória que é pronunciamento jurisdicional que por excelência concede a tutela antecipada de evidência. A redação do dispositivo não deixa dúvidas de que os precedentes de forma geral devem ser observados pelas decisões interlocutórias. Pode-se argumentar que o artigo teria aplicação tão somente no que concerne às demais tutelas provisórias (antecipada de urgência e cautelar), não se aplicando, portanto, à tutela de evidência a qual é regulada por norma mais específica.

Contudo, deve-se observar que ambos os dispositivos estão previstos no mesmo Diploma Legal, e foram promulgadas concomitantemente. Diante disso, o critério da especificidade não parece capaz de afastar a analogia, pois, por estarem no mesmo Código isso apenas criaria desarmonia entre as normas que regem o processo civil brasileiro.

Restringir a interpretação da norma acabaria por confrontar os princípios constitucionais que regem o processo civil, em especial o princípio da eficiência, previsto expressamente pelo artigo 8º do Código de Processo Civil de 2015.³¹

O artigo 489 §1º incisos V e VI falam de precedentes e súmulas em sentido amplo, ou seja, não se restringem às súmulas de efeito vinculante nem tampouco aos precedentes obrigatórios. Esse artigo se aplica tanto às decisões interlocutórias quanto às sentenças e acórdãos, ou seja, se aplica tanto aos pronunciamentos de cognição sumária quanto exauriente.

Ora, se até mesmo quando da cognição exauriente o magistrado não pode julgar em desacordo com precedente ainda que de eficácia apenas persuasiva quanto mais em sede de decisão interlocutória que defere tutela antecipada de evidência. Ressalte-se que a tutela antecipada não põe fim ao processo, podendo o mérito ser discutido em momento posterior sendo os efeitos da antecipação revertidos, uma vez que ainda que estabilizada a tutela não fará coisa julgada material, comportando futuras discussões.

O mesmo não se pode dizer da sentença, ou acórdão, os quais, após o trânsito em julgado fazem coisa julgada material, cristalizando a relação jurídica discutida evitando futuras análises de mérito.

Isso demonstra uma distorção do Código, pois cria maiores exigências para proferir uma decisão interlocutória que pode a qualquer momento ser revista, do que para uma sentença que tem o condão de por fim à marcha processual.

Partindo da premissa de que os precedentes em sentido lato (obrigatórios e de eficácia

30 BRASIL. **Código de Processo Civil/2015** n.p

31 Fredie Didier ao comentar o princípio ensina que: “O processo para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: volume 1 : **introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016 p. 100)

persuasiva), são capazes de fundamentar uma decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela, o que naturalmente se perquire é se apenas os precedentes oriundos dos tribunais superiores dão azo à antecipação.

Essa seria uma interpretação extremamente ampla, uma vez que a rigor o texto da lei só permitiu de forma expressa a antecipação quando esta estiver amparada em precedente obrigatório ou súmula de efeito vinculante. No entanto, tal interpretação tem sua razão de ser, sendo inclusive já defendida pela doutrina mais moderna, a qual se atentou ao espírito disruptivo do Código de Processo Civil, o qual tem por mantra o princípio da efetividade do processo civil. Dentre os juristas que defendem esse entendimento se encontra Daniel Amorim Assumpção Neves, o qual ensina que:

[...] Ou ainda se valido da mesma técnica utilizada para prever outra hipótese de julgamento liminar de improcedência, com fundamento em súmula de tribunal de justiça sobre direito local (art. 332, IV, do Novo CPC). Afinal, se para conceder tutela definitiva liminarmente basta súmula persuasiva de tribunal superior seria contraditório exigir para a concessão de tutela provisória uma tese consagrada em súmula vinculante.³²

Dessa forma, é de bom senso que os casos julgados pelos tribunais estaduais ou regionais em sede de controle concentrado nas matérias que lhes cabe, justamente por vincular o judiciário sujeito a essa jurisdição devem servir para viabilizar a concessão da tutela antecipada³³.

Ora, em um caso em que uma norma estadual seja reconhecida como inconstitucional em razão de conflitar com a Constituição Estadual, não há razão alguma em permitir que o juiz de primeira instância assumira um posicionamento contrário ao exarado pelo pleno ou órgão especial do tribunal. Pois tal conduta, iria de encontro com o princípio da uniformidade das decisões judiciais, além de que permitiria a perpetuação, ainda que por pouco tempo, de um ato normativo inconstitucional. Assome-se a isso, o fato de que a discussão se encerrará nessa instância, sendo que essa questão, por se tratar de direito local, não será sequer analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

A mesma lógica se aplica quanto às súmulas dos tribunais, com o gravame de que essas jamais poderão ser elevadas à categoria de súmula de efeito vinculante, ainda que versem sobre direito local.

No que concerne aos precedentes ainda que de eficácia apenas persuasiva, como já dito alhures é de bom alvitre que o judiciário os use para fundamentar a concessão de tutela de evidência, em especial quando esses versarem sobre matéria de direito local. Pois nesses casos, ao

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017 p. 534

33 Gilmar Mendes ao comentar o tema defende que, caso o ato normativo viole a Constituição Federal e a Constituição Estadual, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal de Justiça do respectivo Estado serão competentes para declarar a inconstitucionalidade da Lei, prevalecendo o que for decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto se apenas a Constituição Estadual restar ofendida o Tribunal de Justiça do respectivo Estado terá competência exclusiva para decidir sobre a validade constitucional do ato normativo em sede de controle concentrado. Sobre o tema consultar: (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 1484).

contrário do que pode ocorrer nas demais hipóteses de precedentes, justamente por tratarem de direito local, não conflitaram com a jurisprudência de outros tribunais estaduais ou regionais, pelo fato de que esses nem sequer se manifestaram sobre aquela matéria. Ou seja, não fere a isonomia entre os jurisdicionados nem tampouco a segurança jurídica, sendo aliás, ferramenta eficaz para se alcançar a uniformização da jurisprudência, na medida, em que as turmas e os juízos monocráticos, os quais já são vinculados ao que o pleno decidir, poderão de plano antecipar os efeitos da tutela, quando essa estiver amparada em precedente em sentido lato e os fatos puderem ser comprovados por prova documental, como reza o artigo 311 inciso II do Código de Processo Civil de 2015.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses concessão da antecipação dos efeitos da tutela de evidência. No revogado Código de 1973 a tutela de evidência tinha previsão legal, entretanto, seu foco estava na má conduta do réu, buscava dar mais efetividade ao processo, coibindo o excesso de defesa, de forma a dar mais celeridade ao processo. Essa hipótese foi mantida pelo Novel Código, e, justamente por não representar novidade alguma, discussões relevantes não existem quanto à aplicação da tutela antecipada de evidência nesses casos.

Contudo, o mesmo não pode ser dito no que concerne às demais hipóteses que tiveram por gênese o Novo Diploma legal. Essas novas modalidades de tutela geraram diversas controvérsias quanto à sua forma de aplicação.

Dentre as recém-inauguradas hipóteses de tutela de evidência a que provavelmente provocou as maiores polêmicas foi a tutela de evidência que se encontra amparada por precedente obrigatório, previsto no artigo 311, inciso II do Código de Processo Civil de 2015.

Isso porque o texto da Lei se referiu a precedente “obrigatório”, o que a rigor limitaria em muito as possibilidades de concessão da tutela. Entretanto, a parte da doutrina entendeu que uma interpretação *ipsis literis* do texto resultaria em um flagrante ataque aos princípios processuais que norteiam o Processo Civil, em especial o princípio da efetividade e da uniformização da jurisprudência.

Tendo em vista a existência de tais princípios foi defendida a tese de que apesar da redação da Lei, nada obsta uma interpretação extensiva do dispositivo legal de forma a entender por precedente “obrigatório”, tanto os precedentes obrigatórios propriamente dito, quanto aqueles de eficácia persuasiva.

REFERENCIAS

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012

BRASIL. **Código de Processo Civil/1973**

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**: volume 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: JusPODIVM, 2015

_____. **Curso de direito processual civil**: volume 2 : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013

_____. **Curso de direito processual civil**: volume 1 : **introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016

_____. **Curso de direito processual civil**: volume 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

MHOFF, Cristiano. **Código de processo civil interpretado: anotado artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2012

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 26. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2017

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

“HÁ POSSIBILIDADE DE ACORDO?” A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO FAMILIAR PELO ESCRITÓRIO MODELO UENP COMO UMA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Agnes Hikari SUGUIMOTO¹
Yana Vieira CAMPOS²

RESUMO

O presente artigo aborda o tema da mediação como forma benéfica de resolução de conflitos no âmbito familiar, centrado na realidade da população hipossuficiente de Jacarezinho, estado do Paraná, à qual é ofertado o atendimento jurídico gratuito do Escritório Modelo do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, *campus* de Jacarezinho. Intenta-se demonstrar as vantagens da aplicação da mediação nos conflitos familiares, bem como a forma estrutural do NPJ – UENP de lidar com as tratativas de acordo extrajudicial e sua homologação. Somando-se as pesquisas realizadas com a vivência da equipe do Escritório Modelo, constatou-se que a mediação, aplicada nestes casos específicos, corresponde a uma forma mais célere, econômica e efetiva de resolução de conflitos, vez que os laços familiares entre os envolvidos, principalmente no caso de ascendentes e descendentes, são preservados. A elaboração deste texto construiu-se pelo método dedutivo ao realizar a análise geral dos benefícios da mediação familiar e dos parâmetros de acordos extrajudiciais produzidos neste âmbito; para o estudo específico na aplicação destes métodos consensuais de resolução de conflitos dentro da realidade da população hipossuficiente de Jacarezinho.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação, Acordos Extrajudiciais, Resolução de Conflitos, NPJ.

ABSTRACT

This article addresses the theme of mediation as a beneficial way of conflicts resolution within the family, focusing on the reality of the underprivileged population of Jacarezinho, state of Paraná, which is offered free legal assistance from the Model Office of the “Núcleo de Prática Jurídica” (NPJ) of the State University of the North of Paraná, Jacarezinho campus. It is intended to demonstrate the advantages of applying mediation in family conflicts, as well as the structural form of NPJ - UENP to deal with the dealings of extrajudicial settlements and their ratification. Adding to the research conducted with the experience of the team of the Model Office, it was observed that mediation, applied in these specific cases, corresponds to a faster, more economical and effective form of conflict resolution, since the family ties between those involved, especially in the case of ascendants and descendants, are preserved. The elaboration of this text was built by the deductive method by performing a general analysis of the benefits of family mediation and the parameters of extrajudicial settlements produced in this context; for the specific study in the application of these consensual methods of conflict resolution within the reality of the underprivileged population of Jacarezinho.

KEYWORDS: Mediation, Extrajudicial Settlements, Conflict Resolution, NPJ.

-
- 1 Acadêmica de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Atuou como estagiária bolsista no Escritório Modelo do Núcleo de Prática Jurídica da UENP entre os anos de 2018 a 2019. Atualmente, atua como estagiária bolsista no Núcleo Maria da Penha (NUMAPE), projeto de extensão implementado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.
 - 2 Acadêmica de Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Atua como estagiária bolsista no Escritório Modelo do Núcleo de Prática Jurídica da UENP.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre a respeito da atuação do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná nos casos de família da população hipossuficiente de Jacarezinho, onde há possibilidade de realização de mediação e homologação de acordos consensuais realizados entre os conflitantes. Para tanto, também é abordado no presente artigo o conceito, características e vantagens da mediação, bem como do aspecto processual civil sobre os acordos extrajudiciais.

Objetiva-se esclarecer a importância da adoção da mediação na sociedade contemporânea, principalmente quando os conflitantes são compostos por indivíduos da mesma família, em ocasiões que suas relações já se encontram abaladas. Esta atenção especial se dá ao fato de que, por falta de correta orientação, muitos indivíduos ingressam com ações litigiosas perante o Judiciário quando, na realidade, seria possível manejar o conflito por meio de métodos de mediação, o que traria vantagem econômica tanto para o Estado quanto para as partes.

Ademais, expõe-se que os meios de mediação familiar são mais eficazes que a via judicial, vez que além de incentivar a reestruturação da relação entre os envolvidos, é forma mais célere de resolução de conflitos.

Partindo do pressuposto da mediação como possibilidade de transformação social, assegurando menos morosidade aos indivíduos que buscam a Justiça, menos desavenças ao núcleo familiar dos envolvidos, e mais celeridade e economia processual à demanda, o Núcleo de Prática Jurídica da UENP tira do papel um paradigma e se empenha em se utilizar dessa modalidade alternativa, relegando a via judicial à secundariedade, tornando os acordos extrajudiciais o meio mais recorrido e eficiente. Através da intermediação dos procuradores do Escritório Modelo, os proponentes podem formular suas propostas e contrapropostas, lançando como pontos controvertidos o que for entendido como pertinente ao Direito de Família, base do atendimento do Escritório. Uma vez estabelecido o diálogo, é possível se dispensar a via judicial, chegar a um consenso juntos a todos e se redigir os termos acordados, contando com a assinatura dos proponentes, parte única na demanda, e com a posterior homologação judicial, para que o acordo surta os devidos efeitos jurídicos. Assim feito, não se faz necessária a propositura de uma ação, o que dirime controvérsias e traz mais harmonia para os núcleos familiares.

A elaboração deste trabalho construiu-se pelo método dedutivo, ao realizar a análise geral dos benefícios da mediação familiar e dos parâmetros de acordos extrajudiciais produzidos neste âmbito; para o estudo específico na aplicação destes métodos consensuais de resolução de conflitos dentro da realidade da população hipossuficiente de Jacarezinho.

Desta forma, para discutir o exposto, primeiramente será introduzido o método de

mediação como forma alternativa de resolução de conflitos, seus aspectos gerais e principais vantagens. Após, serão feitas considerações acerca da possibilidade de se adotar a mediação somada aos acordos extrajudiciais como maneira efetiva e célere de se solucionar conflitos familiares. Por fim, será exposta a aplicabilidade de tais métodos nos atendimentos jurídicos gratuitos prestados pelo Escritório Modelo do Núcleo de Prática Jurídica da UENP, em Jacarezinho/PR.

2. MEDIAÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Ao avocar para si a responsabilidade jurisdicional, o Estado passou a aplicar o Direito como forma de resolução de conflitos e conseqüente busca pela Justiça e pacificação social. Todavia, conforme dados obtidos pelo CNJ (2014, online) a morosidade processual do Poder Judiciário alcança quase cinquenta por cento das reclamações atendidas pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça. Tal fato demonstra a ineficiência do Sistema Processual, principalmente no que tange ao aspecto temporal, tendo em vista a demora no julgamento das lides.

Além da morosidade, os elevados custos processuais também são indicados como óbice ao acesso à Justiça, motivo pelo qual fez-se necessário criar meios que possibilitassem amparo à população mais carente de recursos financeiros, tal como o benefício da Justiça Gratuita. Porém, embora tal meio tenha gerado efetividade ao preceito constitucional de acesso democrático ao poder jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88), é inegável a impossibilidade do Poder Judiciário em suprir com toda a demanda que lhe é incumbida, motivo pelo qual surgiram os meios consensuais de resolução de conflitos, como a mediação. Nesse sentido, José Ricardo Suter (2018, p. 9) assevera:

Consciente do problema de alta complexidade, o próprio Poder Judiciário Brasileiro procura, há tempos, novas alternativas para a obtenção de respostas, procedendo à legitimação de meios consensuais de resolução de conflitos, especialmente, a mediação que atualmente ocorre extraprocessual e/ou endoprocessual.

Ainda, segundo o autor, várias são as melhorias e vantagens proporcionadas pela utilização da mediação, tais como: a possibilidade de se elaborar soluções apropriadas ao caso concreto, bem como do profissional que mediará o conflito; redução do desgaste emocional; celeridade na solução dos conflitos e conseqüente satisfação dos envolvidos no litígio.

Destarte, o aspecto financeiro também deve ser considerado quando atenta-se à resolução do conflito, visto que a mediação diminui consideravelmente o importe a ser custeado tanto pelos envolvidos quanto pelo próprio Estado. Ao tratar sobre a possibilidade de solução de conflito consensual, José Herval Sampaio Junior e Alexandre Abreu (2017, *online*) afirmam:

Trata-se, pois, de uma medida de probidade com a coisa pública, uma vez que as despesas para a solução de conflitos pela via do consenso envolvem um investimento de menor custo racional.

Quanto à judicialização de conflitos, conforme explica Dora Fried Schnitman (1999, p.

17), nas disputas geradas pela discussão dentro do próprio litígio dão ensejo à polarização das partes, na qual uma é ganhadora e a outra é perdedora, o que “empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.”. A adoção da mediação como forma de resolução de conflitos, por sua vez, proporciona grande serventia às partes, principalmente no que se trata ao Direito de Família, tendo em vista que em tais casos objetiva-se não somente a resolução do conflito, como também proteger a relação entre os envolvidos, de forma a solucionar parcialmente com seus problemas emocionais (SUTER, 2018, p. 66).

Enquanto o Poder Judiciário impõe uma sentença proferida pelo juiz, a mediação visa restabelecer a relação social dos envolvidos no conflito e incentivá-los a vislumbrar a variedade de soluções viáveis por conta própria. Neste campo, o mediador atua apenas como uma comunicação colaborativa, capaz de administrar o conflito e auxiliar no desenvolvimento de propostas efetivas. Dessa forma, de acordo com Laura García Raga (2010, apud SUTER, 2018, p. 13), a mediação passa a ser considerada não apenas como uma maneira de resolver litígios, mas também uma técnica de gestão democrática de conflitos com cunho educativo para os envolvidos, os quais passam a gerenciar seus próprios conflitos, para preveni-los. Ainda, corrobora Renata Fonkert (1999, p. 177), *in verbis*:

A mediação é um método que procura fazer com que as partes superem suas diferenças, oferecendo oportunidade para que encontrem soluções viáveis, as quais devem contemplar os interesses de todos os envolvidos na questão.

Denota-se que o objeto fundamental da mediação é o comportamento humano, que não consegue ser desvinculado da lide, visto que cada indivíduo possui suas crenças pessoais e, por conseguinte, expõe ponto de vista distinto de seus próximos, muitas vezes colidentes. Neste diapasão, a mediação é abordada como uma possibilidade de pacificação social, visto que não apenas resolve o litígio, como também intenta na sua prevenção através de uma educação social gradativa. Ao abordar o tema, Elena Inés Highton e Gladys Stella Álvarez (1999, p. 190) dissertam sobre a solução de conflitos por meio da autocomposição, *in verbis*:

Quando há autocomposição, são as próprias partes que ditam a solução ao conflito. Nenhum terceiro toma ou impõe uma decisão; o máximo que pode ocorrer é que as partes se utilizam de um terceiro que age como facilitador da comunicação, que não detém poder de decisão. Sua missão é conduzir a audiência de modo que as verdadeiras necessidades e interesses das partes possam ser manifestadas, acima das verdadeiras necessidades e interesses das partes possam ser manifestadas, acima das posições disputadas, para que as partes encontrem uma resposta que favoreça a ambas.

Rozane da Rosa Cachapuz (2009, p. 40) também corrobora com o assunto e afirma que a liberdade de escolha ofertada aos envolvidos, somada à construção de diálogo entre as partes e o profissional mediador, são “os instrumentos necessários para que seja exercido o verdadeiro papel

de pacificação social”.

Almeja-se, portanto, criar uma cultura de comunicação colaborativa através da utilização mais frequente desse meio de composição, de forma a influenciar positivamente no acesso e na celeridade da Justiça. Nessa mesma linha de pensamento, José Ricardo Suter (2018, p. 39) assevera que “a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos como a mediação, se torna meio eficaz de efetivar o acesso à justiça e a paz social”. O autor ainda complementa:

Assim, é preciso estimular a utilização da mediação nas mais diversificadas áreas, pois desta maneira as pessoas irão conhecê-la e a partir disso aprimorar o convívio através de um diálogo eficaz e humano, fortalecendo seu método de gerenciamento de conflitos com a finalidade real de preveni-los. (SUTER, José Ricardo, 2018, p. 94).

Importante ressaltar que não há um suposto combate travado entre o Judiciário e os meios alternativos de resolução de conflitos, vez que estes não prejudicam aquele, mas sim colaboram na sua efetividade, devendo-se considerar acima de tudo a adequação entre a natureza do conflito existente e a melhor forma para solucioná-lo. Como observa Fiss (2004, apud ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2016, p.60):

os ADRs [*Alternative Dispute Resolutions*] não seriam recomendáveis a diversos tipos de conflito, especificamente aqueles (i) em que houvesse desequilíbrio de poderes entre as partes; (ii) em que as partes não manifestassem seu consentimento legítimo, por estarem envolvidas em relações que interferem na sua livre manifestação de vontade; (iii) nos quais a corte devesse continuar supervisionando as partes após o julgamento; (v) nos quais a justiça necessitasse ser feita – e não somente a composição do litígio; e (vi) em que houvesse uma exigência social de interpretação legítima das normas legais.

Feita tal consideração, percebe-se que a mediação é uma forma complementar de garantir acesso à justiça em casos específicos, principalmente nos que versam sobre Direito de Família, visto que, como já abordado anteriormente, neste contexto a composição consensual contribui na celeridade da solução do conflito bem como no restabelecimento da comunicação entre os familiares envolvidos.

3. ACORDOS EXTRAJUDICIAIS: OS NOVOS RUMOS DO DIREITO PROCESSUAL APLICADOS NO ÂMBITO FAMILIAR

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que entrou em vigor em 18 de março de 2016, as soluções alternativas de conflito passaram a ser consideradas como uma meta norteadora para o Direito Processual Civil, visto que preceitua em seu art. 3º, § 2º³, a obrigação do Estado em promovê-las, sempre que possível. Ainda, o parágrafo terceiro do mesmo artigo⁴ estabelece que incumbirá aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do

3 Art 3º, § 2º, CPC/15: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

4 Art. 3º, § 3º, CPC/15: “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

Ministério Público o estímulo às soluções consensuais de conflito. Complementando, José Ricardo Suter disserta sobre a importância desse novo instituto para uma resolução mais democrática de conflitos:

Com efeito, o NCPC tornou-se mais democrático, exercitando a cidadania com a pretensão de alcançar o mundo contemporâneo e garantindo às partes envolvidas a utilização da mediação na resolução de suas contendas, superando o próprio modelo tradicional contencioso, trouxe novas perspectivas que priorizam a diminuição dos conflitos através do viés da justiça consensual.

Logo após a sanção da Lei nº 13.105/2015, responsável por positivizar inúmeras questões acerca dos meios consensuais de conflito, foi criada a Lei nº 13.140/2015, mais conhecida como Lei da Mediação. Tal preceito legal contribuiu para a implicação da ideia de transição do paradigma jurídico tradicional de “cultura da sentença”, onde a falta de diálogo entre os conflitantes gera a judicialização de todo e qualquer litígio, para a almejada “cultura de paz” que relaciona-se tanto com a prevenção quanto com a solução não violenta de conflitos.

Ainda, o Código de Ética e Disciplina da OAB impõe, em seu artigo 2º, § único, inciso VI, que é dever do advogado estimular a conciliação entre os litigantes, com o intuito de se prevenir a instauração de litígios. Segundo Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão (2012, *online*):

(...) as próprias normas que regulam a profissão de advogado estimulam que seja realizada a conciliação, a fim de se evitar que litígios sejam instaurados. Não se está falando apenas da audiência de conciliação realizada nos tribunais, mas também da conciliação que pode ser realizada entre as partes antes mesmo de se ajuizar uma demanda.

Desta forma, passa-se a analisar a possibilidade de adotar a mediação não somente como forma de resolução de conflitos, mas também como uma abordagem contemporânea de se evitar a instauração de litígios perante o Judiciário, por meio da criação de uma cultura de pacificação e diálogo. Tal método, a longo prazo, geraria grandes vantagens para o Estado, pois reduziria os custos com as demandas processuais e diminuiria gradativamente a amplitude dos conflitos entre membros da sociedade, pois estes passariam a ter autonomia para solucionar suas próprias avenças sem necessitar da ingressão de um feito perante o Judiciário e da decisão de uma sentença.

Segundo Rosana da Rocha Cachapuz (2009, p. 34), a mediação como meio extrajudicial visa, basicamente, a resolução do conflito por meio de técnicas que instigam os envolvidos a encontrarem suas próprias conclusões. Logo, ela pode proporcionar a própria concretização do acesso à justiça a inúmeros indivíduos que sentem-se desamparados pelo Estado, seja pela morosidade causada pela grande demanda a ser solucionada pelo Poder Judiciário, pelos altos custos de se pleitear por um direito, ou pela falta de apoio na conservação dos laços afetivos entre os envolvidos no conflito.

Portanto, a mediação extrajudicial trouxe ao âmbito familiar uma possibilidade de

processo judicial.

mudança de paradigma positiva, de forma que os envolvidos buscam espontaneamente por um profissional capacitado para facilitar o diálogo e gerar a possibilidade de solucionar o impasse sem a tensão de audiências intimidadoras e processos burocráticos. Tudo isso corrobora na preservação dos relacionamentos que devem ser mantidos e, conseqüentemente, proporciona maior conforto emocional aos envolvidos. Tal característica da mediação é de extrema importância na concepção jurídica e social, pois, conforme assegura João Roberto da Silva (2004, p. 58, apud SUTER, 2018, p. 65), a família é o pilar da sociedade, devendo ser respeitada, e incumbe à mediação defendê-la e fortalecê-la, de forma que seja estimulado seu valor pela cultura que adotamos. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 226⁵, também demonstra cuidado especial com a estrutura familiar ao afirmar que esta é a “base da sociedade”. Ao dissertar sobre a aplicação da mediação nos conflitos familiares, afirma José Ricardo Suter (2018, p. 66):

Nesse trilhar, a mediação é inserida como sendo a melhor maneira de resolução de conflitos familiares, afinal se propõe a resolver problemas emocionais, proteger a relação entre os envolvidos, por meio da intervenção do mediador, na busca dos objetivos.

A conservação do relacionamento entre as partes é o principal benefício obtido ao se substituir a ingressão de litígio processual pelo acordo extrajudicial. Por esse motivo, quando os envolvidos procuram orientação jurídica sobre ações de Família no Escritório Modelo UENP, são primeiramente questionados sobre a possibilidade de acordo extrajudicial que regularize os termos conflitantes. Essa premissa proporciona maior celeridade no feito e evita atritos futuros entre os envolvidos, que encontram-se emocionalmente abalados.

O maior número de acordos extrajudiciais realizados pelo Núcleo de Prática Jurídica de Jacarezinho (Escritório Modelo) versam sobre Divórcio, Dissolução de União Estável, Guarda, Alimentos e Visitas. Dentro de tais temas, percebe-se pelo decorrer dos atendimentos que as partes se comprometem mais em firmar acordos consensuais quando o feito envolve direitos referentes à criança e ao adolescente. Isso se dá devido à atenção que os envolvidos impõem ao contato familiar pacífico, o qual será preservado com os filhos mesmo após a homologação do acordo. Desta forma, conclui-se que, enquanto a resolução mais célere do conflito é a meta primária da mediação familiar, a manutenção de um relação saudável entre os membros familiares envolvidos constituiu meta secundária, conforme explica Renata Fonkert (1999, p. 179):

Alguns autores discutem acerca das metas secundárias de mediação, tais metas seriam a reestruturação [sic] da relação pais-filhos e a criação de um modelo de comunicação e resolução de conflitos que pode servir no futuro.

A mesma Autora ainda complementa, de forma a apreciar a mediação familiar como um meio quase terapêutico de se tratar o atrito gerado entre as partes:

O processo da mediação costuma ser terapêutico na medida em que conduz a reduções

5 CF, Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”.

observáveis da ansiedade, das feridas e da raiva que podem ser geradas em situações de conflito. De maneira semelhante, o mediador pode notar maior compreensão e confiança, melhora na comunicação e nas habilidades de colaboração entre as pessoas. (FONKERT, 1999, p. 179).

Especificamente nos casos que envolvem Direito de Família, por se tratar de direitos indisponíveis, mas transigíveis, a Lei de Mediação estabelece em seu artigo 3º que o acordo firmado extrajudicialmente deve necessariamente ser homologado em Juízo, após a devida oitiva do Ministério Público.

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

(...)

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

De acordo com o estabelecido no artigo 515, inciso III do CPC/15⁶, juntamente com o artigo 20, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015⁷, os acordos extrajudiciais levados a termo e homologados em juízo constituem título executivo judicial. Sendo assim, a parte prejudicada em caso de eventual descumprimento no acordo firmado poderá pleitear pelo seu direito por meio de requerimento de cumprimento de sentença ou execução, conforme as particularidades do caso. Todavia, conforme aponta Maristela Shizue Shiotoko (2017, *online*), os índices de cumprimento dos acordos estabelecidos em mediação são altos, pois os conflitantes sentem-se mais satisfeitos e compromissados em respeitar e cumprir os termos acordados. Desta maneira, comparados com os litígios instaurados e sentenciados em Juízo, há menor necessidade de se ingressar com um feito específico para requerer a satisfação da matéria homologada.

Tais fatos contribuem para a conclusão de que os acordos extrajudiciais, somados às técnicas de mediação, proporcionam benefícios mediatos e imediatos aos envolvidos, sendo aqueles a resolução do conflito em si, enquanto estes correspondem à preservação da relação entre os conflitantes e à menor chance de descumprimento do acordo celebrado.

4. NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UENP EM UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS

Abordado o conceito de mediação, suas vantagens e sua aplicação no Direito de Família, finalmente, o capítulo em questão aborda o trabalho realizado pelo Escritório Modelo do *Campus*

6 NCPC, Art. 515, inciso III: “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; (...)”.

7 Lei nº 13.140/15, Art. 20, § único: “O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único: O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.”.

de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o qual trata-se de um projeto de extensão que visa o atendimento jurídico à população hipossuficiente de Jacarezinho, Estado do Paraná, bem como a complementação acadêmica dos graduandos de Direito da UENP na realização de horas de estágio, o que proporciona o primeiro contato com a atuação jurídica para inúmeros docentes. Portanto, trata-se especificamente dos casos atendidos em Jacarezinho pelo Escritório Modelo da mesma Comarca.

Primeiramente, cabe esclarecer que o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná oferece representação profissional em demandas e litígios voltados para a satisfação de uma pretensão jurídica fundada, até o momento, apenas na área cível. Atualmente, a equipe do Escritório Modelo é formada por duas profissionais do Direito, devidamente inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil, e quatro estagiários remunerados.

Por meio deste Núcleo, através do auxílio gratuito, os cidadãos que não possuem possibilidade de arcar com custas processuais e honorários advocatícios sem o prejuízo do próprio sustento, têm uma alternativa além da constituição de advogado dativo no Fórum de Jacarezinho ou na Ordem dos Advogados do Brasil de Jacarezinho, o que possibilita maior acesso à Justiça e, conseqüentemente, ao exercício da cidadania e democracia.

O Escritório não atua somente oferecendo representação para se ingressar com ações em litígios civis voltados para do Direito de Família, como também oferece formas alternativas de se resolver com o conflito, além do pronto ingresso com a via judicial, tal como a autocomposição através da realização de acordo extrajudicial que será posteriormente homologado em Juízo.

Os clientes que buscam representação através do Escritório Modelo são orientados sobre as particularidades da ação que buscam, o funcionamento do processo e a respeito dos documentos necessários para ingressar com o feito, bem como aqueles indispensáveis para se obter a prestação jurisdicional gratuita que dependem de assinatura da parte, tais quais, a procuração, declaração de hipossuficiência e termo de responsabilidade.

O primeiro, como o próprio nome já diz, nada mais é que o mandato, o documento através do qual o particular confere poderes ao procurador – no caso, às advogadas do Núcleo de Prática Jurídica – para representá-lo durante os trâmites do processo.

O segundo consiste em uma declaração de hipossuficiência, devidamente assinada pela parte, equivalente a dizer que percebe renda mensal inferior a dois salários mínimos, que é o limite compatível imposto pelo Escritório Modelo para que o indivíduo possa receber o acompanhamento jurídico. Recebendo mais do que isso, a parte é orientada a buscar representação no Fórum ou na OAB, sendo entregue a ela uma carta de negativa assinada por um monitor do escritório ou por uma das advogadas, comunicando que aquela pessoa já passou pelo Núcleo e, por conta da

incompatibilidade da renda com o teto do escritório, não pode receber assistência por ele. A carta de negativa é, ainda, entregue à parte quando há outros motivos que impedem o escritório de atuar no caso concreto, seja por conta de não atuar naquele tipo de demanda (o Escritório Modelo atua apenas em ações relacionadas às Varas de Família e Cível), seja por conta de ter prestado assistência à parte contrária, dentre outros motivos que podem representar óbice à atuação do escritório.

Por fim, o terceiro documento, indispensável para a prestação jurídica do Escritório Modelo e que deverá ser assinado pela parte, consiste em um termo de responsabilidades e deveres, no qual o indivíduo resta ciente que sua falta injustificada, a não entrega de documentos pertinentes ou qualquer mudança referente à ação não informada pode ocasionar a improcedência de seu processo, ficando o escritório isento de qualquer responsabilidade. Este último, diferentemente dos outros dois documentos citados anteriormente, não influencia a situação processual em si, mas serve como uma garantia de comprometimento do Requerente para com o Escritório, evitando a extinção de processos pelo abandono da causa pelo Autor, bem como futuras reclamações acerca de resultados não esperados do feito que tiveram responsabilidade única e exclusiva da parte.

O procedimento da entrega de documentos e assinatura dos três documentos essenciais é comum ao ingresso da ação pelo(s) interessado(s), seja em meio litigioso, onde se configuram dois polos na ação, de forma consensual ou em casos de jurisdição voluntária. No entanto, enquanto que no primeiro caso o Escritório atua em prol de apenas um dos interessados, estabelecendo uma relação jurídica que versa o interesse de um dos lados da moeda, no segundo atua como ponte entre as pretensões de duas ou mais partes distintas, levando à uma solidificação de interesses, visando o bem comum de mais de um cidadão e em defesa da celeridade e economia processual.

O acordo extrajudicial, como resta claro pela própria definição, é consenso a que se chega através de uma conversa, de um contato maior entre os interessados. Como já exposto anteriormente, ele é muito utilizado para a resolução de conflitos que envolvam Direito de Família, devido à possibilidade de reestruturação do contato pacífico entre os envolvidos que, na maioria dos casos, incluem relação entre pais e filhos.

As pessoas que buscam representação muitas vezes não se dão conta de que é possível uma intermediação realizada pelo Escritório em sua demanda. Portanto, nos casos de interesses que abordem o âmbito familiar, elas são informadas primeiramente dos benefícios de se firmar um acordo extrajudicial, por meio da mediação, quais sejam, maior celeridade do andamento processual e mais economia, além de não se pretender a formação de um litígio, com partes adversas e conflitos por conta de interesses divergentes.

Depois de orientadas sobre a estrutura do acordo extrajudicial, as partes que renovam seu interesse em realizá-lo ou que se convencem do benefício de fazê-lo marcam um dia e horário para

serem atendidas e dar início ao procedimento. As tratativas de acordo sempre são acompanhadas por uma das advogadas do Núcleo de Prática Jurídica e por um ou mais estagiários de direito, os quais são incentivados a redigir os termos acordados e acompanhar todo o processo de mediação até a homologação do feito.

Naturalmente, certos tipos de demandas podem gerar desconforto para um dos interessados ou para todos, mas esses acordos não precisam ser gerados com a presença simultânea dos interessados. Aqueles que preferem não estabelecer diálogo direto entre si ficam em cômodos distintos, com a alternatividade da conversa deles com os profissionais encarregados pela mediação. Já aqueles que não preferem ter contato algum durante as tratativas de acordo, podem marcar a mediação em dias e horários distintos, de forma que não se estabeleça contato físico próximo, confiando exclusivamente na intermediação do escritório e de seus procuradores.

A via judicial é considerada secundária quando se é possível chegar a um acordo extrajudicial. Uma vez que os interessados concordam com os termos, eles são redigidos em um documento próprio, que conterà a assinatura e o visto dos interessados, juntamente com a rubrica das advogadas do Escritório Modelo e de duas testemunhas. Após isso, é feita uma petição inicial com o pedido de homologação de acordo extrajudicial, a qual é protocolada juntamente com o acordo assinado, a procuração e outros documentos pertinentes e tem-se início o processo. Uma vez homologado pelo juízo, o acordo gerará efeitos jurídicos aptos a ensejar consequências para o interessado que não cumpri-lo, tornados definitivos os termos acordados pelos representados.

Os interessados podem confabular sobre qualquer questão pendente entre eles que verse sobre direito de família e seja apta a receber orientação pelo Escritório Modelo, tais como, partilha de bens, fixação de alimentos, guarda, visitas, e divórcio, que é sempre feito na modalidade “consensual” no que tange ao acordo extrajudicial. Quaisquer que sejam os termos propostos, desde que aceitáveis e não prejudiciais a algum dos proponentes, são objeto de acordo.

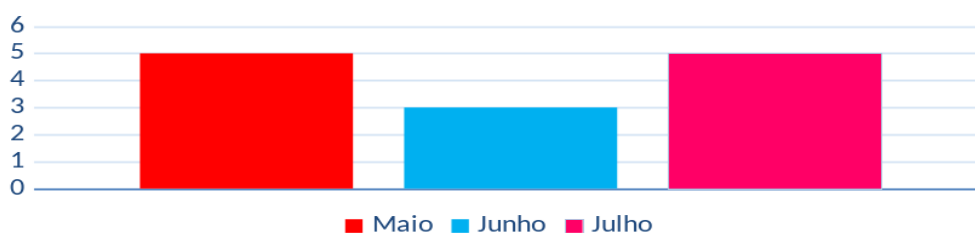
O Escritório Modelo atua como intermediário nas tratativas de acordo, sempre visando o bem-estar de todos os interessados, acolhendo várias pretensões e chegando a um equilíbrio, um termo aceitável por todos, o que não ocorre com a pretensão única acolhida na propositura de ação voltada diretamente à via judicial. O procedimento do acordo extrajudicial é mais célere, na medida em que as partes já estão de acordo e o que se busca é uma homologação do que foi acordado. Não é necessário estabelecer mais de um polo, visto que são todos autores na demanda. Isto significa dizer que não há citação de parte contrária, o que já é uma etapa especialmente mais lenta, uma vez que podem haver vários óbices ao cumprimento desta fase processual, tais como a incerteza do endereço da parte, a sua ocultação proposital, mudança de endereço, local de residência muito distante, etc. Também não é necessário apresentar defesa, com construção de contestação,

impugnação, contrarrazões, ou de apelo recursal, considerando que após a confecção do acordo, todos os interessados configuram o mesmo polo da ação e pleiteiam pelo mesmo direito.

O controle da quantidade e dos horários das tratativas de acordo realizadas pelo Escritório Modelo é feito por meio de planilhas compartilhadas, confeccionadas e atualizadas mensalmente, com os horários dos interessados sempre marcados de forma a não coincidir com as audiências marcadas, o que tornaria especialmente trabalhoso o acompanhamento pelas procuradoras e advogadas do Núcleo de Prática Jurídica.

Nos três últimos meses (maio, junho e julho de 2019), foram realizadas treze tratativas de acordos extrajudiciais pelo NPJ – UENP. Esta demanda resta demonstrada no gráfico abaixo.

Demandas por Acordo Extrajudicial por Mês



Os acordos extrajudiciais, portanto, além de serem a via primária do Escritório para a resolução de conflitos familiares, tendem a tornarem-se mais numerosos, consistindo em uma solução alternativa de conflitos adotada pelo Núcleo de Prática Jurídica do *Campus* de Jacarezinho/PR, da UENP que traz inúmeros benefícios aos interessados.

É importante ressaltar que, além de tornar mais célere a prestação jurídica, trazendo mais harmonia para a população que visa a assistência gratuita, através desses acordos, o Escritório Modelo fornece aos estagiários de direito um rápido, porém eficaz vislumbre de como se daria sua atuação profissional na área. Dessa forma, é ofertado aos acadêmicos e acadêmicas da Universidade o contato próximo à essa nova perspectiva de resolução de conflitos pacífica, onde a via judicial não é a única solução dentro de um meio tão dinâmico quanto a Ciência do Direito.

Desta forma, através de orientação e atendimento jurídico ofertado à população hipossuficiente de Jacarezinho, no estado do Paraná, concretiza-se o instituto da mediação preceituado pelo Código de Processo Civil de 2015 somado à Lei nº 13.140/15, de forma a gerar possibilidades céleres e efetivas de resolução de conflitos familiares, onde se nutrem os laços de relacionamento entre os envolvidos e, finalmente, caminha para a consolidação do acesso à Justiça e da reeducação da sociedade para a pacificação social gradativa.

5. CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe as soluções alternativas de conflitos como uma norma preliminar do litígio, de forma a preceituar que deve-se primeiramente visar formas consensuais para se resolver as divergências antes de se optar pela instrução e julgamento do feito. Tal modificação no ordenamento jurídico foi de extrema importância e trouxe inúmeras vantagens tanto ao Estado quanto aos conflitantes.

Em primeiro lugar, as formas alternativas de resolução de conflitos, com ênfase na mediação, geram menos custos para o Estado e para os envolvidos, que por muitas vezes têm seu acesso à Justiça prejudicado devido à condição financeira precária e falta de orientação. Segundamente, os acordos extrajudiciais possibilitam a preservação do contato e dos laços afetivos nos casos de conflitos familiares, motivo pelo qual a mediação é de extrema importância nestes casos específicos, tendo em vista o peso valorativo cultural voltado à Família. Ademais, ao se priorizar este tipo de resolução de conflitos em face à judicialização de litígios, adota-se uma atuação preventiva e educativa que gera a instigação ao diálogo cada vez mais frequente, o que consequentemente levaria à gradativa pacificação social.

Dentro do contexto trazido em pauta, traz-se a aplicabilidade da atuação do NPJ – UENP ao prestar orientação e apoio jurídico aos membros de famílias hipossuficientes de Jacarezinho/PR, sempre priorizando as formas consensuais de resolução de conflitos com o intuito de gerar resultados práticos mais rápidos, efetivos e confortáveis aos envolvidos.

Desta maneira, conforme o exposto, o trabalho realizado pelo Escritório Modelo do Núcleo de Prática Jurídica da UENP, no que concerne ao atendimento jurídico de conflitos familiares da população de Jacarezinho, gera maior eficiência e celeridade nos casos práticos, devido à adoção de métodos de mediação para a resolução de conflitos. A prestação jurídica do NPJ consiste, portanto, em método de concretização plena e eficaz da proteção à família e do acesso deste grupo de pessoas à própria Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alexandre; JUNIOR, José Herval Sampaio. **Redução de custas como um dos elementos que estimulam o imediato consenso**. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-12/reducao-custas-ajuda-estimular-imediato-consenso>>. Acesso em 13 Jul. 2019.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **A advocacia como atividade e o papel do advogado como negociados**. 2012. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/a-advocacia-como-atividade-e-o-papel-do-advogado-como-negociador/>>. Acesso em 13 Jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **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 12 Jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140 de 26 de Junho de 2015**. Instituiu a Lei de Mediação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 13 Jul. 2019.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Morosidade da Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>>. Acesso em 12 Jul. 2019.

