

**SOLUÇÃO DE
CONFLITOS
E INSTITUIÇÕES
JURÍDICAS**

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES

HAROLDO LOURENÇO

LARISSA POCHMANN DA SILVA

SOLUÇÃO DE CONFLITOS E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS



GRUPO MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2018

Copyright © 2018 Haroldo Lourenço e Larissa Pochmann da Silva (org.).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Thiago França

REVISÃO Coordenação Selo Agora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Solução de conflitos e instituições jurídicas

LOURENÇO, Haroldo

SILVA, Larissa Pochmann da

1ª Edição

Setembro de 2018

ISBN: 978-85-8273-527-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S691

Solução de conflitos e instituições jurídicas /
Organizadores Haroldo Lourenço, Larissa Pochmann da
Silva. – Rio de Janeiro: Ágora21, 2018.
532 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8273-527-5

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Mediação. I.
Lourenço, Haroldo. II. Silva, Larissa Pochmann da.

CDD 340

Sumário

Conselho científico do CAED-JUS	9
Sobre o CAED-JUS	11

Terceira idade: Perspectivas acerca dos métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar	13
--	----

Cinthia da Silva Barros

A releitura do princípio do contraditório no Código de Processo Civil.....	29
--	----

Alderico Kleber de Borba

A mediação de conflitos: uma nova política pública alternativa e adequada dentro do processo judicial.....	51
--	----

Glicéria Martins Cleter

Resolução Alternativa de Litígios de Domínios no Ciberespaço: “SACI” no Brasil e a “Arbitraré” em Portugal.....	71
---	----

Claudio Joel Brito Lóssio

Os direitos humanos e fundamentais e a validade dos negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil..... 89

Hugo Rogério Grokskreutz

O termo de ajustamento de conduta como alternativa a judicialização dos conflitos coletivos 111

Tatiana Fernandes Dias da Silva

A (Im)penhorabilidade do salário e o Recurso Especial n. 1.658.069-GO do Superior Tribunal De Justiça ..127

Larissa da Silva Peres

A sistemática de precedentes obrigatórios sob a égide do Código de Processo Civil..... 143

Guilherme Sonda Popinhak

A divulgação das decisões de admissão e julgamento do IRDR: uma análise da valoração da publicidade à luz da atuação dos Tribunais de Justiça Dos Estados.....161

Lucas Neves Justino e Marcelo Pereira de Almeida

O constrangimento de “cair na web” e os limites do Judiciário - A mediação como caminho adequado diante da divulgação não consensual de imagens íntimas 179

Thais da Silva Barbosa e Arísio Antônio Fonseca Junior

Apontamentos sobre os pressupostos históricos do abuso de direito: uma análise processual..... 195

Rubens Ferreira Junior e Priscila Cristina Ferreira

O direito ao esquecimento na conciliação: Harmonizando direitos fundamentais207

Marina Giovanetti Lili Lucena

Ata notarial: Meio de prova no direito brasileiro	227
<i>Alexandre Magno Borges Pereira Santos</i>	
A conciliação na justiça federal: Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público	247
<i>Geovana Faza da Silveira Fernandes e Bruna Moura da Silva Guércio</i>	
Breve análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal	265
<i>Felipe Dutra Asensi e Rafael Pacheco Lanes Ribeiro</i>	
Limites da competência interna no Novo Código de Processo Civil	285
<i>Ingrid de Figueiredo Lopes e Julia Adeodato Bruno</i>	
Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações possessórias	305
<i>João Paulo Marques dos Santos</i>	
O terceiro lado e os aspectos emocionais da negociação	321
<i>Geraldo Kepler Machado Ladeira Xavier</i>	
Mediação direcionada à relação: aportes para a construção de uma comunicação colaborativa	337
<i>Isabela Moreira Antunes do Nascimento</i>	
A atuação do advogado na audiência de conciliação e suas implicações: Uma análise da advocacia cooperativa na Justiça Federal, subseção de Juiz de Fora/MG.....	353
<i>Rafael da Silva Liberano e Geovana Faza da Silveira Fernandes</i>	
Poder judiciário e mediação: A cultura consensual como novo paradigma de acesso à justiça	375
<i>Júlia Nery Tavares</i>	