MIGALHAS. **Entenda a diferença entre mediação Judicial e Extrajudicial**. A mediação extrajudicial deve ser buscada espontaneamente pelas partes que estão envolvidas no problema e que não conseguem resolvê-lo. 2017. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI257520,11049-Entenda+a+diferenca+entre+mediacao+Judicial+e+Extrajudicial>>. Acesso em 13 Jul. 2019.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen; *et al.* **NOVOS PARADIGMAS EM MEDIAÇÃO**. 1. Ed. Porto Alegre: Artmed, 1999.

SUTER, José Ricardo. **Mediação no Direito de Família**. Gestão Democrática de Conflitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

JUDICIALIZAÇÃO E PROCESSO: OS EFEITOS DAS EXCESSIVAS DEMANDAS POR SAÚDE NO ÂMBITO PROCESSUAL

Beatriz Casagrande FORTUNATO¹

RESUMO

A judicialização não se trata de um fenômeno recente, mas ainda sim não foi solucionado no Brasil, e vem sendo recorrente no tocante aos direitos fundamentais, sobretudo, o direito à saúde, vez que, as ações judiciais nele alicerçadas solicitando prestações e serviços cada vez mais se avolumam, gerando decisões que interferem no modo de agir das outras funções estatais. Aliás, até mesmo os processos de saúde não atingem e não são realizados da forma como deveriam, considerando os fins do processo em si, em razão da sua urgente necessidade de concretizar o direito à saúde. Desta feita, o presente trabalho pretende demonstrar os reflexos processuais da judicialização no processo em si, e verificar alternativas para se atingir uma decisão mais razoável, justa e efetiva, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Judicialização. Separação de Poderes. Intervenção judicial.

ABSTRACT

Judicialization is not a recent phenomenon, but it hasn't already been solved in Brazil, and it has been recurrent in regard to fundamental rights, especially, the right to health, since the lawsuits based on it require more and more services, that increases, resulting in decisions that interfere in the way that other state functions work. In fact, even the health processes do not reach and are not carried out in the way they should, considering the purposes of the process itself, because of its urgent need to realize the right to health. This research intends to demonstrate the procedural reflexes of the judicialization process in the process itself, and to verify alternatives to reach a more reasonable, fair and effective decision, using, for that, the deductive method.

KEYWORDS: Right to health. Judicialization. Separation of powers. Judicial intervention.

INTRODUÇÃO

Mudam-se os Códigos, permanecem os problemas. Conquanto as inúmeras inovações e institutos a serem aplicados, bem como a esperança de que no Brasil seja alterada a ideologia pró-litígio para uma solução consensual ou por meios alternativos trazidos pelo já não tão novo Código de Processo Civil alguns problemas permaneceram e continuam sem solução.

Nesse sentido, o fenômeno da judicialização da saúde apenas aumenta, e continua repleto de questionamentos para o Poder Judiciário, o qual se mostra a salvação na função de concretizar direitos fundamentais, vez que as ações que se esperam do Executivo e do Legislativo não aparecem. A função do juiz não é conceder medicamentos, tratamentos e cirurgias. A função

1 Beatriz Casagrande Fortunato: Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), de Jacarezinho, Paraná, Brasil. Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Univem - Centro Universitário Eurípedes de Marília. Membro do grupo de pesquisa AJUDPRO (Univem) e do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil (UENP). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6395-4985>. E-mail: bia_fortunato@hotmail.com.

constitucional do Executivo e do Legislativo é a de efetivar direitos fundamentais sociais, tal qual o direito à saúde, uma vez que se trata de um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas públicas para a diminuição, promoção e recuperação de enfermidades e outros agravos, assegurando-se o acesso universal e igualitário, a tais políticas públicas conforme estabelece o artigo 196 da Constituição de 1988.

Portanto, o presente trabalho pretende analisar a judicialização sob o aspecto processual, dado que são inúmeras demandas judiciais com variados pedidos, cujo objeto se fundamenta no direito à saúde, verificando as interferências judiciais nas demais áreas, as possibilidades de uniformização, ou seja, analisar algumas alternativas do que se apreende e do que pode ser feito em busca de solucionar esse problema. Com efeito, para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica e de dados on-line, alguns casos práticos jurisprudenciais, e se efetua uma análise mediante o método dedutivo.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece como poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e ainda, os classifica como independentes e harmônicos entre si (BRASIL, online).

Desse modo, o princípio da tripartição dos poderes explicita uma designação de funções de Estado; dos seus poderes, ou seja, dos órgãos que desempenham as funções estatais; a designação do princípio, demonstrando que tais órgãos são independentes e harmônicos entre os poderes, e que há uma indelegabilidade e inacumulatividade de funções. Além disso, o princípio da tripartição dos poderes é resultado do sistema de freios e contrapesos, no qual “o poder atribuído a um órgão deve servir para controlar o outro, quer impedindo a perfeição de atos do outro, quer cobrando eventuais omissões, ou quer promovendo a sua responsabilidade recíproca” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 197).

Então, as funções estatais são divididas em três: o executivo, o judiciário e o legislativo. Cada uma detém sua atribuição, conforme os ditames constitucionais, além disso, os órgãos são independentes e harmônicos entre si, o que significa que eles não precisam uns dos outros na realização de suas tarefas, mas devem atuar segundo o que determina a Constituição, evitando-se choques ou conflitos entre eles.

Ainda, é de bom alvitre ressaltar que essa divisão entre três poderes é fruto do sistema de freios e contrapesos, nos quais esses poderes se somam, porque realizam tarefas típicas dos outros e se fiscalizam para manter seu equilíbrio.

Carl Schmitt (2003, p. 188-189) argumenta que a ideia de separação simboliza um isolamento completo do ponto de partida a organização e regulamentação, considerando algumas

vinculações. Enquanto a divisão demonstra uma diferenciação dentro de cada um dos poderes, como no Poder Legislativo, o qual é dividido em duas casas, o Senado e a Câmara dos Deputados.

Destarte, considera-se que o poder é uno, e a concepção de separação pode conduzir ao entendimento de vários poderes que estão separados, além disso, a doutrina evoluiu, não mais utilizando o termo divisão dos poderes, e sim funções do Estado, visto que, não existem três Estados, e sim, um Estado, no qual há “órgãos de execução do poder político” que dele emanam (MACHADO, 2011, p. 86-87).

Ademais, “Conclui-se, portanto, que o poder político se manifesta pelos órgãos do Estado, no qual as funções são atribuídas pela Constituição com as suas respectivas competências, em que há divisão de funções e não separação ou divisão de um único poder” (MACHADO, 2011, p. 87). Posto isso, não é certo falar em poderes, e sim em funções do Estado, pois o poder é uno, havendo a divisão de suas funções para o cumprimento de suas metas constitucionais e uma melhor organização estatal.

Inicialmente, a abordagem da tripartição de poderes se deu a partir de Montesquieu (1996, p. 167), segundo o qual: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”.

O primeiro desses poderes consistia na criação ou anulação de leis, o segundo é voltado para as relações com outros Estados no tocante à paz, guerra, envia ou recebe embaixadas, institui medidas de segurança, e atua na prevenção de invasões. O terceiro, por sua vez, é conhecido como “poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Logo, Montesquieu concebeu as funções estatais, as quais seriam gestadas internamente pelo Estado, cuja divisão seria em: legislativo, e a função estatal executiva, para as relações internacionais e a organização civil interna.

Outrossim,

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Com isso, Montesquieu também notou a necessidade de existência do judiciário, como órgão separado do legislativo e do executivo para julgar as demandas e conflitos existentes.

A seu turno, Locke (1998, p. 458) considera que a função do poder é a de proteger a propriedade e punir os seus membros que praticarem delitos, pois essas tarefas são indispensáveis para a sobrevivência de uma sociedade política, justamente porque seus membros renunciaram a seu poder natural para delegá-lo a um corpo político e à proteção da lei por ele estabelecida.

A sociedade política detém a incumbência de determinar a punição consoante seu julgamento ser ou não adequado as transgressões cometidas entre seus membros, de modo que há o poder de elaborar a lei, e o poder de punir os danos causados, a fim de conservar na medida do possível a propriedade de seus membros. Por conseguinte, como cada indivíduo delegou esses seus poderes a partir de um representante, o qual é o responsável por transmitir suas ideias e ideais. Essa é a origem dos poderes legislativo e executivo, os quais são responsáveis por avaliar a proporcionalidade da punição dos delitos e vingança das ameaças externas, contando com o apoio dos membros da sociedade (LOCKE, 1996, p. 459-460).

Destarte, para Locke, o Estado existe para assegurar a proteção da propriedade privada e punir a prática de crimes, eis que como cada ser humano tinha tal atribuição, houve a delegação desse poder para um único ente maior, o Estado. Com isso, o legislativo e o executivo, enquanto poderes do Estado, surgiram para justamente analisar as punições dos delitos e ameaças internas, apoiados pela sociedade.

Uma vez que o objetivo principal dos homens ao se unirem em sociedade é assegurar sua propriedade, para tanto, é preciso que haja uma lei fixa, conhecida e aceita de acordo com os padrões de probidade e improbidade, bem como uma fórmula comum para solucionar os conflitos; um juiz conhecido e imparcial para resolver os conflitos com base na lei; e, um poder para defender e executar a sentença quando ela for justa (LOCKE, 1998, p. 495-497). Desta feita, o judiciário, para o autor, é o responsável por julgar os conflitos em defesa da lei e nela fundamentado, e, posteriormente, executar as sentenças, conquanto os juízes devam ser conhecidos e imparciais.

Não obstante, as funções estatais também atuam a fim de que não haja abuso de poder por parte do ente uno que o detém, assim como cada função não deve extrapolar suas atribuições legais. Pois,

Numa república democrática, os controles institucionais de abuso de poder pelos órgãos do Estado são de duas espécies: o horizontal, ligado ao mecanismo da separação de Poderes, e o vertical, fundado na soberania popular. Na verdade, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo soberano, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido, legitimamente, no quadro da Constituição. E é, justamente, ao Poder Judiciário que incumbe a magna função de interpretar os limites constitucionais dentro dos quais há de ser exercida a soberania popular (COMPARATO, 2004, p. 156).

Destaque-se que o Judiciário é o responsável por garantir a lei, especialmente a Constituição, por meio de interpretações e verificações de limites, de sorte que cabe a ele analisar qualquer afronta ou abuso de poder, eis que numa democracia não há ninguém que exerça ou possua o poder absoluto.

Ultimamente, tem-se que a função judiciária vem sendo muito mais solicitada que as demais, pelo fato dos brasileiros não estarem sabendo resolver seus conflitos, como também porque

as demais funções estatais vêm desempenhando seus papéis de forma aquém as expectativas, cômoda e sem empenho em resolver as principais carências do país.

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o "déficit democrático" de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

O juiz aparece como a fonte para garantir a justiça que não vem sendo efetivada pelos demais poderes, até porque suas decisões são coercitivas, ele é uma figura imparcial e neutra, o que acaba angariando a confiança das pessoas. Sem contar nos recentes e enormes escândalos de corrupção que escancaram a fragilidade e a corruptividade dos poderes executivo e legislativo.

Então, Garapon (1999, p. 186) defende que o juiz na democracia atua como um guardião das promessas de governo, "O juiz é o guardião da memória, mas de uma memória reforçada: aquela das promessas que os fundadores fizeram em nossa intenção". Ou seja, se o poder do Estado foi criado como um pacto social pelo qual os representantes seriam responsáveis por gerir, organizar, e resolver os conflitos, bem assim, o poder é limitado e deve se voltar a atender os anseios sociais, o juiz representa a figura imparcial que aplicará a legislação, sempre se recordando os fins do Estado, seus objetivos, e os motivos de sua existência, de maneira a proteger os indivíduos e a sociedade contra a exorbitância de poder no exercício das funções estatais.

Ressalta-se que o Estado de Direito pode ser entendido como um Estado no qual o poder é exercido de forma jurídica, ou seja, toda decisão é tomada em conformidade com uma norma superior, e, este Estado de Direito será caracterizado como democrático, uma vez que a Constituição garanta direitos fundamentais e existe um controle entre a conformidade das leis a Constituição, o que é necessário para a garantia da democracia (TROPER, 2003, p. 70).

Portanto, a tripartição dos poderes, isto é, das funções estatais simboliza uma proteção ao abuso e uma organização para melhor gerir as atividades estatais. Ademais, constitucionalmente, as funções estatais no Brasil são divididas entre legislativo, executivo e judiciário, os quais são independentes e harmônicos entre si, inclusive no exercício de suas funções típicas e atípicas delimitadas constitucionalmente.

Ocorre que o Poder Judiciário vem recebendo maior destaque uma vez que é compreendido como aquele capaz de assegurar direitos e exigir a observância da lei, dado que, nos últimos anos, os poderes executivo e legislativo não têm se mostrado proativos na resolução dos principais problemas nacionais, além de estarem envolvidos em grandes escândalos de corrupção. Há, então, no Brasil, uma super procura ao judiciário para garantir e efetivar direitos, tal qual o direito a saúde, fenômeno este denominado de judicialização da saúde.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde é garantido constitucionalmente de modo que deve ser efetivado pelo poder público, mediante políticas públicas envolvendo a promoção, a prevenção e a recuperação de doenças e outros agravos. Posto isso, a falha no serviço público de garantia da saúde tem ocasionado a proposição de inúmeras ações judiciais visando à obtenção de medicamentos, estejam ou não eles presentes nas listas do Sistema Único de Saúde, cirurgias, tratamentos (padronizados ou não). Na maioria das vezes, as prestações são concedidas inclusive em tutela de urgência.

A expansão do poder judiciário pode ser observada na política a partir de três fatores: primeiro porque os tribunais têm sido cada vez mais solicitados para limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substanciais ao poder das instituições parlamentares; em segundo lugar, os tribunais se tornaram os locais nos quais são criadas as políticas substanciais; e, em terceiro lugar, os juízes têm sido cada vez mais acionados para conduzir a atividade política, construindo e reforçando padrões aceitáveis de comportamento para os grupos de interesse, partidos políticos, funcionários eleitos e nomeados (FEREJOHN, 2002, p. 41).

Bem por isso, a judicialização não se limita ao papel cada vez maior e mais importante ocupado pelos tribunais na realização de políticas públicas, posto que o fato dos tribunais frequentemente intervirem em no processo de criação das políticas públicas significa que outros atores políticos, e grupos que almejam ações políticas têm razão ao buscar a reação judicial. É necessário que as propostas sejam avaliadas de maneira a assegurar que a legislação não seja derrubada ou interpretada de forma indesejável, para tanto, o debate político precisa ser anterior a responsabilidade das instituições legais (FEREJOHN, 2002, p. 41-42).

A judicialização aparece como uma forma de concretizar um direito previsto constitucionalmente e que, diante dos problemas com as políticas públicas, não é possível de ser concretizado da maneira e no tempo em que o solicitante deseja que ele seja. Com isso, essas demandas por saúde no Judiciário implicam na interferência em políticas públicas e orçamento público, atividades cuja responsabilidade é do legislativo e do executivo, a ponto de participar da atividade política nacional nesse sentido.

As causas da judicialização são: a redemocratização do país, cujo ápice foi à promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o Judiciário deixou de ser uma função técnica, e passou a deter uma função política, considerando as garantias conquistadas, bem como a instituição de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública, os quais contribuíram para o aumento das reivindicações por justiça pelos brasileiros; a constitucionalização abrangente, uma vez que a CF/88 passou a abordar variadas temáticas que antes eram objeto de lei ordinária; e, por fim, o

sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, devido à sua extensão, ou seja, a adesão do controle difuso e do controle concentrado/abstrato (BARROSO, 2009, p. 19-20).

Para Luiz Werneck Vianna (2008, p. 100) a judicialização foi prevista e permitida pelo legislador constituinte:

A Constituição visa, pois, o futuro e se empenha programaticamente, ao definir os direitos sociais, no terreno das políticas públicas. A jurisdicização desses direitos vincula o legislador ordinário aos seus comandos, cabendo à sociedade provocar o Judiciário, mediante novos institutos criados pela Constituição, no sentido de garantir a sua aplicabilidade. Nesse preciso sentido, a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *médium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de constituição como obra aberta.

Destarte, considerando que os direitos sociais dependem de políticas públicas para se concretizar, o legislador ordinário está vinculado aos comandos constitucionais, não só programáticos, como quanto a sua aplicabilidade imediata, e, caso não haja cumprimento dos preceitos constitucionais, a sociedade pode buscar o Judiciário para solucionar o conflito.

A guisa de conclusão, verifica-se que a judicialização é o fenômeno no qual são levadas ao Judiciário uma grande quantidade de demandas relacionadas a direitos constitucionalmente garantidos a fim de que ele os resolva, considerando seu poderio, sobretudo, no tocante ao direito à saúde e sua concretização, devido ao embasamento constitucional do direito à saúde.

Então, consoante a Constituição de 1988, a judicialização implica na defesa dos direitos fundamentais nos tribunais, os quais, por exercer o poder de concretizá-los, intervindo na política, rompem com o ideal de separação dos poderes. E caso seja considerada como um fenômeno que coloca a democracia em risco, o sistema brasileiro de constitucionalidade (que admite o controle difuso e o abstrato) contribuiria para agravar tal risco (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 117).

Os autores consideram que a interferência judicial ocasionada pela judicialização fere a separação de poderes e que, em havendo risco para a democracia, este seria potencializado a partir do sistema de constitucionalidade adotado no Brasil, uma vez que se admite o controle difuso e o concentrado. O grande problema na verdade é a efetivação dos direitos fundamentais pelo poder judiciário, de sorte que isso deve ser realizado de outras maneiras conforme prevê a Constituição.

Antoine Garapon (1999, p. 151) advoga que partir do momento em que os problemas humanos e sociais também se transformaram em problemas jurídicos, chegando até a comprometer os vínculos sociais, que antes se solucionava de forma espontânea pelos costumes, passa-se a necessitar de uma resposta formal do magistrado, justificando a judicialização das relações sociais. Isto é, já Garapon pensa que o Judiciário é a solução para os problemas humanos e/ou sociais que se tornaram problemas jurídicos, eis que o magistrado é que deverá ser responsável por dar uma resposta a tais problemas.

A seu turno, Boaventura de Souza Santos (2011, p. 13) considera que o protagonismo do Judiciário ocorreu devido ao modelo desenvolvimentista caracterizado pelas regras de mercado e por contratos privados, que dependem da estabilidade dos negócios para serem cumpridos, via reflexa, isso exige um judiciário eficaz, independente e célere, ao mesmo tempo, em contrapartida, verifica-se a precarização dos direitos econômicos e sociais, os quais passam a ser buscados perante o Judiciário. Por isso que existem muitos litígios que estão nos tribunais em virtude do “desmantelamento do Estado Social”, como pleitos envolvendo educação, direito do trabalho, previdência social e saúde.

É possível notar que, no Brasil, há uma “cultura de litígio”, pois as pessoas não conseguem resolver seus problemas entre si e o delegam para o Judiciário, cuja solução nem sempre satisfaz uma ou ambas as partes, porém possui um poder coercitivo para se manter e ser cumprida. Com isso, o Novo Código de Processo Civil traz de forma intensa os institutos da mediação e conciliação para tentar romper com a cultura do litígio judicial do brasileiro.

É possível também identificar a judicialização como uma questão social, a qual não se vincula a vontade dos juízes, e sim, na verdade, a variados fatores alheios à jurisdição, que vão desde o reconhecimento de direitos a ineficiência do Estado em sua concretização, gerando, enfim, no aumento do número de litígios, fenômeno comum de sociedades de massa, salientam Lenio Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Lepper (2015, p. 56).

Destarte, a diminuição da judicialização ou do número de litígios seria possível a partir da eficiência da máquina estatal em efetivar direitos fundamentais, a despeito de sua proteção legal, de forma que, para tanto, é necessário investir, pensar, bem elaborar e, principalmente, bem executar políticas públicas.

Na acepção de Luis Roberto Barroso (2009, p. 19) a judicialização:

significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Novamente, verifica-se que a judicialização se relaciona ao aspecto sócio-político no Brasil, e por isso que ela incomoda tanto, dado que as decisões judiciais são coercíveis e se fazem cumprir, de sorte que o autor evidencia a falha na prestação de serviço daqueles responsáveis pelas políticas e leis que materializam os direitos, que são os membros do Congresso Nacional, os quais, uma vez que o poder emana do povo que o exerce por seus representantes eleitos, esses representantes, bem como o Presidente da República, no Executivo, devem identificar as

contingências sociais que precisam ser sanadas, e, devido a importância na saúde, acredita-se que ela seja um dos problemas principais aos quais se deve buscar uma solução.

Ademais, os gastos que o Executivo tem na concretização de direitos a partir de processos judiciais são cada vez maiores, de modo que melhor seria avaliar as maneiras de solucionar os problemas da saúde pública, ou pelo menos, as principais contingências objeto dos processos, para enfim, buscar alternativas de saná-las, o que se mostraria como um investimento em saúde pública e não apenas um gasto orçamentário para suprir uma falha de concretização do direito para um postulante.

Segundo Flávia Santiago Lima (2018, p. 153) da mesma maneira que a judicialização condiciona a política, ela é utilizada pela última como instrumento uma vez que aglutina os interesses comuns de vários grupos sociais hegemônicos. Ademais, observa-se que o processo político que levou a adoção da Constituição de 1988 no Brasil foi um momento que se caracteriza pela “consciência da necessidade de formatação de um novo arranjo institucional. Seguindo a tendência mundial, as forças políticas preponderantes na década de 80 viram no direito e demais organismos estatais um mecanismo para a manutenção do acordo por elas firmado”.

Por conseguinte, nota-se que a judicialização é um fenômeno político e social que acomete o Brasil, seja porque a Constituição Federal de 1988 concede variados direitos e garante a sua proteção e o acesso à justiça a todos. Além disso, no caso dos direitos sociais, tal qual o direito à saúde, é preciso que haja uma atividade positiva do Estado em assegurá-lo, ou seja, sua concretização mediante políticas públicas, no entanto, essas se mostram cheias de falhas de aplicabilidade e execução, ou então, inexistem, o que agrava a crise da saúde pública nacional e, conseqüentemente aumenta o número de processos judiciais.

3 AS PRINCIPAIS DISCUSSÕES E CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS GERADAS PELA JUDICIALIZAÇÃO

A expansão e procura pelo Judiciário devido aos problemas com políticas públicas no setor da saúde causam efeitos sociais, políticos e econômicos para o país, fatos esses que acabam por obstar seu desenvolvimento visto que a garantia e concretização de direitos, ao menos minimamente, é essencial para um país que almeja se desenvolver nacional e internacionalmente.

Para Vanice Lírio do Valle (2011, p. 200), o movimento de demandas individuais buscando remédios, internações, exames, intervenções cirúrgicas e outras prestações relacionadas à preservação da saúde decorre da disfunção no início da implementação do SUS, aliada a deficiência na oferta dos serviços públicos de saúde cujo objetivo era que eles fossem prestados de forma universal

Outrossim, a autora também ressalta que: “Apesar do apelo do recurso argumentativo da proteção à dignidade da pessoa, a evocação tão-somente desse mantra para fins de outorga de prestações individuais não assegura um nível mínimo de uniformidade nas pautas hermenêuticas do Judiciário” (DO VALLE, 2011, p. 204). Logo, não basta deferir demandas apenas sob o ideário de “não vai morrer no meu gabinete”, é preciso que o Judiciário se disponha a analisar os casos, e se for necessário pedir ajuda técnica especializada, solicitá-la.

As demandas carecem de análise por parte do juiz acerca da real necessidade ou não daquilo que se pleiteia, se há ou não falha na política pública, ou se ela inexistente, a fim de que o Judiciário não seja também utilizado como uma forma que passar na frente dos outros para conseguir a prestação de saúde almejada.

Não obstante, o que preocupa quanto à judicialização em sua função de concretizar direitos é que esse fato implica numa “tendência incontornável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer o direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição” (CANOTILHO, 2007, p. 90).

Desta feita, insta lembrar que a atuação do magistrado sempre deve ser pautada na Constituição, não podendo extrapolar suas atribuições a ponto de atingir ou justificar a discricionariedade ao caso concreto. Ou seja, os limites das atribuições do Judiciário também devem ser respeitados e evidenciados. Além do que, passou-se a questionar a própria atuação do juiz no processo devido à possibilidade do aumento de sua discricionariedade no julgamento de demandas afeitas aos direitos fundamentais.

Tratar a respeito de direitos fundamentais implica em ter que se mensurar se existem limites ou não, ou qual a melhor forma de garantia, o que culmina no mínimo existencial, o qual pode ser concebido como: “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 184).

Logo, considerando a indispensabilidade de uma sobrevivência de forma digna e acima dos padrões de pobreza absoluta, o mínimo existencial, conceitualmente, abrange uma vida saudável, que se relaciona não só à saúde, mas também ao equilíbrio entre as condições econômicas e sociais do indivíduo, de tal maneira que existam condições econômicas que lhe permitam assegurar sua sobrevivência, inclusive em condições sociais, isto é, viver em um ambiente salubre (com saneamento básico), ter o que comer, e poder cuidar de sua saúde para não contrair patologias ou desenvolvê-las.

Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 70) entende como mínimo vital “o dever do Estado caudatariamente ao princípio da dignidade humana, garantir a todos um *standard* social mínimo

incondicional”. Posto que, considera o fato do ser humano possuir um valor absoluto, não relativo, devendo-lhe ser garantidas condições para sua vida seja preservada, e para sua integração na sociedade, embora o mínimo vital seja prejudicial às políticas públicas que serão desenvolvidas pelo governo.

Ressalte-se que há uma diferenciação doutrinária entre mínimo vital e mínimo existencial:

Em outros termos, o mínimo existencial refere-se a uma série de prestações sociais capazes de assegurar os pressupostos a uma existência humanamente digna, e não apenas um mínimo vital, ou o suficiente à sobrevivência pessoal. Dentre essas, certamente estão incluídas prestações mínimas em saúde (FIGUEIREDO, 2007, p. 194).

Ademais, nas demandas judiciais fundamentadas pelo direito à saúde, o mínimo existencial significaria que o autor da demanda demonstrasse que a falha no recebimento do tratamento é severa o bastante a ponto de aviltar seu direito à vida, à dignidade, e integridade pessoal, assim como a parte autora deveria comprovar que não dispunha de recursos para pagar um tratamento privado ou um plano de saúde (LANDAU, 2012, p. 208-209).

Uma vez que essa é a fundamentação jurídica da grande maioria das petições iniciais que tratam de saúde no Brasil, verifica-se uma relação entre a falha no serviço público prestacional, o qual é um problema que deve ser corrigido, e as condições econômicas instáveis na sociedade brasileira, todavia, todos possuem o direito à saúde, razão pela qual será necessário mensurar e ponderar o quão grave é a demanda em um contexto social, político e econômico de predominância da judicialização da saúde.

Por outro lado, cabe salientar sobre a reserva do possível:

(...) Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir (REsp

Portanto, a teoria da reserva do possível foi importada do direito alemão no sentido de escusar as prestações estatais sob alegação da falta de recursos públicos para tanto. Claro que os direitos sociais e sua efetivação têm custos, porém não é possível se valer dessa teoria quando sequer se assegura o mínimo existencial ao cidadão, motivo pelo qual não se pode justificar a não concretização dos direitos pelo contexto nacional brasileiro pela reserva do possível.

Não obstante, consignou-se na ADPF 45 que a reserva do possível só deve ser considerada após a concretização do núcleo essencial do direito e não pode ser utilizada como forma de justificar a não concretização dos direitos fundamentais. Eis que,

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (Informativo 345 STF), (BRASIL, online).

Já acerca das demandas processuais envolvendo saúde é possível verificar que não existem acordos, o solicitante é tratado como vítima e o processo corre, muitas vezes com a prestação já garantida a título de urgência, sem discussão sobre a necessidade, legitimidade, razoabilidade daquilo que se pleiteia.

Com efeito,

Banalizaram-se problemas e repostas. Diante da rotina de liminares garantindo a entrega de praticamente todo e qualquer medicamento e providência requerido, qualquer medida oferecida no âmbito do sistema de saúde, ainda que célere e razoável, tende a ser vista como emulação acanhada do verdadeiro direito subjetivo do interessado. Nada menos que a providência máxima será tido como aceitável. Seria como parafrasear o antigo ditado: aos que tiverem a sorte do caminho judicial, tudo; à coletividade, a lei. O direito à de uns oposto ao direito à saúde de muitos (BUCCI, 2017, p. 34).

Posto isso, nota-se que o contraditório é cumprido como mera parte do procedimento processual, não há credibilidade nas alegações, até porque as liminares são concedidas de plano, já se garantindo o direito, sem averiguar as condições daquele que o pleiteia, isto é, é preferível assegurar o que se solicita e passar um caso na frente daqueles que estão na fila aguardando a prestação de saúde. Além do que, a postura da parte autora é de somente aceitar receber aquilo que pedem, não há possibilidade de eventual acordo, considerando as possibilidades e necessidades dos litigantes.

Porquanto, tem-se que o procedimento processual não se realiza a partir do contraditório ou exista tentativa de acordo embasada no princípio da cooperação, que questões de extrema importância processual e muito defendidas pelo Novo CPC. Via reflexa, o processo em si é injusto pela maneira como se desenrola, igualmente, a procedência também se mostra injusta ao corroborar

para a concretização da prestação de saúde almejada a uma pessoa, gerando gastos econômicos e ou fazendo com que ela passe na frente dos outros que esperam a boa-vontade estatal para obter o que deseja por possuir uma sentença a seu favor.

Insta ressaltar que todos os direitos são onerosos, uma vez que eles pressupõem o financiamento do contribuinte em máquinas de supervisão eficientes e eficazes para monitorar e cumprir a lei, da mesma forma que um Tribunal depende de recursos para assegurar sua funcionalidade, de modo que tal qual a ação judicial é necessária para garantir direitos, é possível cada vez investir mais dinheiro no treinamento, recrutamento, fornecimento e pagamentos de pessoas para atuar no Judiciário o cuidado e zelo pelos direitos básicos (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 44-45).

Além disso, os direitos fazem com que o poder se contraponha ao poder, dado que constitucionalmente, os direitos levam poderes de um âmbito do governo para lidar ou combater os poderes de outros órgãos do poder (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 55). Conseqüentemente, a judicialização faz com que a inação ou problemas nas ações do Executivo e do Legislativo transfiram para o Judiciário, sobretudo quanto aos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, a atribuição de realizar o que eles não realizam, e, inclusive, nessa conjuntura, influem questões institucionais, isto é, são gerados problemas de relacionamento entre os poderes, e ainda problemas com a alocação de verba pública.

Portanto, é preciso haver cautela, não é possível submeter ao juiz todo e qualquer problema de saúde como urgente solicitando-lhe uma decisão rápida e eficaz, via reflexa, tal decisão chega ao âmbito administrativo público com preferência sobre as demais, com força coercitiva, já que advinda do judiciário, e exigindo, para seu cumprimento, gastos imediatos e até mesmo exagerados.

Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, chegue-se a uma decisão injusta, que não corresponda a realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim se alcançará a efetiva paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam esse resultado. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos (BEDAQUE, 2011, p. 109).

Posto isso, tanto os processos em que se discutem prestações de saúde quanto à postura do magistrado necessitam de razoabilidade e proporcionalidade, isso porque o sistema de saúde constitucional foi concebido como um sistema que prima pela igualdade, sem contar que é preciso haver uma conscientização acerca das necessidades da coletividade, claro que isso não significa fazer com que se abdique de seu direito a uma prestação pois outros necessitam, todavia, isso significa que é preciso cumprir as filas organizadas na saúde administrativamente, é preciso saber que não são todos os casos que envolvem risco de vida, não se deve liberar medicamentos não

testados ou aprovados pela ANVISA para todos².

Nesse sentido, a razoabilidade é verificada a partir do princípio da proporcionalidade, o qual “significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados” (GRINOVER, 2010, p. 19).

Na prática judicial, o caráter razoável do direito se evidencia em dois momentos: na categorização dos casos a luz dos princípios e na busca da regra aplicável ao caso. É razoável a categorização dos fatos que considera todos os princípios que nele interferem, é razoável a regra individualizada no marco das condições limitadoras do direito como ordenamento, respondendo as exigências do caso. Na busca desta razoabilidade do conjunto, consiste o trabalho de unificação do direito cuja atribuição é da jurisprudência (ZAGREBELSKY, 1999, p. 147-148).

Por sua vez, Humberto Ávila (2005, p. 103) considera que a razoabilidade envolve três acepções:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Com efeito, a razoabilidade consiste numa análise entre as normas gerais e as peculiaridades do caso concreto, a fim de indicar como serão moldadas as normas aplicadas ao

2 ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015 (STJ, REsp nº 1.657.156 – RJ, Relator MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 25 de abril de 2018), (BRASIL, online).

caso. Pode também a razoabilidade funcionar como um suporte para alcançar o objetivo pretendido. E, ainda, a razoabilidade pode ser entendida como parâmetro de equivalência entre duas grandezas. Assim, nas demandas envolvendo saúde, a depender da situação, a razoabilidade pode ser utilizada em cada uma de suas três acepções.

Além disso, apesar de muitas vezes serem tratadas em conjunto a proporcionalidade se distingue da razoabilidade e vice-versa. Dessa maneira, a proporcionalidade se refere a uma relação entre meio e fim, vez que sendo adotado o meio, atingir-se-á o fim, enquanto a razoabilidade se relaciona a congruência e equidade, no sentido de harmonizar o Direito a suas condições externas, ou seja, o caso concreto (ÁVILA, 2005, p. 110).

Posto isso, a análise de razoabilidade/proporcionalidade dar-se-á na verificação entre o equilíbrio do que se almeja, e os meios utilizados para tanto, sendo possível ora se referir ao alcance de um fim, ora buscando a aplicação congruente entre a norma e o fato.

Destarte, diante de um contexto de saúde pública, é preciso relevar e considerar as necessidades médicas de quem está acometido de uma enfermidade, bem como as possibilidades de seu tratamento no SUS, o que acaba frustrando as pessoas, pelo fato de almejarem conquistar prestações de valores exorbitantes, ou de clínicas e centros de saúde privados, o que não se coaduna com a lógica de garantia de um tratamento, prestação de serviço de saúde, em especial dentro do próprio sistema público, isto é, coberta pela igualdade entre todos os indivíduos.

Até porque, o abuso de valores e serviços nas concessões vem levando as pessoas ao hábito de ingressar com demandas judiciais invocando o direito à saúde. Via reflexa, é preciso que o juiz e as partes se cientifiquem que a solução do caso deve envolver, principalmente, a prestação do serviço público que é a partir das diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Por isso que para se atingir a certeza ou pelo menos ser possível verificar a verdade muitos casos precisam ser submetidos à perícia ou o magistrado precisa contar com apoio técnico acerca de informações médicas e administrativas no tocante ao SUS para melhor decidir.

Nesse sentido, o recente Código de Processo Civil estabelece a possibilidade da prova pericial simplificada, quando se tratar de casos em que o ponto controvertido for menos complexo, de modo que será realizada a oitiva de um especialista que possua conhecimento científico ou técnico, o que pode ser realizado pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes (BRASIL, online).

No tocante a complexidade o Código se refere à complexidade do ponto controvertido, de modo que não estar-se-á referindo acerca da complexidade da patologia, como nos casos de saúde. Assim, para patologias que são alvo de muitas demandas no poder público, como no caso da diabetes, os procedimentos cirúrgicos por próteses ou a bariátrica, dentre outros, até mesmo, pela possibilidade de ser determinada de ofício, seria interessante a implementação da perícia

simplificada como forma de auxiliar o magistrado, sob os aspectos técnicos e científicos, conseqüentemente, geraria maior certeza e segurança nas decisões.

A judicialização da saúde se potencializa como um fenômeno de crise e prejudica o íter processual devido à falta de estrutura na verificação e nas informações específicas e técnicas que constam do processo. Aliás, nesta esteira, adotando-se a ideologia cooperativa, leal, e de boa-fé as partes poderiam buscar se ajustar entre as suas possibilidades e necessidades, de modo em que fossem apresentadas as possibilidades que o poder público pode oferecer quanto ao problema do caso concreto e as possibilidades e necessidades das partes.

Ou seja, o poder público pode fornecer qual medicamento, este já foi utilizado, a parte solicitante apresenta algum tipo de contra-indicação ou alergia a ele, e qual outro pode ser utilizado então, os tratamentos disponíveis padronizados tanto para a patologia em questão, ou mesmo os que podem ser tentados com base nas necessidades do indivíduo. E mais, os procedimentos cirúrgicos que são disponibilizados, a fila de espera, como se efetua a análise dos casos urgentes. Uma vez que os fatos são clarificados, a solução da demanda pode se tornar mais justa, efetiva e eficaz para ambas as partes e até mesmo a instrução probatória e o procedimento processual se tornam mais eficazes. Cumpre inclusive salientar que tais informações não levam tempo para serem adquiridas e nem mesmo é preciso agendar audiência entre as partes para haver essa troca, tudo pode ser colacionado aos autos no prazo justo e de forma dinâmica.

Desse modo,

Tome-se o exemplo da saúde: uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento ao maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público sem observância da reserva do possível (GRINOVER, 2010, p. 25).

Tal qual às políticas públicas, a defesa e a discussão do direito à saúde em juízo podem e devem ocorrer porque se trata de uma consequência do sistema constitucional brasileiro eivado de direitos, contudo, não é possível que sejam cometidos abusos ou excessos, por isso é imprescindível uma análise harmoniosa, equilibrada e razoável entre aquilo que se pleiteia no caso concreto e as possibilidades de sua efetivação por parte do poder público.

CONCLUSÕES

O processo civil enquanto instrumento de garantia da paz social também tutela conflitos para a efetivação e concretização de direitos, em especial, no trabalho, verifica-se que existem inúmeros feitos pleiteando medicamentos, fornecidos ou não pelo poder público, cirurgias,

tratamentos, dentre outros, ancorados no direito à saúde. Esse excesso de demandas judiciais por saúde foi denominado judicialização da saúde e encontra guarida no sistema constitucional nacional que permite o acesso à justiça e, no caso da saúde, direito fundamental social, o Estado possui a função de efetivá-lo a partir de políticas públicas.

Pois bem, consoante os ditames do Novo Código de Processo Civil, o processo deve ter uma duração razoável, deve ser justo e possui uma decisão efetiva, o que não se verifica nos casos de saúde, uma vez que, aliás, não se realiza a devida instrução processual, e, em sua maioria, resultam em decisões procedentes condenando o poder público a realizar a prestação ou serviço almejado, em consequência, geram-se gastos e interferências em atribuições de outras funções estatais, as quais, por sua vez, omitiram-se no exercício de suas funções constitucionais de concretização do direito à saúde.

Portanto, uma decisão justa e efetiva nos casos ancorados no direito à saúde, sob a alcunha da judicialização, precisa contar com mais certeza, com a possibilidade de diálogo entre as partes, o magistrado precisa poder contar com um auxílio técnico, o que pode se dar a partir da perícia simplificada, os casos precisam apresentar verdade e serem decididos de forma razoável entre as necessidades daquele que solicita uma prestação ou serviço que esteja dentro das possibilidades do poder público, a fim de não onerar seu orçamento, uma vez que a saúde tem acepção coletiva, devendo ser garantida a todos indistintamente e de forma igualitária. Somente com um debate ético, probo, leal e razoável será possível implantar o que o novo Código de Processo Civil prevê e garantir uma justa e efetiva decisão.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *TEORIA DOS PRINCÍPIOS* - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 345 STF. ADPF 45*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 10 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência. REsp nº 1657156 / RJ*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência. REsp 1.389.952-MT*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301926710&dt_publicacao=07/11/2016. Acesso em: 10 mai. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, p. 87-95, mai. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>. Acesso em: 15 jun. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos avançados*, v. 18, p. 151-159, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext. Acesso em: 12 mai. 2019.

DO VALLE, Vanice Lírio. Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. *Themis: Revista de direito*, v. 11, n. 20, p. 185-210, 2011.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and contemporary problems*, v. 65, n. 3, p. 41-68, 2002. Disponível em: www.jstor.org/stable/1192402. Acesso em: 19 out. 2018.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v.

53, p. 189-247, 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29852.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Revisitando os pressupostos da juristocracia à brasileira: mobilização judicial na Assembleia Constituinte e o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 2, p. 145-167, ago. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59168>. Acesso em: 30 ago. 2018.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua nova*, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 16 mai. 2019.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Posituação e Exigibilidade Judicial de Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrd: Alianza Editorial, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, 2015, p. 51-61. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em 19 mai. 2019.

TROPER, Michel. El poder judicial y la democracia. *Isonomía*, n. 18, p. 47-75, 2003. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000100003&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 04 dez. 2018.

VIANNA, Luiz Werneck. “O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a tradição Republicana: mudança e conservação”. In: OLIVEN, R. G. RIDENTI, M. BRANDÃO, G. M. (Org.). *A Constituição de 1988 na Vida Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 91-109.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 3 ed. Madrid: Trotta, 1999.

LAWTECHS E LEGALTECHS – A ADVOCACIA 4.0 – SUAS CAUSAS, CARACTERÍSTICAS E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Thales COELHO¹
Valdir de Carvalho CAMPOS²

RESUMO

O presente artigo explora e estuda as *lawtechs* e *legaltechs* tanto num ambiente nacional, quanto internacional, para tanto realiza inicialmente uma breve incursão ao tema, seguida de um estudo mais simplificado de conceituação dos termos aqui empregados, bem como uma descrição pormenorizada das classificações já existentes no mercado. Num segundo momento é exposta a fertilidade do Brasil para o nascimento e crescimento deste tipo de empreitada tecnológica. Por consequência se realiza uma observação a distancia, demonstrando em qual pé se encontra o mundo quando se trata de *lawtechs* e *legaltechs*. Posteriormente realizou-se uma análise da aplicabilidade das tecnologias jurídicas, inclusive empreendidas por *startups* do meio, para o setor público. Por fim, demonstrou-se a imensa possibilidade de agregar valor ao trabalho do advogado, seja através de sua maior concentração em questões não tão comuns em casos por ele patrocinados, bem como pela eliminação de tarefas administrativas de rotina que gastam tempo e não auxiliam em nada na resolução dos feitos.

PALAVRAS-CHAVE: Lawtechs, Inovação, Advocacia, Desafios.

ABSTRACT

The present article explores and studies lawtechs and legaltechs both in a national and international environment, to do a brief foray into the subject, followed by a more simplified study of the concepts used here, as well as a detailed description of existing classifications in the market. In a second moment is exposed the fertility of Brazil for the birth and growth of this type of technology. Consequently a remote observation is made, demonstrating in which foot the world is when it comes to lawtechs and legaltechs. Subsequently, an analysis was made of the applicability of legal technologies, including those undertaken by environmental startups, to the public sector. Finally, it was demonstrated the immense possibility of adding value to the work of the lawyer, either through its greater concentration on issues not so common in cases sponsored by it, as well as the elimination of routine administrative tasks that spend time and do not help in process resolution.

KEYWORDS: Lawtechs, Innovation, Advocacy, Challenges.

INTRODUÇÃO

As *lawtechs* e *legaltechs* são empresas de tecnologia direcionadas ao mercado jurídico, e vão desde soluções simples como programas que produzem peças modelo para leigos até soluções complexas aplicadas no controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e

-
- 1 Graduando de Direito (5º ano) pelo Centro Universitário de Bauru (ITE – BAURU) – atua como Auxiliar Jurídico II no escritório Mandaliti Advogados
 - 2 É Advogado Sênior do escritório Mandaliti Advogados. Possui Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2010). Mestre em Pesquisa e Desenvolvimento (Biotecnologia Médica), na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - Campus Botucatu-SP. Mestre em Direito na área de concentração Sistemas Constitucional de Garantias de Direitos do Programa Stricto Sensu, mantido pela Instituição Toledo de Ensino – ITE.

representam o próximo passo da evolução do Direito, mormente se considerando seu caráter irrevogável.

A importância deste estudo é em primeiro lugar trazer informações e conceitos básicos para que se possa construir um discurso mais técnico sobre o tema e também, desmistificar o fenômeno da informatização do direito como algo negativo e prejudicial à carreira de Advogado.

Desta forma, serão trazidos para o presente trabalho acadêmico uma série de informações, dados, entrevistas e opiniões de diversos profissionais da área de tecnologia e do direito, bem como serão apresentados dados de pesquisas sobre o tema.

Para isso, utilizamo-nos do método dedutivo, através do qual serão expostos os tópicos mais importantes sobre o tema, bem como suas particularidades, conduzindo o leitor à ideia final acerca da positividade do fenômeno das empresas de tecnologia jurídica.

Assim, através da técnica de pesquisa a denominada documentação indireta, foram utilizadas obras doutrinárias presentes em livros, periódicos, legislações pertinentes e jurisprudências, pátrios e estrangeiros, pertencentes ao acervo particular e à rede mundial de computadores.

LAWTECH E LEGALTECH – UMA ABORDAGEM SINCRÉTICA

Nas palavras de HERÓDOTO, é preciso “Pensar o passado para compreender o presente e idealizar o futuro”.

Forçoso, desta sorte que ao abordar o presente tema, faz-se necessário trazer à baila certos conceitos e origens históricas para que se possa compreender o *status* em que nos encontramos.

Uma Conceituação Necessária

Os termos *lawtech* e *legaltech* encontram suas origens na língua inglesa, o primeiro é a junção de *law* (lei – em tradução livre) com *tech*, abreviação de *technology* (tecnologia – em tradução livre) já o segundo constrói-se com a soma de *legal* (legal – em tradução livre) e *tech*.

Os termos no exterior apresentam significação diversa, FRANTS (2019), tem o condão de nos alumbrar na questão:

No exterior, as *legaltechs* prestam serviços direcionados aos profissionais do próprio mercado. Já a *lawtech*, por sua vez, buscam desenvolver soluções para quem é público final desses serviços jurídicos.

Entretanto, no Brasil, não existe uma diferenciação prática dos termos, que para Feigelson³ (2018) do ponto de vista prático *lawtech* e *legaltech* são iguais. Ambas utilizam uma base

3 BRUNO FEIGELSON – Presidente da AB2L (Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs).

tecnológica para suprir demandas do setor jurídico e transformá-lo positivamente, que buscam desenvolver soluções para otimizar o trabalho no setor jurídico, público ou privado.

Cumprindo alinhar que tratar-se-ão no presente estudo, tais termos como sinônimos, utilizando preferencialmente “*lawtech*” com o escopo de facilitar o melhor entendimento e melhor elucidação do assunto.

Num segundo instante, é preciso destacar que as *lawtechs*, em sua maioria, se enquadram numa modalidade empresarial contemporânea, denominada *startup*, que, nas palavras de GITAHY⁴ (2018) “uma startup é um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza”.

Tem-se, destrinchando o sucinto conceito apresentado, com uma leve verticalização do assunto, ainda nas palavras de GITAHY que:

Um cenário de incerteza significa que não há como afirmar se aquela ideia e projeto de empresa irão realmente dar certo [...]
[...] O modelo de negócios é como a startup gera valor – ou seja, como transforma seu trabalho em dinheiro [...]
Ser repetível significa ser capaz de entregar o mesmo produto novamente em escala potencialmente ilimitada, sem muitas customizações ou adaptações para cada cliente. [...]
Ser escalável é a chave de uma startup: significa crescer cada vez mais, sem que isso influencie no modelo de negócios. [...]

Como é possível observar, o modelo de negócios onde se encampam as *lawtechs* é cercado de objetivos claros, *a priori* o lucro, através da facilidade em ampliar o negócio por meio de soluções que possam ser amplamente aplicadas, diminuindo o custo operacional do sistema.

Segmentações Do Setor

É preciso destacar que o mercado jurídico abrange muito mais áreas que simplesmente as processuais, têm-se campo na consultoria, elaboração de peças, Compliance e inúmeras outras subdivisões.

Vislumbrando referida diversidade, e objetivando uma melhor análise, a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), em consonância com o mercado mundial, firmou uma série de categorias para segmentar os setores de atuação destas empresas (2019), as quais serão comentadas, conforme classificação atribuída.

A primeira categoria é a de Analytics e Jurimetria que são plataformas de análise e compilação de dados e jurimetria, que trabalham na análise jurisprudencial, podendo prever qual a chance de êxito de determinado tipo de demanda em determinada Vara ou Tribunal, com base no histórico de decisões. (AB2L, 2019)

4 YURI GITAHY – investidor-anjo, conselheiro de empresas de tecnologia e fundador da Aceleradora, que apoia startups com gestão e capital semente.

As empresas de Automação e Gestão de Documentos focam no desenvolvimento de softwares de automação de documentos jurídicos e gestão do ciclo de vida de contratos e processos. (AB2L, 2019)

Já as iniciativas voltadas ao Compliance criam ferramentas que se dedicam a alinhar atividades de determinada companhia com normas legais nacionais, internacionais e estrangeiras, objetivando eliminar o risco de eventuais cometimentos de infrações com consequente aplicação de sanções.

As *legaltechs* de Conteúdo Jurídico, Educação e Consultoria nada mais são do que redes de informação, legislação, notícias e demais empresas de consultoria com serviços desde segurança de informação à assessoria tributária. (AB2L, 2019)

Temos também as *startups* de Extração e Monitoramento de dados públicos cujo nome é autoexplicativo, cuida-se do desenvolvimento de plataformas aptas à monitorar e gerir informações públicas como publicações, andamentos processuais, legislação e documentos cartorários. (AB2L, 2019)

Por outro lado, existem as iniciativas de Gestão dos Escritórios e Departamentos Jurídicos, que representam a maioria do setor, são especializadas em oferecer instrumentos que auxiliam a gestão de escritórios e departamentos jurídicos, com por exemplo, no controle de prazos.

Ainda neste escalonamento tecnológico, se encontram as *lawtechs* de Inteligência Artificial voltadas ao Setor Público, que abarca uma série de tribunais e as cortes superiores, bem como Procuradorias e repartições públicas em geral, auxiliando no gerenciamento de dados jurisprudenciais.

Neste diapasão também temos as Redes de Profissionais que focam na conexão entre profissionais do direito, bem como a interação entre o cidadão e um jurista.

Em observância à extensa legislação regulatória que é presente no Brasil, cunhou-se a denominação Regtech que são companhias que buscam soluções tecnológicas para resolver problemas gerados pelas exigências de regulamentação. (AB2L, 2019)

Objetivando a reduzir a judicialização, entram em cena as *startups* de Resolução de conflitos online dedicadas à resolução online de conflitos por formas alternativas ao processo judicial como mediação, arbitragem e negociação de acordos. (AB2L, 2019)

Prosseguindo, se tem a figura das Taxtechs atuando no desenvolvimento de plataformas que oferecem tecnologias e soluções para uma correta adequação à legislação tributária.

Em apartada síntese, as Civic Tech se ocupa em realizar a prospecção de tecnologia apta a melhorar o relacionamento entre pessoas e instituições, dando mais voz para participar das decisões ou melhorar a prestação de serviços. (AB2L, 2019)

Por fim, a Real Estate Tech é um modalidade de *lawtechs* onde se objetiva a aplicação da tecnologia da informação através de plataformas voltadas ao mercado imobiliário e cartorário. (AB2L, 2019)

É possível observar o imenso leque de capilaridade deste setor, que é titular de uma infiltração incontrolável nas mais diversas áreas, que firma-se sem qualquer perspectiva de regresso, atendendo as mais distintas demandas, de maneira rápida, barata e eficiente.

O Surgimento em Terras Tupiniquins

Por obvio, o fenômeno das *lawtechs* bem como das *startups* voltadas para o cenário de tecnologia, são lastreados pela massiva progressividade no avanço das ciências digitais pela qual temos passado.

Dia a dia somos apresentados a máquinas cada vez mais potentes, com um menor custo e melhor eficiência, desta forma é natural que uma série de prestações de serviços, tanto públicos quanto privados, migrem para as plataformas digitais.

Um exemplo que é sensivelmente afeto ao tema discutido é a implantação do Processo Judicial Eletrônico no Brasil, que teve seu embrião no estado do Mato Grosso do Sul, no ano de 2004, com a implantação da 10ª. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal através da Resolução n. 454, de 27 de outubro de 2004.

Desde então, o fenômeno vem se alastrando pelos tribunais brasileiros, conforme é possível auferir com o relatório JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018):

Durante o ano de 2017 apenas 20,3% do total de processos novos ingressaram fisicamente. Em apenas um ano entraram 20,7 milhões casos novos eletrônicos. [...] Nos 9 anos cobertos pela série histórica, foram protocolados no Poder Judiciário 88,4 milhões de casos novos em formato eletrônico. É notória a curva de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que, no último ano, o incremento foi de 9,6 pontos percentuais. O percentual de adesão já atinge 79,7%. [...]

Aliado ao fato da ampla utilização do Processo Judicial Eletrônico encontra-se encartado na realidade jurídica brasileira o elevado índice de litigiosidade em que nos encontramos.

Neste sentido podemos apontar o alarmante dado do CNJ (2018) que escancara a propositura de 20.207.585 (vinte milhões, duzentas e sete mil e quinhentas e oitenta e cinco) ações no ano de 2017, somente na Justiça Estadual, isso representa em média 56.000 (cinquenta e seis mil) novos processos distribuídos por dia nos Tribunais de Justiça.

Tal terreno é muito fértil ao aparecimento de *lawtechs*, ora, o processo já está informatizado, a demanda é elevada e não apresenta sinais de que irá recuar, por que não criar ferramentas que possam melhor tutelar interesses otimizando os serviços jurídicos?

Tanto que, em 2017 surge a AB2L – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS, que tem como missão (AB2L, 2017):

- (i) apoiar o desenvolvimento de empresas que ofereçam produtos ou serviços inovadores por meio do uso de recursos tecnológicos para a área jurídica (denominadas lawtechs/legaltechs);
- (ii) fomentar o crescimento deste setor e estimular as melhores práticas profissionais, de modo a alcançar novas soluções para questões de diferentes áreas da sociedade;
- (iii) democratizar o conhecimento jurídico e ampliar o acesso à justiça, sempre em concordância com a Constituição Federal e o Estatuto da OAB, por meio do uso da tecnologia.

Igualmente de necessário destaque de trecho do Manifesto desta Associação bandeirante:

O mundo está mudando exponencialmente e a advocacia não vai ficar de fora. Tudo está acontecendo de maneira célere e quem não se adaptar vai ser mandado para o museu junto com a máquina de escrever, o videocassete e o walkman.

A sobrevivência profissional exige uma mudança de paradigma, de modelo mental e da própria essência. Como tornar o mercado jurídico mais eficiente com o uso de tecnologia? Como permitir que profissionais que lidam com interesses de indivíduos e corporações deixem de fazer funções burocráticas e ganhem tempo para refletir as questões dos novos tempos? Como ajudar na formação dos futuros profissionais das áreas jurídicas, que em meio a mais de 1240 instituições no Brasil não têm ideia do que será o novo mercado?

Foi pensando nisso que diversas LawTechs e LegalTechs — empresas de tecnologia focadas no mercado jurídico — criaram a AB2L. O objetivo é criar um espaço de diálogo entre as empresas de tecnologia, os advogados, os escritórios de diferentes portes, os departamentos jurídicos e as instituições jurídicas existentes. Almeja-se incentivar as boas práticas e contribuir com esse momento de grandes transformações tecnológicas: a quarta revolução industrial.

Referida associação é pioneira no mercado nacional, bem como é tida como referência no assunto promovendo feiras que conectam diversas empresas, fomentando grupos de pesquisa sobre o assunto, firmando parcerias com universidades de todo o Brasil e oferecendo cursos de atualização à estudantes e profissionais.

É possível observar que o segmento é de expansão certa no mercado brasileiro e, estando este movimento lastreado à Constituição e as normas que regem nosso direito, não existe razão para temer este avanço tecnológico e, conforme restará demonstrado, a tecnologia vem invadindo não só os escritórios, mas também os Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal.

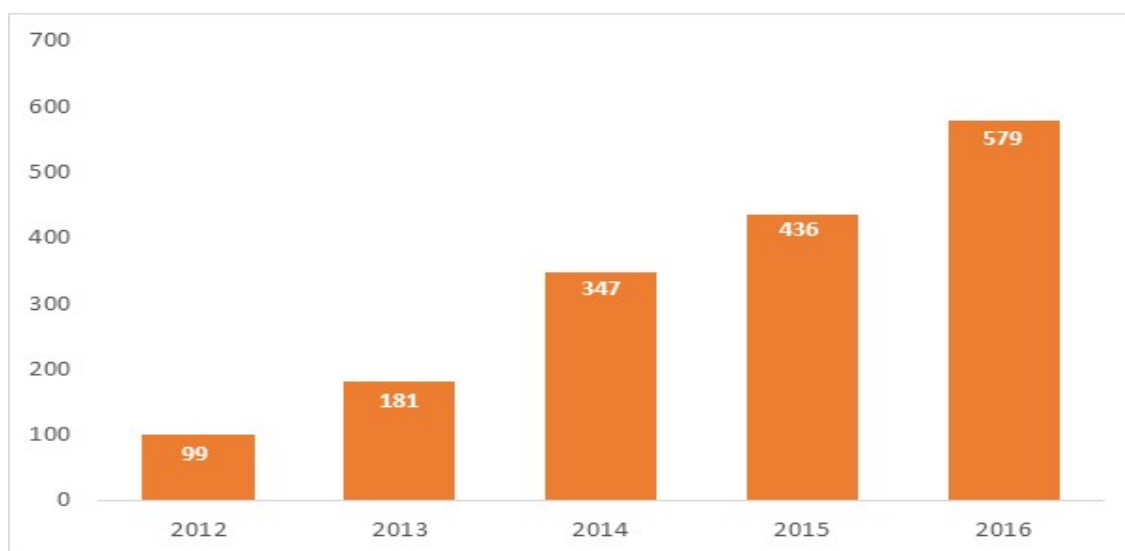
UM PANORAMA MUNDIAL

Tem-se que a realidade observada sob uma ótica mundial apenas cresce, numa subida vertiginosa que não tende a se estabilizar. A digitalização bem como a utilização de meios não físicos para a solução de problemas burocráticos vem se consolidando no mundo todo.

A agência THOMSON REUTERS, no ano de 2017 realizou um estudo onde restou averiguado que no período de 2012 a 2016, houve um aumento de 484% no número de registro de patentes de tecnologias voltadas aos serviços jurídicos.

O que se destaca, segundo o estudo, é que, as bancas mais tradicionais de advocacia do

Reino Unido, dos Estados Unidos da América e do Leste Asiático, vêm se adaptando a estas novas tecnologias, com o escopo de “aumentar a eficiência e implementar modelos operacionais de baixo custo em um mercado cada vez mais competitivo” (THOMSON REUTERS, 2017), gerando o seguinte gráfico:



Em pesquisa realizada pela CB INSIGHTS no ano de 2016 (plataforma global de análise de dados sobre *startups*), as *startups* de tecnologia direcionada ao mercado jurídico, arrecadaram, de 2011 a 2016, cerca de US\$ 739.000.000,00 (setecentos e trinta e nove milhões de dólares americanos) em fundos de investimentos agregados.

Em pesquisa mais recente, realizada pela LAWGEEX em 2018, o investimento global no setor atingiu a marca de US\$ 1.000.000.000 (um bilhão de dólares americanos), sendo US\$ 362.000.000 (trezentos e sessenta e dois milhões de dólares americanos) investidos somente no setor de Inteligência Artificial.

É evidente que o mercado de *lawtechs* se encontra em expansão, é uma tendência global a virtualização dos processos, mormente se considerando a economia de custos e a segurança atrelada a sistemas digitais, portanto, é possível visualizar num futuro próximo o crescimento exponencial dessas empresas, facilitando a vida dos operadores do direito.

Uma Análise da Realidade Brasileira

Após realizada uma breve análise do mercado global é forçoso se debruçar sobre a realidade nacional, no que toca o mercado de *legaltechs* e *lawtechs*, que ainda é tímido face o contexto global.

É preciso destacar já conta com mais de 100 empresas consolidadas no mercado, bem como mais de 50 empresas em Early Stage – estágio inicial – (AB2L, 2019) número expressivo, visto que em meados de 2016 a Associação havia registrado apenas e tão somente 20.

Um dos casos que merece destaque no presente estudo é a empresa FINCH SOLUÇÕES que, surgiu de modo diferente as demais *legaltechs* do mercado (STARTSE, 2018), visto que nasceu dentro de um escritório (JBM e Mandaliti Advogados), sendo emancipada em um momento posterior. Tal startup tem como braço tecnológico o computador Watson da IBM, considerado um dos mais potentes do mundo.

Dentre outras empresas que se destacam no celeiro nacional de lawtechs são a JusBrasil, que trabalha em especial com catalogação de informação jurisprudencial, além do acompanhamento de diários de justiça eletrônicos; a Looplex que oferece ao seu usuário modelos de documentos inteligentes e customizáveis. Iniciativas no âmbito de solução de conflitos já existem, tal como a Justto, plataforma on-line para a contratação de árbitros aptos a solucionar conflitos de diversas áreas.

Com esta breve pincelada sob a realidade pátria do mercado de *legaltechs* aplicadas ao consumidor e as bancas de advocacia, é necessário estudar a aplicação deste tipo de ideia ao setor público.

O Poder Público e a Tecnologia

Far-se-ão comentários breves sobre a aplicação de tecnologia jurídica no Poder Judiciário, como forma de demonstrar a total validade e necessidade de implementação da tecnologia como aliada do operador do direito.

Em primeiro lugar emerge-se o programa LUZIA, desenvolvido pela *startup* Legal Labs, programado para trabalhar em Procuradorias da Fazenda, pois sabe interpretar decisões relacionadas à cobrança de tributos e praticar ações como pedir a penhora de um bem do devedor (OLIVEIRA, 2018).

Em momento recente, o Supremo Tribunal Federal, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) passou a desenvolver o projeto denominado VICTOR, que nada mais é que um programa baseado em inteligência artificial que objetiva dinamizar a avaliação do enquadramento dos recursos em relação aos principais temas de repercussão geral fixados pelo Tribunal, bem como separar e classificar as peças mais relevantes do processo judicial.

O Min. Fux, ao explicar o projeto, nos iluminou (FUX, 2019):

Atualmente a ferramenta já executa, ao menos, 4 (quatro) atividades: (i) converte imagens em textos no processo digital; (ii) separa o começo e o fim de um documento (peça processual, decisão etc) em todo o acervo do Tribunal; (iii) separa e classifica as peças

processuais mais utilizadas nas atividades do STF; (iv) identifica a incidência dos temas de repercussão geral mais comuns.

No que tange ao terceiro ponto, por exemplo, os servidores do Núcleo de Repercussão Geral levavam, em média, 30 minutos para desempenhar somente a atividade de separar as 5 (cinco) principais peças do processo: o acórdão recorrido, o juízo de admissibilidade do RE, a petição do RE, a sentença e um eventual agravo no recurso, tendo em vista que o setor sequer fazia essa divisão em relação a todos os processos. De outro modo, o robô VICTOR consegue realizar o mesmo trabalho em questão de apenas 5 segundos representando grande economia na alocação de tempo de trabalho dos servidores especializados. No tocante ao quarto ponto, outra demonstração de sucesso de tal iniciativa diz respeito ao potencial auxílio na resolução de cerca de 1/8 dos REs que chegam ao STF. Dos aproximadamente 80 mil recursos que chegam ao Supremo a cada ano, 40 mil, em média, são devolvidos aos tribunais de origem. Desses, metade (20 mil) volta por não atender a requisitos formais de admissibilidade e a outra metade (20 mil) por se enquadrar em algum tema de repercussão geral definido pelo STF. Tendo em vista o fato de o Victor ter sido ensinado a identificar os 27 temas mais comuns, que dizem respeito a cerca de 50% de todos os casos entre os 1020 temas com repercussão geral, a tecnologia pode dar solução para, em média, 10 mil processos a cada ano.

Em tom de alerta afirmou ainda o e. Ministro:

Cumpramos ressaltar, entretanto, que a máquina não decide, tampouco julga. Afinal, isso é atividade humana. Em verdade, o objetivo do projeto é que as máquinas treinadas atuem em camadas de organização dos processos auxiliando com que os responsáveis pela análise dos recursos possam identificar os temas relacionados de forma mais clara e consistente, isto é, o intuito é auxiliar e não substituir os servidores.

Ainda nesta linha, importa destacar que o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Instrução Normativa nº 06/2018 iniciou a implantação de um projeto-piloto para aplicar soluções de inteligência artificial nas rotinas relacionadas ao processo eletrônico.

Cumpramos ainda demonstrar como a Advocacia Pública é atuante neste segmento, através do SAPIENS, a Advocacia Geral da União – AGU, implementou seu próprio software de tecnologia jurídica, que nas palavras da instituição (AGU, 2019):

O SAPIENS é um Gerenciador Eletrônico de Documentos (GED) que possui avançados recursos de apoio à produção de conteúdo jurídico e de controle de fluxos administrativos, focado na integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Procura simplificar rotinas e expedientes, além de auxiliar, com suas ferramentas de inteligência, no Processo de tomada de decisão e na elaboração de documentos

Por derradeiro vislumbra-se um caso narrado por Oliveira Junior (2017):

Outro bom exemplo da tecnologia aplicada a processos do cotidiano foi o software utilizado recentemente pelo TSE nas campanhas eleitorais.

A partir de uma combinação bastante simples, os robôs cruzaram os números do CPF dos doadores com os números do CPF de pessoas que já haviam falecido. O resultado encontrado pela tecnologia determinou as inúmeras fraudes nas doações feitas a candidatos e partidos.

Tem-se, portanto, que a aplicabilidade de tecnologia jurídica, também capitaneada por *lawtechs*, pode ser ampla na realidade do setor público, em especial os órgãos que integram e interagem constantemente com o Poder Judiciário.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL – UM DESAFIO OU UMA OPORTUNIDADE?

Muito se diz e se especula quanto aos riscos de uma grande informatização do Direito, que tal movimento poria em risco a essência da atividade do jurista militante, entretanto, totalmente descabido tal medo.

Entretanto, é facilmente compreensível que no Brasil, tal ruptura na ordem do sistema provoque reações adversas, mesmo que os resultados sejam palpavelmente positivos, um grande exemplo é o movimento na década de 1960, que pedia a proibição das guitarras elétricas no cenário musical brasileiro, por ser, dentre outros absurdos, muito tecnológico, devendo se preservar o lado artesão do músico.

Streck (2019), manifesta seu descontentamento:

No filme *Exterminador do Futuro*, o robô que tomou conta do mundo é da empresa Skynet. Os homens avançaram tanto na sua sede de tecnologia que as máquinas venceram. Da ficção à realidade, hoje caminhamos perigosamente rumo a essa distopia.

[...] Tenho falado disso e alertado para o paradoxo: se a extrema tecnologização der certo, dará errado. É como as pesquisas que buscam objetificar ou matematizar o cérebro e as emoções, com eletrodos e quejandos: se der certo, dará errado, porque acaba com a filosofia.

Assim é a tecnologização Deus ex machina no Direito. O sucesso acaba com o próprio objeto. É a bomba atômica. Eficiente. Usada, destrói tudo por gerações.

Feferbaum (2019) é categórica:

Difícil dizer se é falta de informação ou excesso de informação. Uma advogada de um grande escritório falou uma coisa interessante outro dia. Ela disse que tem a sensação de que você vai beber um copo d'água e de repente sai um hidrante na sua cara. Achei ótima a metáfora, é assim que as pessoas estão se sentindo. Não sabem como está esse turbilhão das lawtechs. O radar da AB2L (Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs), a congregação das startups, mostra que aumentou 60% o número de startups jurídicas. É muito serviço sendo oferecido, muita solução. Há uma euforia muito grande com esse excesso de informação. E as pessoas estão se sentindo perdidas com o que de fato está acontecendo, o que de fato está sendo disruptivo ou não.

E em que pese se respeite, por óbvio, o douto entendimento exarado por tais referencias no direito, é preciso destacar como o mercado de *lawtechs* poderá beneficiar e muito a atividade da advocacia.

Grandes nomes que atuam no cenário pratico da advocacia afirmam, as *lawtechs* vem para auxiliar o advogado.

Rita Cortez (FOLHA, 2019), presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, diz ser favorável à tecnologia quando ela ajuda profissionais a gerir seu trabalho, mas ressalva que ela não deve buscar substituí-los e diz “Como o robô tem condições de dar, em sua plenitude, uma orientação jurídica? Como ele vai prever todas as hipóteses de um caso?”

Angelo Caldeira, presidente da empresa Looplex (FOLHA, 2019) afirma:

Queremos fazer o advogado muito mais produtivo e fazer a vida dele melhor, sem copia e cola, recorta e cola, acredito que, no futuro, além das petições, julgamentos também

poderão ser feitos com auxílio da tecnologia. O juiz não vai precisar dizer mil vezes a mesma coisa em ações iguais, o sistema vai passar a prever a decisão. Por outro lado, em vez de gerar desemprego, a tecnologia irá baratear os serviços e, com isso, torná-los acessíveis a quem hoje não pode pagar por eles.

Por outro lado é preciso destacar, a maioria das *startups* jurídicas existentes atuam no sentido de compilar e melhor apresentar informações, sendo o elemento humano indispensável à dar a posição final sobre o que deve ou não ser posto em, por exemplo, uma peça.

Igualmente, há uma quantidade notável de softwares destinados à elaboração de conteúdo cuja a demanda é repetitiva, deixando as tarefas operacionais de lado e permitindo ao Advogado mais tempo para verticalizar em questões não tão ortodoxas com que se depare.

A valorização do profissional preparado para lidar com temas complexos e que exigem habilidades sociais, relacionamento e técnica será imensa, destacando-se aqueles com mais habilidades para de fato, exercer o direito, e não só legitimar tarefas burocráticas.

Em outras palavras, o profissional pesquisador, que se dedica ao estudo de temas complexos e causas originais será facilmente buscado pelo mercado, o que pode levar a uma busca de todos os profissionais por uma melhor qualificação, elevando salários e qualidade do serviço prestado.

CONCLUSÃO

O fenômeno do surgimento de empresas denominadas *lawtechs* e *legaltechs* está em ritmo de crescimento exponencial, aparentando ser um movimento que tende a se estabilizar em um patamar elevado de serviços oferecidos.

A elevada judicialização que encontramos em nosso país, aliada a adoção do processo judicial eletrônico fazem do Brasil um terreno fértil para o surgimento de propostas que busquem alavancar a celeridade e eficácia dos processos judiciais.

Como de possível observação, é este o caminho trilhado pelo resto do mundo, onde o investimento cresce em frequência elevada e cada vez mais novas patentes são registradas quando estamos falando de tecnologia aliada a prestação eficiente de serviços jurídicos, sendo esta prática adotada não só por advogados mas também por cidadãos comuns.

Outra seara que vem aderindo fortemente a utilização de novas tecnologias ligadas ao meio jurídico é o Poder Público que demonstra, através da implementação de softwares de inteligência artificial, tanto na Advocacia Pública, quando no Poder Judiciário, de forma a acelerar e melhorar o índice de acertos da prestação da tutela ao cidadão e ao jurisdicionado.

Por fim, entende-se que tal situação apenas favorece aquele Advogado preparado para lidar com casos complexos e privilegia ainda mais aquele que tem bom contato interpessoal e capacidade

de resolução de conflitos, pois, o diálogo e a argumentação são oriundos da carne e da *psique* humana, não podendo ser imitados por qualquer conjunto de zeros e um.

REFERÊNCIAS

AMB. **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2019.

CBINSIGHTS. **Tech In The Courtroom: Legal Tech Companies See Lackluster Funding.**, New York, jul. 2016. Disponível em: <<https://www.cbinsights.com/research/legal-tech-startup-funding-2016/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CNJ. **Justiça em números 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2019.

EXAME. **O que é uma startup?**, São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>>. Acesso em 10 jul. 2019.

FRANTZ, Sâmia. **Lawtech e legaltech: startups jurídicas e a revolução na advocacia**. SAJ ADV. 2019. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/lawtech-e-legaltech/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

JOTA. **O futuro do Direito: tecnologia, mercado de trabalho e os novos papéis dos advogados**. 1. ed. São Paulo: CARREIRA, 2017.

KRAMMES, Alexandre Golin. **PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: O PRIMEIRO CASO NA JUSTIÇA ESTADUAL BRASILEIRA**. E-gov, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/processo-judicial-eletr%C3%B4nico-o-primeiro-caso-na-justi%C3%A7a-estadual-brasileira>>. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

LAWTECHS E LEGALTECHS: UM MERCADO PROMISSOR. Exame, 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/lawtechs-e-legaltechs-um-mercado-promissor/>>. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

LEGALTECH ATINGE INVESTIMENTO DE US\$ 1 BILHÃO COM ADVOGADOS ABRAÇADOS À AUTOMAÇÃO. LawGeex, 2018. Disponível em: <<https://blog.lawgeex.com/legaltech-hits-1-billion-investment-as-lawyers-embrace-automation/>>. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

MOREIRA, Daniela. **O QUE É UMA STARTUP?** Exame, 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/pme/o-que-e-uma-startup/>>. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

NEXO. **Por que o Brasil tem tantos advogados.**, São Paulo, jan. 2017 Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/02/Por-que-o-Brasil-tem-tantos-advogados>>. Acesso em 10 jul. 2019.

RADAR DE EARLY STAGE. AB2L, 2019. Disponível em: <<https://www.ab2l.org.br/radar-early-stage/>>. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

STARTSE. **Lawtech: o que é e como está o mercado para essas startups?**, São Paulo, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/startups/lawtech/47750/o-que-e-lawtech>>. Acesso em 10 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **LAWTECHS, STARTUPS, ALGORITMOS: DIREITO QUE É BOM, NEM FALAR, CERTO?** Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/senso-incomum-lawtechs-startups-algoritmos-direito-bom-nem-falar-certo>>. Acesso em: 17 de jul. de 2019.

MEDIAÇÃO: UMA PERSPECTIVA COMPARADA ARGENTINA – BRASIL

Lucas Alves ALMEIDA¹
Mariana Cesco RIBEIRO²

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar as diferenças entre as Leis de Mediação brasileira e argentina, apresentando os aspectos que lhe envolvem, bem como a experiência de cada país. Na legislação brasileira, as práticas compositivas tiveram uma regulamentação formal com a publicação da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, seguido pelo Código de Processo Civil de 2015 e com a publicação da Lei de mediação de n.º 13.140/2015. Já no direito Argentino, sua criação se deu com a resolução n.º 297/1991, *del Ministerio de Justicia de la Nación*, seguido pela Lei n.º 24.573/1996, que depois de alguns anos em vigor sofreu alterações no ano de 2010, através da Lei n.º 26.589. Da análise, foram observadas as principais diferenças entre as legislações dos dois países. Dessa forma, restará evidenciado que em alguns momentos tais normas se aproximam, mas em outros, se mantém distantes.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Direito comparado. Resolução de conflitos. Argentina. Brasil.

1. INTRODUÇÃO

A judicialização excessiva dos conflitos veio a sobrecarregar o Poder Judiciário, demonstrando que o aparato judicial não vem correspondendo às expectativas sociais, não oferecendo soluções céleres para a resolução dos processos que lhe são postos para julgar (ALMEIDA, 2016).

Tendo o poder público observado à efetividade dos métodos restaurativos, deu-se início a regulamentação de tais métodos no âmbito do Poder Judiciário, visando dar uma resposta mais efetiva para a sociedade.

Nas palavras de Paulo Barbosa (2009), a sobrevivência do Poder Judiciário depende de incentivar uma justiça comunitária, onde a própria sociedade local esteja capacitada, preparada e empoderada a solucionar seus conflitos, uma vez que não é possível que todos os conflitos sejam levados ao conhecimento do Poder Judiciário. É preciso que a procura seja somente nos casos em que sua atuação efetivamente seja indispensável.

Dessa forma, a mediação e os demais métodos autocompositivos contribuirão de maneira significativa para a mudança da cultura do litígio, fazendo com que a sociedade tenha voz e se torne cada vez mais pacificadora.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, chamou para si a responsabilidade, incentivando através da Resolução n.º 125 de 2.010, a mediação e a conciliação como práticas

1 Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Mediador e Conciliador no Tribunal de Justiça do Paraná.

2 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

restaurativas na resolução de conflitos.

Tal resolução apresentou importantes destaques para a figura do mediador, sendo que este deve ser pessoa qualificada para tal função, devendo ser acompanhado pelos Tribunais para que constantemente esteja atualizado sobre qualquer inovação nas práticas restaurativas.

Em 2015, entrou em vigor a Lei de Mediação, que teve como base a resolução do CNJ, fortalecendo mais ainda essas práticas autocompositivas, no âmbito jurídico brasileiro, seguindo-se também as inovações apresentadas pelo Código de Processo Civil.

Por outro lado, a mediação está em funcionamento no direito argentino há quase vinte e dois anos.

De início, o Ministério da Justiça da Argentina, apresentou a Resolução n. ° 279/1991, criando a Comissão de Mediação, que fora encarregada de elaborar um plano nacional de mediação.

Já em 1992, o decreto presidencial de n. ° 1480, estabeleceu um grupo de mediadores, bem como a criação de uma escola de mediação e um plano piloto de experiência no âmbito da cidade de Buenos Aires.

Na sequência, firmou-se a Lei de n. ° 24.573/1996, de Mediação e Conciliação, que estabeleceu às práticas autocompositivas no âmbito da província autônoma de Buenos Aires, vigorando por quase quatorze anos. Tal experiência de Buenos Aires foi fundamental para a propagação da mediação, criando-se um ambiente de amistosidade com a autocomposição.

No ano de 2010 foi promulgada a Lei n. ° 26.589 de Mediação e Conciliação, que fora incorporada ao Código de Processo Civil e Comercial da nação, estabelecendo a mediação prévia como obrigatória, passando a valer em caráter nacional, preservando a essência da norma da província autônoma de Buenos Aires, sem apresentar grandes mudanças em tal instituto jurídico

Deste modo, o presente artigo se propõe a um estudo onde será possível analisar a evolução do método no que toca às iniciativas nacionais de efetivação do direito de acesso à justiça, por intermédio da mediação, bem como a legislação pertinente.

A pesquisa será desenvolvida, especialmente, por meio de utilização de revisão bibliográfica, onde serão analisadas resoluções, leis e normas, e, pelo método comparativo, ao proporcionar o diálogo entre duas legislações distintas entre o ordenamento jurídico de ambos os países, quanto à mediação.

2. ASPECTOS GERAIS DA MEDIAÇÃO

Com o crescimento das demandas judiciais, e observado que cada vez mais o Estado tornou-se autoritário ao solucionar as lides, retirando das partes o poder de decisão, colocando à terceiro, no caso a figura do Magistrado, para aplicar uma decisão a ser imposta a ambas as partes,

percebeu-se a necessidade de se criar mecanismos para possibilitar que as partes pudessem ser ouvidas à sua maneira, tendo um terceiro (mediador) agindo de forma imparcial, auxiliando as partes a chegarem a uma resolução do conflito.

Faz-se necessário transcrever a definição do conceito do que é mediação usada pela doutrina: a “mediação é uma forma alternativa de encerramento definitivo de litígio pelo acordo de vontade das partes envolvidas em um conflito”. (DELGADO, 2003, p. 11).

Já para Adolfo Braga Neto e Lilia Maia de Moras Sales, a mediação

Representa uma autocomposição assistida, o processo pelo qual uma terceira pessoa facilita a comunicação, entre as partes, almejando a solução e a prevenção de conflitos. O mediador é quem oferece, através de seus métodos próprios, maior possibilidade de solução satisfatória de conflitos. E continua: A mediação requer a discussão sobre posições, interesses e valores envolvidos e a partir da resignificação desses valores, permite a construção participativa do consenso. (2012, p. 149).

Para Weber Filho, “o aparato judicial não corresponde com às expectativas sociais e não oferece soluções céleres para a resolução dos processos que lhe são postos para processar e julgar e públicas que se encontram com conflituosidade retida ou que já explodiram em demandas distribuídas em Juízo.” (2012, p. 13).

Diferentemente do processo judicial, na mediação, o que se busca não é uma vitória para somente uma das partes envolvidas, mas o restabelecimento do diálogo, a comunicação, para se restaurar a harmonia e fazer ressurgir a tranquilidade e a paz social. (MORAIS, 2008).

Na mediação são necessários três requisitos, quais sejam, a existência de partes em conflito que tenha frustrado as relações humanas entre as partes, ou seja, o rompimento na confiança que existia, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo, chamado de mediador. (PINHO, 2008).

Cumprido nesse ponto, apontar definição da figura do mediador, que é o condutor da mediação de conflitos, pessoa neutra³, capacitada para tal função, que dispõe de conhecimento técnico, fazendo uso de técnicas e métodos para que o rompimento no relacionamento seja restabelecido, trabalhando de maneira que as partes identifiquem os pontos comuns e cheguem a um acordo ou não.

Na definição doutrinária, o mediador é, um terceiro estranho a lide, sem poder de decisão, que “deve fazer com que as partes envolvidas participem ativamente na busca das melhores soluções que se ajustem a seus interesses, pois ninguém sabe mais do que as próprias partes para decidir sobre si mesmas”. (VEZZULA, 1998, p. 44).

Sendo assim, o mediador

3 A pessoa que vai atuar como mediador do conflito posto, não pode ter nenhum vínculo com as partes, conhecimento do litígio de forma antecipada, bem como não irá tomar decisão em nome das partes ou indicar qual rumo devem seguir.

tentará reestruturar a possibilidade de escuta recíproca e direta, sem intermediários parciais. Nesse sentido, **o mediador procurará tornar legítimas e qualificadas as pretensões de ambos. De forma equidistante e habilmente treinado, não se deixará envolver por nenhum, mantendo seus próprios juízos de valor e princípios. Isso significa que o Mediador não participa da cultura beligerante, antes facilita a solução da disputa, o que não significa resolver o conflito, ou mesmo chegar a um acordo. Ele alcança as ferramentas para as pessoas refletirem sobre o que está acontecendo.** (MARODIN; BREITMAN *apud* RIGON, 2013. P. 161) (Grifou-se).

Assim sendo, o mediador, “nada sabe e desconhece a realidade daqueles envolvidos no conflito e estará a serviço deles para ajudá-los a refletir a respeito do seu presente ou futuro”. Logo, “sua atuação é estruturada em uma base de auxílio no sentido de transporem as barreiras individuais parciais e limitadoras para o coletivo.”. (NETO, MORAIS, 2012, p. 23).

Dessa forma, os capacitadores, ou seja, os profissionais “que formarão e acompanharão serventuários, mediadores e conciliadores precisarão estar despidos da “cultura da sentença”, do espírito paternalista de resolver pelo/para outros”. (MORAIS, SPENGLER, 2008, p. 78).

Insta frisar que a responsabilidade para um acordo cabe sempre às partes envolvidas e não à figura do mediador. Aliás, o mediador não tem a obrigação de forçar um acordo ou algo do tipo, pois se assim fosse, em algum momento deixaria de ser imparcial, prejudicando um dos elementos básicos da mediação.

Logo, o mediador se utiliza de técnicas na mediação, ou seja, faz com que as partes sejam ouvidas, bem como restabeleçam a comunicação, de maneira tal que ambas as partes cheguem ou não a um acordo.

Dentre os diversos benefícios que a mediação pode trazer as partes, cabe destaque a celeridade, vez que

a celeridade e eficácia de resultados, redução do desgaste emocional e do custo financeiro, a garantia de privacidade e sigilo, redução da duração e reincidência de litígios, facilitação da comunicação e promoção de ambientes cooperativos, transformação das relações e melhoria dos relacionamentos (PINHO, 2008, p. 241).

Assim, percebe-se que a mediação apresenta uma maneira diferente de enxergar o conflito, levando as partes a identificarem o que deu causa ao conflito, permitindo assim o empoderamento das partes, ou seja, a busca pela restauração de valor e poder da parte que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos, o restabelecimento do vínculo, bem como o sucesso no cumprimento do acordo firmado (ALMEIDA, 2016).

3. MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Observando que a justiça apresentava dificuldade em julgar de maneira célere as demandas postas a julgamento, fez-se necessária a atuação do Poder Judiciário brasileiro, através de novos métodos, com vistas a “desafogar” a justiça, em especial a mediação.

Passa-se a análise da evolução normativa da mediação no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. Evolução normativa sobre mediação no ordenamento brasileiro

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tendo observado que a resolução judicial de conflitos ganhou força em diversos países e, tendo visto que tal procedimento foi bem aceito pela população, visando dar uma participação maior às partes, bem como uma resposta mais célere e efetiva, assegurou a possibilidade de outros meios de solução de conflitos do que a via processual (ALMEIDA, 2016).

Adolfo Braga Neto, salienta que a Resolução n.º 125/2010:

É composta por 19 (dezenove) artigos distribuídos em quatro capítulos, o primeiro trata da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses com a nomeação clara e inequívoca de ambos os métodos da resolução se conflitos, o segundo estabelece as atribuições do Conselho Nacional de Justiça com relação a esta política. Já o terceiro prevê as atribuições que cabe a cada um dos Tribunais Estaduais que compõe a federação. E o último capítulo determina a criação de um Portal específico sobre o tema. (2012, p. 7)

A resolução, em suas considerações estabeleceu que:

Cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

É o que dispõe o parágrafo único, do art. 1º: “Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

Desta forma, a Resolução n.º 125, busca a criação e regularização de outros meios para a solução de conflitos, não ficando o Poder Judiciário restrito somente a solucionar os casos através de um processo judicial ou de uma sentença.

Determina ainda, a Resolução, em seu art. 8º que:

Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, popularmente chamados de CEJUSCs, são incumbidos de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal.