Reflexões sobre as ideias do utilitarismo e o
protagonismo do judiciário no Brasil.....403

Marcelo Pinto Chaves e Adriana Vinha

O processo eletrônico e os meios de solução de
conflitos sob a perspectiva dos direitos fundamentais
constitucionais brasileiros 429

Mariana Lima Menegaz

A tutela provisória antecedente do novo código
de processo civil: Um estudo crítico acerca de sua
estabilização..... 447

Samantha Caroline Ferreira Moreira e Geraldo Da Silva Vieira

Ética, valores morais e o princípio da imparcialidade
na atuação do mediador 473

*Fernanda Bragança e Laurinda Fátima da Fonseca Pereira Guimarães
Bragança*

Hipoteca judicial: efeitos para o solvens e
accipiens489

Jefferson Corria da Rocha

**O impacto da incorporação de novas tecnologias
no mercado da advocacia e o crescimento das
plataformas online de solução de conflitos 511**

Fernanda Bragança e Laurinda Fátima da Fonseca Pereira Guimarães Bragança

**O perfil litigante do brasileiro e o instituto da
estabilização da tutela antecipada 529**

Alan Petersen Bassili Correa

Conselho científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Alexandre Bahia (UFOP)

Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)

Antonio Santoro (UFRJ/IBMEC/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti de Paula (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCP/USU/Ambra)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität -
Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores,
Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (UFES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (UFRJ)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo ([Università degli Studi di Brescia, Itália](#))

Thiago Pereira (UNILASSALE)

Tiago Gagliano (PUC-PR)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica
- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- Galeria com os premiados de cada edição
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o evento ocorreu entre os dias 20 a 22 de junho de 2018 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos oito livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 10 artigos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2018. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Thiago Rodrigues Pereira (UNILASALLE-RJ), Gláucia Maria de Araújo Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

Terceira idade: Perspectivas acerca dos métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar

Cynthia da Silva Barros

Introdução

O presente artigo buscar esclarecer os métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar, apontando a necessidade de efetivar o acesso à justiça, para que haja a tutela destes direitos. É imprescindível que haja uma garantia para estes cidadãos, tutelando, acautelando, garantindo o bem estar, além de apresentar um instrumento de desenvolvimento social, pois o aumento da população idosa vem crescendo sendo assim, há a necessidade de melhores condições de vida, tendo em vista o avanço tecnológico, o desenvolvimento da medicina, fatores que destacam uma queda na taxa de mortalidade (SILVA, 2016).

A finalidade deste artigo é apresentar ao público acadêmico uma discussão jurídica sobre os métodos de resolução apropriada de disputas como facilitadores de apaziguar famílias acautelando o direito dos idosos. Somados com o estudo de outras pesquisas como artigos científicos, dissertações de mestrado, que possuem o mesmo objetivo. Dessa forma, será abordado o breve histórico da evolução do direito dos idosos; os aspectos conceituais em relação ao envelhecimento, direitos e garantias sociais do idoso; as perspectivas acerca da segurança jurídica com ênfase no estatuto do idoso, e por fim a contextualização dos métodos de resolução apropriada de disputas como facilitadores de apaziguar famílias acautelando o direito dos idosos.

A metodologia empregada no texto é a crítico-bibliográfica, elaborado com base em artigos, bem como, em doutrinas especializadas, sendo estas de suma importância para o desenvolvimento do mesmo. Este trabalho justifica-se ao apresentar uma discussão ampla e essencial sobre a temática bastante discutida no âmbito jurídico, acadêmico e social por se tratar de um tema atual e relevante.

1. Breve histórico acerca da evolução dos direitos dos idosos

Com relação à evolução do direito dos idosos, é necessário entender sobre o processo de envelhecimento do idoso, que é tido por vezes como algo diferenciado, que pode depender de sua condição econômica, do ambiente cultural, do grupo social, do sexo que o idoso pertence. Nesta esfera, a sociedade passou e perpassa por grandes modificações, bem como pelo avanço da tecnologia dos meios de comunicação fatos e dados, perfazendo a vida cada vez mais agitada, com o tempo cada vez mais reduzido, com condições econômi-

cas mais difíceis e as pessoas vivem cada vez mais, exigindo uma maior capacidade para a adaptação, e por muitas vezes o idoso não possui, fazendo assim, com que essas pessoas enfrentem vários problemas sociais.

Sobre este aspecto são poucos os documentos que fazem referências aos idosos, o que torna difícil uma análise da temática do ponto de vista de determinadas civilizações, outro agravante é que a história baseava-se em idosos bem sucedidos, o qual era registrado por pessoas do sexo masculino, fazendo com que na maioria das vezes os idosos carentes e as mulheres idosas raramente aparecessem, ou jamais fossem mencionados nos escritos. (BEAUVOIR, 1990). Sobre o assunto Ottoni (2012, p.19) aponta que:

Algumas considerações sobre a China são percebidas em dois personagens antigos: Lao-Tsé e Confúcio. Lao-Tsé (604-531 a.C.) vê a velhice como algo superior, uma elevação do espírito na qual, ao chegar aos 60 anos, o ser consegue a sua libertação e a santificação. Já o filósofo Confúcio (551-479 a.C.) afirma que os moradores da residência devem obedecer ao homem mais velho. Mesmo a mulher que, muitas vezes, é subordinada, tem prestígio entre os mais jovens. Essa autoridade seria devido à sabedoria adquirida ao longo dos anos.

É preciso apontar, que as teorias de Platão e Aristóteles discorrem sobre fase da velhice, estas demonstram opiniões diferentes (BEAUVOIR, 1990). Para tratar da questão Platão trazia uma concepção ligada com as suas opções políticas, para o mesmo a velhice era vista como conhecimento, onde a Polis ideal, de acordo com ele era aquela que garantia a felicidade do homem, sendo a felicidade uma virtude que emanava do

conhecimento da verdade já Aristóteles tinha a visão de que o homem progrida até os 50 anos, mas que possui o declínio do seu corpo, assim faz com que os idosos percam a sua segurança e também o desempenho (BEAUVOIR, 1990).

A velhice na Idade Média era tida como desprotegida às vezes discriminada e também renegada, pois neste período as propriedades bem como, os bens dos mais velhos estavam protegidas, pois a propriedade do mais velho não era garantida por instituições estáveis, era, mas merecida, e também defendida pela força das armas, sendo que os velhos são relegados à sombra, pois o sistema repousa nos jovens porque são eles que possuem a realidade do poder (BEAUVOIR, 1990). A partir desta análise, Oliveira (2007, p. 280) acrescenta que:

[...] a velhice não pode ser vista como um acidente é um destino que se apodera da pessoa e que muitas vezes a deixa estupefata ante as suas marcas e conseqüências. Os valores intrínsecos à representação que uma sociedade tem de velhice serão norteadores responsáveis pelas ações que vão possibilitar ou não a proteção e a inclusão social de seus idosos, bem como qualidade das relações a serem estabelecidas com eles.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 apresenta os principais ditames do Estado Democrático de Direito que é destinado para assegurar os direitos sociais e individuais, como a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça, que são valores que estão na base da sociedade, demonstram que o legislador desde já se preocupava com as diferenças existentes na sociedade e com a discriminação sofrida por grupos minoritários, como os idosos (JÚNIOR; BRITO; SOUZA, 2014).

Compreende-se, com base nos argumentos abordados acima, que o Brasil ainda não equacionou de forma suficien-

te a situação do idoso e de suas necessidades que são refletidas pela baixa “prioridade” que seria atribuída à Terceira Idade, dessa forma, percebe-se que o envelhecimento populacional do Brasil ocorre em razão vários aspectos como o aumento da expectativa de vida, a diminuição da taxa de fecundidade, atribuída em grande parte aos avanços da medicina, e a busca de oferecer melhores condições de vida à população em termos de moradia, saneamento básico, alimentação, transporte, embora ainda é preciso fazer mais (OLIVEIRA, 2007).