Além disso, estabeleceu-se que a mediação tem classe extraprocessual, ou seja, inicia-se pela reunião dos conflitantes, com vista a tratativas visando o acordo entre as partes.

Verifica-se que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atuarão na resolução de conflitos que ainda não chegaram à esfera judicial, ou seja, as situações pré-processuais, onde as partes antes mesmo de acionarem a máquina judiciária, por iniciativa de uma ou de ambas as partes, ou mesmo na pessoa de seu advogado, comparecem ao Cartório do CEJUCs, e solicitam a mediação.

Assim sendo, a mediação nesta fase

torna-se vantajoso uma vez que, na maioria das vezes, antes do ajuizamento da ação os ânimos estão mais acomodados, facilitando a comunicação mediata e um possível acordo anterior à instauração da lide. Além disso, se possível consenso entre os conflitantes (seja pela reconciliação, seja pelo acordo) um processo judicial pode ser evitado ocorrendo, aqui sim, a diminuição do contencioso judicial e a celeridade na resposta. (MORAIS, 2008, p. 18).

De outro lado, nada impede que os conflitos processuais que já tramitam na Justiça sejam encaminhados aos CEJUSCs com vistas à resolução do conflito.

De se ver o art. 10 da Resolução n.º 125: “Os Centros deverão obrigatoriamente abranger setor de solução pré-processual de conflitos, setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania”.

No caso de um eventual acordo entre as partes, este terá força de título judicial, ou seja, em caso de descumprimento, permite o interessado, que se utilize da Ação de Cumprimento de Sentença.

Além disso, resolvido o conflito, o juiz responsável pelo Centro, homologará o acordo, dando oportunidade ao Ministério Público, quando necessário sua intervenção, para que tenha conhecimento do feito.

É o que dispõe o art. 9 da Resolução n.º 125/2010 do CNJ: “Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores”.

Caso as partes não cheguem a um consenso na primeira mediação, nada impede que as partes solicitem outra data para realização de uma segunda mediação, ou no caso de restar infrutífera a mediação, sendo pré-processual, se for do interesse das partes, caberá o ingresso de uma ação judicial.

Sendo a mediação infrutífera, advinda de um processo judicial, o processo voltará ao Juízo de origem, sem prejuízos ao andamento do feito. Importa salientar que nesse caso, nada do que foi realizado na mediação poderá ser utilizado no processo, em virtude do princípio da confidencialidade da mediação.

Assim, os tribunais brasileiros são responsáveis pela criação, organização e gerência dos Centros Especializados para Resolução de Conflitos, devendo sempre observar as regras estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (Art. 24).⁴

3.2. Da Lei nº 13.140/2015

Aprovada em 2015, a Lei n.º 13.140, disciplinou minuciosamente a mediação, apresentando de início uma definição do que venha ser tal procedimento, qual seja, “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” (Art. 1º).⁵

Objetivando somar e reforçar a mediação como prática autocompositiva, a legislação em seu art. 2º, apresentou um rol de princípios internacionais que regem o método, dos quais devem se cercar a mediação: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; confidencialidade; boa-fé, etc.⁶

Ademais, a lei enalteceu a figura do mediador, equiparando-o, no exercício das suas funções, ao mesmo patamar do servidor público, quando apresentou a seguinte redação em seu art. 8º: “O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal”.

Outra inovação se deu em virtude de o objeto da mediação não ficar restrita somente aos direitos disponíveis, podendo tal método abarcar os direitos indisponíveis que admitam transação, podendo versar sobre toda a lide ou parte dela⁷. Assim, alcançando-se determinado consenso acerca de direitos indisponíveis, mas transigíveis, exige-se a oitiva do Ministério Público, para então, em seguida, ser homologado o referido acordo.⁸

A legislação também regulou a mediação extrajudicial, quando os conflitantes não

4 Resolução n.º 125/2010: Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

5 Lei n.º 13.140/2015: Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a 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.

6 Lei n.º 13.140/2015: Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

7 Em seu art. 3º dispõe que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. E o §1º expõe que a “mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele”.

8 É o que define o art. 3º, § 2º: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

ingressaram na esfera processual, e judicial, em caso de lide processual, em termos semelhantes aos da Resolução n.º 125/2010 do CNJ.

3.3. Da previsão no Código de Processo Civil Brasileiro

Sancionado em 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil – CPC, em seus capítulos iniciais, apresentou a possibilidade do uso dos métodos alternativos à justiça, regulamentando a mediação em um total de onze artigos, estimulando a autocomposição, em especial a mediação.⁹

Importa frisar que da análise da redação dos artigos do referido Código, verifica-se que este foi muito fiel à Resolução n.º 125/2010, tendo sido, apresentando como uma nova aposta do Poder Judiciário, em se utilizar de outros mecanismos, denominados de meios consensuais, buscando enfatizar as técnicas que proporcionem a autocomposição, como a conciliação e a mediação.

A legislação, estabeleceu ainda que o juiz poderá a qualquer tempo (ou seja, no recebimento da inicial, durante a tramitação do processo, ou mesmo antes da sentença), promover as práticas autocompositivas, destinando o processo para o procedimento de conciliação ou à mediação, conforme o art. 139, inciso V.

Tal possibilidade exigirá do magistrado maior capacidade de examinar a natureza do conflito, para então determinar o mecanismo mais adequado para enfrentá-lo, ou seja, exigirá a sensibilidade de identificar qual será o melhor método para colocar fim ao litígio, se surtirá efeito ou não (MEDINA, 2015).

O art. 165 do CPC, apresenta a definição da pessoa do mediador, que deverá auxiliar 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”.

Assim sendo, o CPC estabelece que o mediador deverá atuar de maneira a identificar os sentimentos das partes, com vista a restabelecer o canal de comunicação entre as partes, a fim de facilitar uma negociação entre elas, para que possam por si só chegarem a um acordo ambas favorável. (MEDINA, 2015).

O referido Código também estabeleceu que os mediadores, após preencherem o requisito

9 Código de Processo Civil: Art. 3. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

de capacitação mínima exigida, devidamente certificado, poderá requer a sua inscrição perante o cadastro nacional e/ou cadastro junto ao tribunal de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 167, caput.

Por fim, o art. 169 apresentou previsão de remuneração a esses profissionais, sendo que os valores serão fixados pelos tribunais, e a possibilidade de prestação de trabalho voluntário pelo mediador.

4. MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO ARGENTINO

A República Argentina, é o segundo maior país da América do Sul em dimensões continentais e terceiro no quesito populacional. O modelo de estado é constituído em uma federação, composta em 23 províncias e uma cidade autônoma, Buenos Aires, capital do país.

No que se refere à autocomposição, os *hermanos* contam com quase vinte e dois anos de experiência, portanto há muito tempo à frente da legislação brasileira.

O método de mediação no direito argentino se deu com a criação de uma comissão de mediadores no ano de 1991, que estavam incumbidos de criar um programa a nível nacional de mediação. No ano seguinte, um decreto presidencial estabeleceu um grupo de mediadores, a criação de uma escola de mediação e um plano piloto de experiência no âmbito da cidade de Buenos Aires. Em 1995, elaborou-se a lei de mediação, que embora apresentasse inúmeros acertos, limitou-se a cidade de Buenos Aires, cabendo, portanto, a cada província elaborar uma norma regulamentando o método. (GIANNINI, 2014).

Em 2010, o Congresso elaborou a Lei 26.589, que não ficou restrita somente para a Justiça da capital Federal, Buenos Aires, mas abarcando todos os órgãos da justiça nacional, ou seja, todas as demais províncias.

No presente tópico, será estudado a mediação no sistema argentino sua evolução normativa e os dispositivos que regulamentam tal método na atualidade.

4.1. Evolução normativa sobre mediação no ordenamento argentino

Quanto à evolução histórica da legislação, tem-se que em 1991, o Ministério de Justiça da Argentina, apresentou a Resolução n.º 279, criando a Comissão de Mediação, que fora encarregada de elaborar um plano nacional de mediação. Tal comissão era formada por dez mediadores, oito advogados e dois psicólogos. Com a grande demanda de trabalho, em pouco tempo o número de mediadores tornou-se escasso, sendo necessário ampliar tal numero, chegando a vinte. (SUARES, 2012).

No ano de 1992, por intermédio do Decreto presidencial nº 1480, criou-se o plano piloto de mediação, que dentre outras determinações, estabeleceu que a mediação, é matéria de interesse nacional, determinando “a criação de um corpo de mediadores, uma escola de mediação e a realização de uma experiência piloto na cidade de Buenos Aires”. (SUARES, 2012. p. 176, tradução nossa).¹⁰

Tal decreto foi chamado de “*Plan Nacional Argentino de Mediación*”, pois estabeleceu a mediação em elevada posição, criou uma comissão de Mediação, permitindo a realização de cursos institucionais de capacitação e treinamento de mediadores, a qual logrou notável êxito. (CARNEIRO, 2012).

Já no ano de 1996, apresentou-se a Lei de n.º 24.573, de *mediación y conciliación*, que veio para estabelecer e regulamentar às práticas autocompositivas na província autônoma de Buenos Aires. Tal legislação vigorou por quase quatorze anos, sem sofrer mudanças.

GIANNINI (2014, p. 4) leciona que:

A experiência, estabelecida pela lei 24.573 (1995), foi inicialmente destinada como um regime provisório aplicando-se rapidamente a todos os processos civis (*lato sensu*) de conhecimento, tratados antes de todos os tribunais competentes em na capital federal. (GIANNINI, 2014, p. 4, tradução nossa)¹¹

Embora inicialmente a proposta fosse para uma experiência de 5 (cinco) anos, acabou-se prorrogando inúmeras vezes tal prazo, o que permitiu uma melhor execução do projeto originário, fazendo as adequações que se tornaram necessárias ao longo dos anos.

Tal legislação prevê a qualificação de mediadores, a obrigatoriedade do procedimento ante a propositura do processo, entre seus principais fundamentos estão:

A primeira é a impossibilidade de escolher o mediador entre as partes. Qualquer ordem de mediação entra em um sistema de tração automática. A segunda característica notável do regime de bonaerense é a exigência de que qualquer acordo seja sujeito à aprovação judicial, que, na execução dessa tarefa, deve verificar que a convenção contém uma “composição justa dos interesses das partes” (Artigo 17, lei 13.951). O regime distingue-se assim do sistema nacional, no qual, como vimos, não se impõe qualquer intervenção do judiciário na aprovação do acordo das partes, transformando a Convenção num título executório (dando assim mais rapidez ao regime e que favoreçam o propósito da descongestionante do sistema judicial). (GIANNINI, 2014, p. 8, tradução nossa)¹²

10 “*la creación de un cuerpo de mediadores, una escuela de mediación y la realización de una experiencia piloto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires*”. (SUARES, 2012. p. 176).

11 *La experiencia, establecida por ley 24.573 (1995), fue inicialmente pensada como un régimen provisional aplicando se rápidamente a la totalidad de los procesos civiles (lato sensu) de conocimiento, tramitados ante la totalidad de los juzgados competentes en dicha materia, en la Capital Federal.* (GIANNINI, 2014, p. 4)

12 *La primera es la imposibilidad de elegir al mediador entre las partes. Todo pedido de mediación ingresa en un sistema de sorteo automático. La segunda característica destacable del régimen bonaerense es la exigencia de que todo acuerdo sea sometido a la homologación judicial, quien, al desarrollar dicha tarea, debe verificar que el convenio contenga una “justa composición de los intereses de las partes” (art. 17, ley 13.951). El régimen se distingue así del sistema nacional, en el que, como vimos, no se impone -por regla- intervención alguna de la judicatura en la aprobación del acuerdo de partes, transformándose al convenio en un título ejecutorio (dotando así de más celeridad al régimen y favoreciendo la finalidad de descongestión del sistema de justicia).* (GIANNINI, 2014, p. 8)

A experiência de Buenos Aires foi fundamental para a propagação da mediação, criando-se um ambiente de amistosidade com a autocomposição.

4.2. Lei n.º 26.589/2010 de *Mediación y Conciliación*

Superada a fase experimental no âmbito de Buenos Aires, verificou-se a necessidade de criar uma norma que abrangesse todos os órgãos competentes da justiça federal no âmbito nacional. Nasce, portanto, a Lei n.º 26.589 de *Mediación y Conciliación*, que foi promulgada em 3 de maio de 2010, por meio do Decreto Presidencial n.º 619/2010 e publicada no Boletim Oficial do Estado em 06.05.2010. Tal norma foi incorporada ao Código Processual Civil e Comercial da Nação, estabelecendo a mediação prévia como obrigatória, passando a valer em caráter nacional.

A nova legislação preservou a essência da norma da província autônoma de Buenos Aires, sem apresentar grandes mudanças em tal instituto jurídico, vez que a legislação *portenha*¹³, contava com a experiência de quase dezessete anos e alcançou grande êxito na aplicação do método.

Ao abordar sobre tal norma, GIANNINI (2014, p. 5, tradução nossa) salienta que,

A nova Lei 26.589 mantém a filosofia e as características gerais do procedimento de mediação prévia estabelecida em 1995, introduzindo algumas inovações destinadas a melhorar o sistema, com base na experiência apreendida durante o funcionamento do modelo originário.¹⁴

Em seu artigo 1º, estabelece que,

Art. 1º. *Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.*

Da leitura de tal dispositivo, nota-se que a mediação é requisito obrigatório a todo processo que eventualmente seja judicializado, chamando-se tal método de mediação prévia ou *mediación prejudicial*, devendo todos os eventuais processos em potencial passar por tal sistema de resolução de conflito.

Para tanto, tal legislação estabelece em seu art. 2º, que, é requisito essencial para propor demanda judicial a juntada da “*acta expedida y firmada por el mediador interviniente*”, ou seja, deverá apresentar tal documento, devidamente assinado pelo mediador autorizado para proceder tal método, sendo que na ausência deste, poderá ser declarada a inépcia da inicial por ausência de documentos essenciais à propositura da ação.

De outro lado, embora tal método seja obrigatório, tal legislação apresenta rol de ações que

13 Termo usado para referir-se aos moradores da capital federal da Argentina, Buenos Aires.

14 *La nueva ley 26.589 mantiene la filosofía y rasgos generales del procedimiento de mediación previa establecidos en 1995, introduciendo algunas innovaciones destinadas a mejorar el sistema, a partir de la experiencia apreendida durante el funcionamiento del modelo original.* (GIANNINI (2014, p. 5)

não necessitarão passar por tal método:

Art. 5°. *Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable em los siguientes casos:*

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- f) Medidas cautelares;
- g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- h) Juicios sucesorios;
- i) Concursos preventivos y quiebras;
- j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;
- k) Conflictos de competencia de la Justicia del Trabajo;
- l) Procesos voluntarios;
- m) Controversias que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, que queden alcanzadas por el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.

No que se refere aos assuntos familiares citados no artigo supra, precisamente na alínea b, cumpre frisar que embora não seja aplicável, a mediação será obrigatória em relação aos bens patrimoniais que derivam da relação familiar. Neste caso deverá o magistrado da lide, dividir o processo e encaminhar a parte referente ao patrimônio à mediação.

Sendo assim, observa-se que na Argentina, a mediação fica ligada aos casos de direito civil e comercial, não abarcando ações penais e os demais casos transcritos no artigo acima.

5. MEDIAÇÃO ARGENTINA VERSUS BRASIL: PERSPECTIVA COMPARADA

A primeira diferença vislumbrada no direito Argentino é o fato da mediação ocorrer fora das dependências do Poder Judiciário¹⁵, nos núcleos conhecidos como *Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos*, órgão este que está submetido ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo, não possuindo nenhuma ligação com a estrutura física ou vínculo institucional com o judiciário local.

Como visto, no Brasil, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, popularmente chamados de CEJUSC's, são credenciados junto ao Tribunal de cada estado, sendo que tais audiências ocorrerão nas dependências do Poder Judiciário local, estando submetido ao Poder Judiciário.

Quanto à remuneração do procedimento de mediação, Argentina e Brasil adotam o mesmo

15 Seja a mediação pública ou privada, não ocorrem nas dependências do Poder Judiciário. Sendo pública, o local será de responsabilidade do Poder Executivo. Sendo privada ocorrerá em escritórios particulares ou câmaras de autocomposição.

sistema: Optando as partes pelo uso da mediação privada, o método ocorrerá em escritórios que atuam de maneira individual ou por associação, e deverá ser remunerada. Se as partes optarem por esse modelo, terão que remunerar tal serviço. Caso optem pela mediação pública, tal serviço será prestado de maneira gratuita.

No que se refere a aplicação do método, no ordenamento jurídico brasileiro, a mediação poderá dar-se-á na forma pré-processual (quando ainda não existe uma demanda, buscando-se resolução de tal conflito, por intermédio da estrutura do poder judiciário, leia-se CEJUSC's, ou por câmara de mediação privada), e/ou, processualmente, (quando da propositura de uma ação, antes de ouvir a resposta do réu, tentar-se-á mediar tal conflito com vistas a pôr fim na controvérsia ou a qualquer tempo antes da sentença).

No direito Argentino, a mediação necessariamente dar-se-á na forma endoprocessual, ou seja, antes de existir uma demanda proposta, deverá o conflito passar por tal modelo compositivo (podendo dar-se através do Diretório Nacional de autocomposição e/ou câmara de mediação privada), sendo permitido provocar o Poder Judiciário, somente quando esgotado tal procedimento, e com a apresentação da ata de audiência no momento da propositura da demanda. A única exceção se dá nos casos em que não se admite a aplicação do método.

Assim sendo, embora, no sistema argentino as partes sejam livres para escolher entre celebrar ou não eventual acordo, não podem apresentar desinteresse na audiência se desejam propor um processo judicial. Já no sistema brasileiro, cabe às partes manifestarem seu interesse no método ou não quando da propositura ou andamento da demanda.¹⁶

De outro lado, cumpre destacar na perspectiva comparada, outra divergência quanto ao encaminhamento de ações que já tramitam no Judiciário, para tentativa da autocomposição. A Lei Argentina embora dispõe que a qualquer tempo antes da sentença poderá ser encaminhado os autos a mediação, o ato somente será possível uma única vez, nos moldes da alínea “d”, do art. 16 da Lei n.º 26.589/10: *“Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación”*.

Já a legislação brasileira, nos termos do art. 139, inciso V, do Código de Processo Civil, não limitou o número de vezes em que poderá fazer uso da mediação, apenas, dispõe que tais métodos podem ser promovidos: “a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”, ou seja, o juiz poderá a qualquer tempo, no recebimento da inicial, durante a tramitação do processo, ou mesmo antes da sentença, promover as

16 No sistema brasileiro, para que não ocorra a mediação, não basta somente o desinteresse de uma das partes, vez que o art. 334, parágrafo 5º do Código de Processo Civil estabelece que: “o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência”.

práticas autocompositivas, destinando à conciliação ou à mediação.

No que diz respeito aos princípios norteadores da mediação, precisamente na forma em que serão conduzidos os trabalhos, ambas legislações¹⁷, estabelecem princípios praticamente idênticos, entre eles a imparcialidade, confidencialidade, celeridade dentre outros.

Quanto as formas de conclusão, o procedimento se concluirá de três formas: com acordo, sem acordo e quando as partes não comparecem na audiência designada.

Restando a audiência frutífera na Argentina¹⁸, será então elaborado termo de acordo, sendo que tal minuta em caso de descumprimento poderá ser executada, inclusive sob pena de multa pelo descumprimento. Importa observar que em tal ordenamento, não deverá ser homologado pelo juízo, já que a legislação não requer tal forma, salvo quando a controvérsia versar acerca de interesse de menores e incapazes, necessariamente deverá passar pelo crivo do Poder Judiciário, e posteriormente será homologado. (GIANNINI, 2014).

No Brasil, labutado eventual acordo, será encaminhado os autos ao juiz responsável, que homologará por sentença e determinará o arquivamento do processo revestindo-se de força executiva (art. 28, parágrafo único do CPC). Quando a demanda versar sobre interesse de incapaz, deverá ser oportunizado a oitiva do Ministério Público, e posteriormente será homologado (art. 3º, § 2º, Lei n.º 13.140/2015).¹⁹

Em sendo a mediação infrutífera, estabelece a legislação argentina²⁰ que, será lavrado ata,

17 Lei n.º 13.140/2015: Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé. Lei n.º 26.589/2010: Art. 7. *Principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios: a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria; b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación; c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación; d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria; f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto; g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido; h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.*

18 Lei n.º 26.589/2010: Art. 26. *Conclusión con acuerdo. Cuando durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se arribar a al acuerdo de las partes, se labrará acta en la que constarán sus términos. El acta deberá ser firmada por el mediador, las partes, los terceros si los hubiere, los letrados intervinientes, y los profesionales asistentes si hubieran intervenido. Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a um acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la homologación judicial. En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez podrá aplicar, a pedido de parte, la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*

19 Lei n.º 13.140/2015: Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. (...) § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

20 Lei n.º 26.589/2010: Art. 27. *Conclusión sin acuerdo. Si el proceso de mediación concluye sin acuerdo de las partes, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial acompañando su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La falta de acuerdo también habilita la vía judicial para la*

descrevendo o resultado do procedimento, documento esse que habilitara a parte a iniciar demanda judicial. No ordenamento tupiniquim²¹, em sendo infrutífera, elaborar-se-á a lavratura de termo final de mediação, encerrando-se tal procedimento.

No caso de não realização de audiência por ausência das partes, ou por impossibilidade de uma das partes, ambas legislações preveem aplicação de multa.

Sendo assim, o não comparecimento das partes em audiência designada, a Lei Argentina, estabelece que “*la parte in compareciente deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria*”. (Art. 28, Lei n.º 26.589/2010).

O Código de Processo Civil Brasileiro, de forma semelhante, prevê multa em seu art. 334, § 8º: “O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

No que se refere a figura do mediador, no Brasil, todos os operadores atuantes em nossos CEJUSCs, se submetem a um curso, para que esteja apto a desempenhar tal papel, passando por sessões de acompanhamento inclusive após a realização do curso em sala de audiência, para verificar se o candidato se encontra apto a desempenhar tal função. Ademais, o mediador não necessariamente deve ser alguém bacharel em direito, podendo ser dos mais diversos ramos, desde que tenha graduação em ensino superior há pelo menos dois anos, e tenha obtido formação em mediação em escola reconhecida pelo órgão competente²².

Já no direito argentino, os requisitos para tornar-se um mediador diferenciam em muito do modelo brasileiro, como visto anteriormente. Lá, necessariamente o candidato ao cargo deverá ser graduado em direito e ter exercido no mínimo três anos de formação profissional, e inclusive deverá prestar exame organizado pelo órgão responsável com vistas à obtenção do Registro Nacional de Mediador, na forma do art. 11 da Lei n.º 26.589/2010.²³

reconvención que pudiere interponer el requerido, cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y se lo hiciera constar en el acta.

21 Lei n.º 13.140/2015: Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

22 Lei n.º 13.140/2015: Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

23 Lei n.º 26.589/2010: Art. 11. *Requisitos para ser mediador. Los mediadores de berán reunir los siguientes requisitos: a) Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula; b) Acreditar la capacitación que exija la reglamentación; c) Aprobar un examen de idoneidad; d) Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación; e) Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente.*

Quanto à remuneração dos mediadores judiciais, o Código de Processo Civil Brasileiro, estabeleceu que “o conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça” (Art. 152, CPC).

Sendo assim, o CNJ é quem fixa os parâmetros mínimos e máximos, mas a definição ficará a critério de cada Tribunal de Justiça de cada Estado. Logo, é atribuição dos Tribunais de cada região, criar quadros de honorários e planos de pagamentos.

No âmbito argentino, todo mediador é devidamente remunerado, sendo que tais honorários são fixados pelo Poder Executivo, nos termos do art. 35 da Lei n.º 26.589/2010, que estabelece: “*El mediador percibirá por su desempeño en la mediación, un honorario básico cuyo monto y condiciones de pago se establecerán reglamentariamente por el Poder Ejecutivo nacional*”.²⁴

Demais disso, no direito brasileiro, o mediador está vinculado ao Tribunal de Justiça de seu respectivo estado. Na norma dos *hermanos*, o mediador é vinculado ao Ministério da Justiça.

Nesse ínterim, embora tais normas apresentem diferenças, nota-se que existe certa proximidade quanto à atuação do mediador, vez que há a valorização do mediador, da sua qualificação, do seu trabalho, prevendo remuneração, bem como colocando tal função como essencial para o acesso à Justiça.

Por fim, cumpre transcrever alguns dados acerca da mediação em ambos países.

O modelo de estado argentino é constituído em uma federação, com 23 províncias e uma cidade autônoma, Buenos Aires, capital do país. O Poder Judiciário da Argentina, dividiu o país em seis regiões, de acordo com seus costumes, cultura, geografia e política. Estabeleceram-se as seguintes regiões: *Región NEA: Provincias de Formosa, Chaco, Misiones y Corrientes; Región NOA: Provincias de Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Tucumán y Catamarca; Región Cuyo: Provincias de La Rioja, San Luis, San Juan y Mendoza; Región Centro: Provincias de Santa Fe, Córdoba, Entre Ríos y Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Región Atlántica: Provincia de Buenos Aires; Región Patagónica: Provincias de La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.* (ALVAREZ, 2018).

Importar destacar que da análise do último levantamento estatístico, verifica-se que o sistema argentino dispõe de 2.778 mediadores e 133 co-mediadores, totalizando 2.911, todos devidamente capacitados e habilitados para o exercício de tal função. Das 23 (vinte e três) províncias, somente duas delas não contam com mediadores, são elas *La Rioja* e *Santa Cruz*. A província de *Santa Fe* é a que apresenta o maior número de mediadores, com um total de 560,

24 Lei n.º 26.589/2010: Art. 35. O mediador receberá pelo seu desempenho na mediação, uma taxa básica cujo montante e condições de pagamento serão estabelecidos pelo Executivo Nacional (tradução nossa)

seguida por *Entre Ríos*, 491 e *Córdoba* 419. As províncias com menor número de mediadores são: *Jujuy*, 02; *Catamarca*, 03 e *Salta* 05. (*Estadísticas de los Poderes Judiciales de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2014/2015*).

Da análise dos dois últimos relatórios do Conselho Nacional de Justiça (2018), verifica-se no Brasil a existência de 982 CEJUSC's instalados na esfera da justiça estadual. A Justiça Estadual passou de 362 em 2014 para 654 CEJUSC's no ano de 2015, o que representa um aumento de 79%. Já no ano de 2016, houve um crescimento parecido, onde estabeleceram 256 novos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CNJ, 2018).

Além do aumento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, é possível identificar três grupos de grande, médio e pequeno porte. Tem-se por grande porte os estados São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná e Rio de Janeiro. Pertence a categoria de médio porte Bahia, Ceará, Mato Grosso, Goiás, Santa Catarina, Maranhão, Distrito Federal, Pará, Espírito Santo e Pernambuco. Por fim, são de pequeno porte os estados de Rondônia, Acre, Paraíba, Mato Grosso do Sul, Amazonas, Tocantins, Roraima, Rio Grande do Norte, Alagoas, Sergipe, Piauí e Amapá. O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo é a corte com maior número de CEJUSC's: 191. O Ceará é o segundo colocado com 112. O Tribunal de Justiça do Sergipe e Piauí (TJSE/TJPI), conta com apenas 01 Centros.

No que diz respeito aos mediadores, o CNJ informou em março do presente ano que consta em seu Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores 3 mil integrantes entre conciliadores, mediadores e profissionais de câmara privada. (CNJ, 2018)

Quanto ao número de mediadores que estão no cadastro nacional do CNJ são 13 estados e o Distrito Federal que possuem representantes, totalizando 1.747 mediadores. São Paulo é o primeiro com 1.155, seguido por Goiás 206, Bahia 130. Os estados que apresentam o menor número de mediadores são: Acre, 01, Ceará 02, Pernambuco, 02. Os demais estados segundo o próprio CNJ, não possuem representantes no mencionado cadastro.²⁵

CONCLUSÃO

A mediação, seja no sistema brasileiro ou argentino, é uma porta aberta de acesso à justiça, e demonstra a cautela e a seriedade que o método propõe, inclusive colocando na mão dos mediados o “domínio” da mediação, cabendo o resultado unicamente de suas vontades, ante ao princípio da voluntariedade.

Ademais, verificou-se que muito se tem feito pela mediação no âmbito dos dois países, em

25 BRASIL. CJN: Cadastro Nacional permite que cidadão escolha mediadores e conciliadores. Agência Brasil. 2017. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/cnj-cadastro-nacional-permite-que-cidadao-escolha-mediadores-e-conciliadores>. Acesso em 30. Jun. 19.

especial com a preocupação com a criação de uma estrutura padronizada, oportunizando, inclusive aumento significativamente do número dos centros de mediação, chegando a quase todo território, demonstra que o Poder Judiciário finalmente passou a considerar que não é possível deixar tudo para um terceiro resolver (leia-se, Juiz), pois não demanda de estrutura suficiente, bem como na maioria das vezes não concede resposta efetiva ao cerne da lide, ante a quantidade de processos que abarrotam o judiciário.

Em ambos os ordenamentos jurídicos estudados, Argentina-Brasil, debruçam-se sobre os princípios norteadores da mediação internacional, bem como nota-se que existe certa proximidade em diversos pontos, em especial quanto à atuação do mediador, vez que há a valorização do mediador, da sua qualificação, do seu trabalho, garantindo-lhe remuneração, bem como colocando tal função como essencial para o acesso à Justiça.

Assim, o que se busca é a alteração da costumeira cultura em que as partes sempre buscam para a solução do litígio, a determinação (sentença) de um terceiro (leia-se magistrado), para dizer a quem pertence o direito, para fortalecer o restabelecimento do diálogo entre os conflitantes. Toda essa estrutura de autocomposição está a ajudar na construção de uma sociedade fortalecida, onde cada um assume suas responsabilidades, aumentando a comunicação e a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lucas Alves. Mediação: O Desafio Proposto pelo Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588739> Acesso em 04. Jul. 2019.

ALVAREZ, Gladys Stella. **Diagnóstico de Situación sobre Masc en la Argentina**. Disponível em: <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/documents/verDocumento.html?idDocumento=1> Acesso em 11. jun. 2019.

ARGENTINA. **Estadísticas de los Poderes Judiciales de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2014/2015. [recurso eletrônico]** Disponível em: <http://reflejar.jufejus.org.ar/www.jufejus.org.ar/images/doc/ACTIVIDADES/Estadisticas/Publicaciones/DELGREPJ/Publicacion%205.pdf> Acesso em 04. Jul. 2019.

ARGENTINA. **Lei n.º 24.573 de 1996** – Establécese la mediación y conciliación previa a todo juicio. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm> Acesso em 29. jun.2019.

ARGENTINA. **Lei n.º 26.589 de 2010** – Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Disponível em: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000169999/166999/norma.htm> Acesso em 29. Jun. 19.

BRASIL. **Justiça em Números 2018: ano-base 2017**. Conselho Nacional de Justiça Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. **Resolução n.º 125, Conselho Nacional de Justiça**. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em 04. Jul. 2019.

BRASIL. **CJN: Cadastro Nacional permite que cidadão escolha mediadores e conciliadores**. Agencia Brasil. 2017. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/cnj-cadastro-nacional-permite-que-cidadao-escolha-mediadores-e-conciliadores> Acesso em 29. jun.19.

BRASIL. **Lei n.º 13.140 de 2010 de Mediação**. Disponível em URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em 16. Nov. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.105 de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 16. Nov. 2018.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Mediação como renovação do conceito de justiça: uma abordagem transdisciplinar fundamentada na filosofia**. Revista eletrônica do tribunal regional do trabalho do Paraná. Edição especial. Volume 1. No 9. Julho, 2012.

DELGADO, José. **Constitucionalidade da Mediação**. Série Cadernos do CEJ, 22. 2003.

FILHO, Weber. In NETO, Adolfo Braga e Sales, MORAIS, Lilia Maia de. **Aspectos Atuais Sobre Mediação e Outros Métodos Extra e Judiciais de Resolução de Conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

GIANNINI, Leandro J. **Mediación, paternalismo e incentivos**. Revista de processo/Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAIS, José Luis Bolzan de e SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NETO, Adolfo Braga e Sales, MORAIS, Lilia Maia de. **Aspectos Atuais Sobre Mediação e Outros Métodos Extra e Judiciais de Resolução de Conflitos**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria da mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIGON, Josiane. **A Resolução nº 125 do CNJ e o Papel do Terceiro Conciliador e Mediador na Sua Efetivação**; Curitiba: Multideia, 2013.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

O AVANÇO DA TECNOLOGIA E A RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA COMO REFLEXOS DA MODERNIDADE LÍQUIDA

Giowana Parra Gimenes da CUNHA¹
Roberto da Freiria ESTEVÃO²

RESUMO

A pós-modernidade é reconhecida pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman como a modernidade líquida, caracterizada pela fluidez dos conceitos tidos como sólidos e bem definidos. Assim, o objetivo do trabalho é demonstrar a influência dos novos rumores da modernidade líquida no direito, em especial, no que diz respeito à relativização atípica da coisa julgada do processo civil. Utilizar-se-á o raciocínio dedutivo como procedimento metodológico. A temática justifica-se pela importante missão de elucidar a problemática, que finda na busca pela possibilidade de se estabelecer uma limitação menos subjetiva à nova forma de relativizar a coisa julgada em detrimento de outros direitos fundamentais, alicerçados na pretensão de alcançar a real justiça das decisões judiciais. Destaca-se como hipótese a possibilidade de modificação na legislação para “solidificar” a relativização da coisa julgada fundada em decisão judicial injusta, sem prejuízo da garantia do acesso à justiça, discriminado na busca pela justiça das decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: modernidade líquida; acesso à justiça; relativização da coisa julgada.

RESUMEN

La posmodernidad es reconocida por el sociólogo polaco Zygmunt Bauman como la modernidad neta, caracterizada por la fluidez de los conceptos tenidos como sólidos y bien definidos. Así, el objetivo del trabajo es demostrar la influencia de los nuevos rumores de la modernidad neta en el derecho, en especial, en lo que se refiere a la relativización atípica de la cosa juzgada del proceso civil. Se utilizará el razonamiento deductivo como procedimiento metodológico. La temática se justifica por la importante misión de elucidar la problemática, que termina en la búsqueda de la posibilidad de establecer una limitación menos subjetiva a la nueva forma de relativizar la cosa juzgada en detrimento de otros derechos fundamentales, basados en la pretensión de alcanzar la real justicia de las decisiones judiciales. Se destaca como hipótesis la posibilidad de modificación en la legislación para "solidificar" la relativización de la cosa juzgada fundada en decisión judicial injusta, sin perjuicio de la garantía del acceso a la justicia, discriminado en la búsqueda por la justicia de las decisiones judiciales.

PALABRAS CLAVE: modernidad neta; acceso a la justicia; la relatividad de la cosa juzgada.

INTRODUÇÃO

-
- 1 Graduanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Integrante do "DIFUNDE" (Direitos fundamentais, democracia e exceção), grupo de pesquisa vinculado ao CNPq, liderado pelo professor doutor Roberto da Freiria Estevão. Formada em Técnico em Serviços Jurídicos pelo Centro Paula Souza – ETEC (2015). E-mail: giowanaparra@hotmail.com
 - 2 Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista Tupã (1980). Especialista em Processo Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito (Teoria do Direito e do Estado) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Integrante e líder do grupo de pesquisa "DIFUNDE" (Direitos fundamentais, democracia e exceção), no UNIVEM. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM –, Cursos de Graduação e Mestrado em Direito. E-mail: roberto_freiria@terra.com.br

A pós-modernidade surgiu a partir de uma nova tomada de consciência originada de mudanças sociais e dos novos rumos ideológicos acatados pela cultura, pela filosofia e pela sociologia contemporânea. O aceleração dos fenômenos sociais, os efeitos da globalização e o avanço da tecnologia levaram à construção do que hoje se denomina como a sociedade da informação. E, não obstante a isto, imprescindível se faz a percepção da presença dos novos preceitos da pós-modernidade na esfera judicial.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a influência da fluidez dos preceitos da pós-modernidade, considerada como “líquida” pela Teoria da Modernidade Líquida do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, no instituto da coisa julgada material no processo civil brasileiro, em especial no que diz respeito à relativização atípica da coisa julgada sob o fundamento de decisão judicial injusta. Deste modo, busca-se alcançar a ideia de que o princípio do acesso à justiça não se limita ao direito de ação no processo civil, mas compreende também o direito a uma tutela jurisdicional justa, a qual ensejou movimentos doutrinários e jurisprudenciais na idealização de uma nova forma de relativizar a coisa julgada, na busca da justiça das decisões judiciais.

Primeiramente analisar-se-á as principais premissas da Teoria da Modernidade Líquida de Zygmunt Bauman, e a sua influência no direito brasileiro. Em seguida buscar-se-á destacar as novas formas de relativização da coisa julgada material no processo civil, em especial, a relativização baseada em decisão judicial injusta. Por fim, elucidar-se-á a conseqüente influência da fluidez da modernidade líquida no instituto da coisa julgada e os seus desafios perante o avanço da tecnologia.

Assim, a problemática do trabalho se desenvolve no questionamento a respeito da possibilidade de uma limitação plausível para a influência da fluidez da modernidade líquida no instituto da coisa julgada, visto que há a tendência de relativizá-la por meio da alegação de decisão judicial injusta, sem qualquer aparato legal para a sua definição e procedimento, justificada pela “extraordinária mobilidade dos fluidos” (BAUMAN, 2001, p. 8), o que denota uma incontestável insegurança jurídica, problematizada ainda mais diante das possibilidades da influência do avanço da tecnologia na realidade dos fatos em decisões judiciais já transitadas em julgado. Tem-se como hipótese, a possibilidade de “solidificação” desta forma de relativização por meio da modificação legislativa.

Ademais, justifica-se o trabalho diante da necessidade de conservar a segurança jurídica das decisões do processo civil, demarcada pelo instituto da coisa julgada, a qual se encontra ameaçada pela nova forma de relativização atípica da coisa julgada.

Utilizar-se-á o método dedutivo para o desenvolvimento do trabalho, com utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que caracteriza-se como sendo descritivo-explicativa que segundo [Lakatos e Marconi \(2011, p. 25\)](#) objetiva registrar fatos, analisa-los, interpreta-los e

identificar suas causas. Dessa forma, os procedimentos metodológicos adotados se referem, primeiramente, ao levantamento bibliográfico que tem possibilitado à discussão teórica do objeto de pesquisa.

O presente trabalho não visa esgotar a temática sucintamente apresentada, mas colaborar para os estudos relacionados às novas formas de relativização da coisa julgada no processo civil brasileiro, em especial àquela que busca a desconstituição da coisa julgada material de decisão judicial injusta que ofende outros valores constitucionais, na busca pela efetiva justiça das decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

1. DA MODERNIDADE LÍQUIDA

O estudo envolto da teoria da Modernidade Líquida, desenvolvida pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, implica em um conhecimento prévio das características da “primeira modernidade” e da “segunda modernidade” elencadas pelo sociólogo, a fim de identificar o conteúdo axiológico que discrimina a era da sociedade da informação em detrimento dos demais períodos remotos pré-modernos.

Bauman, a partir dos ideais expostos por Karl Marx e Friedrich Engels de que “tudo o que era sólido se evapora no ar” (2003, p. 29), metaforicamente representa a primeira modernidade como um período sólido, de padrões de vida estáticos, convicções e conceitos claros e pouco mutáveis, enquanto a segunda modernidade é identificada como líquida, também chamada de modernidade fluida, marcada pela fluidez das opiniões em consonância com as constantes mudanças sociais, culturais e econômicas no espaço em que se encontram.

Apesar da inexistência de fatos históricos claros que possam estabelecer uma cisão entre a primeira e a segunda modernidade, as metáforas de Bauman contribuem na identificação destes dois períodos, juntamente com os conceitos de espaço e de tempo, com valorações variáveis e influentes na demarcação da velocidade dos fenômenos que cerceiam a vida da sociedade. Neste sentido, em sua célebre obra *Modernidade Líquida*, o autor disserta que:

[...] Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevantes), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa (BAUMAN, 2001, p. 8).

Assim, para Bauman, na segunda modernidade o tempo assume uma maior importância, de maneira que, de acordo com a superação das barreiras físicas da comunicação, consoante avanço da tecnologia, a velocidade dos acontecimentos sociais caracteriza a modernidade que é denominada

como líquida, pois “os líquidos, diferentes dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade” (BAUMAN, 2001, p. 8), tornando-se uma sociedade dinâmica. Diferentemente da primeira modernidade que é caracterizada pela solidez da realidade, a qual obstou os avanços entre as dimensões de tempo, espaço e velocidade.

A expressão “pós-modernidade”, denominada por Bauman também como a segunda modernidade, é utilizada para indicar as concepções surgidas a partir da metade do século XX. Esse período da história atual caracteriza-se pela ausência de sistematicidade e homogeneidade do conhecimento, pela rapidez das mudanças, bem como, pela constatação de que o “progresso” produziu efeitos positivos e negativos (SOUZA, 2009, p. 168). O contexto deste período é demarcado pelos efeitos da globalização, como conflitos pela hegemonia de determinados discursos que se pretendia conferir como universais e absolutos em específicas ideologias. Também, a pós-modernidade tem como forte característica as mudanças sociais advindas do avanço da tecnologia da comunicação, o que leva à concepção de informatização da sociedade.

Deste modo, as lições de Bauman conduzem à ideia de que a atual modernidade, denominada por ele como a segunda modernidade ou modernidade líquida, é afastada da predeterminação de conceitos estáticos e irrevogáveis, inerentes ao período anterior. Resta evidente, portanto, que a modernidade líquida é caracterizada pela impossibilidade de ações e planejamentos em longo prazo, em face do ligeiro desaparecimento das estruturas sociais, transferidas para episódios de curta duração, principalmente na resolução de dilemas originados de circunstâncias voláteis e instáveis, e constantemente distribuídas para a responsabilidade de cada indivíduo em determinado caso concreto. A individualização dos sujeitos, bem como das situações, preceitos e problemáticas, é um marco significativo na era da modernidade fluida destacada pelo mencionado sociólogo:

A individualização chegou para ficar; toda elaboração sobre os meios de enfrentar seu impacto sobre o modo como levamos nossas vidas deve partir do reconhecimento desse fato. A individualização traz para um número sempre crescente de pessoas uma liberdade sem precedentes de experimentar – mas (timeo danaos et dona ferentes...) traz junto a tarefa também sem precedentes de enfrentar as consequências. O abismo que se abre entre o direito à autoafirmação e a capacidade de controlar as situações sociais que podem tornar esta autoafirmação algo factível ou irrealista parece ser a principal contradição da modernidade fluida – contradição que, por tentativa e erro, reflexão crítica e experimentação corajosa, precisamos aprender a manejar coletivamente. O ritmo da mudança talvez tenda a ser acelerado demais, e a velocidade com que novos fenômenos emergem na consciência pública e desaparecem das vistas é demasiadamente grande. Isso impede que a experiência se cristalice, estabelecendo-se e solidificando-se em atitudes e padrões comportamentais, síndromes de valores e visões de mundo, próprios para serem registrados como traços permanentes do “espírito de época” e reclassificados como características singulares e duradouras de uma geração (BAUMAN, 2009, p. 85)

Ademais, a teoria da modernidade líquida, desenvolveu-se da análise de incontestáveis avanços ocorridos e constantes em meados dos séculos XX e XXI, concernentes às mudanças

sociais, culturais, científicas, tecnológicas e principalmente econômicas, as quais Bauman faz uma crítica instigante com relação à política de mercado e as relações consumeristas. A pós-modernidade, ou segunda modernidade, foi efetivamente constatada, identificada e descrita, a partir de uma tomada de consciência das mudanças que vinham acontecendo e dos rumos tomados pela cultura, pela filosofia e pela sociologia contemporâneas (BITTAR, 2008, p. 134). E não obstante a isto, imprescindível se faz a percepção da presença dos novos ditames da modernidade líquida também na esfera judicial.

Nesse sentido, vale destacar que já nas lições dos juristas romanos, em especial as lições de Cícero, considerava-se a necessidade de conhecer perfeitamente o homem, a sua natureza humana e seus fenômenos sociais, para depois conhecer o direito. É nesse sentido, portanto, que o professor Miguel Reale, com propriedade, destaca a definição do vocábulo “Direito” como uma experiência jurídica, cujo conceito implica na efetividade de comportamentos sociais em função de um sistema de regras (1988, p. 62), direcionando este entendimento para o que se denominou Teoria Tridimensional do Direito, e seus aspectos fático, axiológico e normativo.

Nesta seara, implica observar que direito se amolda nos fatos que a sociedade destaca como relevantes, pois “onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente” (REALE, 1988, p. 65). Contudo, diante da nova tendência da fluidez da modernidade, da atual sociedade da informação, denominada por Bauman como líquida, o direito, por consequência lógica, também foi atingido por esta liquidez.

A constante e excessiva mutabilidade dos fenômenos da vida humana, e o enfrentamento das estruturas sólidas das regras, bem como dos princípios constitucionais, ocasionou a flexibilização destes a luz da proporcionalidade entre os valores em destaque no caso concreto. Essa fluidez e as novas tecnologias produzem reflexos no âmbito do processo civil.

Com relação às teorias de flexibilização, ou também denominada de relativização, das garantias fundamentais, destaca-se que estas se desenvolveram em três períodos, se assim pode-se considerar. Primeiramente, a relativização se operou no plano constitucional, no sentido de se flexibilizar uma garantia constitucional em face de outra. Por conseguinte, surgiu a possibilidade de relativizar garantias constitucionais por meio de leis infraconstitucionais em determinadas hipóteses. E atualmente, fala-se em se aplicar o princípio da proporcionalidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto (ALMEIDA JÚNIOR, 2006, p. 133).

Destarte, nota-se que as mudanças de paradigmas ocorridas a partir do final do século XX, influenciaram não apenas a vida social, cultural e econômica, mas também no que diz respeito à aplicabilidade do ordenamento jurídico, em especial, dos princípios constitucionais, de maneira que atualmente se identifica, sem dificuldades, a relativização de ideais pré-modernos por meio da

“extraordinária mobilidade dos fluidos” (BAUMAN, 2001, p. 8), reflexos também, como se verá adiante, nas regras do processo civil brasileiro, no que se refere ao instituto da coisa julgada.

2. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada, originário do direito romano sob o vocábulo “*res judicata*” (MOREIRA, 2012, p. 1), fundamenta-se em face do seu propósito filosófico em oferecer segurança jurídica a partir de uma decisão judicial, diante da finalidade de regular definitivamente certa relação jurídica quanto à sua eficácia, a qual por sua força imperativa é imposta perante todos, e por tratar-se de autoridade, se torna obrigatória e definitiva.

Merecem destaque as lições do jurista italiano Enrico Tullio Liebman, que não vislumbrou o instituto da coisa julgada como mais um efeito da sentença, mas sim como uma qualidade que aos efeitos que desta se somavam, a fim de torná-los imutáveis.

Sem dúvida, uma das mais importantes contribuições de Liebman para o direito processual civil brasileiro foi a revisão do conceito de coisa julgada. Na obra “Eficácia e autoridade da sentença”, o professor italiano demonstra todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito seu, autônomo. Após a análise de várias teorias, Liebman, em suma, define a coisa julgada como a imutabilidade do comando emergente da sentença, e conclui que esta é o “modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado” (LIEBMAN, 1984, p. 40).

A coisa julgada encontra assento constitucional e possui hierarquia de garantia oferecida pelo Estado à parte que litigou e teve proferida uma decisão judicial, pois é a concretização do princípio da segurança jurídica, resultando em um direito adquirido reconhecido judicialmente. Ademais, a inviolabilidade da coisa julgada por lei posterior é um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988.

O Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 502, corroborado com o § 3º, do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pretendeu definir o significado de coisa julgada, *in verbis*: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

É notório que um dos valores buscados pela ordem jurídico-processual é o da segurança jurídica das relações jurídicas, que constitui poderoso fator de paz na sociedade e felicidade pessoal de cada um (DINAMARCO, 2001, p. 34). O instituto da coisa julgada material não se trata de imunizar a decisão judicial como ato processual, mas os efeitos que dela se projetam para fora do processo, atingindo as relações sociais envolvidas, sendo esta a grande relevância social da *res*

judicata assegurada pela Constituição Federal e pela lei processual infraconstitucional.

Assim, o instituto da coisa julgada é uma importante garantia fundamental, sendo instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança jurídica, descrita como valor no preâmbulo e no caput do art. 5º da Carta Magna de 1988, por não se tratar apenas de segurança voltada à proteção à vida e ao patrimônio, mas também à segurança da definitividade da resolução da lide processual, inerente ao princípio da inafastabilidade jurisdicional. E é em razão disto que a coisa julgada material tem como atributo a imutabilidade da decisão judicial, diante da preclusão da interposição de recursos e da negação na propositura de ação idêntica, pois é destinada a preservar o pronunciamento emanado do Poder Judiciário, acarretando uma situação de certeza e estabilidade para as relações jurídicas.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni aduz que a “coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário” (2004, p. 05), de maneira que não faria sentido falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito definitivamente solucionado.

Por derradeiro, diante da necessidade de adequação à nova ordem social, atualmente a coisa julgada agrega elementos processuais de natureza democrática, relativos à sua constitucionalidade e à sua relativização.

As lições de João Bonumá, em meados de 1945, são no sentido de que é preciso abrir uma exceção ao princípio da imobilidade da sentença transitada em julgado, de maneira que a sua imodificabilidade não pode ser levada a extremos. Neste sentido, disserta:

[...] Se os efeitos jurídicos do comando judicial não se esgotam pela simples prolação do julgado, mas perseveram na constituição de um estado ou situação nova, tornada posteriormente incompatível com o sistema jurídico dominante, ou se transforma em uma injustiça evidente e intolerável, sua modificação é tão necessária como a modificação da lei em casos semelhantes (BONUMÁ, 1946, P. 462-463).

Assim, consonante movimento doutrinário e jurisprudencial em curso acerca da mitigação das garantias constitucionais, atualmente há um considerável número de juristas que aderiram à mitigação da autoridade da coisa julgada, admitindo o que se denomina relativização ou flexibilização da *res judicata*.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 14) sustenta que o processo deve produzir resultados estáveis sem que com isso se prejudique a justiça, e corroborado com tantos outros autores favoráveis a relativização da coisa julgada, considera o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, a autoridade brasileira pioneira a tratar da temática.

Enquanto relator no processo que tramitava na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que se discutia a existência de erro no julgamento da ação expropriatória sobre

parcelamento de débitos da Fazenda do Estado de São Paulo, o ex-ministro José Augusto Delgado, em seu voto, declarou sua posição doutrinária no sentido de não reconhecer o caráter absoluto do instituto da coisa julgada, pois seria impossível a coisa julgada, sob o fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado. E continua no seguinte argumento:

Como se vê, a proteção constitucional da coisa julgada é mais tímida do que se supõe, sendo perfeitamente compatível com a existência de restrições e de instrumentos de revisão e controle dos julgados. A proteção constitucional da coisa julgada não é mais do que uma das muitas faces do princípio da irretroatividade da lei (DELGADO, 2001, p. 15).

Na mesma senda, Marinoni (2004, p. 4) afirma que a relativização da coisa julgada se justifica quando há a proporcionalidade entre os bens que estão albergados pela coisa julgada e aqueles que lhe são atacados, bem como na legalidade da decisão que faz nascer a coisa julgada, e também na instrumentalidade do processo, na medida em que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento na busca da defesa efetiva e justa dos direitos materiais que pretende proteger.

Já na célebre doutrina de Enrico Túllio Liebman mencionava-se que nas “sentenças dispositivas que se referem a uma relação continuativa” a coisa julgada vale enquanto “permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tornando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão” (1984, p. 24), recepcionando, assim, a cláusula *rebus sic stantibus* da sentença.

Destarte, observa-se que no processo civil brasileiro a coisa julgada não é absoluta, de maneira que atualmente há instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que permitem o controle da coisa julgada, que são consideradas como resultados legislativos das teorias que versam sobre a relativização da coisa julgada.

Um dos instrumentos legais de controle da coisa julgada é a ação rescisória, que, em apertada síntese, é uma ação autônoma de impugnação da decisão de mérito transitada em julgada que visa desconstituir a coisa julgada, desde que presente uma das hipóteses de cabimento previstas no artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015 e respeitado o prazo decadencial de dois anos.

Também a denominada “*querela nulitatis*”, a qual, segundo doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 632), é meio de impugnação de decisão maculada por “vícios transrescisórios”, que subsistem quando a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação ou quando a citação for defeituosa. Diferencia-se da ação rescisória por ter divergentes hipóteses de cabimento e por não se submeter a qualquer prazo decadencial, podendo a *querela nulitatis* ser manejada até mesmo depois do decurso do prazo de dois anos previsto para a ação rescisória.

Ademais, além das típicas formas de revisão e relativização da coisa julgada, têm-se atualmente as chamadas formas atípicas de relativização da coisa julgada, originárias de movimentos doutrinários e jurisprudenciais. Essas novas teorias de relativização da autoridade da coisa julgada não correspondem à forma tradicional de relativização prevista em lei, motivo pelo qual é alvo de diversas críticas.

Entre as atípicas formas de relativização da coisa julgada, tem-se a denominada coisa julgada inconstitucional, a qual Daniel Amorim Assumpção Neves define como aquela que “pretende afastar a coisa julgada de sentenças de mérito transitadas em julgado que tenham como fundamento norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal” (2019, p. 879). Todavia, em sede de defesa da tipicidade desta forma de relativização da coisa julgada, há o argumento de que esta teoria foi recepcionada no artigo 525, § 12, e artigo 535, § 2º do Código de Processo Civil de 2015, bem como no inciso IV do artigo 966 do mesmo *códex*, que a estipula como uma das possibilidades de ação rescisória.

Outra atípica forma de relativização da coisa julgada é a chamada coisa julgada injusta, não tranquilamente aceita por muitos. Diz respeito ao afastamento da imutabilidade própria da coisa julgada nas sentenças que produzam extrema injustiça, em afronta clara e inaceitável a valores constitucionais essenciais ao Estado democrático de direito (NEVES, 2019, p. 879).

Essa novidade acerca da relativização atípica da coisa julgada foi provocada a partir de algumas situações de inconformidades entre uma decisão jurisdicional e uma realidade social, como nos casos de investigação de paternidade em que se fez coisa julgada material sem o suporte da força probante do exame de DNA.

Neste caso em testilha, implica destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já é pacificada no sentido de que não devem ser impostos obstáculos de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, entendimento este vislumbrado no acórdão do STF no RE 363.889/DF, sob a relatoria do senhor ministro Dias Toffoli, com repercussão geral reconhecida. Deste modo, nas ações de investigação de paternidade em que não se realizou o exame de DNA, é possível relativizar a coisa julgada diante da ponderação de valores, devendo permitir a propositura de nova ação a fim de que se elucide a questão por meio do exame genético.

Nota-se que nesta situação, caso haja a prevalência do direito fundamental à segurança jurídica, a qual decorre a coisa julgada, haverá afronta à dignidade da pessoa humana, ao direito fundamental à informação e à identidade genética, bem como ao princípio da igualdade diante das questões que envolvam sucessões.

Assim, vale destacar que a instantaneidade das consequências do avanço da tecnologia

advém da concepção de velocidade dos fenômenos sociais associada à relação de tempo e espaço aduzidas por Bauman. E não obstante a isto, denota-se a percepção da presença dos novos preceitos da modernidade líquida no instituto da coisa julgada.

Deste modo, quanto maior a velocidade das mudanças sociais, “mais o direito positivo e os tribunais tendem a ser atravessados no seu papel garantidor de controle da legalidade por justiças e normatividade paralelas” (FARIA, 1998, p. 02). Contudo, diante da nova tendência da fluidez da modernidade, denominada por Bauman como líquida, bem como do constante avanço da tecnologia, o instituto da coisa julgada também foi atingido por esta liquidez.

Destarte, da mesma maneira que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela prevalência do princípio da verdade real nas ações de investigação de paternidade julgadas sem a realização do exame de DNA, admitindo a relativização da coisa julgada em detrimento da segurança jurídica das decisões judiciais, não poderia o Poder Judiciário considerar os outros avanços técnicos-científicos inerentes à sociedade moderna, e desconstituir a coisa julgada material sob a justificativa de preservar a realidade dos fatos? Diante dos constantes avanços da tecnologia, implica questionar se apenas o sistema jurisprudencial e a legislação pátria vigente seriam o suficiente para delimitar essa nova forma de relativização da coisa julgada.

O avanço tecnológico, que permite o aumento do acesso à justiça, ocorre em velocidade superior à das reformas legislativas e jurisprudenciais, o que tem trazido diversos desafios para o Poder Judiciário (VALENTINI, 2017, p. 23), em especial, no que diz respeito às novas formas de relativização da coisa julgada, a qual leva em consideração a realidade dos fatos e a busca pela justiça das decisões judiciais, que, como observado, pode basear-se no avanço da tecnologia.

O acesso à ordem jurídica justa é uma vertente moderna do princípio da inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que não se limita à busca da ampliação das possibilidades do acesso ao processo civil, na qual facilmente se identifica a influência da fluidez da sociedade da informação, diante das novas tecnologias. O princípio, concomitantemente, importa na concreta efetivação da promessa constitucional: a busca por uma decisão judicial justa, de difícil determinação e suscetível ao subjetivismo.

Mas, o que se pode afirmar, é que a decisão justa é aquela que se baseia em uma interpretação mais justa diante de várias possíveis, ou, ainda a que aplica a lei sempre se levando em consideração os princípios constitucionais (NEVES, 2019, p. 94). Assim, a busca pela justiça das decisões, apesar do seu conceito indeterminado, ensejou a relativização atípica da coisa julgada que busca afastar decisão judicial tida como injusta.

A problemática defendida pelos não adeptos às teorias de relativização atípica da coisa julgada é no sentido da impossibilidade de se ter um conceito do que seria justo e do que seria

injusto em uma decisão judicial transitada em julgado. Entre eles, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 635) aduzem que “relativizar a coisa julgada por critérios atípicos é exterminá-la”. Também, o senhor ministro Celso de Mello, enquanto relator do RE 594350/RS, fundamenta seu voto no sentido da intangibilidade da coisa julgada, por esta não se caracterizar como uma mera figura do processo civil regulamentada por lei ordinária, mas com reconhecimento da coisa julgada com a sua devida magnitude constitucional, sendo um risco político relativizá-la sob a alegação de sentença injusta.

3. A FLUIDEZ DA MODERNIDADE LÍQUIDA NA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada fora concebido para atender à exigência da segurança jurídica das decisões judiciais, aspiração de uma tendência moderna diante da necessidade de solidificação da resolução da lide processual, tornando-a indiscutível (SILVA, 2004, p. 2). Assim, identifica-se que a necessidade da estabilidade de decisão judicial relaciona-se com a característica sólida, considerada por Bauman como um dos aspectos da primeira modernidade, que foi atingida pelo selo da provisoriedade da modernidade líquida.

Isto porque, conforme destacado anteriormente, há uma forma de relativização da coisa julgada, tida como atípica por ser uma criação doutrinária e jurisprudencial sem expressa previsão legal, que busca o afastamento da coisa julgada material de sentenças que produzam extrema injustiça, em afronta a valores constitucionais, denominada por alguns doutrinadores de coisa julgada injusta inconstitucional.

Assim, coaduna o questionamento da possibilidade de uma limitação plausível para a influência da fluidez da modernidade líquida no instituto da coisa julgada, visto que há a tendência de relativizá-la por meio da alegação de decisão judicial injusta, sem qualquer aparato legal para a sua definição e procedimento.

O instituto da coisa julgada tem prestígio constitucional, pois é positivado no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, de maneira que além de proteger o detentor da coisa julgada ao efeito retroativo da lei posterior em seu prejuízo, assegura a estabilidade da resolução do conflito social decidido em uma decisão transitada em julgado.

Desde modo, destaca-se que a relativização atípica da coisa julgada material acarreta a colisão de valores constitucionais que aflige os agentes do direito: de um lado a justiça concreta de decisões judiciais, e do outro a segurança jurídica.

A segurança jurídica, que advém da *res judicata*, é essencial para a estabilidade das relações jurídicas, sendo sua primordial função para o Estado de Direito, necessária para a

sociedade democrática. Ainda, a segurança jurídica é fundamental para a promessa de inafastabilidade da jurisdição quanto à efetividade da tutela jurisdicional.

Neste diapasão, convém destacar os ensinamentos do professor Cândido Rangel Dinamarco sobre os desafios da aplicabilidade da relativização da coisa julgada em casos concretos:

[...] o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Constituição, art. 5º, XXXV). [...] não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas [...]. [...] conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado redondo (DINAMARCO, 2001, p. 38 e 54).

Não obstante a isto, diante a relativização atípica da coisa julgada, há doutrinadores contrários à relativização da coisa julgada sob a justificativa de decisão injusta, que entendem que a tutela jurisdicional que pode ser revista a qualquer tempo, sem uma forma procedimental estabelecida, afasta o próprio fundamento do princípio da segurança jurídica.

Ademais, importante se fazem as controvérsias sobre a forma de relativização em comento no que diz respeito à lacuna daquilo que seria uma extrema injustiça que justifica a prevalência de um princípio constitucional em face de outro, seja a segurança jurídica estampada na coisa julgada material. Há destaque na doutrina pátria de que a justiça é um conceito subjetivo, e, neste sentido, Daniel Amorim (2019, p. 887) aduz ser impossível determinar com precisão, de maneira uníssona e para todos, o conceito do que seja justo ou não.

Deste modo, diante da ausência de preceitos que estruturam com maior precisão os específicos casos em que poderia se aplicar a relativização da coisa julgada embasada no afastamento de decisão judicial injusta, bem como a vagueza normativa sobre a forma procedimental adequada, surge por consequência uma incontestável insegurança, de maneira que tal forma atípica de relativização ensejará toda e qualquer desconstituição da autoridade da coisa julgada, bastando alegar a injustiça perante outro valor constitucional.

É neste critério que se observa a relevância da Lei de Colisão de Princípios da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, influente filósofo do Direito alemão, que defende que, eventualmente, as garantias fundamentais podem colidir diante de um caso concreto, sendo necessária uma solução de ponderação entre elas. Ocasionalmente, o que ocorre é a precedência de uma garantia em face de outra sob específica condição de um caso concreto (ALEXY, 2008, p. 95).

Outrossim, a aplicação da teoria de Robert Alexy na busca pelo sopesamento entre a justiça concreta das decisões judiciais e a segurança jurídica blindada pela coisa julgada material, pode ser interpretada como uma nova construção conceitual enquanto adequação à uma ordem social que não é apenas liberal, mas democrática, sob a influência dos novos ditames da modernidade líquida,

denominada relativização atípica da coisa julgada. Todavia, é nesse mesmo entendimento que muitos autores sustentam o declínio da autoridade da coisa julgada material, pois sendo a circunstância do caso concreto a alegação de coisa julgada injusta, sem uma limitação para tal preceito, corre-se o risco da desconstituição da coisa julgada por quaisquer valores constitucionais que subjetivamente se julgarão essenciais, problematizado em razão da seara imensa de valores protegidos pelo Estado de Direito.

Assim, a fluidez e liquefação ilimitada do sólido instituto da coisa julgada material, na busca pela justiça das decisões judiciais já transitadas em julgado, resultou numa insegurança incontestável da defesa de tornar indiscutível uma lide processual, de maneira que os conflitos judiciais tornar-se-ão eternos, sendo uma grave incompatibilidade lógica com o próprio instituto da coisa julgada (NEVES, 2019, p. 887). Nota-se, pois, que a alegação de extrema injustiça inconstitucional apta a afastar a primeira coisa julgada também poderia ser apresentada para a afastar a coisa julgada que a afastou, e assim sucessivamente.

Observa-se, deste modo, que admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, “implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça” (MARINONI, 2004, p. 6).

Outra controvérsia é no sentido da confusão em relação à competência do julgamento da pretensão de afastar a coisa julgada material fundada em decisão judicial injusta. Seria o juiz de primeiro grau competente para afastar decisão transitada em julgado em grau hierarquicamente superior?

Logo, a simples possibilidade de êxito do intento revisionista, além das possibilidades de relativização da coisa julgada positivados na legislação infraconstitucional, multiplicará os litígios, pois nenhum veto obstaculizará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando ofensa de qualquer outro valor constitucional, de maneira que, conforme disserta Araken de Assis, “o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal, e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal (...) baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior” (2004, p. 12-13).

É neste mesmo sentido que o professor Ovídio Baptista destaca que o ataque à coisa julgada provém dos novos anseios da modernidade, destacando-se que ela, em sua primeira fase, era tida como sagrada e essencial para o desenvolvimento econômico, e que pela fluidez da segunda fase da modernidade, é colocada em declínio:

Suponho desnecessário sustentar que a "injustiça da sentença" nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser, fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de

que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim ad aeternum, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e "pluralista" quanto a valores (SILVA, 2004, p. 5).

Assim, nas palavras do próprio sociólogo Zygmunt Bauman (2007, p. 100 e 109), “a insegurança veio para ficar” e a “incerteza significa medo”. O princípio da segurança jurídica, presente no instituto da coisa julgada material por trazer a definitividade e autoridade de uma decisão judicial, se perfaz no próprio sentido da *res judicata*, dotado da solidez da primeira modernidade. Desta maneira, se há a tendência jurisprudencial e doutrinária de desconstituição do instituto da coisa julgada, justificada em uma relativização composta por grande carga subjetiva, isto significa negar o próprio instituto da coisa julgada conforme as circunstâncias de um caso concreto em que há a defesa de outro direito fundamental contrário à segurança jurídica da decisão judicial, possibilitando a eternização da lide processual.

Diante da problemática a respeito da possibilidade de limitação da influência da fluidez da modernidade líquida no instituto da coisa julgada material, consoante à insegurança que surgiu da ausência do estabelecimento de preceitos precisos sobre a relativização da coisa julgada baseada em decisão judicial injusta, alguns doutrinadores defendem uma modificação legislativa para determinar as lacunas relacionadas à nova forma de relativização líquida da coisa julgada, se assim já se pode considerar.

Alguns doutrinadores, como Araken de Assis (2004, p. 31-57), Sérgio Gilberto Porto (2003, p. 23-32) e Nelson Nery Junior (2004, p. 187-210), defendem que a ponderação entre valores constitucionais, neste caso a segurança jurídica e a justiça das decisões, deve ser realizada apenas pelo legislador, resultando em uma ponderação de valores por meio de previsão legal, trazendo à baila a solidez dos preceitos. Todavia, apesar de, porventura, surgir modificações legislativas que venham disciplinar a matéria, resta a dúvida se a previsão legal conseguirá abarcar todas as situações de cabimento para a relativização da coisa julgada sob alegação de decisão injusta. Possivelmente, deixará alguma margem ou abertura para ser preenchida pelo juiz (ARAÚJO, 2006, p. 209). Neste caso, o magistrado deverá aplicar o princípio da proporcionalidade na situação concreta para que a solução se aproxime ao máximo dos ditames constitucionais.

Conforme as lições de Luiz Guilherme Marinoni (2004, p. 04), a aplicação do princípio da proporcionalidade, no que diz respeito à relativização da coisa julgada material, é a conclusão de que esse instituto pode ceder diante de outros valores igualmente dignos de proteção.

É neste sentido que o mencionado autor disserta sobre a necessidade de previsão legal

sobre as formas de relativização da coisa julgada, de maneira que o próprio sistema judicial é constituído na ideia de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, todavia, não deve prejudicar a imutabilidade das decisões judiciais, inerente ao princípio da segurança jurídica, se não apenas em situações excepcionais previstas em lei, aduzindo que:

O que aconteceu, diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema, foi a expressa definição das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetivou-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas (MARINONI, 2004, p. 06).

Outrossim, diante dos rumores das novas concepções da modernidade líquida de liquefação do que era sólido na primeira modernidade dentro do instituto da coisa julgada material, consubstanciada na sua relativização, não se deve olvidar da relação do próprio instituto da coisa julgada com o princípio da segurança jurídica e do seu devido valor no sistema jurídico brasileiro. Desta forma, a fim de não atingir a eliminação da garantia da imutabilidade das decisões judiciais, essencial ao próprio princípio do acesso à justiça, é necessária a limitação da aplicação das formas de relativização da coisa julgada por meio de ajuste aos textos legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que as mudanças de paradigmas ocorridas a partir do final do século XX, sob o crivo da análise de Bauman, influenciaram não apenas a vida social, cultural e econômica, mas também no que diz respeito à aplicabilidade do ordenamento jurídico, em especial, dos princípios constitucionais, de maneira que, atualmente, se identifica, sem dificuldades, a relativização de ideais pré-modernos, assim como reflexos também nas regras do processo civil brasileiro, no que se refere ao instituto da coisa julgada na consequente relativização atípica.

A fluidez e liquefação ilimitada do instituto da coisa julgada material, tida como sólida, na busca pela justiça das decisões judiciais já transitadas em julgado, resultou numa insegurança incontestável na defesa de tornar indiscutível uma lide processual, de maneira que os conflitos judiciais tornam-se eternos, sendo uma grave incompatibilidade lógica com a própria coisa julgada.

Contrapondo-se à ideia da permissibilidade de sucessivas revisões das decisões judiciais, a fim de aperfeiçoá-las sob a alegação do reexame necessário da matéria que pode ter sido mal resolvida, o que enseja a busca pela justiça dessas decisões, destacam as palavras de Zygmunt Bauman, de que “se você quer a paz, cuide da justiça” (2007, p. 11), de forma que a estabilidade das relações jurídicas que solucionam os conflitos de interesses submetidos a julgamento também é um

objetivo do Estado correspondente à manutenção da paz social.

Como visto, o conflito existente entre a necessidade da segurança jurídica das decisões judiciais transitadas em julgada e a busca pela revisão destas decisões motivou o legislador infraconstitucional a estabelecer soluções intermediárias por meio das formas típicas de relativização da coisa julgada.

Deste modo, diante do surgimento de novos preceitos reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina pátria, inclusive originadas do avanço da tecnologia como é o caso da prevalência do direito à identidade genética em face da segurança jurídica advinda com a coisa julgada das decisões judiciais, é necessário que a legislação os reconheça também e que estipule os procedimentos e as hipóteses em que poderia haver a relativização da coisa julgada que busca retirar a imutabilidade de decisões que causam extremas injustiças por afrontar outros valores constitucionais.

Todavia, diante dos constantes avanços da tecnologia, há a probabilidade de que nem mesmo as alterações legislativas sejam suficientes para determinar com precisão as hipóteses de aplicação da relativização da coisa julgada a fim de preservar a realidade dos fatos, sendo necessária utilização do princípio da proporcionalidade, tanto na formulação das alterações legislativas como na aplicabilidade destas ao caso concreto pelo Estado-Juiz.

Destarte, tem-se a defesa da possibilidade de limitação da influência da fluidez na *res judicata*, no que diz respeito à sua relativização, concentrada no processo inverso do demonstrado na pós-modernidade, ou seja, voltar a tornar “sólido” o que foi transformado em “líquido” pela modernidade fluída, disciplinando a relativização da coisa julgada fundada em decisão injusta no Processo Civil, na tentativa de estipular os limites e procedimentos necessários para a sua operabilidade, sem olvidar a garantia de se buscar a justiça das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** – tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: PC Editora, 2009.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

ARAÚJO, Maria Isabel. **Relativização da coisa julgada material no processo civil brasileiro**. Scientia Iuris, Londrina, v. 10, p. 203-224, 2006.

ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **A arte da vida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência, nº 57, p. 131-152, dezembro/2008. Disponível em :<file:///C:/Users/Cunha/ Downloads/Dialnet-ODireitoNaPosmodernidade-4818234.pdf> Acesso em 02.05.2019.

BONUMÁ, João. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva & Cia Livraria Acadêmica, 1946.

BRASIL. **Código Civil. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

_____. **Código de Processo Civil. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. **Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 03 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 363.889 Distrito Federal**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 02 jun. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 594.350 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 05 fev. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3472425>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BUZAID, Alfredo. **A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, p. 131-152, 1 jan. 1977.

DELGADO, José Augusto. **Pontos polêmicos das ações de indenização da áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. São Paulo: Revista de Processo, nº 103, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatória, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativização da coisa julgada material**. Rio Grande do Sul: Revista da Ajuris, v. 27, n. 83, p. 33-65, set. 2001.

_____. **Relativizar a coisa julgada material.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Centro de Estudos, 55/56, p. 31-78. São Paulo, jan./dez. 2001.

FARIA, José Eduardo. **As transformações do direito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 22/1998, p. 231-249, abr-jun/1998, DTR\1998\168.

FRAGOSO, Tiago de Oliveira. **Modernidade líquida e liberdade consumidora: o pensamento crítico de Zygmunt Bauman.** Revista Perspectivas Sociais, Pelotas, ano 01, nº 1, p 109-124, março/2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença;** tradução de Alfredo Buzald e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover – 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”.** Material da 4ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil – UNISUL – IBDP – REDE LFG. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/admin/users/24.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. **O princípio da segurança dos atos jurisdicionais: a questão da relativização da coisa julgada material.** Gênesis – Revista de Direito Processual Civil , v. 8, n. 31, p. 142-162, jan./mar. 2004.

MARX, Kars; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista.** São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada.** Revista dos Tribunais Online. Doutrinas essenciais de Processo Civil. v. 6, p. 679. Out 2011DTR/2012/1704.

NERY JUNIOR, Nelson. **A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito.** In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 11. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania processual e relativização da coisa julgada.** Revista de Processo, São Paulo, ano 28, n. 112, p. 23-32, out./dez. 2003.

_____. **Coisa julgada civil.** 3. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito.** – 16ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil.** Processo de Conhecimento. 5ª ed. São

Paulo: RT, 2000.

_____. **Coisa julgada relativa?** Revista dialética de direito processual: RDDP. 153 v. n. 13, p. 102-112. São Paulo, abr. 2004.

SOUZA, Eliane Ferreira. **O direito na pós-modernidade: globalização, sociedade e identidade social.** Revista de Direito Público. Porto Alegre, ano 5, n. 25, p. 166-174, jan./fev. 2009.

VAL, Flávia Trindade do. **A coisa julgada inconstitucional e a teoria da relativização da coisa julgada nas ações coletivas.** Ribeirão Preto: UNAERP/Faculdade de Direito, 2009.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas.** Tese. Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Bolo Horizonte - Minas Gerais, dez. 2017.

O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NOS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Beatriz Pereira JUNQUEIRA¹

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise dos impactos gerados pelo Código de Processo Civil de 2015 no controle de constitucionalidade realizado por via difuso-incidental. Serão abordados os conceitos básicos do controle de constitucionalidade, com ênfase na origem, características e efeitos do sistema difuso, passando-se ao estudo das teorias da abstrativização/objetificação, transcendência dos motivos determinantes, releitura do papel do Senado e, por fim, à demonstração do papel crucial do NCPC na equiparação dos efeitos gerados pelas decisões proferidas em controle difuso e concentrado de constitucionalidade, ao conferir eficácia vinculante e *erga omnes* à tese jurídica fixada no julgamento do recurso extraordinário e repetitivos, abordando-se os principais questionamentos quanto a existência de uma possível afronta ao artigo 52, X, CF/88, e eventual restrição ao debate democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo civil; controle difuso; abstrativização; transcendência dos motivos determinantes; mutação constitucional.

ABSTRACT

The present research aims to analyze the impacts brought by the 2015's Civil Procedure Code in the constitutionality control which is realized by the diffuse-incidental way. Basic concepts about the constitutionality control are going to be approached, emphasizing the beginning, characteristics and effects of the diffused system. Then, passing through the studies of theories such as abstractivization/objectification, transcendence of determining motives, rereading of the Senate role, and finally, the demonstration of the crucial role that the New Civil Procedure Code has on the equivalence of the effects that are caused by the constitutional diffuse and concentrated control, since it confers binding effect and *erga omnes* to the legal interpretation fixed on the extraordinary appeal and repetitive demands, considering the main doubts about a possible existence of an affront to the article 52, X, CF/88 and an eventual restriction on the democratic debate.

KEYWORDS: New Civil Procedure Code; diffuse control; abstractivization; transcendence of determining motives; constitutional mutation.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade de uma lei ou ato normativo, em seus aspectos formais e materiais, com a Constituição Federal e o denominado Bloco de Constitucionalidade, e tem como pressuposto o fato de que nenhum ato normativo, que essencialmente decorre do texto constitucional, pode modificá-lo ou suprimi-lo, resguardando-se, assim, a Supremacia Constitucional e a tutela dos direitos fundamentais.

Dentre as modalidades de controle, destaca-se aquela que atua como verdadeiro

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo - UniToledo - Araçatuba - SP. Recebeu o prêmio Mérito Acadêmico por ter se destacado como a melhor aluna da Turma LXV de Direito da Unitoledo.

instrumento de democracia, uma vez que representa a única via acessível a todos os cidadãos para a defesa de seus direitos subjetivos constitucionais: o controle difuso-incidental.

O controle difuso de constitucionalidade, cujo marco inaugural se deu nos Estados Unidos com a decisão proferida por Marshall, no caso *Marbury x Madison*, é aquele passível de ser realizado de forma incidental no processo, tanto por um juiz de primeira instância quanto pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisarem uma prejudicial de inconstitucionalidade da lei que se pretendia aplicar ao caso concreto submetido a sua apreciação.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em sede de controle difuso, quando de sua concepção inicial, teria sua eficácia restrita aos limites do processo, vinculando tão somente as partes litigantes, sem beneficiar ou prejudicar terceiros. Entretanto, com o passar do tempo, o controle difuso foi ganhando espaço e contornos específicos, os quais foram robustecidos e concretizados com o advento do NCPC/15.

O objetivo central do presente trabalho consiste em identificar o impacto do novo Código de Processo Civil nos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, especificamente no que tange à aproximação desta espécie de controle com aquela exercida pela via concentrado-abstrata.

O novo Código de Processo Civil disponibilizou alguns mecanismos que possibilitam às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo em sede de controle difuso-concreto produzir efeitos *erga omnes*, sem exigir, entretanto, a participação do Senado Federal. Percebe-se, com isso, um viés do novo Código de promover, ainda mais, a “equiparação” dos efeitos gerados pelo controle difuso de constitucionalidade e aquele realizado pela via abstrata, estabelecendo maior grau de vinculação do Judiciário a determinadas decisões da Suprema Corte.

Busca-se, dessa forma, mediante pesquisas bibliográficas e documentais, tratar dos aspectos gerais do controle de constitucionalidade, com ênfase no controle difuso; compreender as teorias da transcendência dos motivos determinantes e da mutação constitucional; e, por fim, realizar uma abordagem crítica acerca do novo Código de Processo Civil ante a tendência de expansão dos efeitos do controle difuso quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal, analisando-se a existência de uma possível afronta ao artigo 52, X, da CRFB/88, bem como eventual restrição ao debate democrático.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, pressupõe ordem, unidade e harmonia entre tudo o que dele é integrante. Assim sendo, a quebra dessa harmonia desencadeia mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos e, sem dúvidas, o mais importante (BARROSO, 2016, p. 23).

Consiste na verificação da compatibilidade de uma lei ou ato normativo, em seus aspectos formais e materiais, com a Constituição Federal e o denominado Bloco de Constitucionalidade, sendo certo que seu fundamento reside no fato de que nenhum ato normativo, que essencialmente decorre do texto constitucional, pode modificá-lo ou suprimi-lo, resguardando-se, assim, a Supremacia Constitucional e a tutela dos direitos fundamentais (MORAES, 2018, p. 972-974).

A Constituição revela-se, portanto, como a norma fundamental do sistema jurídico, a lei superior capaz de vincular a todos os poderes do Estado, e a todas as pessoas submetidas àquela ordem jurídica. É o modelo a ser seguido e respeitado, formal e materialmente, por todos os demais atos normativos, sob pena de serem considerados nulos por qualquer dos poderes do Estado (BARROSO, 2016, p. 33).

O Controle de Constitucionalidade nacional pode ser realizado por qualquer dos poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), com o intuito de impedir a criação de um dispositivo inconstitucional, negar sua aplicação, retirá-lo do ordenamento jurídico ou até mesmo declarar a inconstitucionalidade por omissão frente à ausência de sua regulamentação.

Adotando-se como parâmetro o órgão judicial que exerce o controle de constitucionalidade, ele poderá ser classificado como difuso ou concentrado. Quanto ao primeiro, assim o define Barroso (2016, p. 69): “Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte”.

Logo, define-se como difuso o controle de constitucionalidade passível de ser realizado em via incidental, tanto por um juiz de primeira instância quanto pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisarem uma prejudicial de inconstitucionalidade da lei que se pretendia aplicar ao fato submetido a sua apreciação; sendo a decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma capaz de afasta-lhe a incidência no caso concreto em questão.

Note que, conforme elucida Bonavides (2004, p. 303), a lei não será anulada ou retirada do ordenamento jurídico, mas tão somente terá negada a sua aplicação no caso particular objeto da demanda, de forma que não haverá qualquer óbice a sua incidência em outros processos sobre casos análogos. Extrai-se desta sistemática a essência do controle concreto-difuso, qual seja, a produção de efeitos *inter partes* e restritos ao processo.

Diferentemente, “o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de concentrar-se em um único tribunal” (LENZA, 2017, p. 305). É, portanto, aquele efetivado por cortes constitucionais, isto é, por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim. No Brasil, são eles: o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça local, os quais atuam, respectivamente, na defesa da Constituição Federal e Estadual.

Trata-se de controle exercido por via principal ou de ação direta, o qual se dá “fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si.” Não busca, portanto, a tutela de direitos subjetivos, mas a eliminação de normas incompatíveis com a Constituição, de forma a preservar a harmonia do sistema jurídico (BARROSO, 2016, p. 73).

Conclui-se, nestes termos, que através do controle concentrado é possível questionar a lei em tese, visando promover, por via de ação direta (cuja propositura é restrita a um seleto rol de legitimados elencados no artigo 103 da CF/88), a declaração de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, sendo certo que esta decisão possuirá eficácia *erga omnes* e vinculantes em relação a todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta (MORAES, 2018, p. 997).

Observa-se, por fim, que apesar da latente diferença entre tais modalidades de controle, nada obsta sua coexistência harmônica dentro de um mesmo sistema jurídico. O controle de constitucionalidade brasileiro é prova disso, uma vez que se caracteriza “pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais” (MENDES, 2008, p. 2).

O Brasil, portanto, é detentor de um sistema híbrido, misto ou eclético (STF Notícias, 2009), o que significa que o controle acerca da compatibilidade das leis ou atos normativos com a Constituição será realizado da forma mais ampla possível, por meio da combinação entre o controle difuso-incidental e concentrado-principal, consagrando-se, assim, a Supremacia Constitucional.

2 CONTROLE DIFUSO

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado aberto, norte-americano ou por via de exceção, tem seu surgimento atribuído à decisão proferida pelo juiz John Marshall, no caso [Marbury versus Madison](#), em 1803, nos Estados Unidos da América, por meio da qual ratificou a supremacia constitucional, ao defender que nenhum ato normativo poderia ser editado em desconformidade com seu texto, e atribuiu ao Judiciário o papel de intérprete final da Constituição (SCHUELLER, 2011, p. 140).

“O grande feito de Marshall”, elucida João Carlos Souto (2006, p. 128), não foi tão somente destacar a supremacia da Constituição, mas, sobretudo, conferir ao Judiciário a competência e legitimidade para revisar os atos dos demais poderes (Legislativo e Executivo), avaliando, assim, sua conformidade com o texto constitucional. Isto é, conforme assevera Bonavides (2004, p. 307), o Poder Judiciário se auto atribuiu o poder de declarar o direito e interpretar a Constituição.

Pois bem. Resgatada sua origem, cumpre, então, a análise de cada uma das particularidades que caracterizam o controle difuso e o tornam uma ferramenta eficaz e extremamente acessível de controle da constitucionalidade.

A princípio, vale mencionar que o controle difuso é essencialmente realizado por via incidental, também denominada via de exceção ou de defesa, uma vez que se dá no exercício normal da jurisdição, que consiste no poder-dever do juiz de aplicar o Direito ao caso concreto para solucionar a lide. Há, portanto, um conflito de interesses entre as partes, submetido ao judiciário, no âmbito do qual foi alegada a inconstitucionalidade da lei que deveria ser aplicada ao caso (BARROSO, 2016, p. 116).

Percebe-se, então, que o objeto do processo é a resolução do litígio, enquanto a questão da inconstitucionalidade encontra-se na causa de pedir da demanda, sendo prejudicial à análise do mérito. Assim sendo, a declaração da inconstitucionalidade ou não da lei ou ato normativo não configura o objeto principal da ação, mas uma condição lógica e necessária para o deslinde do caso concreto (MORAES, 2018, p. 986).

Note-se que a questão incidental de constitucionalidade pode ser suscitada em processos de toda natureza (conhecimento, execução ou cautelar), qualquer que seja o procedimento aplicado (ordinário, sumário, sumaríssimo, ação especial ou constitucional), exigindo-se, tão somente, “que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado”, uma vez que o controle incidental se dá, exclusivamente, na tutela de uma pretensão subjetiva (BARROSO, 2016, p. 118).

Ademais, destaca-se que a inconstitucionalidade, por ser questão de ordem pública, não se sujeita à preclusão temporal, podendo ser arguida a qualquer tempo, seja qual for o grau de jurisdição. Faz-se, aqui, uma ressalva: por força da Súmula 282 do STF, para que a questão constitucional alegada em sede de recurso extraordinário seja conhecida, exige-se o prequestionamento da matéria constitucional nos outros graus de jurisdição (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 275).