2. Aspectos conceituais em relação ao envelhecimento os direitos e as garantias sociais do idoso

O envelhecimento é uma temática relevante para se discutir, haja vista que a terceira idade merece uma maior atenção por ser processo que requer cuidados, nesta perspectiva, Mendes; Gusmão; Faro; Leite (2005, p. 423) apresentam que: “Envelhecer é um processo natural que caracteriza uma etapa da vida do homem e dá-se por mudanças físicas, psicológicas e sociais que acometem de forma particular cada indivíduo com sobrevida prolongada. É uma fase em que, ponderando sobre a própria existência, o indivíduo idoso conclui que alcançou muitos objetivos, mas também sofreu muitas perdas, das quais a saúde destaca-se como um dos aspectos mais afetados”

Em corroboração com o exposto, as várias mudanças na longevidade de uma população, sejam elas nas condições de vida, no controle da natalidade na fecundidade, e também no controle e na cura de doenças, demonstram as condições do envelhecimento sócio-demográfico, contudo o envelhecimento cultural refere-se à construção e a reconstrução de uma identidade social do velho, bem como de que o outro existe como um velho (FEIJÓ; MEDEIROS, 2011).

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) idoso é o limite de 65 anos ou de mais idade para os indivíduos de países desenvolvidos e 60 anos ou de mais idade para indivíduos de países subdesenvolvidos, assim com o desenvolvimento das políticas para a pessoa idosa deve-se observar a certa passagem do cuidado do campo familiar para a esfera doméstica, e também para o campo profissional, além das demais instituições, neste contexto, a família ela perde a função de única provedora dos cuidados do idoso, assim vai articulando-se à rede secundária no exercício e nas atividades do cuidado (SANTOS, 2003). Com vista nisso, Vale; Faleiros; Santos; Matos (2015, p 105) comentam que:

Os idosos acometidos por uma demência necessitam de assistência apropriada, que normalmente é desempenhada pela família e/ou enfatizada na figura do cuidador formal. No ambiente familiar de um portador de síndrome demencial, com o evoluir do quadro patológico e das tensões provocadas por ele mesmo, há indícios de que os familiares também possam ficar doentes. É a família especificamente a cuidadora principal, que, ao enfrentar a demência, precisa estabelecer nova rotina para sua vida, principalmente ao se deparar com a perda de independência e autonomia.

Destarte, é imprescindível que haja a discussão sobre os direitos e as garantias sociais dos idosos, tendo em vista que por volta do ano de 1988 com a promulgação da Carta Magna o idoso no Brasil passou a ser titular de um conjunto de direitos individuais e sociais. Esses direitos individuais são divididos em civis e políticos, onde estão associados aos princípios da liberdade e da participação, sendo que no caso do idoso, que estão garantidos no artigo 10 do Estatuto do

Idoso da Lei nº 10.741/2003, que pontua sobre: o direito de ir e vir; de opinião e expressão; de crença e culto religioso, dentre outros.

Já os direitos sociais são constituídos por outra categoria de direitos de cidadania que são regidos pelos princípios da igualdade, da equidade e da justiça social, nesta esfera, Pereira (2013, p. 124) acrescenta que: “Esse conjunto de direitos não surgiu por acaso e nem foi outorgado pelos governantes. Foi conquistado. Sua continuidade depende do comprometimento social do Estado, sob o controle democrático da sociedade, com vista não apenas a coibir infrações praticadas contra os idosos, mas a elevar a qualidade de vida e de cidadania desse segmento populacional por meio de políticas públicas efetivas.”

3. Apontamentos sobre a segurança jurídica do idoso com ênfase na lei nº 10.741 de 2003

Neste capítulo será abordada a necessidade de uma tutela jurídica para o idoso, haja vista que existe hoje uma estrutura legal o Estatuto do idoso, que visa garantir os direitos dos mesmos, contudo a violação aos direitos do idoso é ainda uma problemática de interesse social. Dessa maneira, discorreremos sobre a evolução dessas garantias no Brasil. Nestes termos, Beauvoir (1990, p. 109-111) descreve que “estudar a condição dos velhos através das diversas épocas não é uma tarefa fácil, mesmo porque documentalmente pouco se dispõe sobre o assunto, haja vista que os idosos são incorporados no conjunto dos adultos”. Em corroboração com o exposto, Barcelos (2015, p. 54) aponta que

[...] do fato que demonstra a imagem da velhice incerta, confusa e contraditória. Consta que até o

século XIX não tenha sido feita qualquer menção aos velhos pobres, mesmo porque estes eram poucos, considerando que o período de vida na época não era nada longínquo [...].

Com relação a essas garantias de proteção ao idoso, compreendemos que os mesmos passaram por três grandes “conjuntos de transformações” do período de 1945 até os dias atuais. O primeiro período é aquele compreendido entre os anos de 1945 e 1960 onde a velhice é associada à situação de pobreza, pois o debate nessa fase é referente aos meios de subsistência dos trabalhadores idosos com objetivo de preencher as lacunas como da previdência social como à aposentadoria e outras formas de assistência necessárias ao idoso (BARCELOS, 2015).

Já o segundo período compreendido entre os anos de 1959 até 1974, ocorrem alguns mudanças significativas em relação a sensibilidade da velhice ligada a solidão e a marginalização, que tem por finalidade enfatizar as condições de vida do idoso como lazer, férias, serviços especiais de saúde para os aposentados começam a fazer parte do modo e não apenas do nível de vida, o campo privilegiado da intervenção (BARCELOS, 2015). Já o terceiro período é caracterizado pela ideia da pré aposentadoria que implicou uma revisão da idade cronológica própria da aposentadoria, sendo surge uma nova sensibilidade com relação à velhice, esta por sua vez que passa a ser definida como um momento em que o trabalho é ilegítimo (OTTONI, 2012).

Em 1974 foi sancionada a lei Lei nº. 6.179106 que tinha por pretensão dá amparo previdenciário aos maiores de 70 anos de idade e para os inválidos, essa Lei passou a dá amparo para este grupo em relação ao trabalho, e para os que exercem atividade remunerada e que não tinham nenhuma

fonte de renda com uma aposentadoria especial, a ser requerida junto à Previdência Social (OTTONI, 2012).

Outra legislação relevante que fora aprovada foi a (LOAS) Lei Orgânica da Assistência Social de 07 de dezembro de 1993 que tinha por finalidade criar o chamado Benefício de Prestação Continuada (BPC) garantindo “[...] de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida.” Por volta do ano 1994 foi promulgada a Lei nº. 8.842/108, está por sua vez era voltada à Política Nacional do Idoso, que tinha por finalidade de criar normas para os direitos sociais dos idosos, com o objetivo de garantir autonomia, integração e participação de forma efetiva como instrumento de cidadania, essa lei foi regulamentada pelo Decreto 1948 de 5 de janeiro de 1994 (OTTONI, 2012).

Em corroboração com o exposto, passamos a explicar sobre o Estatuto do Idoso, que foi regulamentada em Outubro de 2003, consolidando várias garantias sociais em lei em benefício da população idosa (ALONSO, 2005) A Política Nacional do Idoso orientou e determinou os principais fundamentos para um planejamento social voltado para o idoso, enquanto o Estatuto veio a legitimar estas recomendações na forma jurídica, que a partir deste momento passam a contar com o aparelho estatal para a sua proteção e também com as sanções penais previstas (ALONSO, 2005).

É importante salientar que o Estatuto do Idoso aborda que como resultado de um processo de conscientização e discussão em relação aos problemas enfrentados pela população idosa, fazendo com se consolidassem neste documento todas as garantias postuladas anteriormente em Tratados e Declarações, caracterizando desta forma o Estatuto como o ponto de chegada do caminho percorrido

até então (ALONSO, 2005). Camarano e Pasinato (2004, p. 253-292) abordam que

Antes de ser sancionado o Estatuto do Idoso no ano de 2003, a legislação referente aos idosos era fragmentada. O Estatuto do Idoso aglutinou muitas leis e políticas existentes e incorporou novos elementos, com visão integralizadora e medidas que visam ao bem-estar da população anciã, de forma igualitária e personalizada. O Estatuto do Idoso foi um marco importante na política pública brasileira como instrumento legal, contendo 118 artigos para a proteção aos idosos. Alguns desses artigos defendem como crimes e sanções o não cumprimento das determinações previstas na Política Nacional do Idoso.