Por fim, no que diz respeito à legitimidade, observa-se que o controle difuso é assim denominado justamente por conferir a todos os órgãos do judiciário, sejam eles juízes ou tribunais, independentemente de seu campo de atuação (justiça comum, estadual ou federal, justiça do trabalho, eleitoral e militar), o poder de controlar a constitucionalidade das leis ou atos normativos (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 275).

Entretanto, a legitimidade não é universal apenas no que tange à competência para exercer o controle, como também em relação à capacidade para estar em juízo pleiteando a tutela jurisdicional. Traduz-se, assim, que qualquer cidadão pode, ao submeter o seu conflito à apreciação

do judiciário, alegar a inconstitucionalidade da lei que se deveria aplicar ao caso, seja ele autor ou réu. A questão constitucional pode, inclusive, ser suscitada pelo Ministério Público quando de sua atuação como parte ou *custos legis*; por terceiros interessados (assistente, litisconsorte e oponente), bem como pelo próprio juiz ou Tribunal, *ex officio*, caso não tenham as partes se manifestado a respeito (BARROSO, 2016, p. 116-117).

O controle difuso-incidental é, portanto, a única via acessível a todos os cidadãos para a defesa de seus direitos subjetivos constitucionais, assumindo, por esse viés democrático, um importante papel no controle de constitucionalidade.

2.1 Efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade no controle difuso

A fim de delimitar os efeitos produzidos pela pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deve-se analisar a decisão judicial com base em três aspectos: eficácia subjetiva, eficácia objetiva e eficácia temporal.

Quanto à eficácia subjetiva, entende-se que a decisão sobre a inconstitucionalidade, em regra, produzirá efeitos *inter partes*, uma vez que se limitam ao caso concreto submetido à apreciação do judiciário, vinculando tão somente as partes litigantes, sem beneficiar ou prejudicar terceiros, conforme dispõe o art. 506 do Código de Processo Civil sobre os limites subjetivos da coisa julgada (BARROSO, 2016, p. 160).

Note que o objetivo precípua do controle difuso não é retirar a norma eivada de inconstitucionalidade do ordenamento jurídico por meio de sua anulação ou revogação, mas, sobretudo, possibilitar a defesa dos direitos subjetivos frente à norma inconstitucional. Portanto, a norma declarada inconstitucional deixará de ser aplicada apenas ao caso concreto em questão, mas continuará válida, vigente e eficaz em relação a terceiros (MAURO, 2018).

Conforme entendimento majoritário da doutrina, o efeito *inter partes* destaca-se como a principal desvantagem do controle difuso, posto que acarreta a multiplicação de demandas repetitivas e decisões conflitantes, sobrecarregando o Judiciário e promovendo ainda mais insegurança jurídica (MASSON, 2016, p. 1081).

Excepcionalmente o reconhecimento da inconstitucionalidade no controle difuso terá o condão de produzir eficácia *erga omnes* (contra todos), conforme será estudado adiante.

No que diz respeito à eficácia objetiva, tem-se que a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso-incidental, por constar da fundamentação da sentença (*ratio decidendi*) e não de seu dispositivo, via de regra, não formará coisa julgada, conforme disciplina o art. 504 do CPC/15.

Todavia, ressalte-se que, por força do art. 503, § 1º do CPC, fará coisa julgada a questão

prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo quando, cumulativamente, sua resolução for imprescindível ao julgamento do mérito, a seu respeito tiver havido contraditório e ampla defesa (não se aplicando no caso de revelia), e o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Desse dispositivo legal pode-se inferir que, embora a questão constitucional no controle difuso seja incidental e prejudicial à análise do mérito, na maioria dos casos não lhe será atribuída a autoridade da coisa julgada, uma vez que os juízes e tribunais em geral não terão competência para decidi-la como se questão principal fosse. A única hipótese na qual se pode vislumbrar uma decisão sobre questão prejudicial constitucional protegida pelo manto da coisa julgada se dará quando da atuação do STF no controle difuso ou concentrado, posto que estarão preenchidos todos os requisitos constantes no art. 503, § 1º do CPC, em especial a competência (LENZA, 2017, p. 289).

Por fim, no que tange à eficácia temporal, a regra é simples: a declaração de inconstitucionalidade por via difuso-incidental produz efeitos *ex tunc* (retroativos), uma vez que a lei inconstitucional, por assim ser, é nula desde sua criação, não podendo gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis em momento algum (BARROSO, 2016, p. 161).

Entretanto, tal regra pode ser relativizada, possibilitando a modulação dos efeitos temporais da decisão por maioria de 2/3 de seus membros do Supremo sempre que houver excepcional interesse social e a medida for necessária à preservação da segurança jurídica. Com a modulação dos efeitos, a declaração incidental de inconstitucionalidade passará a ter eficácia prospectiva, isto é, o ato inconstitucional não será anulado desde o seu surgimento, mas a partir do momento em que se deu o reconhecimento do vício (DIMOULIS; LUNARDI, 2016, p. 280).

2.2 O papel do Senado

Como já demonstrado, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo em sede de controle difuso produz, via de regra, efeito *inter partes* e *ex tunc*, podendo ser realizado por qualquer juiz ou Tribunal, incluindo o Supremo Tribunal Federal, o qual poderá fazê-lo em causa de competência originária, no julgamento de recurso ordinário, bem como na apreciação de um recurso extraordinário (BARROSO, 2016, p. 165).

De toda sorte, a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo, como qualquer outra proferida em controle difuso, possuía apenas eficácia restrita às partes do processo, o que resultava na proliferação de demandas repetitivas e uma crescente insegurança jurídica, isto é, os típicos problemas de incompatibilidade decorrentes da adoção de um sistema originário da *Common Law* - o controle difuso de constitucionalidade - em um país regido pela *Civil Law*, como o Brasil (GOMES; GOMES, 2018, p. 37).

O sistema do *Common Law* distingue-se do *Civil Law* particularmente em relação às fontes do Direito. Enquanto no primeiro os juízes e tribunais baseiam suas decisões no direito consuetudinário e na adoção de precedentes judiciais (*stare decisis*), o segundo é um sistema predominantemente legalista, cujo papel do juiz se resume a tão somente interpretar e aplicar o Direito positivado (DONIZETTI, 2018, p. 1236).

Visando amenizar tais incongruências, a Constituição de 1934 e seguintes instituíram um mecanismo capaz de ampliar o alcance do comando judicial emanado do STF. Cuida-se de ato político do Senado Federal que, por meio de resolução, suspende a execução da lei, conferindo eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão do Supremo proferida no caso concreto (MASSON, 2016, p. 1082).

Pois bem. Dispõe o artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988 que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Dessa forma, compete ao STF comunicar a decisão transitada em julgado proferida em controle difuso ao Senado Federal, o qual poderá editar resolução suspendendo a execução de lei ou ato normativo (sejam eles municipais, estaduais, distritais ou federais) para todos em território nacional. Trata-se, portanto, de um ato político, não sujeito a prazo e discricionário, baseado no juízo de conveniência e oportunidade do Senado, não havendo qualquer obrigatoriedade de suspensão da execução da norma (BARROSO, 2016, p. 166-167).

Em linhas gerais, tem-se, portanto, que a eficácia vinculante e *erga omnes* era conferida apenas para as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, para o enunciado das súmulas vinculantes e, em se tratando de controle difuso, após a resolução do Senado Federal. Nesse sentido, a decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF somente ganharia eficácia vinculante contra todos após ato discricionário do Senado ou com a edição de súmula vinculante sobre o tema. (LENZA, 2017, p. 290).

Todavia, em 2014 começou a florescer entre alguns ministros do STF, encabeçados por Gilmar Mendes, uma tendência à releitura do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, de forma a restringir sua atuação ao simples dever de conferir publicidade às decisões do Supremo, uma vez que elas já possuiriam por si só força normativa generalizante, isto é, autoridade para suspender a execução da norma inconstitucional. Defende-se, precipuamente, a existência de uma verdadeira mutação do art. 52, X da Constituição Federal.

Conforme destacou Gilmar Mendes, em voto proferido na Reclamação 4.335/AC:

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-

somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica (STF, 2014, p. 27).

Não haveria, pois, qualquer justificativa lógica para que a decisão proferida pelo Supremo em controle abstrato de constitucionalidade fosse capaz de produzir eficácia *erga omnes* e a decisão em controle difuso não. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2016, p. 168-169), “seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é”.

Entretanto, a teoria da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, sustentada por Gilmar Mendes como sendo consequência lógica da transcendência dos motivos determinantes (que abaixo se expõe), foi amplamente criticada pela doutrina, sob o fundamento de que ao STF não foi conferido o poder de reforma constitucional, razão pela qual a suscitada mutação seria totalmente inadequada, além de ferir a Supremacia Constitucional (LENZA, 2017, p. 290).

Acertada ou não, fato é que, com o advento do CPC/2015 e o sistema de precedentes vinculantes, repercussão geral e recursos repetitivos a eficácia do controle difuso ganha contornos específicos (GOMES; GOMES, 2018, p. 33), de forma que suspensão da execução de determinada lei pelo Senado Federal passa, inegavelmente, a assumir o mero condão de tornar pública a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF.

2.3 Teoria da Transcendência dos motivos determinantes

Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC, lançou mão da tese denominada transcendência dos motivos determinantes objetivando legitimar a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo, no Habeas Corpus nº 82.959, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/1990. Na ocasião, o Ministro votou pela procedência da reclamação (STF, 2014, p. 60-61) sob o fundamento de que as decisões proferidas pela Corte, tanto em controle difuso quanto concentrado possuiriam eficácia vinculante contra todos, independentemente de suspensão da lei pelo Senado, razão pela qual deveria ser cassada a decisão do Juiz de primeiro grau que a descumpriu.

Ressaltou, ainda, que a ausência de “um mecanismo que emprestasse força de lei ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal”, como ocorria no *stare decisis* americano, gerava uma série de incongruências, como a multiplicação de processos idênticos e decisões conflitantes, que a suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apta a superar (STF, 2014, p. 39-53). Era preciso, pois, atualizar o instituto.

A releitura do papel do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade apresenta-se, então, como uma consequência lógica da crescente tendência de “equiparação” dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso e concentrado. Nas palavras do Ministro (STF, 2014, p. 32), antecipar a eficácia vinculante dos julgados da Corte em matéria de controle de constitucionalidade incidental representa uma evolução no sistema brasileiro.

A Reclamação Constitucional foi levada ao plenário do STF e, embora atraente, a tese da transcendência foi rejeitada pela maioria dos ministros.

A questão, entretanto, continua a ser objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, ganhando especial destaque com o Código de Processo Civil de 2015, que ao trazer uma sistemática de precedentes obrigatórios, fortalece ainda mais a releitura do papel do Senado por meio da transcendência dos motivos determinantes. Prova disso se faz com a publicação, no final de 2017, do Informativo nº 886 do STF (ADIs 3406/RJ e 3470/RJ) reconhecendo eficácia vinculante e *erga omnes* às declarações incidentais de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. (...). Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X (3), da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.

Tal decisão, conforme destaca Camila P. de Barros Gomes e Flávio Marcelo Gomes (2018, p. 43), “indica uma alteração no posicionamento da Corte Maior, que passa a aceitar a tese da mutação constitucional”.

Faz-se aqui um adendo: embora comumente - inclusive no presente estudo - as teorias da transcendência e abstrativização do controle difuso sejam tratadas como sinônimas, há uma sutil diferença entre elas que vale ser mencionada. A transcendência dos motivos determinantes tem o condão de imprimir efeito vinculante à *ratio decidendi*, isto é, confere-se eficácia vinculante não apenas ao dispositivo do julgado, mas também às razões relevantes para o embasamento da decisão. A teoria da abstrativização, por outro lado, consiste em dar ao controle difuso as atribuições do controle concentrado, conferindo eficácia vinculante e *erga omnes* ao dispositivo da decisão incidental que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma (LORDELO, 2018).

Como se sabe, a declaração incidental de inconstitucionalidade, em regra, se dá no exercício do controle difuso. Entretanto, nada impede que seja feita no âmbito do controle concentrado, como ocorreu no julgamento das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, em que o STF, ao julgar a constitucionalidade da lei questionada na ação, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade parcial de lei não impugnada. Percebe-se, neste caso, a atribuição de eficácia vinculante ao

fundamento da decisão em controle concentrado, decorrente da aplicação da transcendência dos motivos determinantes. Não há que se falar em abstrativização do controle difuso, justamente porque não houve exercício do controle difuso, mas do concentrado (LORDELO, 2018).

Trazer à tona tal distinção se justifica, uma vez que seus desdobramentos são próprios. A abstrativização do controle difuso vem ganhando cada vez mais espaço no Supremo, sendo notável a crescente aproximação entre controle difuso e concentrado. A grande controvérsia se dá quanto ao posicionamento da Corte em relação à adoção ou não da transcendência dos motivos determinantes, pois o tema reflete diretamente no cabimento da Reclamação Constitucional.

O entendimento do Supremo era consolidado no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência. Entretanto, o cenário muda de figura após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, cujo artigo 988 assim dispõe:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;
§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam

Por força desse artigo, passa a ser cabível reclamação com fundamento no descumprimento ou não aplicação de tese jurídica (*ratio decidendi*) fixada em precedente vinculante (art. 927, CPC) decorrente do controle concentrado e de algumas hipóteses do controle difuso. Conforme atesta Didier Jr. (2008), são as razões determinantes para o julgamento que produzirão efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

Conquanto a jurisprudência da Corte Suprema ainda seja oscilante e defensiva, o novo Código de Processo Civil cuidou de plantar as sementes capazes de fazer florescer a teoria da transcendência, tal como se observa no julgamento publicado no Informativo nº 886, o qual expressa, ao menos, o consenso praticamente unânime da Corte quanto à mutação constitucional do art. 52, X da CRFB/88.

Faz-se, entretanto, uma ressalva:

Embora a tese da transcendência (...) pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual e de implementação do princípio da força normativa da Constituição, afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras constitucionais, para a sua implementação (LENZA, 2017 p. 289).

Dessa forma, conclui-se que apesar de necessária e tardia a evolução procedimental referente ao controle difuso, tendente a equiparar seus efeitos com aqueles produzidos em âmbito de controle concentrado, deve-se cuidar para que a sede por segurança jurídica e redução de demandas repetitivas não acabe por gerar sucessivas inconstitucionalidades e ofensa à ordem democrática.

Para tanto, a solução é simples e intuitiva: adequar o texto constitucional às necessidades contemporâneas, nos limites e termos do art. 60 da CRFB/88.

3 A APROXIMAÇÃO ENTRE CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO

“Nada é permanente, exceto a mudança”, assim dizia Heráclito de Éfeso, pensador e filósofo pré-socrático, considerado “Pai da Dialética” (CHAUI, 2002).

Pois bem. Como tudo no Universo tende a um inevitável processo de transformação, com a jurisdição constitucional e seus mecanismos de controle de constitucionalidade não poderia ser diferente. Observa-se, desde a adoção do controle difuso pelo ordenamento jurídico brasileiro, a ocorrência de uma série de adaptações em seus instrumentos, de forma que o Direito pudesse sempre refletir os anseios sociais.

Tal evolução, por sua vez, foi marcada por diversas alterações legislativas e jurisprudenciais que, ao inserir traços característicos do controle concentrado no âmbito do controle difuso, implicaram em uma crescente aproximação entre os sistemas de controle e os efeitos por eles gerados (NÓBREGA, 2010, p. 10).

Dentre tais alterações citam-se: 1) a ampliação do rol de legitimados do controle abstrato, com o conseqüente surgimento da teoria da mutação constitucional (STF, 2014, p. 34-36); 2) a inclusão pela lei nº 9.756/98 do parágrafo único ao artigo 481 e do § 1º - A ao art. 557, ambos do CPC de 1973, atribuindo maior relevância às decisões do STF, cujos efeitos foram nitidamente ampliados, a ponto de mitigar a cláusula de reserva de plenário e permitir o julgamento monocrático pelo relator (RAMOS, 2018); 3) bem como a admissão, no julgamento dos REs 298.694/2003 e 197.917/2004, sucessivamente da causa de pedir aberta e da modulação dos efeitos da decisão, instrumentos próprios do controle concentrado, também no controle difuso de constitucionalidade.

Esta inegável convergência entre os sistemas de controle ganha abrigo com a introdução da súmula vinculante e da repercussão geral pela EC nº 45/2004, e, notadamente, com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, que disponibilizou mecanismos que possibilitam às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em sede de controle difuso-concreto produzir efeitos *erga omnes*, sem exigir, entretanto, a participação do Senado Federal.

Tais mecanismos capazes de estabelecer maior grau de vinculação do Judiciário a determinadas decisões da Suprema Corte são: a repercussão geral, o recurso extraordinário repetitivo e a assunção de competência. Estes compõem, por força do art. 927, III, (ao lado da súmula vinculante, do recurso especial repetitivo, do IRDR e das decisões do Supremo em controle concentrado), a categoria dos denominados precedentes vinculantes em sentido estrito, cuja observância é obrigatória por todos os demais órgãos do Poder Judiciário, sob pena de reclamação

para o Tribunal que proferiu a decisão, conforme art. 988, CPC/2015.

Essa verdadeira eficácia normativa conferida aos precedentes vinculantes, fruto da adoção do *stare decisis* (sistema típico da *common law*) pelo ordenamento jurídico brasileiro, se justifica em razão da igualdade, coerência, segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Nesse contexto, observa-se a reformulação de significado do termo “lei”, que passa a abarcar não somente as espécies legislativas, mas também os precedentes judiciais vinculantes, evidenciando que, apesar da notável preponderância das leis no sistema da *civil law*, não haverá de faltar espaço aos precedentes, uma vez que “não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista” (DONIZETTI, 2018, p. 1237).

O objetivo, portanto, é uniformizar a jurisprudência pátria, mantendo-a estável, íntegra e coerente, conforme disciplina o artigo 926, caput do CPC/2015.

3.1 Recurso Extraordinário

As questões constitucionais suscitadas no caso concreto via controle difuso podem chegar à apreciação do Supremo Tribunal Federal mediante interposição de recurso extraordinário. Dispõe o artigo 102 da Constituição Federal que compete ao STF julgar, mediante RE, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Da análise deste dispositivo extrai-se que será cabível a interposição de recurso extraordinário tanto das decisões proferidas por um juiz singular, quanto por um Tribunal ou Juizado Especial, desde que seja em única ou última instância. Admite-se, portanto, sua interposição apenas quando da decisão proferida não couber outro recurso ou quando esgotados todos os recursos ordinários passíveis de impugná-la (Súmula 281 do STF), como embargos de declaração, agravo de instrumento, apelação e recurso ordinário constitucional (CÂMARA, 2018, p. 532).

Ademais, ressalta-se que, por força da súmula nº 279 do Supremo, o RE não terá por objeto a análise de fatos e provas, restringindo-se somente à discussão das matérias de direito, visto que se trata de recurso excepcional cujo objetivo não é questionar a justiça da decisão, mas uniformizar a jurisprudência do Tribunais consoante à interpretação do direito objetivo e salvaguardar a autoridade e aplicação da Carta Magna (THEODORO, 2018, p. 1150).

Superada a questão acerca das matérias que podem ser objeto do recurso extraordinário, partiremos para a análise de seus pressupostos recursais.

Além dos pressupostos gerais de admissibilidade dos recursos, como tempestividade,

preparo, legitimidade, interesse e regularidade formal, a admissibilidade do recurso extraordinário está condicionada ao preenchimento de dois pressupostos específicos, quais sejam: o prequestionamento e a repercussão geral (MONTENEGRO, 2018, p. 924).

Por prequestionamento entende-se que a matéria constitucional ventilada no recurso extraordinário já deve ter sido necessariamente apreciada e julgada na instância ordinária, isto é, deve constar do corpo do acórdão, não bastando, por si só, a alegação pela parte no curso do processo (THEODORO, 2018, p. 1153). Ademais, conforme inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, serão considerados incluídos no acórdão os votos, ainda que vencidos, dos desembargadores ou ministros (art. 941, § 3º), bem como os elementos suscitados nos embargos de declaração, ainda que inadmitidos ou rejeitados, caso o Tribunal superior considere existentes erro, contradição, omissão ou obscuridade (art. 1025).

São dois os enunciados do STF que atestam a exigência de prequestionamento como requisito de admissibilidade do RE. Conforme súmula 282, “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Já a súmula 356 disciplina que “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Até mesmo as questões de ordem pública, que podem ser apreciadas de ofício pelos Tribunais, se não forem objeto de prequestionamento, não serão analisadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, conforme entendimento jurisprudencial dominante da Corte.

Já o instituto da repercussão geral, pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário, foi criado por força da emenda constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Magna Carta, assim dispendo:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário passou a ser exigida com o claro intuito de controlar e reduzir o crescente volume de recursos que assolavam o Supremo Tribunal Federal, congestionando seus serviços e aumentando, ainda mais, a demora na resposta jurisdicional definitiva. (THEODORO, 2018 p. 1155). Traduz-se, portanto, em um verdadeiro mecanismo de filtragem, deixando à cargo da Corte apenas o julgamento dos casos com efetiva relevância para toda a sociedade.

Para efeito de repercussão geral, disciplina o art. 1.035, § 1º do CPC: “será considerada a

existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Acrescenta, ainda, em seu § 3º, que haverá repercussão geral sempre que o acórdão recorrido contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF ou reconhecer a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Sendo assim, caberá ao recorrente demonstrar a repercussão geral das matérias constitucionais suscitadas no recurso extraordinário (art. 1035, § 2º, CPC). O Supremo, ao receber o recurso, analisará a existência ou não de interesse geral, podendo inadmiti-lo, se ausente o pressuposto, desde que haja manifestação de 2/3 de seus membros, já que a existência de repercussão geral no RE é presumida, só podendo ser afastada se contabilizados oito votos.

Pois bem. Admitido o recurso extraordinário de um caso piloto, os demais processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão de interesse geral e tramitem no território nacional terão seu processamento suspenso para aguardar o julgamento do mérito do RE piloto e a fixação da tese jurídica (art. 1035, § 5º, CPC). Por outro lado, uma vez afastada a repercussão geral, os demais recursos extraordinários sobre o tema terão negado o seu seguimento pelo Tribunal de origem (art. 1035, § 8º, CPC).

Fixada a tese jurídica pelo Supremo, esta será de observância obrigatória para todos os juízes e tribunais, sob pena de reclamação, nos termos do art. 988, §5º, II, CPC. E é nesse momento que o Código de Processo Civil de 2015 inova e a repercussão geral deixa de ser simples requisito de admissibilidade para se tornar precedente vinculante, aduz Gomes e Gomes (2018, p. 48).

Resumidamente, a sistemática estabelecida pelo CPC/2015 é a seguinte: os recursos que forem contrários às teses fixadas pelo Supremo em sede de repercussão geral sequer subirão à Corte Constitucional, e as decisões que a contrariarem não subsistirão, devendo ser reapreciadas pelos julgadores, pois, caso contrário, ensejarão a propositura de reclamação constitucional dirigida ao STF.

Percebe-se, deste modo, que em aspectos gerais o Novo Código de Processo Civil manteve as mesmas linhas traçadas pelo CPC/73 (alterado pela lei 11.418/2006) quanto ao procedimento e repercussão do julgamento do recurso extraordinário piloto sobre os demais REs interpostos. A real mudança se dá com a possibilidade de propositura de reclamação, após esgotadas as instâncias ordinárias, quando a decisão contrariar a tese fixada pelo Supremo em regime de repercussão geral, o que não era possível na vigência do Código anterior, tanto por falta de previsão legal quanto por resistência do STF.

Na vigência do CPC/73, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal era no sentido de ser incabível a reclamação constitucional quando invocado como paradigma julgamento da Corte realizado em sede de recurso extraordinário se o reclamante não houvesse integrado a

relação processual. Com o advento do CPC/2015, não há mais como negar a possibilidade de propositura de Reclamação fundada no descumprimento de tese jurídica fixada no julgamento de RE com repercussão geral, após esgotadas as instâncias ordinárias (nos termos do art. 988, § 5º, II).

Pois bem. Embora o CPC/15, em seu art. 927, não tenha elencado a repercussão geral como um instituto gerador de precedente vinculante (como fez com a súmula vinculante, o controle concentrado, o incidente de assunção de competência ou resolução de demandas repetitivas e o recurso extraordinário e especial repetitivos), deu a ela o mesmo regime processual a eles conferido ao possibilitar a propositura de reclamação (GOMES; GOMES, 2018, p. 48-49). Ora, se restava alguma dúvida quanto à natureza do instituto da repercussão geral, se pressuposto de admissibilidade ou precedente vinculante, hoje não há mais.

Sabe-se, portanto, que inicialmente criado com o único fim de reduzir o número de recursos extraordinários que subiam aos montes abarrotando o STF, o instituto da repercussão geral evoluiu de um simples mecanismo de filtragem para um precedente vinculante de observância obrigatória, atingindo hoje dupla finalidade:

- Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.
- Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional (PORTAL STF, 2018).

Portanto, além de reduzir o volume de recursos que chegam até o Tribunal, a repercussão geral atende ao objetivo de delimitar a competência do STF às questões relevantes para a ordem constitucional, firmando o papel do Supremo como Corte Constitucional, e não como instância recursal, além de uniformizar a interpretação constitucional ao conferir efeito vinculante e *erga omnes* às decisões (PAIVA, 2014, p. 5).

3.2 Efeitos práticos do controle difuso

Seguindo a crescente tendência legislativa e jurisprudencial de equiparação dos efeitos gerados pelo controle difuso de constitucionalidade e aquele realizado pela via abstrata, o Novo Código de Processo Civil coloca fim às controvérsias quanto à possibilidade de reclamação constitucional para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário repetitivo, e quanto ao verdadeiro papel do Senado Federal na eficácia da declaração incidental de inconstitucionalidade realizada pelo STF.

Nesse contexto, a sistemática do controle difuso de constitucionalidade pode ser definida hoje da seguinte forma: permite-se a todo juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei a

ser aplicada ao caso concreto que lhe foi submetido, sendo certo que tão somente a declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal (seja em sede de repercussão geral ou de recursos repetitivos) produzirá eficácia vinculante *erga omnes*, enquanto aquelas proferidas pelos demais órgãos judiciários produzirão efeitos *inter partes*.

Nesse ponto, faz-se oportuno esclarecer que, tecnicamente, o sentido que se atribui a “efeito vinculante”, referido nos artigos 102, §2º e 103-A, CRFB/88, é o de tornar cogente, ao Poder Judiciário e à Administração Pública, a observância das decisões a que o ordenamento tenha conferido tal efeito. A consequência jurídica para o descumprimento é o cabimento de reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal (BARBOSA, 2016, p. 9).

Dessa forma, a força de precedente vinculante de observância obrigatória conferida ao recurso extraordinário, seja na sistemática de recursos repetitivos ou não, é incontestável diante da possibilidade de propositura de reclamação constitucional consubstanciada no descumprimento de tese jurídica fixada em seu julgamento (art. 988, § 5º, II). Outros dispositivos previstos no novo Código que evidenciam a abstrativização do controle difuso são os artigos 525, §12 e 535, § 5º que permitem ao executado se recusar a cumprir obrigação fundada em norma declarada inconstitucional, seja no controle difuso ou concentrado.

Por consequência dessas alterações promovidas pelo CPC/15 e do recente posicionamento do Supremo no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ (no sentido de admitir a teoria da mutação constitucional), o papel do Senado, previsto no art. 52, X da Constituição Federal, tornou-se de fato irrelevante, restringindo-se apenas à finalidade de tornar pública a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF no exercício do controle difuso.

Tem-se, portanto, segundo a nova jurisdição constitucional, maior grau de vinculação do judiciário às declarações incidentais de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que lhe são atribuídos efeitos generalizantes, sem exigir, contudo, a participação do Senado Federal.

3.3 Abordagem crítica

Feita a análise dos efeitos práticos do controle difuso de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional brasileira, faz-se necessário levantar alguns questionamentos que circundam o tema.

Teria a Suprema Corte o poder de arquitetar uma mutação constitucional? Evidentemente, não. Como destaca Lenio L. Streck (apud Ramos, 2018), “um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”

No entendimento de Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 231-232), a mutação constitucional é

um fenômeno e, como tal, não pode ser programado ou arquitetado, sob pena de perder sua própria essência. Dessa forma, os juízes até “podem proferir decisões paradigmáticas, alegando a tese da mutação constitucional. Mas, se o fenômeno inexistir, de nada adianta o magistrado dizer o contrário”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto no julgamento da Reclamação Constitucional 4.335/AC, defendeu que a proposta de releitura do Papel do Senado não se tratava de idônea mutação constitucional, uma vez que sua ocorrência carece de dois fatores: o decurso de um espaço de tempo maior e o desuso do dispositivo (STF, 2014, p. 99-100).

De fato, não há que se falar em desuso da atribuição constitucional conferida ao Senado Federal, tendo em vista a frequência com que a casa legislativa edita resoluções suspendendo a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo. Conforme dados obtidos no site do Senado, só em 2012 foram cinco resoluções com fundamento no art. 52, X, CF. O que vemos hoje é a dispensabilidade do dispositivo, não sua inutilização.

Acerca da releitura do papel do Senado defendida por Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação 4.335-5/AC, e aceita quase que por unanimidade do STF nas ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, Bulos (2014, p. 232) afirma que não se trata de uma autêntica mutação constitucional, mas de outro fenômeno muito comum na vida constitucional dos Estados, que se chama “manipulação inconstitucional”.

Portanto, embora o anacronismo do art. 52, X, CF seja evidente, e a vontade de tirá-lo do caminho, inegável, aceitar a ocorrência de uma mutação constitucional operada pelo STF, além de inadequada, afronta diretamente a Supremacia Constitucional (LENZA, 2017, p. 290). Logo, para eliminar o art. 52, X, da Magna Carta, ou mesmo alterá-lo, o ideal é que se faça por emenda constitucional, na forma do art. 60, CF/88.

Poderia uma lei ordinária, como o é o Código de Processo Civil, alterar a Constituição? Teria ele força normativa suficiente para transformar a decisão proferida em Recurso Extraordinário num verdadeiro precedente vinculante, embora não haja qualquer previsão constitucional nesse sentido? Certamente não. A Constituição é a lei máxima de um país, o fundamento de validade de todos os demais atos normativos integrantes do ordenamento jurídico. As leis devem se moldar à Constituição, não o contrário. Dessa forma, interpretar o texto constitucional conforme o Código Civil, significa inverter a hierarquia normativa e, portanto, é inadmissível.

Todavia, conforme evidencia Gomes e Gomes (2018, p. 51-52):

É importante reconhecer que, em termos práticos, o impacto dessa alteração foi positivo. Após o início de sua vigência, o número de recursos extraordinários em trâmite no STF diminuiu consideravelmente, e a segurança jurídica foi reforçada. Tais consequências

mostram que o caminho pode ser uma boa alternativa para solucionar os problemas advindos do controle difuso de constitucionalidade.

Em outras palavras, a força de precedente vinculante de observância obrigatória conferida ao julgamento do Recurso Extraordinário é muito bem-vinda e de suma importância para um sistema democrático, uma vez que proporciona maior estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais, de forma que o cidadão possa conhecer seus próprios direitos e confiar na sua efetivação (PINHO; RODRIGUES, 2016, p. 10).

Além do mais, como enfatiza Humberto D. B. de Pinho e Roberto de A. R. Rodrigues:

Não deve parecer estranho ao intérprete tal configuração da nova Lei Processual, já que [...] o Código de 1973, ao possibilitar a coexistência de julgamentos díspares mesmo em casos que envolvessem a mesma questão jurídica central, acabava por violar constantemente os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Além da afronta a tais princípios, não se pode desconsiderar que quando o Poder Judiciário não se ocupa da harmonização de seus posicionamentos, perde credibilidade, legitimidade e a confiança da sociedade (2016, p. 1).

Tendo em vista a efetividade dessa nova sistemática de precedentes vinculantes na racionalização da jurisprudência Pátria, uma necessidade latente da sociedade moderna, faz-se imperiosa sua inserção na Magna Carta mediante exercício do poder reformador, a fim de que seja extirpada toda e qualquer dúvida acerca de sua constitucionalidade.

Por fim, questiona-se sobre uma possível restrição ao debate democrático no que tange ao julgamento do recurso extraordinário e repetitivos. É mister, então, analisar os recursos oferecidos pelo novo Código de Processo Civil que possibilitam a intervenção de terceiros em tais processos.

Ora, a lei 13.105/2015, em seu art. 138, trouxe uma importante inovação (generalização) no instituto do *amicus curiae*, permitindo a sua intervenção também nos processos subjetivos, em qualquer grau de jurisdição, e nos mais diversos tipos de procedimentos, incluindo os especiais (PAIVA, 2016, p. 9), considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.

Não bastasse a disposição genérica, sua intervenção está prevista ainda na alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (art. 927, § 2º), na análise da repercussão geral (art. 1.035, § 4º), no julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 1.038, I), bem como nos incidentes de arguição de inconstitucionalidade e resolução de demandas repetitivas (arts. 950, §§ 2º e 3º e 983).

Percebe-se, pois, a intenção do legislador em proporcionar a maior participação da sociedade em todos os processos cuja relevância da matéria, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia torne necessária a ampliação do contraditório e dos subsídios probatórios ou jurídicos. A participação do *amicus curiae*, conforme Eduardo Talamini (2016), contribui para o incremento da qualidade das decisões judiciais, ampliando a possibilidade de obtenção de decisões

mais justas.

Portanto, não há, ao menos aparentemente, qualquer restrição ao debate democrático no controle difuso realizado pelo Supremo via recurso extraordinário, muito pelo contrário. Nas palavras de Anderson R. Paiva (2016, p. 12), “é de louvar-se a inovação legislativa, que, aprimora e legitima o resultado final da atividade do poder judiciário e (...) abre mais um importante espaço, no Brasil, para a consolidação de um verdadeiro direito processual constitucional”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico brasileiro, visando resguardar a supremacia constitucional e a hierarquia normativa, admite que o controle de constitucionalidade seja realizado da maneira mais ampla possível, tanto pela via difusa quanto concentrada. O controle concentrado é aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal, mediante provocação de legitimados específicos que se valem de ações próprias para impugnar a lei em tese. A decisão acerca da constitucionalidade, neste caso, produzirá efeitos *erga omnes* e vinculantes. O controle difuso, por sua vez, é aquele realizado por qualquer juiz ou tribunal no caso concreto submetido a sua apreciação, cuja declaração incidental de inconstitucionalidade terá eficácia restrita tão somente às partes do processo.

A característica mais admirável do controle difuso-incidental reside no fato de ser a única via acessível a todos os cidadãos para a defesa de seus direitos subjetivos constitucionais, traduzindo-se num verdadeiro instrumento democrático do controle de constitucionalidade. Todavia, esse mecanismo possui uma grande desvantagem: a eficácia *inter partes*, posto que acarreta a multiplicação de demandas repetitivas e decisões conflitantes, atuando como fonte certa de insegurança jurídica.

Na tentativa de solucionar a problemática, a Constituição de 1988 atribui ao Senado Federal a competência de suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional por sentença definitiva do Supremo, e, mais tarde, a EC 45/2004 disponibilizou o instituto da súmula vinculante. As medidas surtiram efeitos positivos e não ensejaram muitos questionamentos.

O grande impacto no controle difuso se deu com a introdução da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Aquilo que inicialmente foi criado como um simples mecanismo de filtragem para reduzir o número de recursos extraordinários que subiam aos montes abarrotando o STF, surpreendentemente evoluiu para um precedente vinculante de observância obrigatória.

Essa evolução legislativa e jurisprudencial no âmbito do controle difuso caminhou a passos largos para a equiparação de seus efeitos com aqueles produzidos no controle concentrado de constitucionalidade. E em meio à essa tendência de abstrativização surge o Novo Código de

Processo Civil, pondo fim às controvérsias quanto à possibilidade de reclamação constitucional para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário e repetitivos, e esvaziando de uma vez por todas o papel do Senado Federal, sem que houvesse qualquer previsão constitucional nesse sentido.

Ora, quando se fala em controle de constitucionalidade, pressupõe-se a existência de uma Constituição suprema, que se apresenta como a lei máxima do país, superior aos demais atos normativos que integram o ordenamento jurídico, os quais retiram dela seu fundamento de existência e validade, devendo, assim, respeitá-la, sob pena de serem considerados nulos por qualquer dos poderes do Estado. Nessa acepção, a teoria tem se mostrado um tanto quanto distante da realidade, já que a força de precedente vinculante conferida, pela teoria da Mutação Constitucional e pelo NCPC, às decisões da Corte Maior em sede de recurso extraordinário e repetitivos não encontram qualquer amparo constitucional e ainda assim vigoram.

A explicação para tais incongruências talvez resida na necessidade gritante de modernizar a jurisdição constitucional, de forma a torna-la mais efetiva, célere e uniforme. E talvez a resposta não esteja na extirpação do novo diploma processual do ordenamento jurídico, mas na alteração de alguns dispositivos da Constituição Federal, a fim de que ela possa refletir os anseios sociais.

Pois bem. Resta evidente que o objetivo central do Novo Código de Processo Civil pode ser resumido nas seguintes palavras: uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Só assim será possível garantir a verdadeira isonomia, estabilidade e previsibilidade dos julgamentos, circunstâncias estas indispensáveis à concretização da tão sonhada segurança jurídica.

Para tanto, o diploma processual conferiu verdadeira eficácia de precedente vinculante às teses jurídicas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no julgamento dos recursos extraordinários, quanto na sistemática de recursos repetitivos, estabelecendo tratamento de fato equivalente às decisões proferidas em sede de controle difuso e concentrado.

A despeito das irregularidades técnicas, as quais podem muito bem ser sanadas mediante emenda constitucional, o novo Código disponibilizou importantes mecanismos tendentes à pacificação das controvérsias jurídicas, evitando-se, assim, a multiplicação de demandas repetitivas e decisões conflitantes sobre um mesmo tema, fatores estes responsáveis por sobrecarregar o Judiciário, agravando, ainda mais, a insegurança jurídica.

É certo que foram impostas limitações à autonomia e liberdade de atuação dos juízes, e que estamos caminhando para um tipo de controle de constitucionalidade progressivamente concentrado nas mãos do Supremo, mas esse é o preço a ser pagar por um bem maior. A racionalização da jurisprudência, marcada pela efetividade, celeridade e legitimidade da prestação jurisdicional, é fundamental e indispensável à manutenção da ordem democrática.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Maria Luísa de Magalhães. **O novo código de processo civil e a aproximação do controle concreto ao controle abstrato de constitucionalidade**. Revista Interdisciplinar do Pensamento Científico. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2SGDxbl>>. Acesso em: 08 jan. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: De acordo com o novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16-3-2015: 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**: 15. ed. Minas: PUC, 2004.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/1dFiRrW>>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- _____. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <<https://bit.ly/1CpD2H2>>. Acesso em: 12 jul. 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional I**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2AP3775>>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**: 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, de Feliciano. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <<https://bit.ly/2P3WhQk>>. Acesso em: 23 jul. 2018.
- CHAUI, Marilena. **Introdução a história da filosofia 1**: dos pré-socráticos a Aristóteles: 2. ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2ROyeGi>>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- DIDIER, Fredie Jr. Editorial 49. 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2PZJbYU>>. Acesso em: 05 nov. 2018.
- DIMOULIS, Dimitri, LUNARD, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: Controle de Constitucionalidade e remédios constitucionais: 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**: 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- GOMES, Camila Paula de Barros, GOMES, Flávio Marcelo. **Ponderações sobre o controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. In: GOMES, C.P.B.; SILVEIRA, D.B.; FREITAS, R.A.S. (Org.). Trinta anos da Constituição Cidadã. 1. ed. Birigui: Boreal, 2018, p. 32-53.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**: 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LORDELO, João. **Afinal, o STF adotou a teoria da abstrativização do controle difuso ou da transcendência dos motivos determinantes?** Disponível em: <<https://bit.ly/2D26yKT>>. Acesso em: 05 out. 2018.
- MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**: 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- MAURO, Adalgiza Paula Oliveira. **Controle de constitucionalidade difuso no Brasil e alguns de**

seus aspectos polêmicos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VII, n. 19, nov. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2qB5LKy>>. Acesso em: 16 out. 2018.

MENDES, Gilmar. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil.** 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2NVpn89>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MONTENEGRO Filho, Misael. **Direito processual civil.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional:** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2AzZSjI>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

PAIVA, Clarissa Teixeira. **A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concreto de constitucionalidade.** 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2QraFlt>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

PAIVA, Anderson Rocha. **Amicus curiae: da legislação esparsa ao regramento genérico do novo código de processo civil.** In: *Revista de Processo*, vol. 261/2016, p. 23 – 50.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, RODRIGUES, Roberto De Aragão Ribeiro. **O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC.** In: *Revista de Processo*, vol. 259/2016, p. 405 – 435. Set. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2CyuK4s>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

RAMOS, Fernanda Rocha. **A evolução do entendimento do STF a respeito do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, inciso X, da Constituição Federal): análise crítica.** 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2R8vIi2>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

SCHUELLER, Larissa Pinheiro. **O Controle Difuso de Constitucionalidade.** In: SLAIBI FILHO, Nagib (Org.). *Série de Aperfeiçoamento de Magistrados 2: Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal.* Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

SOUTO, João Carlos. **Controle da constitucionalidade: o modelo norte-americano.** *Revista de Direito União Pioneira de Integração Social.* Brasília: UPIS, 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2Iu5i2F>>. Acesso em: 22 set. 2018.

STF. **Informativo 886:** Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2P4mO4f>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

____. **Notícias.** Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. 2009. Disponível em: <<https://bit.ly/2RhbZZL>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

____. **Portal.** Repercussão Geral. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2PCZMga>>. Acesso em: 14 dez. 2018.

____. **Portal.** Recurso Extraordinário 197.917. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2B08eli>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

____. **Reclamação constitucional 4335/AC**. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 20 de maio de 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2OjZWIZ>>. Acesso em: 25 out. 2018.

TALAMINI, Eduardo. **Amicus curiae no CPC/15**. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2CwgUzC>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil vol. III**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O PAPEL DO JUIZ CONTEMPORÂNEO NO PROCESSO CIVIL: DA FUNDAMENTALIDADE DAS DECISÕES À GESTÃO DO JUDICIÁRIO

Paolo Roberto De Angelis BIANCO
Victória Santos MARQUES

RESUMO

O presente trabalho dedica-se à análise de como o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 inovou ao tratar do dever do magistrado em fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade, a fim de que seja distribuída uma melhor qualidade dos pronunciamentos e, conseqüentemente, da própria justiça. Somado a isso, o que se busca também é explanar qual o papel do juiz contemporâneo, que assumiu não apenas a tarefa de julgar – que, sem dúvidas, é a sua atividade mais importante –, mas também de gerir o próprio funcionamento do Poder Judiciário, transformando-se em verdadeiro gestor e administrador, comportamento esse implementado pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de metas a serem seguidas, com vistas a uma maior otimização e eficácia do processo. Nessa perspectiva, indaga-se quais foram as inovações trazidas pelo CPC para facilitar, desenvolver, impulsionar e modernizar a atividade de se dizer o Direito pelo julgador, com enfoque nas questões de proibição às decisões surpresa, estímulo à autocomposição, e o dever de fundamentação a ser observado por todos os sujeitos processuais, o que acarreta uma conseqüente diminuição na interposição de recursos, gerando verdadeira economia processual, celeridade, produtividade e obtenção de uma justiça intrinsecamente ligada aos preceitos constitucionais. Para tanto, será empregado o método científico dedutivo de análise e coleta de dados, com utilização de comparações, explicações e comentários acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Fundamentação das decisões, Juiz-Juiz, Juiz-Gestor, otimização do processo, efetividade, economia processual, dever de cooperação.