No ano de 2004 é aprovada a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), em 2005 o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), já em 2006 foi aprovada a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa e o Pacto pela Saúde, que fora instituído pela Portaria do Ministério da Saúde nº 399/06, que constitui um conjunto de reformas institucionais do Sistema Único de Saúde (SUS) compartilhado pela União, pelos estados e os municípios. Assim, tendo em vista, todo o processo de evolução sobre a segurança jurídica do idoso com ênfase na lei nº 10.741 de 2003 que trata do Estatuto do idoso.

4. Contextualização dos métodos de resolução apropriada de disputas como facilitadores de apaziguar famílias acautelando o direito dos idosos

Existe hoje uma espécie de “cultura de conciliação” que conheceu o impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, uma relevância acerca dos desdobramentos, indicando assim, não apenas com relação à institucionalização das novas formas de participação na administração da justiça e da gestão racional dos interesses públicos e privados, assumindo uma importante função de forma promocional, desenvolvendo uma conscientização política para a efetividade do acesso à justiça. Nesta senda, Guimarães; Castro Mendes (2017, p.8) discorrem que:

Antes de tratar dos métodos de resolução de conflitos ou pacificação social de conflitos, faz-se necessário ressaltar que a tutela jurisdicional não constitui, de forma alguma, o único meio de eliminação de conflitos, ao contrário a jurisdição deve ser a última alternativa a ser buscada pelos sujeitos envolvidos.

Nesta esfera, é preciso discutir que os idosos necessitam de um maior cuidado, sendo que o ambiente familiar determinar algumas vezes as características, e também o seu comportamento. Dessa forma a família deve ser um ambiente de harmonia, sadio, para que possa haver o crescimento de todos, incluindo o neste rol os idosos. Considerando este aspecto Guimarães e Castro Mendes (2017, p.108), apresenta a relevância da mediação familiar como modelo para centro judiciário de solução conflitos, sendo que para compreender o conceito de familiar, deve-se antes o que vem a ser família, segundo a doutrina: família é considerada como uma entidade paradoxal que, basicamente, tem a função de assegurar a sobrevivência e a humanização essencial do homem.

Cabe ressaltar que em muitas famílias reina desarmonia, a falta de respeito, não se reconhecimento os limites, com

pessoas deprimidas e agressivas, fazendo com que o idoso fique isolado, com medo de cometer erros e ser punido. Nas palavras de Mendes; Gusmão; Faro; Leite (2005, p. 425) “Reconhece-se que para cada família o envelhecimento assume diferentes valores que, dentro de suas peculiaridades, pode apresentar tanto aspectos de satisfação como de pesadelo.” Ressalte-se por oportuno a relevância dos métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar, com esses métodos os idosos podem obter um ambiente melhor para viver, para se relacionar, ou seja, para viver em paz., para que resolva os possíveis conflitos que podem existir, pacificando, Para melhor compreensão Silva (2016, p.38) comenta que:

Os conflitos que envolvem idosos, muitas vezes são ocasionados pela dificuldade de compreensão por parte dos mais jovens a respeito das mudanças físicas, psicológicas e sociais decorrentes do processo de envelhecimento. No âmbito familiar os conflitos geralmente são desencadeados pela falta de diálogo, dificuldades de expressar sentimentos e posicionamentos contrários.

Em vista dos argumentos apresentamos entende-se que a família é a fonte principal como suporte emocional, instrumental, financeiro e informativo para os idosos, neste contexto podem se estruturar sob o formato de relações de aliança, de solidariedade de inclusão, ou de conflito, dominação e exclusão (SILVA, 2016). Por fim, Folger e Bush (1996 apud Muller, Beiras e Cruz, 2007) apontam que “o conflito é parte integrante da vida e capaz de desencadear mudanças nos envolvidos, sendo o processo de mediação o meio facilitador

para revelar a capacidade própria de transformações nos indivíduos e de promover um crescimento frente às situações difíceis decorrentes do conflito”