ABSTRACT

The present essay is dedicated to analyze how the Civil Procedure Code (CPC) of 2015 innovated on establishing the duty of the judge to legally substantiate all of the decisions, under the penalty of trial nullity, so that it can be distributed a better quality of the law pronouncements, and, consequently, of justice itself. To add up, the goal of this research is also to explain what is the role of nowadays judge, who has taken on not only the responsibility of judging - which, without the shadow of a doubt, is his/her most important activity -, but also of managing the workings of the Judicial Branch he/she is in, becoming a true manager and administrator, whose behavior was enforced by the National Justice Council through the establishment of goals, in order to optimize and bring more efficiency to the lawsuits. In this perspective, one might wonder which were the innovations brought to Brazil's legal order with the CPC of 2015 to facilitate, develop, boost and modernize the exercise of saying the Law by its judges, focusing on the matters of prohibiting the surprise decisions, motivation to promoting alternative dispute resolutions, and the duty of legal substantiating the decisions, all of which must be observed by each party to the proceedings, thus, resulting in the decrease of interventions and appeals, generating true procedural economy, celerity, productivity and achieving constitutional-principles grounded justice. Therefore, there will be used the deductive reasoning methodology, with data gathering, use of comparisons, explanations and comments regarding the subject of discussion.

KEYWORDS: Legal Substantiation of the decisions, Judge-Judge, Judge-Manager, trial optimization, effectiveness, procedural economy, duty to cooperate.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 trouxe, dentre outras inovações, a expressa previsão do princípio da vedação à decisão surpresa, segundo o qual o magistrado não deve se pronunciar sem que às partes tenha oportunizado prazo para manifestação, ainda que se trata de matéria *a priori* reconhecível de ofício (art. 10). Isso porque o processo civil, como instrumento de persecução de interesses que não puderam (ou quiseram) ser dirimidos extrajudicialmente, evoluiu junto com as transformações sociais, a ponto de ser colocado, nos dias de hoje, como uma garantia fundamental a partir da qual as partes são incentivadas a dialogar, convencionar, transacionar e enxergar perspectivas diversas de solução de seus problemas.

É possível, assim, afirmar que a sistemática processual civil contemporânea não apenas incentiva a autocomposição como forma de por fim ao litígio como um todo (art. 487, III, *b*, CPC), mas também chama as partes a integrarem a dialética processual, a fim de estarem cientes de tudo o que ocorre no deslinde do feito, privilegiando-se a informação clara e precisa em detrimento à forma prolixa e excessivamente rígida, sem, contudo, perder a tecnicidade.

Desse modo, existindo contraditório pleno e efetivo, surge um direito processual civil democrático e participativo, de tal sorte que os profissionais da área jurídica já começam a se preparar para motivar os sujeitos processuais a alcançar um denominador comum, ouvindo o que se tem a colocar e entendendo as necessidades e a função de cada um deles na lide, no intuito de que seja possível aferir a melhor alternativa para o arremate da questão discutida.

Ao proibir a decisão surpresa, o ordenamento jurídico pátrio visou prestigiar a participação das partes no debate judicial, permitindo-lhes tentar convencer o Juízo do seu ponto de vista, nem que seja pela última vez antes de verem seu direito apreciado. Mas não apenas isso. O processo pode ter passado por regular instrução probatória, estar saneado e apto para o julgamento quando o magistrado toma nota de que a pretensão material do postulante foi, na verdade, fulminada pela prescrição, situação esta que ensejaria a extinção do feito com resolução de mérito (art. 487, II, CPC). Por ser a prescrição matéria de ordem pública e, portanto, não preclusiva se não alegada oportunamente por qualquer das partes, autorizando a lei que seja inclusive reconhecida de ofício e independente de provocação do Estado-Juiz, poderia o magistrado sentenciar o processo *in continenti*, decretando sua extinção. Todavia, não por acaso o princípio da não surpresa decisória vem insculpido no diploma processual, tendo ainda substrato na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LV): mesmo diante de uma simples realidade de prescrição, é necessário garantir a participação das partes no processo, daí a razão pela qual o magistrado deve ouvir os argumentos de cada qual antes de proferir decisão.

Aliado aos preceitos de cooperação, diálogo e democracia processual, há outro fator determinante para a satisfação das partes num imbróglcio judicial, qual seja, o respeito ao dever de fundamentação das decisões pelo juiz, que encontra previsão tanto legal quanto constitucional. Trata-se de uma cautela legislativa, no sentido de salvaguardar os interesses dos jurisdicionados, assegurar uma prestação estatal coerente e idônea frente ao litígio que se impõe e, ainda, evitar que todo o tempo e dinheiro empregados sejam desperdiçados por eventual risco de nulidade.

Especialmente nos dias de hoje, em que se preza pela otimização do tempo trabalhado e a produtividade que dele resulta, somadas à proatividade e celeridade com que se processa a maior quantidade de informação possível, o Poder Judiciário deve estar constantemente atento à alta carga de demandas por duas principais razões: não se esquecer de entregar uma decisão bem fundamentada, fugindo da arcaica concepção de julgar conforme a própria consciência e aproximando-se cada vez mais de um raciocínio decisório pautado na persuasão racional, assim também encontrar um equilíbrio entre o julgamento artesanal e personalizado de um processo (função do Juiz-Juiz) e o julgamento automatizado de um sem número de feitos com vistas a descongestionar o acúmulo de serviço (Juiz-Gestor).

Nesta senda, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estipulou algumas metas nacionais para que fossem observadas pelos magistrados, com vistas a uma melhor organização dos processos e à efetividade da prestação jurisdicional, o que está naturalmente atrelado ao severo dever de fundamentação do juiz, eis que uma decisão inadequadamente fundamentada acarretaria maiores índices de recorribilidade, insatisfação dos que buscam o acesso à justiça, desprestígio ao direito das partes e, sobretudo, perpetuação da judicialização, o que se mostra absolutamente contrário ao propósito das referidas metas.

Isto posto, pretende este trabalho averiguar os mecanismos trazidos pelo CPC de 2015 para melhor otimizar o processo decisório a ser adotado pelo julgador, tais como a vedação à decisão surpresa, o estímulo à autocomposição e a importância de seguir as diretrizes de fundamentação das decisões, bem como expor as consequências jurídicas práticas de cada um desses institutos sob a ótica processual civil.

Para tanto, será empregado o método científico dedutivo de análise e coleta de dados, fazendo-se comparações e explicações, bem como comentários acerca da aplicação de normas institucionais, dispositivos legais e conceitos doutrinários à realidade concreta, com o fito de relacionar a atuação sistematizada do Estado-Juiz, em compasso com o ordenamento civil e a Carta Magna, abraçando uma dialética processual mais democrática, com as finalidades de celeridade, economia processual, maior produtividade e até mesmo pacificação social. E é nessa toada que a presente pesquisa se dispõe a demonstrar que existe não apenas a possibilidade de desatribular o

grande volume de serviço do Judiciário, mas igualmente de entregar uma solução mais célere ao jurisdicionado e que lhe traga coerência e resignação.

2 TEORIA DA DECISÃO SOB A SISTEMÁTICA DO ATUAL CPC

A Constituição da República, ao indicar, em rol exemplificativo, os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), preocupou-se em elencar a garantia fundamental de acesso à justiça, a partir da qual também decorrem o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo da duração razoável do processo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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. (BRASIL, 1988).

Dos dispositivos citados, apenas o último, concernente ao tempo razoável do processo e à celeridade, não constava da redação original do texto constituinte, tendo sido incorporado ao rol garantista posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, popularmente conhecida como Reforma do Judiciário, que foi instaurada para combater a ineficiência do Estado-Juiz, a fim de que a população pudesse retomar a credibilidade a ele anteriormente associada. A esse respeito,

[...], não basta o simples acesso ao Poder Judiciário para que lesões ou ameaça de lesões a direitos materiais sejam inibidos ou reparados, estando o *direito à tempestividade da tutela jurisdicional* incorporado no direito à efetividade do ordenamento jurídico em sentido estrito: sem celeridade processual, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser, efetivamente, protegida.

Por outro lado, reconhece-se na Reforma [do Judiciário] a importância de explicitar a necessidade de assegurar a *razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade da sua tramitação*, dando ainda maior ênfase ao direito fundamental à efetividade do processo e, com isto, permitindo a construção de técnicas processuais que possibilitem a melhor distribuição do *tempo do processo* (CAMBI, 2004, p. 09, grifos do autor).

Dessa forma, insta salientar que inúmeros institutos de direito processual convergem para a finalidade de tornar o processo mais célere, menos moroso e desgastante a todos os envolvidos e também a terceiros que possam depender do resultado daquela lide.

Neste contexto, acredita-se que a promoção do contraditório pleno pressuponha tomadas de decisão racionais, bem informadas, permitindo à parte visualizar as intercorrências futuras do procedimento e, se for o caso, concentrar seus esforços na celebração de um acordo.

[...] a isonomia anunciada pelo Código dá-se no sentido de que o Estado-Juiz deve, necessariamente, tratar de forma igualitária os litigantes, propiciando aos mesmos, pois, igualdade de condições de manifestação ao longo do processo. Diz-se, então, que no plano do processo, *isonomia/igualdade* ganha forma a partir da concessão da paridade de armas

para o embate. [...] O direito fundamental ao contraditório é composto de pelo menos duas distintas facetas: uma passiva, outra ativa. A primeira delas remonta a aparição do instituto, isto é, contenta-se com a noção de que o contraditório tem por escopo operacionalizar a bilateralidade da audiência [...]. A segunda, por sua vez, guarda relação com a participação efetiva dos interessados no processo, ou melhor, com a possibilidade de influenciar “eficazmente” na construção intelectual desenvolvida pelo julgador para compor a lide (OAB, 2015, grifos do autor).

Também é importante frisar que as garantias retromencionadas, extraídas diretamente do texto constitucional (acesso à justiça, duração razoável do processo, contraditório e ampla defesa) encontram correspondência no diploma processual de 2015, especificamente nos artigos 3º, 4º e 6º, 9º e 10, respectivamente, evidenciando a constitucionalização das normas instrumentais e a importância de se interpretar o ordenamento processual à luz da Lei Maior. Uma vez tidas como normas supremas, as disposições constitucionais são aquelas às quais todas as outras devem se adequar, posto que delimitam as esferas de ação estatal e dos particulares e elencam as formas de preservação dos direitos fundamentais em abstrato e em concreto (REALE, 2002, p. 343).

Cumprir contextualizar que o CPC/15 previu mecanismos suficientemente capazes de efetivar a almejada rapidez da prestação jurisdicional, a exemplo da busca, a qualquer tempo, de uma solução consensual para o conflito (art. 3º, §2º, art. 139, V, art. 165 e seguintes). Outros exemplos são o princípio da vedação à decisão surpresa e o dever de fundamentação das decisões pelo magistrado. Ocorre que tais institutos não se operam de forma mecanizada, ao contrário, carecem da efetiva participação dos sujeitos processuais, que, valendo-se da boa-fé, podem por em prática ou reivindicar que não sejam bombardeados com decisões-surpresa e também evitadas de incoerência e péssima fundamentação.

STRECK (2017, p. 28), ao reconhecer que existe um aparato para combater o que chama de decisionismos e arbitrariedades, frisa que a lei processual civil de 2015 “é a primeira grande regulamentação brasileira sobre Processo Civil a ser aprovada em período democrático”, uma vez que os códigos anteriores, datados de 1939 e 1973, foram instituídos em regimes de exceção.

Por esse motivo, traça enunciados que representam sua perspectiva de operacionalização da sistemática processual civil sob a lei de 2015, dentre os quais destaca-se a expurgação da expressão “livremente” da apreciação da prova constante dos autos pelo juiz, regra esta definida no art. 371. Para Lenio, o legislador foi fiel à teoria do direito contemporâneo, livrando do novo código o “livre convencimento” do magistrado e, sobretudo, traçando diretrizes para fundamentar suas decisões (2017, p. 26).

Há que se ter em conta, hodiernamente, que não mais se vive o tempo dos ordálios, tampouco da decisão segundo a consciência do seu julgador, e que agora também restou ultrapassada a fase do livre convencimento, fundamentalmente solipsista e arbitrária, ou então não

mais se poderia falar em processo civil democrático, constitucionalizado, visando à implementação de garantias, deveres e direitos que conversam entre si e procuram atender da melhor maneira aos interesses das partes.

Portanto, tem-se que as inovações advindas com o CPC/15, dentre elas o estímulo estatal à autocomposição, e, mais especificamente, a proibição da entrega de prestação jurisdicional surpresa, em homenagem ao contraditório constitucional, e o dever de profunda fundamentação das decisões, tiveram como precípua finalidade a existência de decisões mais eficazes, ou seja, provocar nos jurisdicionados a sensação de houve efetiva apreciação do seu direito, seja favorável, seja desfavorável aos seus interesses particulares.

Constatando que aquela decisão teve supedâneo num devido processo legal, do qual participou de todos os debates e pode se manifestar abertamente, somando-se à coerente fundamentação apresentada pelo magistrado, que explicou o motivo de ter aplicado determinada norma ou julgado àquele caso concreto, explanou os conceitos jurídicos utilizados, motivou sua decisão final com argumentos próprios àquela causa, enfrentou todas as hipóteses levantadas pelas partes, adequando as orientações jurisprudenciais e súmulas aplicáveis ao caso de forma esmerada, clara e direta, o jurisdicionado sucumbente tenderia a quedar-se mais resignado, o que, enfim, acarretaria na diminuição do número de recursos.

2.1 A vedação à decisão surpresa

Diretamente ligada ao contraditório e à ampla defesa, a proibição das decisões-surpresa faz sua introdução no *caput* do art. 9º do CPC/15, que dispõe: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e se consagra no art. 10 da mesma legislação, ao sustentar que o magistrado “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” (BRASIL, 2015).

Trata-se de integração das partes à dialética travada em Juízo, de requisitar que opinem sobre os rumos daquela discussão e exponham suas perspectivas, a fim de que não sejam surpreendidas por decisões conflituosas, repletas de incongruências. É a verdadeira paridade de tratamento ou bilateralidade de audiência, como querem os professores TALAMINI e WAMBIER (2014), que explicitam:

[...], significa que é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subsequentes, às partes (autor e réu) e demais sujeitos que participam do processo [...], e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis. Esse princípio está visceralmente ligado a outros, que são o da ampla defesa e o do duplo grau de jurisdição, em respeito ao qual se deve evitar a hipótese de falta de controle das decisões judiciais, pela parte (por meio dos recursos) e

pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou desprovimento dos recursos). Além disso, atualmente enfatiza-se que o próprio juiz deve, ele mesmo, observar o contraditório. Há um “dever de diálogo” do juiz com as partes. [...] Longe de ser um mero formalismo, o debate do juiz com as partes, além de consentâneo com o caráter ético do processo, assegura decisões de melhor qualidade.

Além disso, é forçoso apontar que a regra de procedimento é a cientificação das partes acerca de todo o conteúdo processual, abrindo-se espaço para que possam reagir. Dessa forma, a surpresa decorreria, obviamente, de matéria a que as partes não tiveram chance de dizer a respeito. Pondera-se que, ainda que se trate de assunto de ordem pública, como uma nulidade absoluta, ou prescrição e decadência, seria de bom tom, em atenção à lei infraconstitucional, que o Estado-Juiz oportunizasse o contraditório aos interessados.

Isto é, uma vez que a paridade de armas assegura a igualdade substancial entre os sujeitos da contenda, e todos estão aptos a exercer direitos, faculdades, deveres e sanções processuais, assim também meios de defesa e ônus, zelando o juiz pela existência do contraditório efetivo (art. 7º, CPC/15), ocorre a valorização do contraditório constitucional (art. 5º, LV) e, conseqüentemente, da isonomia material entre os participantes da demanda (TARTUCE, 2015, p. 27-28).

Logo, ainda que seja reconhecida a decadência na hipótese *sub judice*, mesmo sendo autorizado a agir *ex officio* e prolatar decisão *inaudita altera pars*, há que se colher a oitiva de ambos os polos, com supedâneo no Código de Processo Civil (art. 10) e na Constituição da República (garantia fundamental do contraditório, art. 5º, LV).

A despeito do exposto, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) editou alguns enunciados que parecem afrontar o princípio da não surpresa decisória. Veja-se, a título exemplificativo, o enunciado nº 5, que garante não afrontar “o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório” (ENFAM, 2015). Neste particular, STRECK (2017, p. 26) tece que “viola, sim, o art. 10 do CPC a decisão que - ainda que ‘com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório’ - inovar em fundamento (fático-jurídico) surpreendendo as partes em sua interpretação”. Nesse mesmo seguimento:

Ao contrário do que diz o Enunciado Enfam 4, na declaração de incompetência absoluta se aplica, sim, o disposto no artigo 10, parte final, do CPC; [...] Ao contrário do que diz o Enunciado ENFAN [sic] 6, constitui, sim, julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos diverso das partes, ainda quando embasados em provas submetidas ao contraditório (STRECK, 2017, p. 25-26).

Sob essa visão, é claro que os enunciados da ENFAM vão de encontro com os ideais preconizados na lei processual civil, que, a seu turno, possui substrato constitucional ao privilegiar o contraditório pleno ou efetivo. Logo, restará aos juízes a tarefa (mesmo que já seja uma questão resolvida para alguns juristas) de optar por seguir a orientação do código ou da instituição da

magistratura, ressalvando-se apenas que um processo participativo e inclusivo pode ser a melhor solução em termos de otimização do tempo e produtividade, quando se considera que um deslize por parte do Estado-Juiz pode ensejar duradouros recursos com vistas a reformar ou anular determinada decisão, sentença ou acórdão.

2.2 O dever de motivação das decisões judiciais

Por que uma decisão precisa ser bem fundamentada? Não pode o juiz simplesmente julgar conforme sua própria consciência? O livre convencimento do julgador é capaz de determinar a motivação de uma decisão?

A Constituição Federal entabula (art. 93, IX), com redação da EC nº 45/2004, que lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (STF) disporá sobre o Estatuto da Magistratura, vinculando-a a observância de um rol de princípios orientadores, dentre eles, o de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

As exceções a esse princípio importam no reconhecimento do direito à intimidade e às situações em que o sigilo não prejudique a publicidade das informações, casos em que poderá haver limitação à presença tão somente das partes, seus defensores, defensores públicos ou Ministério Público (art. 93, IX, CF/88 c/c parágrafo único do art. 11 do CPC/15).

Nessa mesma seara, corroborando o Texto Maior, institui o art. 11 do CPC/15 que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade” (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Com efeito, no capítulo do CPC que versa sobre a sentença e a coisa julgada, está inserido um importante dispositivo que trata especificamente das decisões judiciais (interlocutórias, sentenças ou acórdãos) que não são consideradas fundamentadas, conforme será exposto nos próximos capítulos.

Nesse giro, cumpre frisar que é “imprescindível que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, ou seja, seja justificada e explicada, pela autoridade judiciária que a proferiu, a fim de que sejam inteligíveis as suas razões de decidir e se possibilite a transparência da atividade judiciária e seu respectivo controle” (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 73). Importa dizer que o processo, via de regra público, deve estar sempre ao alcance de qualquer do povo, posto que a sociedade exerce papel não apenas de destinatária das decisões, como também de fiscalizadora, de modo a existir um equilíbrio judicante, uma pressão externa que recaia sobre o magistrado e o vincule ao dever de bem fundamentar cada uma de suas decisões.

A motivação das decisões judiciais, além de servir para proporcionar o controle do

raciocínio adotado pelo legislador, permite à parte desenvolver a sua atuação recursal, num sistema de dialeticidade, levando a atividade intelectual desenvolvida pelo julgador e expressa na fundamentação para análise na instância superior. A ausência de fundamentação, portanto, fere o princípio do contraditório. [...] A atuação do juiz neste sentido poderá ocorrer de ofício, mas sempre ouvindo as partes antes de decidir, atendendo assim aos princípios do contraditório efetivo e da não surpresa processual. A não observância do dever de prévia oitiva das partes sobre o fato novo que possa influir na decisão de mérito poderá ensejar a anulação da sentença, desde que a parte prejudicada venha a alegá-la na oportunidade do recurso de apelação (OAB, 2015, p. 376-377).

Por fim, é imperioso consignar que uma decisão que segue as orientações do CPC de fundamentação, congruência e coerência poderá abreviar tanto as incumbências do Judiciário quanto as aflições pessoais dos jurisdicionados, viabilizando maior resignação das partes e menor índice de recorribilidade, o que apenas prolonga a angústia e perpetua a jurisdição.

3 METAS DO CNJ: JUIZ-JUIZ E JUIZ-GESTOR

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao alterar o papel do juiz: antes visto como uma figura intocável, que apenas conduzia o processo e prolatava a decisão final, aplicando e fazendo valer o Direito, tal figura passou a ser encarada como um verdadeiro gestor, que deve buscar soluções efetivas para resolver eventuais conflitos e para evitar que novas disputas cheguem ao Poder Judiciário, incumbindo-se, ainda, de atividades administrativas próprias para a organização e funcionamento dos cartórios judiciais.

Porém, isso não caracteriza a aplicação de uma gestão privada à atividade eminentemente pública. Significa, em verdade, entender e buscar os mecanismos que possam ser aplicados ao Poder Judiciário para torná-lo mais eficiente e célere, com profissionais mais habilitados e de melhor qualidade que possam cuidar de tal incumbência.

Os tribunais são apontados como uma das organizações mais burocráticas do Estado e, por força de sua estrutura, sua organização e funcionamento representam forte fator de bloqueio ao aumento da eficácia, eficiência e qualidade da justiça. O incremento das reformas da gestão da justiça está em consonância com a adoção de nova concepção da administração pública, repousada no abandono do modelo burocrático e na adoção dos modelos gestor e da qualidade total (HADDAD e PEDROSA, 2014, p. 79).

Esse novo comportamento de gestão pelo magistrado não apenas veio insculpido no CPC/2015, como também foi tema de debate pelo Conselho Nacional de Justiça. Referida instituição, que tem como finalidade aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente com relação ao respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, conforme atribuições definidas pelo artigo 103-B, § 5º, da Constituição Federal, e regulamentadas no artigo 31 do Regimento Interno do CNJ, aperfeiçoou a transição Juiz-Juiz, do antigo CPC de 1973, para Juiz-Gestor.

A gestão judiciária deve ser voltada para a qualidade total e, nesse contexto, com o objetivo de gerar eficiência em todo o Judiciário nacional tem-se empregado, embrionariamente

ainda, o planejamento estratégico no Judiciário, o qual concebemos como uma ferramenta importantíssima da administração, capaz de prescrever políticas judiciárias que reflitam soluções para os problemas do sistema judiciário brasileiro, apresentando métodos de realização de diagnósticos e de estratégias aptas a orientar as ações dos gestores judiciários, trazendo, a reboque, a salutar impessoalidade às gestões dos Tribunais, a continuidade administrativa (independentemente da alternância dos gestores) e a almejada eficiência da Administração Pública, constitucionalmente prevista no art. 37, caput, CR (REIS, 2010, p. 57).

Com efeito, no XI Encontro Nacional do Poder Judiciário, foram aprovadas metas nacionais pelo CNJ, a serem seguidas por todos os magistrados, para uma melhor efetivação da justiça, tornando o juiz, além de julgador, verdadeiro gestor, o que, conseqüentemente, acarreta uma maior celeridade processual e segurança jurídica, bem como o desafogamento do próprio Poder Judiciário.

Frise-se que o Supremo Tribunal Federal não está sujeito à jurisdição do CNJ. Isso não impede, contudo, que observe as metas por ele estabelecidas, buscando-se uma verdadeira gestão também na Corte Constitucional.

A primeira das metas, destinada a todos os segmentos, ou seja, aos juízes do trabalho, eleitorais, militares, federais, estaduais e juizados especiais, bem como aos desembargadores e ministros, é a de julgar mais processos do que os distribuídos. Ou seja, é a meta de pôr fim ao processo, seja ele de conhecimento, liquidação ou execução, em maior número do que os novos processos distribuídos.

Isso, pois, fomenta uma maior celeridade, pois faz com que os juízes julguem desde logo os processos aptos para uma decisão final, e não prolonguem por tempo indeterminado os autos que vão surgindo. Além disso, faz com que haja o desafogamento da máquina judiciária.

No entanto, tal meta não deve ser cumprida da forma como bem entende o magistrado. Ou seja, não pode o juiz ir julgando os processos tidos como sendo mais fáceis e simples, e deixar para trás os mais complicados e volumosos, uma vez que a segunda meta a ser seguida, também por todos os segmentos do Poder Judiciário, é a de julgar os processos mais antigos com prioridade, o que caracteriza um verdadeiro gerenciamento de processos pelo magistrado.

O “gerenciamento de processos” pode ser compreendido como o planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo. (ALVES DA SILVA, 2010, p. 35).

A terceira meta, por sua vez, é a de serem aumentados os casos solucionados pela conciliação, tanto no âmbito da Justiça Federal, quanto no âmbito da Justiça Estadual, incluída a Justiça do Trabalho. Na Justiça Federal, a meta deve ser entendida como o aumento do percentual

de casos encerrados por conciliação em relação ao ano anterior, enquanto na Justiça Estadual diz respeito ao fomento dos trabalhos realizados pelos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), garantindo aos Estados que já o possuem que homologuem acordos pré-processuais e conciliações em número superior à média das sentenças homologatórias nas unidades jurisdicionais correlatas. Aos que não o possuem, a meta é a implantação de número maior do que os já existentes, nos termos da Resolução 125/2010, do CNJ.

Ou seja, a terceira meta está intrinsicamente ligada aos §§ 2º e 3º, ambos do art. 3º, do CPC, que dispõem que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, sendo 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 da lide, traduzindo verdadeira norma fundamental do processo civil.

De fato, o juiz tem o poder-dever de tentar conciliar as partes como forma de cooperar para ser obtida a solução consensual do litígio, de maneira rápida e efetiva, sem que o direito de uma delas seja deixado de lado em detrimento do outro. Não deve causar espanto, pois, a afirmação de que o magistrado deve auxiliar no deslinde do feito, e não apenas julgá-lo.

O mandamento contido no art. 6º, no sentido de que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, é dirigido ao juiz, além dos outros participantes do processo.

Observação importante que merece ser feita é que a cooperação prevista no dispositivo em concreto deve ser praticada por todos os sujeitos do processo. Não se trata, portanto, de envolvimento apenas entre as partes (autor e réu), mas também de eventuais terceiros intervenientes (em qualquer das diversas modalidades de intervenção de terceiros), do próprio magistrado, de auxiliares da Justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público quando atue na qualidade de fiscal da ordem jurídica (BUENO, 2017, p. 68).

Verifica-se, pois, que a busca pela conciliação não deve apenas ser instigada pelos advogados das partes litigantes, mas também pelos próprios magistrados. Nesse caso, eles não apenas declaram o Direito, mas fazem com que as partes cheguem ao melhor Direito, de forma que ambas sejam satisfeitas.

No mais, a quarta meta trazida pelo CNJ para a aplicação de uma gestão pelos juízes, é a de priorizar o julgamento dos processos concernentes à corrupção e à improbidade administrativa, seja por meio do Superior Tribunal de Justiça, das Justiças Estadual, Federal ou Militar da União e dos Estados, o que é imprescindível na atual conjuntura brasileira, já que os casos de corrupção com a impunidade de seus agentes é uma realidade vergonhosa e triste, que deve ser mudada.

Sendo o Poder Judiciário a *ultima ratio* para discussão de casos polêmicos como a corrupção, que é um dos principais problemas que atinge o país na atualidade, devem os magistrados, desde logo, estar atentos à questão e julgar tais condutas com prioridade, a fim de se

evitar fatos semelhantes e aplicar a justiça.

A quinta meta estabelecida pelo CNJ, por sua vez, é a de impulsionar os processos de execução, pela Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, baixando-se dos cartórios judiciais quantidade maior de processos de execução do que o total de casos novos de execução que forem surgindo a cada ano. Trata-se, em verdade, de mais um desdobramento dos princípios da celeridade processual e desafogamento dos tribunais.

Com relação à sexta meta do CNJ, esta diz respeito ao tratamento prioritário para julgamento das ações coletivas pelo STJ, Tribunal Superior do Trabalho, Justiça Estadual, Federal e do Trabalho. Sendo as ações coletivas de interesse da população como um todo, por tratar de direitos difusos e coletivos, os quais são indisponíveis, deve haver tratamento prioritário a tais questões, em busca do bem comum, o que deve ser amplamente atendido pelos magistrados.

Tal meta, inclusive, já estava prevista de forma implícita no Código de Defesa do Consumidor, que em seus artigos 81 a 90 estabelece a prioridade de processamento e julgamento das ações coletivas de consumo, tendo por objetivos a prevenção da multiplicidade de demandas com idêntico objeto, desafogamento do Judiciário e, conseqüentemente, valorização da economia, celeridade e efetividade do processo. No âmbito recursal, inclusive, também deve ser observada a prioridade das ações coletivas, como forma de se garantir os direitos supramencionados.

Quanto à sétima meta do CNJ, esta dispõe sobre a prioridade no julgamento dos processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos, o que deve ser estritamente observado pelo Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Justiça do Trabalho, gerindo estrategicamente as ações de massa com identificação e monitoramento do acervo de demandas repetitivas. O que se busca com isso é evitar decisões conflitantes e criar uma maior segurança jurídica, nos casos mais complexos e polêmicos.

Por fim, a oitava e última meta do CNJ trata do fortalecimento da rede de enfrentamento à violência familiar e doméstica contra as mulheres, o que deve ser observado de forma primordial pela Justiça Estadual, seja no âmbito criminal, cível ou dos juizados especiais, com a criação de centros de atendimento e acompanhamento à mulher vítima de violência doméstica, o que deve ser feito por meio de uma atuação articulada entre as instituições e/ou serviços governamentais, não-governamentais e a comunidade.

A finalidade de tal meta é, pois, o desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam o empoderamento e construção da autonomia das mulheres e os seus direitos humanos, por se tratar de parte vulnerável em razão da sociedade patriarcal e machista que até pouco tempo atrás prosperava, com a devida responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de risco e violência.

A rede de atendimento, dessa forma, sendo um conjunto de ações e serviços de diferentes setores (em especial, da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde), tem como finalidade a ampliação e a melhoria da qualidade do atendimento, bem como a identificação e o encaminhamento adequados às mulheres em situação de violência, a integralidade e a humanização do atendimento.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o papel do juiz, atualmente, é imprescindível para a realização de uma justiça verdadeiramente mais célere e justa, pautada em um processo em que o magistrado não fica distante das partes, mas caminha junto delas, direcionando-as a uma melhor solução da lide, ao mesmo tempo em que põe fim aos processos mais antigos e complexos.

O juiz deixa, pois, de ser um mero coadjuvante no processo, tornando-se protagonista da própria lide e do Judiciário como um todo, ao gerir o seu funcionamento e organização, incumbindo-se também de atividades administrativas.

A estrutura organizacional do Poder Judiciário foi moldada para lidar com sua atividade finalística que é essencialmente jurídica. (...) A função administrativa, como já dito, é exercida como atividade atípica modelada, como em toda Administração Pública, pela burocracia weberiana. Se de um lado, no antigo cenário, dúvidas pairavam acerca da eficiência e sua congruência com o modelo administrativo da Justiça, hoje, após a vigência das medidas apontadas, uma nova perspectiva se abre para a otimização e modernização da justiça (CALHAO, 2007, p.156).

Pode-se dizer, então, que com o CPC/2015 o Juiz-Juiz, tido como um juiz-coadjuvante, foi deixado de lado, surgindo em seu lugar um Juiz-Gestor, verdadeiro juiz-protagonista, responsável pelo andamento do processo e seu bom desenvolvimento, com a aplicação correta da justiça, mais efetiva.

Deve-se, contudo, observar que os critérios de resultado utilizados pela ciência da administração e gestão não podem ser aplicados ao judiciário sem ressalvas, vez que a principal atividade do juiz continua sendo a de julgar.

Conforme dispõe José Francisco Siqueira Neto, em seu artigo intitulado “Direito, Judiciário e Política: um diálogo mais que necessário”, parte do livro *Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski*:

A existência de problemas estruturais não justifica nem a retração dos juízes a meros cumpridores da lei (bouche de a loi) – que nada podem fazer diante deste problema - e tampouco o fortalecimento de “juízes ativistas”. Um juiz aberto ao diálogo com a sociedade, mas que não se exima de resolver os inúmeros problemas ligados à complexidade da entrega dos direitos fundamentais com respeito aos certames da política e do legislativo, segundo as leis e a Constituição. Esse é perfil do Juiz Constitucional contemporâneo. (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 298/299).

De fato, o jurisdicionado não pode ser tratado como um consumidor e a qualidade das decisões dos magistrados não deve ser considerada unicamente de forma numérica. O que se busca com a aproximação dos conhecimentos técnicos de gestão e a atividade jurisdicional é um

incremento na efetividade do Direito, uma maior segurança jurídica na obediência dos procedimentos e, conseqüentemente, um fortalecimento da democracia.

4 IMPLICAÇÕES PRÁTICAS NA DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE RECURSOS

Diante da vedação do CPC 2015 às decisões surpresa, deve o magistrado fundamentar de forma completa a sua decisão, sem fazer remissões ao quanto alegado pelas partes em petição, deixando claros os motivos que o fizeram julgar daquela forma. Isso é o que determina o art. 489, do CPC, que em seu § 1º dispõe quando a decisão, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, não é considerada fundamentada.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (BRASIL, 2015) (grifos nossos).

Com efeito, o § 1º do art. 489 do CPC traz um rol exemplificativo, podendo haver outros casos que não os previstos nos seus seis incisos que tragam uma decisão não fundamentada. O trabalho do legislador, no dispositivo em questão, foi o de concretizar, no plano infraconstitucional, o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais e o correspondente direito fundamental a uma adequada e legítima fundamentação das decisões judiciais, que deve ser racional, previsível, acessível e controlável, em contraposição a uma fundamentação livre, arbitrária, discricionária, introspectiva, solipsista, subjetiva, superficial e imprevisível.

Deve o juiz, pois, analisar todos os argumentos de fato e de direito apresentados por ambas as partes, argumentos esses que sejam objetivamente capazes de alterar o resultado do julgamento e

de infirmar a conclusão e interpretação a serem adotadas. O julgador, todavia, não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, desde que tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão, utilizando-se do instituto do julgamento antecipado da lide, se for o caso (art. 355, inciso I, do CPC).

Frise-se, ademais, que devem ser afastamentos do enfrentamento judicial os argumentos trazidos pelas partes que sejam irrelevantes ou mesmo impertinentes ao objeto da demanda.

Nesse sentido é a notícia tratada por Sérgio Rodas sobre uma discussão ocorrida no 3º Congresso da Magistratura Laboral, na sede do TRT da 2ª Região, entre o professor e jurista Lenio Luiz Streck, e o juiz trabalhista Xerxes Gusmão:

Ao comentar o artigo 489 do novo CPC, Gusmão sustentou ser irreal a exigência de analisar todas as alegações apresentadas pelas partes. Para o juiz, se a regra for aplicada literalmente, a Justiça irá parar, uma vez que, em muitos casos, os autores e réus elencam mais de 50 argumentos. [...] Na opinião dele, se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão estará suficientemente fundamentada (RODAS, 2015).

Determinando, pois, o legislador a fundamentação das decisões pelo juiz, que não apenas é incumbido de dar um pronunciamento à lide, mas também de auxiliar as partes a chegarem a um consenso e de gerir o processo, como verdadeiro administrador – exercendo a tarefa de Juiz-Gestor –, torna-se em muito diminuída a possibilidade de um dos litigantes interpor recurso contra aquela decisão, uma vez que o processo em si exigirá uma análise mais criteriosa e minuciosa para que seja proferida a decisão adequada.

O número de interposição de embargos de declaração (art. 1.022, do CPC), por exemplo, que tem como finalidade a de sanar vícios na decisão prolatada, destinando-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, fica drasticamente diminuído, tornando-se mais comum a sua utilização – se observado pelo magistrado o disposto no art. 489, do CPC –, quando a decisão trazer consigo algum erro material, como o nome equivocado das partes ou mesmo o número do processo.

O mesmo fenômeno pode ocorrer com o recurso de apelação (art. 1.009 e seguintes do CPC), que será interposto unicamente se a parte não se contentar com a interpretação feita pelo magistrado, subsumindo o caso concreto à norma de forma fundamentada, em uma decisão satisfativa de mérito (art. 487, do CPC) ou mesmo terminativa (art. 485, do CPC).

Nessa hipótese de interposição de apelação (o que pode acontecer também com o recurso de agravo de instrumento, se a decisão a ser atacada for interlocutória – art. 1.015 e seguintes do CPC), a parte manifestará seu inconformismo com a fundamentação apresentada pelo julgador. Para tanto, deverá trazer argumentos que sejam capazes de afastar aquela fundamentação apresentada, o que demonstra que o texto normativo que determina o dever de fundamentar não se

destina exclusivamente aos juízes.

Em um processo cooperativo e pautado pela boa-fé, as alegações das partes devem ser igualmente legítimas, adequadas e fundamentadas, ou seja, submetidas aos mesmos critérios de racionalidade, de previsibilidade, de acessibilidade e de controlabilidade, sob pena de não serem aceitas e serem consideradas protelatórias, sujeitas à imposição de multa por litigância de má-fé (art. 79 e seguintes do CPC), o que faz com que a interposição de recursos unicamente para retardar a resolução do litígio ocorram com cada vez menos frequência.

É fundamental, na organização do formalismo de um modelo de processo civil inspirado na colaboração, que se levem em consideração os pontos de vista externados pelas partes ao longo do procedimento no quando da decisão da causa. Trata-se de exigência calcada na necessidade de participação de todos que tomam parte no processo para o alcance da justa solução do caso concreto, tendo o diálogo papel de evidente destaque nessa estruturação. Fora dessas coordenadas não há de se falar em cooperação no processo (MITIDIERO, 2009, p. 140).

Isso significa, pois, que a fundamentação das decisões, amplamente difundida pelo CPC 2015, sendo um dever direcionado a todas as partes do processo e não apenas ao magistrado, tem como desdobramentos uma maior celeridade processual, distribuição da justiça e diminuição de processos e recursos, tornando desnecessária a criação de novas jurisprudências defensivas pelos tribunais, o que a torna um efetivo instrumento de economia processual e de utilização e acionamento da máquina judiciária apenas nos casos em que realmente seja necessário um pronunciamento.

CONCLUSÃO

A pesquisa versou sobre a sistemática decisória trazida com o Código de Processo Civil de 2015 e alguns mecanismos que viabilizaram a discussão acerca da produtividade, celeridade, economia processual e proatividade do Estado-Juiz e das partes integrantes de um processo em nome de uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Debateu-se acerca da vedação às decisões-surpresa e também sobre o importante dever de fundamentação das decisões pelo magistrado, ambos os institutos diretamente atrelados ao princípio do contraditório constitucional efetivo e que, se não observados, podem acarretar em nulidade processual, o que caracterizaria terríveis desperdícios de tempo e dinheiro do Estado na solução de contendas levadas a sua apreciação.

Nesse sentido, buscou-se expor as metas estipuladas pelo CNJ para que houvesse maior efetividade, desenvolvimento no caminhar das demandas e desafogamento no Judiciário, assim como as reflexões de que, quanto mais cooperação e democratização há no deslinde das controvérsias, integrando cada vez mais os sujeitos processuais e explanando os rumos que aquele

procedimento pode tomar, maior será o grau de resignação desses jurisdicionados, acarretando, por conseguinte, num menor índice de recursos a serem interpostos, auxiliando, pois, na desjudicialização de lides banais e que podem ser melhor resolvidas com diálogo, inclusão e promoção da paz.

REFERÊNCIAS

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15/07/2019.

____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 15/07/2019.

____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105>. Acesso em 15/07/2019.

____. *Resolução n. 67 de 03 de março de 2009*. Aprova o Regimento interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/b8953e0554207c0f4fb95a29e9326532.pdf>>. Acesso em 15/07/2019.

____. *Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2010. P. 01. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 15/07/2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. 1ª ed. São Paulo: RCS, 2007.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Efetividade da decisão recorrida e o efeito suspensivo dos recursos*. Revista Argumenta: Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, v. 4, p. 07-32, 2004.

DUARTE NETO, João Carneiro. *Juiz-Gestor e Juiz-Julgador: a Função Social do Juiz exige tal união*. In: XXIII Congresso Brasileiro de Magistrados - A politização do judiciário ou a judicialização da política. Maceió, 2018. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/cbm2018/regulamentos/Juiz-Gestor%20e%20Juiz-Julgador%20a%20Função%20Social%20do%20Juiz%20exige%20tal%20união.pdf>>. Acesso em 15/07/2019.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

(ENFAM). *Seminário: O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil - Enunciados Aprovados*. Disponível em < <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%c3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 17/07/2019.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido e PEDROSA, Luís A. Capanema. *Administração judicial aplicada*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2014.

LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica Herman e ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. Coordenadores. *Juiz constitucional: Estado e poder no Século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DO RIO GRANDE DO SUL. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Coordenação-Geral: Elaine Harzheim Macedo e Carolina Moraes Migliavacca. Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. 15ª tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Wanderlei José dos. *Diretoria de foro e administração judiciária*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

RODAS, Sérgio. *Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz>>. Acesso em 17/07/2019.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - o senso incomum?* Coleção O que é isto? Vol. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Impactos do novo CPC no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carla BERTONCINI¹

Tayana Roberta Muniz CALDONAZZO²

RESUMO

O presente trabalho trata dos precedentes judiciais e a importância de sua observância como garantia de direitos fundamentais, notadamente, isonomia, segurança jurídica e celeridade processual. A pesquisa justifica-se na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, pautado no estudo da lei, enseja decisões diversas para casos similares, gerando sensação de insegurança aos tutelados, interposição de recursos, dentre outras situações afins. Objetiva-se demonstrar a importância que os precedentes judiciais assumem no caminho da concretização da justiça. Assim, o problema relaciona-se a refletir de que modo o Direito pode se adequar ao uso dos precedentes, na medida em que contribuem para preservação de direitos fundamentais. Parte-se da premissa de que há posturas a serem adotadas nesse sentido, a exemplo do estudo, no Direito, que valoriza precedentes judiciais. Para atingir tal proposta, abordaram-se questões gerais sobre precedentes, aprofundando-se sobre alguns conceitos relevantes, bem como diferenciações entre os institutos *civil law* e *common law*, críticas sobre a forma como o Judiciário brasileiro vem tentando se utilizar dos precedentes, além de discorrer-se sobre formas de interiorização dessa postura. Utilizou-se o método dedutivo, além de pesquisa bibliográfica e eletrônica em livros, teses, dissertações e periódicos.

PALAVRAS-CHAVE: Isonomia; Segurança Jurídica; *Civil Law*; *Common Law*; Direito Comparado.

ABSTRACT

This work deals with judicial precedents and the importance of their observance as a guarantee of fundamental rights, notably equality, legal certainty and procedural speed. The research is justified to the extent that the Brazilian legal system, based on the study of the law, gives rise to several decisions for similar cases, generating a feeling of insecurity for the protected parties, filing of appeals, among other similar situations. The objective is to demonstrate the importance of judicial precedents in the path to justice. Thus, the problem is related to reflecting on how the Law can be adapted to the use of precedents, to the extent that they contribute to the preservation of fundamental rights. The premise is that there are postures to be adopted in this sense, such as the study, in the Law, which values judicial precedents. In order to achieve this proposal, general questions about precedents were addressed, in depth about some relevant concepts, as well as differences between civil law and common law institutes, criticism of the way in which the Brazilian judiciary has been trying to make use of precedents, in addition to discussing ways of internalizing this position. The deductive method was used, besides bibliographic and electronic

1 Advogada, Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (1992), Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (2001) e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) - PUC (2011). Atualmente é professora adjunta do curso de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado/Doutorado) e do curso de graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho e professora de Direito Civil (Direito de Família e Sucessões) da UNI/FIO.

2 Graduou-se em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp) - campus de Jacarezinho. Atualmente é Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) (Área de Concentração: Teorias da Justiça e Exclusão; Linha de pesquisa: Função Política do Direito). É bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas.

research in books, theses, dissertations and journals.

KEYWORDS: Equality; Legal Certainty; Civil Law; Common Law; Comparative Law.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa teve enfoque na área de Direito Processual Civil, em especial, abordou-se o tema de precedentes judiciais e a uniformização judicial do Direito. Nesse sentido, analisou-se a importância da valorização do uso de precedentes como forma de assegurar direitos fundamentais, notadamente, segurança jurídica, isonomia e celeridade processual.

Justifica-se o trabalho diante da constatação de que juízos e tribunais decidem casos similares de formas distintas, gerando insegurança jurídica. Isso ocorre porque no Brasil não há uma cultura de observância de precedentes judiciais. Assim, é importante a valorização de seu uso, a fim de que os julgadores observem as razões de decidir em casos similares, e permitam, com isso, decisões coerentes e bem fundamentadas.

Diante disso, o problema da pesquisa voltou-se a questionar de que forma o judiciário brasileiro pode se adequar ao uso dos precedentes judiciais, na medida em que garantem direitos fundamentais e também em razão das críticas quanto à forma como esse sistema vem se utilizando dos precedentes. Para tanto, partiu-se da premissa de que há posturas a serem adotadas com esse objetivo, a exemplo de uma formação que valorize os precedentes.

Para atingir a proposta, no primeiro item estudaram-se conceitos gerais acerca de precedentes, suas principais características e diferenciações entre os sistemas *civil law* e *common law*. Posteriormente, apresentaram-se formas de se afastar o precedente no caso concreto, bem como críticas quanto ao uso desse instituto pelo sistema judiciário brasileiro. Por fim, elencaram-se razões pelas quais a adoção do sistema aqui defendido é forma de garantia de direitos fundamentais, e apontaram-se exemplos de posturas para que seja adotado de forma adequada no ordenamento jurídico brasileiro.

Foi utilizado o método dedutivo, partindo-se da premissa de que os precedentes judiciais auxiliam na garantia de direitos fundamentais, e de que a forma como são utilizados no Brasil ainda carece de adequação, chegando-se à conclusão de que são necessárias novas posturas para que sejam devidamente implantados, a exemplo de uma formação jurídica que dê enfoque a esse sistema. Ainda foi realizada pesquisa bibliográfica e eletrônica por meio de periódicos, livros, teses e dissertações.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS GERAIS

Casos semelhantes obtendo soluções diversas no âmbito do Judiciário brasileiro é uma situação que carece de enfrentamento, na medida em que acarreta em injustas e tratamentos desiguais para os indivíduos. Tendo em vista que os julgadores têm por base as mesmas leis, como é possível que casos similares possuam diversas soluções? Diante disso, trabalha-se a valorização do uso de precedentes judiciais como forma de melhoria dessa realidade, observando-se a estrutura hierárquica do Poder Judiciário.

De início, convém ressaltar que o conceito de precedentes judiciais varia entre as diferentes doutrinas (FRANZÉ; PORTO, 2016, p. 58). Para Franzé e Porto (2016, p. 58), considera-se precedente “a decisão prévia que produz uma norma, por meio de uma tese jurídica, com a finalidade de atribuir racionalidade ao sistema, que poderá ser utilizada como paradigma para futuras decisões”. Pode-se afirmar que definem o sentido do direito por meio das melhores razões, ou seja, as razões determinantes ou *ratio decidendi*. Além disso, possuem um caráter universalizante, podendo ser utilizados em casos similares, a fim de que se evitem decisões distintas para casos iguais. Caracterizam-se ainda pelo caráter prospectivo, pois se voltam para o futuro, visando assegurar igualdade e segurança no âmbito do tratamento de uma mesma questão jurídica. Servem, assim, de base para decisões judiciais futuras (CAMBI, 2018, p. 187). Tratam de questões de direito, predominando-se um fator jurídico nessas questões (CAMBI, 2018, p. 190-191). Deve-se ressaltar, porém, que “os precedentes somente podem ser compreendidos à luz dos fatos. Respeitar o precedente significa verificar se os mesmos fatos que deram suporte para as decisões pretéritas estão presentes no caso a ser julgado” (CAMBI, 2018, p. 191).

Há duas grandes famílias em que se agrupam os principais sistemas jurídicos. De um lado encontra-se a família romano-germânica, conhecida também por *Civil Law*, e de outro, há a família anglo-americana, relacionada ao *Common Law* (DAVID, apud MORAES, 2007, p. 26). É necessário abordar aspectos desses sistemas, comparando-os, na medida em que se formaram em contextos políticos e culturais diversos, que os influenciaram para a existência de características próprias (MARINONI, 2009, p. 12).

O *civil law* “tem a lei como sua principal fonte do Direito” (PANUTTO, 2017, p. 9). Adota-se a técnica da codificação, ressaltando-se a importância da lei. Possui ligação com as tradições romanistas, e tem base na Europa Continental, além de algumas ordens jurídicas internacionais, como países situados na América Latina, a exemplo do Brasil, países da África, Japão e Indonésia. Paralelamente, no *common law*, a regra de direito se pauta em precedentes provenientes de decisões de juízes. Assim, a lei, de caráter geral e abstrato ocupa apenas um papel secundário para a resolução das demandas. A Inglaterra é seu berço principal, e expandiu o sistema em razão da colonização, que hoje pode ser encontrado em países como Estados Unidos, Canadá,

Austrália e Irlanda (DAVID, apud MORAES, 2007, p. 26 - 27).

Pode-se afirmar que os precedentes são considerados fontes de direito no sistema *common law*, assim como a lei e os costumes. Isso ocorre porque se confiava no Judiciário nos países em que o sistema se consolidou. Nesse sentido, na Inglaterra os juízes lutavam contra o arbítrio do monarca, importando-se com os direitos e liberdades dos indivíduos (MARINONI, 2009, p. 18). Paralelamente, não havia a mesma confiança nos magistrados no contexto da Revolução Francesa, na medida em que apoiavam os senhores feudais e mantinham oposição à centralização do poder (MARINONI, 2009, p. 31). Objetivava-se a criação de leis claras e completas, de modo que o magistrado não possuísse espaço para interpretá-las, mas tão somente aplicá-las nos casos concretos (MARINONI, 2009, p. 31-32).

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para desenvolver-se (MARINONI, 2009, p. 35).

Marinoni (2009, p. 20) ressalta que “o que permite dizer que o juiz do *common law* cria o direito é a comparação do seu papel com a do juiz da tradição do *civil law*, cuja função se limitava à mecânica aplicação da lei”. No entanto, a concepção, por parte do *civil law*, de que o direito se restringe ao que é produzido pelo Legislativo foi se alterando historicamente (MARINONI, 2009, p. 22), de modo que se pode dizer que a diferença entre os sistemas “não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações, mas sim na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por consequência, no respeito que lhe é devotado” (MARINONI, 2009, p. 22).

O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não tem a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. (MARINONI, 2009, p. 30).

Conforme abordado anteriormente, a utilização de precedente envolve retomar uma decisão anterior, entendida como decorrência de uma situação paradigma, de modo que determinados fundamentos serão a chave para a resolução do caso a ser analisado no presente. No entanto, quais fundamentos seriam relevantes? Nesse sentido se insere a distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi*.

Esta se constitui nos fundamentos determinantes da decisão, ou seja, enseja a solução do caso concreto, podendo também ser entendida como o conteúdo essencial da decisão judicial paradigma (CAMBI, 2018, p. 194). Para o julgamento de caso concreto, o juiz, analisando o

precedente, deverá se ater a *ratio decidendi*, fazendo análise dos elementos relevantes da decisão-paradigma para proferir a solução (SALAZAR, 2018, p. 33). “A eficácia obrigatória dos precedentes é, a rigor, a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*” (CAMBI, 2018, p. 195). Para localizar esse elemento, Franzé e Porto (2016, p. 60) explicam ser necessário “reconstruir subsuntivamente/silogisticamente a justificação racional, para verificar a relação entre as suas premissas e o resultado do julgamento, a fim de verificar quais são os argumentos que sem eles não seria possível chegar naquele resultado do julgamento”.

Já o *obter dictum* consiste nos “argumentos [...] que não influenciam significativamente na solução encontrada” (CAMBI, 2018, p. 195), caracterizando-se por serem alegações que não interferem de forma significativa na solução, mas são úteis para compreensão do raciocínio da decisão (CAMBI, 2018, p. 195). Desse modo, “o elemento da decisão que não influir no resultado do julgamento é chamado *obter dictum* e não vinculará os demais julgamentos. Já a parte da decisão que foi decisiva para o resultado do julgamento será a *ratio decidendi*” (FRANZÉ; PORTO, 2016, p. 60).

Necessário expor, além disso, que apesar de os casos sempre possuírem diferenças, é necessário compreender quais seriam relevantes a ponto de não se aplicar uma decisão paradigma como precedente para a situação concreta. Para tanto, insere-se a análise do *distinguishing* e *overruling*. “Dois métodos são utilizados para evitar seguir um precedente: *overruling* e *distinguishing*. Em ambas as ocasiões o juiz deve expor de forma exauriente os motivos da não aplicação do precedente” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 866).

Franzé e Porto (2016, p. 63) os analisam como técnicas de não aplicação dos precedentes. Segundo os autores, no primeiro caso, não se aplica na medida em que não há semelhança entre os casos em análise e o precedente. Já o segundo refere-se ao fato de que o precedente anterior foi superado (CAMBI, 2018, p. 200). Destaca-se que apesar das diferenciações fáticas, não é interessante partir para uma análise radical das diferenças mediante um “*distinguish radical*”, sendo que a *ratio decidendi* é relevante nesse sentido (FRANZÉ; PORTO, 2016, p. 63), ou seja, “não é possível a afirmação de que cada caso é um caso ou, o oposto, que os casos devem ser idênticos. Esta verificação de semelhança ou não se dá por meio da *ratio decidendi*” (FRANZÉ; PORTO, 2016, p. 63).

Para decidirem com base em precedentes, devem analisar se os fatos ajustam-se aos do caso em que ensejou o precedente, podendo, inclusive, afastá-lo caso entenda que esse precedente não mais atende à realidade da sociedade, ou que os fatos são diversos e que a adoção do precedente não conduz à solução mais adequada (MELLO; BARBOZA, 2015, p. 226).

Assim, nota-se que a utilização ou não do precedente requer justificação e fundamentação

adequada. Aquele que solucionar um caso mediante aplicação de precedente deverá justificar as razões de semelhanças. Por outro lado, se preferir afastá-lo, deverá explicitar os motivos porque não os observou. Assim, devem-se respeitar os precedentes, e sempre que possível, citá-los. Isto porque ensejam maior estabilidade ao direito, contribuindo para que se assegure a certeza jurídica (CAMBI, 2018, p. 202). Desse modo, defende-se uma análise equilibrada dos precedentes, que não devem ser obedecidos sem critérios: “Não podem estar os juízes estritamente obrigados a julgar em conformidade com as leis ou com os precedentes, tendo liberdade para julgar de maneira nova cada vez que, após analisar os custos e benefícios, fique evidente que uma decisão traga maiores vantagens” [...] (CAMBI, 2018, p. 214-215). É permitido que Cortes Superiores alterem seus entendimentos sobre o Direito, e conseqüentemente, modifiquem seus precedentes. O que não se deve admitir é a ocorrência de constantes variações de entendimentos, na medida em que se gera instabilidade, podendo tornar o sistema de precedentes desacreditado (CAMBI, 2018, p. 208).

A interpretação viva da Constituição exige a manutenção da permanente tensão entre a busca da segurança jurídica – que requer a observância dos precedentes pelos juízes – e a realização da justiça material do caso concreto, que exige a capacidade dos juízes de atualizar as normas às situações novas. Modificar os precedentes, não estendê-los a casos sucessivos e criar novos paradigmas judiciais são fatores que compõem a dinâmica da jurisprudência como fonte do direito. O problema reside nas variações jurisprudenciais arbitrárias, constantes, instáveis e privadas de justificação. A função dos precedentes não deve se limitar à uniformização da aplicação do direito, mas deve explicitar regras de julgamento, razões de decidir e cânones de interpretação que possam servir para a resolução dos casos sucessivos (CAMBI, 2018, p. 227).

Assim, sem se pretender esgotar o tema, foram abordados alguns aspectos gerais sobre precedentes judiciais, a exemplo de sua relevância nas tradições *civil law* e *common law*, contexto histórico desses sistemas e suas diferenciações, critérios de não aplicação de precedentes e compreensão da importância da *ratio decidendi* como fundamento relevante em uma decisão. Interessante compreender, nesse momento, o uso de precedentes no sistema judiciário brasileiro e críticas acerca dessa utilização.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 2015 valorizou o uso de precedentes judiciais, visualizando-o como fonte do direito. Os artigos 489, §1, inciso V; 489, §1º, inciso VI; 926, *caput*, dentre outros, são exemplos dessa afirmação (CAMBI, 2018, p. 189). Há regramentos acerca dos precedentes também em outras legislações (CAMBI, 2018, p. 189-190). De fato, “todas essas reformas têm em comum ressaltar o papel dos precedentes como técnicas de agilização processual” (CAMBI, 2018, p. 190). O Código de Processo Civil de 2015 decorreu do incentivo, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2014, de se criar uma jurisdição mais célebre e efetiva. O diploma

evidenciou o caráter publicista e instrumental do processo, bem como enfatizou exigências do bem comum e buscou atender aos fins sociais (LEAL; RAGAZZI, 2018, p. 205). Nesse sentido, objetivou estabelecer maior respeito e obediência às decisões de tribunais superiores e de súmulas, visando o estabelecimento de um sistema precedentalista, inspirado na tradição do *common law* (LEAL; RAGAZZI, 2018, p. 206).

Cambi (2018, p. 192) compreende pela existência de crise do Direito, sob a forma da lei. Na visão deste autor, a inflação legislativa e opacidade do Direito são prejudiciais à certeza jurídica, sendo que grande parte dos indivíduos desconhece todo o Direito vigente. Afirma-se que essa crise pode ser superada se for modificada a relação entre juiz e lei, por meio da aplicação da Constituição Federal. A regência do Direito por meio de convicções pessoais dos juízes impede a segurança jurídica, na medida em que traz decisões imprevisíveis e incontroláveis. Mesmo que aplicado de forma racional, o Direito pode gerar decisões diferentes sobre situações similares (CAMBI, 2018, p. 192).

À medida que o Novo Código de Processo Civil obriga os juízos inferiores a respeitarem os precedentes das instâncias superiores, bem como obriga os tribunais a respeitarem seus próprios precedentes, é inegável a inserção dos precedentes judiciais na classificação das fontes no Direito brasileiro, figurando ao lado da lei como uma de nossas principais fontes do Direito. Isto porque o Poder Judiciário brasileiro deverá se ater à sua função institucional de pautar suas decisões para a solução de casos futuros, de modo a prevenir o surgimento de processos, pois a sociedade saberá, de antemão, os precedentes judiciais dos tribunais, bem como para facilitar a solução de conflitos objeto de processos judiciais através da aplicação dos precedentes judiciais vinculantes (PANUTTO, 2017, p. 125).

Em que pese tais colocações, podem ser apontadas críticas quanto ao uso dos precedentes pelo judiciário brasileiro. Utilizando-se de diversas formas, inclusive mediante a criação de um Novo Código de Processo Civil, os juízes descumprem o devido processo legal, alegando seguirem precedentes judiciais, a exemplo de decisões pacificadas ou repetitivas e súmulas vinculantes. Ocorre que os juristas, muitas vezes, confundem conceitos de jurisprudência e decisões vinculantes com precedentes, provavelmente em razão de uma formação que se pautou na codificação (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 862).

De fato, Franzé e Porto (2016, p. 67) diferem precedentes de súmulas com base em critérios qualitativos e quantitativos. No primeiro caso, o precedente possui mais qualidade se comparado a uma jurisprudência, pois o que nele tem relevo é a fundamentação da decisão. Já na jurisprudência ocorrem decisões reiteradas no mesmo sentido, interessando somente a parte dispositiva. Quanto ao critério quantitativo, aponta-se que a jurisprudência requer ao menos duas decisões para que sejam consideradas reiteradas, ao passo que o precedente liga-se a apenas um caso, não necessitando de um número mínimo para que se constitua (FRANZÉ; PORTO, 2016, p. 68). Refletindo-se sobre o uso dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, Junior e Barbosa

(2017, p. 868) consideram que:

[...] as decisões proferidas pelos tribunais superiores vinculam – algumas de forma obrigatória, outras não – as demais esferas do Poder Judiciário, porém fogem completamente da verdadeira essência do *stare decisis*. [...] O atual sistema deliberativo dos tribunais superiores impede a efetiva recepção da teoria adotada pelo *common law*.

Assim, os autores analisam a tentativa de aplicação dos precedentes no sistema brasileiro, tecendo críticas a esse respeito. A fim de exemplificar, menciona-se que no uso das súmulas “os prolores [...] não se preocupam em garantir a coerência e/ou previsibilidade. Inclusive, é costumeiro o descumprimento dos próprios tribunais superiores com relação às suas súmulas” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 874). Argumenta-se ainda que “a formatação dos enunciados não possui uma lógica e, principalmente, não consigna os fundamentos essenciais das decisões que geraram a súmula” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 874). Tem-se que “enquanto o precedente judicial, nos moldes do *common law*, delimita toda a racionalidade jurídica (*ratio*), a súmula apenas se presta a mencionar um resumo do dispositivo” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 875). A respeito da súmula vinculante, afirma-se:

Não obstante a tentativa de melhoria no Judiciário, percebe-se que a súmula vinculante, na realidade, veio a “engessar” o Direito muito mais do que ocorre no instituto do *stare decisis*. Primeiro porque poucos são os legitimados a pleitear a revogação dos enunciados; e segundo, porque os enunciados são formulados sem qualquer critério formal e não delimitam a racionalidade jurídica das decisões que serviram de base para sua formulação. Na realidade, se torna necessário um novo método para a formulação das súmulas vinculantes, as quais não possuem a devida fundamentação e, por vezes, são contraditórias e obscuras (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 876).

Refletindo sobre os recursos repetitivos, previstos nos artigos 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, tecem duas críticas: a primeira refere-se “ao método de escolha do recurso extraordinário que servirá de paradigma para os demais casos, isto é, qual o critério adotado pelo STF na subida do recurso?” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 877). Nesse sentido, afirmam: “não seria mais adequado deixar o primeiro caso chegar ao tribunal superior para que, a partir da sua resolução, ficassem os tribunais e juízos estaduais e federais obrigados em face do precedente então formado?” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 877). Além disso, criticam a obstrução “na subida de recursos com o desiderado de reformar as decisões proferidas em recursos repetitivos. Se os tribunais devem rejeitar liminarmente os recursos que possuem temas já julgados em recurso repetitivo, para quem se deve pleitear o *overruling*?” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 877).

Exemplo do despreparo dos tribunais no uso dos precedentes judiciais pode ser inferido na comparação entre o descumprimento de arguição de preceito fundamental nº 54 com a decisão *Roe versus Wade*, que se referem, respectivamente, a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos no Brasil e a descriminalização do aborto nos Estados Unidos.

De início, ressalta-se que os Estados Unidos possuem um modelo de controle de

constitucionalidade diverso do Brasil. Naquele país, todos os juízes podem declarar que uma lei é inconstitucional, por estar em dissonância com a Constituição norte-americana. Paralelamente, no Brasil há um modo misto de analisar a constitucionalidade de leis, pois se adota um sistema difuso e concentrado, inspirados, respectivamente, nos modelos norte-americano e austríaco. Ainda, a Constituição atribui ao Supremo Tribunal Federal à função de guardar a Constituição, de modo que o órgão tem poder para analisar a adequação de leis em face da norma suprema (MELLO; BARBOZA, 2015, p. 224).

Na decisão *Roe versus Wade* não se enfocou primordialmente na existência de vida no feto (MELLO; BARBOSA, 2015, p. 227). “O que se discutiu e se tentou definir foi se o feto, de acordo com a Constituição, de acordo com a interpretação do Texto Constitucional, poderia ser considerado dotado de vida e de proteção constitucional especial” (MELLO; BARBOSA, 2015, p. 227).

A questão principal no debate em torno de *Roe VS. Wade* não é uma questão metafísica sobre o conceito de pessoa nem uma questão teológica sobre a existência da alma no feto, mas sim uma questão jurídica acerca da correta interpretação da constituição, questão essa que, em nosso sistema jurídico, tem que ser resolvida de um jeito pelo judiciário, pela Suprema Corte, e não politicamente. Trata-se da questão de saber se o feto é uma pessoa constitucional, ou seja, uma pessoa cujos direitos e interesses têm de ser considerados tão importantes quando os de outras pessoas no esquema de direitos individuais estabelecidos pela Constituição (DWORKIN, apud MELLO; BARBOZA, 2015, p. 227).

A Suprema Corte, na decisão *Roe versus Wade*, compreendeu que o feto não é uma pessoa segundo a Constituição. Caso fosse entendido em sentido contrário, o Estado deveria proibir o aborto, ao menos em algumas circunstâncias (DWORKIN, 1996, p. 87). Em resposta ao argumento de que o Estado poderia proibi-lo, visando tutelar os interesses do feto, Dworkin (1996, p. 90) esclarece que o argumento não merece prevalecer se confrontando com o direito da mulher em controlar seu próprio corpo. Assim, considera que o feto não possui interesses até o terceiro trimestre. Destaca-se que a Constituição norte-americana não dispõe sobre o direito à realização do aborto. O entendimento sobre sua legalidade foi se consolidando ao longo de algumas interpretações: em 1973 a Suprema Corte Americana decidiu que as mulheres possuíam referido direito nos três primeiros estágios de gravidez (MELLO; BARBOSA, 2015, p. 227). Para que se chegasse a essa decisão, foi necessário que se embasasse “no fundamento de outros julgados sobre casos anteriores que discutiam lides semelhantes, ou seja, houve a aplicação prática de precedentes” (MELLO; BARBOSA, 2015, p. 227).

Concluiu-se que a decisão que descriminalizou a prática de aborto nos Estados Unidos, em sede de controle difuso de constitucionalidade, considerou o direito constitucional fundamental da mulher de controlar seu próprio papel na procriação, já anteriormente definido em decisões que formavam o arcabouço dos seus precedentes, além de utilizar a técnica de interpretação para definir que feto não é pessoa constitucional (MELLO; BARBOSA, 2015, p. 228).

Paralelamente, destaca-se no Brasil a Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental nº 54, julgada em 2012, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. Seu objeto foi o pedido de “declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal [...] que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo” (BRASIL, 2012). Para tanto, a anencefalia deveria ser previamente diagnosticada, e a pretensão da ação relacionava-se ao direito da gestante em submeter-se à antecipação terapêutica do parto sem necessidade de autorização judicial ou autorização estatal (BRASIL, 2012). No acórdão se destacaram os seguintes fundamentos:

a) preocupação em retirar do campo de incidência penal “aborto” o procedimento de antecipação terapêutica do parto, argumentando tratar-se de conceitos distintos, porquanto, aborto significa a interrupção da gravidez de um feto sadio, situação diversa da gestação de feto anencéfalo; b) esforço em fundamentar que anencefalia e vida são termos antitéticos, sustentando que, no caso em tela, o conflito entre direitos fundamentais é aparente, pois o anencéfalo não tem potencialidade de vida. Não há conflito entre direito à vida e a dignidade da mulher, pois não há viabilidade de vida; “Aborto” é crime contra a vida e, nesse caso, não existe vida possível; c) com base no julgamento da ADI n. 3.510, destacou-se que a CF tutela o indivíduo-pessoa, o que não é o caso do feto; e que, a potencialidade é um argumento suficiente para tutela de determinado direito, no entanto, no referido caso, não há sequer potencialidade de vida extrauterina; d) mesmo inadmitindo que exista o direito à vida do feto, de acordo com o Relator e, em suas palavras, “por amor ao debate”, esse suposto direito a uma vida que, segundo pesquisas, não ultrapassaria algumas horas, não deveria prevalecer no confronto com os direitos: à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres que gestam fetos anencéfalos; e) conclui pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro (MELLO; BARBOSA, 2015, p. 232-233).

Assim, verifica-se a preocupação, no âmbito dessa decisão, em esclarecer que o aborto de anencéfalos difere-se do aborto descrito no Código Penal, consistindo em uma antecipação terapêutica do parto. Ou seja, preocupou-se em explicitar que não se discute a descriminalização do aborto, justamente para evitar que os argumentos da decisão servissem, no futuro, como precedentes para uma nova ação voltada à descriminalização do aborto (MELLO; BARBOZA, 2015, p. 233). De fato, no voto do relator é possível constatar passagens que se preocupam em distinguir o caso em julgamento do aborto de fetos saudáveis. Afirmou-se que existe distinção entre o aborto e a antecipação terapêutica do parto: No primeiro caso, “consoante salientam Telma Birchall e Lincoln Farias, incumbe identificar se existe algum motivo que autorize a interrupção da gravidez de um feto sadio” (BRASIL, 2012). Por outro lado, a antecipação terapêutica do parto volta-se a analisar se há justificativa para obrigar a mulher a manter uma gestação quando não há expectativa de vida para o feto (BRASIL, 2012).

Identifica-se que, embora o sistema de precedentes não seja adotado tal qual ocorre nos Estados Unidos, há evidências, mediante a análise da decisão da ADPF nº 54, que existe preocupação no sentido de ter um certo cuidado com a fundamentação das decisões, para que estas não sejam tomadas como fundamento para outras decisões. Pois quando o STF se preocupa em desqualificar o aborto em casos de gestações de anencéfalos, para a

antecipação terapêutica do parto, verifica-se a preocupação em não gerar um argumento em favor da descriminalização dos abortos em geral. Pois, [...], nos Estados Unidos, para chegar até a decisão de permissão para a realização do aborto, houve toda uma evolução jurisprudencial, cujos precedentes se referiam, em um primeiro momento, às decisões anteriores que analisaram a legalidade da comercialização de pílulas anticoncepcionais. Foi com base nos argumentos dos precedentes gerados nas decisões que permitiam a venda de anticoncepcionais que se fundamentou a decisão de permissão para a legalização do aborto (MELLO; BARBOZA, 2015, p. 233).

Diante disso, “falta coerência aos ministros no momento de prolatar decisões que, em muitas vezes, são base para milhares de casos futuros” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 881). Considerando o caso acima relatado, afirma-se que “apesar da maioria dos ministros acolher a tese principal, todos os votos possuem motivos determinantes diversos. [...] Em um futuro próximo, quando se discutir de forma aberta a possibilidade de aborto, qual voto na ADPF/54 servirá de base para a decisão final?” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 881). Conclui-se que “‘o sistema de precedentes’ no Brasil é, na realidade, uma ficção. Há um conjunto de provimentos vinculantes; nada mais que isso” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 880).

Aponta-se ainda outra crítica doutrinária no sentido de que “a transposição dos precedentes para o sistema jurídico processual brasileiro com que os Tribunais Superiores e o legislador vêm fazendo é equivocada e apressada” (SILVA, 2017, p. 81). Veja-se:

Ao invés de termos a lei, enquanto principal fonte do direito e base para a construção de um raciocínio jurídico dedutivo, passamos a substituir os termos vagos e gerais desta para o da jurisprudência, súmulas, etc. Ou seja, substituímos um texto por outro, sem, no entanto, refletirmos sobre o importante fato de que também no *common law* há a necessidade de interpretação do precedente. Agora, não precisamos mais de lei já que temos a jurisprudência e as súmulas. A maneira com que trabalhamos com precedentes, entretanto, é a mesma com que trabalhamos com a lei. As súmulas, vinculantes ou não, a jurisprudência dominante são aplicadas descontextualizadas do caso concreto. Não há argumentação relativa aos aspectos do caso concreto em juízo. Quantas não são as vezes em que um membro de um tribunal, relator do recurso de apelação, limita-se a negar provimento em virtude da orientação x, do Tribunal Superior y, e cita um julgado qualquer. Não há, de fato, argumentação dos aspectos essenciais do caso sub judice. Na forma como estamos lidando com os precedentes temos o velho vício de separar as questões de fato e de direito, quando sabemos muito bem que o direito é ligado de forma inexorável à vida (SILVA, 2017, p. 80-81).

Desse modo, verificou-se no presente item que apesar de o sistema judiciário brasileiro ter tentado adotar o uso de precedentes, ainda há um longo caminho para que o instituto se estabilize e seja utilizado de forma adequada. Passa-se a defender, desse modo, a relevância do uso dos precedentes como instrumentos voltados a garantir direitos fundamentais, bem como se apontam caminhos para que se adote essa postura na cultura judicial brasileira.

4 PRECEDENTES JUDICIAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar das críticas quanto à utilização dos precedentes pelo sistema jurídico brasileiro, deve-se ressaltar que Cambi (2018, p. 207) aponta ser a estrutura hierarquizada do Poder Judiciário

um instrumento que facilita a observação dos precedentes³, de modo que devem possuir eficácia horizontal, sendo respeitados pelas Cortes que os criaram, e eficácia vertical, obedecidos pelas demais instâncias do Judiciário. Em razão da possibilidade de diferentes entendimentos sobre uma norma, justifica-se a existência de construções que buscam uniformizar a interpretação desse dispositivo legal (SALAZAR, 2018, p. 25). Para Cambi (2018, p. 208), a adoção de precedentes assegura “estabilidade e a segurança jurídicas, além de se afirmar a noção de justiça como regularidade, o que permite tratar isonomicamente os casos essencialmente iguais e, assim, promover o princípio da igualdade perante a lei, evitando surpresas e arbitrariedades”.

Assim, é importante que os julgadores interpretem a lei, e em consequência, podem chegar a diferentes conclusões na solução de casos concretos. No entanto, conforme já ressaltado, precedentes devem ser respeitados, justificando-se a sua utilização ou não no caso em análise (CAMBI, 2018, p. 202), não sendo aceitável a variação constante de entendimentos sem critérios (CAMBI, 2018, p. 208). O desrespeito aos precedentes é hipótese de arbítrio judicial (CAMBI, 2018, p. 206). “A não obediência aos precedentes judiciais representa negação ao próprio Direito. Os precedentes são obrigatórios, porque se assentam na unidade do Direito, resultante da interpretação que é dada à Constituição e à legislação federal pelas Cortes Supremas” (CAMBI, 2018, p. 206).

Embora as decisões, no sistema do *civil law*, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isto deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica. Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar. Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo. [...] O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade (MARINONI, 2009, p. 36).

Deve-se ressaltar que para Marinoni (2009, p. 44), um sistema que permite decisões contrastantes “estimula a litigiosidade e incentiva a propositura de ações [...]. A ausência de previsibilidade, como consequência da falta de vinculação aos precedentes, conspira contra a racionalidade da distribuição da justiça e contra a efetividade da jurisdição” (MARINONI, 2009, p. 44). De fato, considerando o volume de processos em trâmite no judiciário brasileiro, é possível

3 Deve-se ressaltar, no entanto, que o respeito aos precedentes não é algo culturalmente incorporado no Brasil. Os juízes e Tribunais não possuem o costume de se vincular de maneira obrigatória aos precedentes, sendo comum, até no âmbito dos Tribunais Superiores, que uma mesma questão seja julgada de maneira distinta por seus órgãos fracionários (CAMBI, 2018, p. 216).

notar que os juízos preocupam-se mais em solucionar casos rapidamente do que em fundamentar com a devida profundidade suas decisões. Apesar de se acreditar que uma fundamentação rasa trará a resolução do problema de forma ágil, ocorre justamente o contrário: os tutelados, insatisfeitos com o resultado da decisão, acabam recorrendo aos tribunais, de modo que processos que poderiam ser resolvidos em primeira instância se recebessem a devida atenção, levam anos para obtenção de uma finalização. Isso sobrecarrega o Judiciário, bem como se fere o princípio da razoável duração do processo.

Se os magistrados se pautarem somente na busca pela celeridade processual, será possível admitir o costume a uma Justiça mecânica, que mais se preocupa com estatísticas do que com a efetivação da justiça. Isso pode tornar os indivíduos reféns de um sistema que serve de instrumento de dominação de uma elite judiciária (LEAL; RAGAZZI, 2018, p. 208). Além disso, esse sistema traz “o risco de provocar, ainda que não propositalmente, denegação de tutela jurisdicional em se tratando de direitos fundamentais sociais. Acelerada ao extremo, a jurisdição pode negar proteção a quem mais precisa, justamente os titulares de tais direitos sociais” (LEAL; RAGAZZI, 2018, p. 209). “Os efeitos mágicos de produção em série e veloz contracenam com o descompromisso, a ausência de responsabilidade do sujeito que assina” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 881).

Assim, a utilização de precedentes possui vantagens: permite que as decisões judiciais sejam mais célebres, e conseqüentemente, haverá maior eficácia na atividade decisória. Ainda, gera maior credibilidade aos juízos das instâncias inferiores, diminuindo o risco de que suas decisões sejam objeto de reformas por tribunais superiores; permite que os indivíduos que se submetem à lei saibam como uma regra ou princípio deve ser interpretado, trazendo, assim, maior segurança jurídica e uniformidade na aplicação do Direito, efetivando princípios da igualdade e segurança jurídica, dentre outras (CAMBI, 2018, p. 216).

Peças processuais podem ter sua qualidade comprometida se os meios tecnológicos não forem bem utilizados. De fato, é possível encontrar julgados com certa facilidade nos sites dos Tribunais, bem como há a disponibilidade da função de recortar e colar arquivos da internet. Deve-se alertar o uso de citações de diversos e longos julgados, a fim de persuadir o leitor, sem se verificar uma real preocupação com seu conteúdo, ocorrendo um verdadeiro abuso de citações. Essa situação contribui para o caos da jurisprudência (CAMBI, 2018, p. 209).

Isso também favorece a jurisprudência dita *precedencialista*, decorrente da aplicação do precedente sem uma comparação rígida entre o *leading case* e o caso concreto que está em julgamento. Nesses termos, o uso do precedente, na formação da jurisprudência, deve ser duramente criticado, porque reconduz a um *positivismo jurisprudencial judicial* (CAMBI, 2018, p. 209).

Nesse sentido, a mera repetição de precedentes, sem uma análise concreta da decisão-

paradigma, subtrai do operador do direito a capacidade de pensar de maneira crítica os problemas jurídicos (CAMBI, 2018, p. 210). Aponta-se ser “dever tanto do STJ quanto do STF reunir seus ministros em cada julgamento, a fim de discutir a uniformização da jurisprudência, sendo que todos os votos devem possuir os mesmos motivos determinantes” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 882). “Na realidade, como ocorre na Suprema Corte Norte-Americana, o ideal seria um único voto ser prolatado pelos ministros – ainda que haja divergência –, com o entendimento da maioria” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 882). Estes autores apontam outros caminhos para o enfrentamento da questão, concluindo-se por uma solução ligada a “adaptação de um sistema misto, unificando o *civil law* à verdadeira teoria dos precedentes” (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 883).

Conforme já exposto, provavelmente é a formação dos juristas, focada na codificação, que dificulta o uso dos precedentes da forma adequada (JUNIOR; BARBOSA, 2017, p. 862). No entanto, “a atividade forense não mais permitirá a simples citação desconexa de súmulas, julgados, ementas e jurisprudência, sem que se demonstre a correlação da razão de decidir com o caso paradigma” (PANUTTO, 2017, p. 150).

Será necessária uma readequação, diante dessa nova realidade, por parte dos cursos de Direito, na medida em que o ensino jurídico pauta-se no sistema romano-germânico, mediante ensino de leis. O estudo de casos é útil para a aplicação de um dispositivo legal, sendo que a análise dos fatos que ensejaram o litígio fica em segundo plano, privilegiando-se a aplicação da lei à situação. Será importante, assim, compreender e interpretar os precedentes (PANUTTO, 2017, p. 150). “O estudo de casos [...] deverá ser incentivado, superando-se a costumeira análise das decisões como forma de compreensão e julgamento dos conflitos, para permitir [...] a identificação da razão de decidir para a correta identificação do precedente aplicável [...]” (PANUTTO, 2017, p. 151).

O Novo Código de Processo Civil, a despeito de legalmente impor a vinculação aos precedentes judiciais dos tribunais superiores, terá como grande desafio fomentar a cultura de criação, interpretação e respeito aos precedentes judiciais, pois a aproximação de nosso sistema jurídico ao sistema do *common law* demandará uma adaptação de todos os envolvidos na atuação forense, o que exigirá dos profissionais uma verdadeira reciclagem profissional para poder atuar nesta nova concepção da decisão judicial (PANUTTO, 2017, p. 148).

Desse modo, verifica-se que o uso de precedentes judiciais permite que casos similares possuam resultados parecidos, acarretando em preservação de segurança jurídica, isonomia entre as partes, agilização processual, dentre outros benefícios. No entanto, para que esse sistema seja adotado de maneira adequada, ainda são necessárias medidas de adaptação, a exemplo de preparação adequada nos cursos de Direito, novos estudos pelos juristas, dentre outras condutas afins.

CONCLUSÃO

Os precedentes judiciais auxiliam na garantia de direitos fundamentais, na medida em que contribuem para que casos semelhantes tenham resultados afins. São criados a partir de uma decisão paradigma, que servirá de base para um caso futuro, caso possuam determinados elementos semelhantes. Assim, para sua utilização deve observar a *ratio decidendi*, ou seja, a fundamentação essencial para que se chegasse àquela conclusão.

Conforme exposto neste estudo, o Novo Código de Processo Civil, além de outras legislações, valorizaram o uso dos precedentes judiciais. No entanto, há críticas quanto à forma com que o Judiciário brasileiro vem se utilizando dos precedentes. Exemplo dessa situação é a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, que definiu sobre a legalidade da antecipação terapêutica do parto de anencéfalos. Dentre outras críticas, a doutrina nota que há divergência no voto dos ministros, dificultando que uma futura decisão sobre descriminalização do aborto utilize algum desses argumentos.

Nesse sentido, apontou-se a necessidade de uma formação jurídica que reflita sobre os precedentes, ensinando diferenciações relevantes, estudo de casos, dentre outras posturas afins, de modo que a mera repetição de julgados sem a devida interpretação não seja mais uma saída aceitável em peças processuais. É importante conhecer, desse modo, conceitos e diferenciações entre precedentes e súmulas, jurisprudência, maneiras de não aplicação dos precedentes, a exemplo dos institutos *overruling* e *distinguishing*, bem como compreender quais razões são relevantes numa decisão paradigma, que podem ser levadas em conta para a interpretação do caso concreto. Devem-se valorizar, assim, interpretação e fundamentação, de modo a evitar interposição de recursos, decisões divergentes e conflitantes em casos similares, assegurando-se isonomia, segurança jurídica e celeridade processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 11 abr. 2019.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial**. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral Reading of the american constitution**. Harvard University Press: Cambrussets, 1996.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; PORTO, Giovane Moraes. Elementos da Teoria do Precedente Judicial. **Revista em Tempo**, v. 15, p. 55-71. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323437083_Elementos_da_Teoria_do_Precedente_Judicial. Acesso em: 08 jul. 2019. DOI: 10.26729/et.v15i0.1638.

JUNIOR, Gilberto Andressa; BARBOSA, Claudia Maria. **Teoria dos precedentes e sua incompatibilidade com o sistema deliberativo dos Tribunais Superiores**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 12, n. 3, p. 861-888, 2017. ISSN: 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/26773>. Acesso em: 08 jul. 2019. DOI: 10.5902/1981369426773.

LEAL, Fabio Resende; RAGAZZI, José Luiz. O processo como instrumento de efetivação de direitos sociais no sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direitos Culturais**, v. 13, n. 30, p. 191-214, mai-ago. 2018. ISSN: 2177-1499. Disponível em: <https://doaj.org/article/14daba7d50fe498893df19d0ab5d3c03>. Acesso em: 11 abr. 2019. DOI: 10.20912/rdc.v13i30.2724.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, n. 49, p. 11-58, 2009. ISSN: 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 08 jul. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v49i0.17031>.

MELLO, Luciana Ferreira; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão Roe Versus Wade, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF NA ADPF N. 54. **Revista Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 16, n. 1, p. 221-236, jan-jun. 2015. ISSN: 2179-7943 (print). Disponível em: <https://doaj.org/article/592f4cb19f634172bb6e7fd28e38b55b>. Acesso em: 11 abr. 2019. DOI: 10.18593/ejil.v16i1.3739.

MORAES, Carlos Frederico Gonçalves. **O precedente judicial e sua contribuição à efetividade do processo**. Dissertação que apresenta ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito, da Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP. Recife, 2007. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UCAP_213430440e756ae975f0bb5e304b73e5. Acesso em: 11 abr. 2019.

PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do código de processo civil de 2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. **O método de decidir com base em precedentes e a observância obrigatória dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFBA-2_5dbee2d31cdcc2c4f3758ca370650479. Acesso em: 11 abr. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 1, p. 63-88, jan-jun.

2017. ISSN: 2447-6536. Disponível em:

<https://doaj.org/article/9dce85af68d84989bc67d051ca594ccc>. Acesso em: 11 abr. 2019. DOI:
10.29293/rdfg.v4i01.129.