Sendo que a mediação de conflitos seria o método de solução de controvérsias que trabalha na perspectiva de que “o conflito” ou a crise possui um verdadeiro potencial transformativo (FORGER e BUSH apud MULLER, BEIRAS e CRUZ, 2007) dessa maneira, a mediação tem por objetivo trabalhar o lado positivo dos conflitos, que, quando é solucionados no diálogo, bem como na compreensão, que promove certa busca criativa das soluções, estimulando assim a confiança dos envolvidos, destarte, como o envelhecimento é uma temática relevante com relação a família, tem que haver uma maior atenção aos idosos, evitando assim possíveis conflitos garantindo qualidade de vida para os mesmos (SILVA, 2016).

Considerações finais

Não é uma tarefa fácil apontar os caminhos para se chegar a uma resolução de conflitos que seja eficaz, principalmente no âmbito da terceira idade que envolve diversas perspectivas, sejam pelos conflitos no âmbito familiar ou no âmbito social. A pesquisa aqui proposta teve por finalidade discutir as perspectivas acerca dos métodos de resolução de conflitos para a efetivação do direito dos idosos no contexto familiar, abordando vários estudos já realizados por outros pesquisadores, estudantes, mestrando, dentre outros, sobre a temática. Por fim, sabe-se que o conflito encontra-se presente nas relações familiares e sociais, contudo a mediação de conflitos tem por objetivo que proporcionar um tratamento para a solução da problemática, garantindo a efetivação de direitos e a pacificação social.

Referências Bibliográficas

ALONSO, Fábio Roberto Bárbolo. **Envelhecendo com Dignidade: O Direito dos Idosos como o Caminho para a Construção de uma Sociedade para Todas as Idades**. Programa de Pós-Graduação em sociologia e Direito. Niterói, 2005. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) Universidade Federal Fluminense, 2005.172 f.

BARCELOS , Andreza Tonini. **A efetividade dos direitos fundamentais do idoso: uma análise de caso no Município de Vitória ES**. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2006.

BEAUVOIR, Simone. **A Velhice**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 109 e111.

CASTRO MENDES; Aluisio Gonçalves de; GUIMARÃES, Cátia. **Desafios do Centro Judiciário de Resolução De Conflito em Guanambi**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2017.

CAMARANO, A. A.; PASINATO, M. T. **O envelhecimento populacional na agenda das políticas públicas**. In: CAMARANO, Ana Amélia. Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 253-292.

FEIJÓ, M. C. C.; MEDEIROS, S. A. A sociedade histórica dos velhos e a conquista de direitos de cidadania. **Revista Kairós Gerontologia**, São Paulo, mar. 2011: p. 109-123. Disponível em: . Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

JÚNIOR, Eumar Evangelista de Menezes; BRITO, Edson de Sousa; DE SOUZA, Maria Helena Borges. Direito das minorias e os múltiplos olhares jurídicos e sociais. **Revista Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, 2014. Disponível em: < <http://www.journals.ufrpe.br/index.php/cadernosdecienciasocias/article/view/564/449>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

MENDES, Márcia R.S.S. Barbosa; GUSMAO, Josiane Lima de; FARO, Ana Cristina Mancussi e and LEITE, Rita de Cássia Burgos de O. **A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração**. *Acta paul. enferm.* 2005, vol.18, n.4, pp.422-426.

MULLER, Fernanda Graudenz; BEIRAS, Adriano; CRUZ, Roberto Moraes. **O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina**. Aletheia [online]. 2007, n.26, pp. 196-209. Disponível em: Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva **O Processo Histórico do Estatuto do Idoso e a Inserção Pedagógica na Universidade Aberta**. Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n.28, p.278 –286, dez. 2007.

OTTONI, Máximo Alessandro Mendes. **A Trajetória das Políticas Públicas de Amparo ao Idoso no Brasil**. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de mestre em Desenvolvimento Social junto ao Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Social da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), Montes Claros, 2012.

SANTOS, Sílvia Maria Azevedo dos. **Idosos, família e cultura: um estudo sobre a construção do papel do cuidador.** Campinas, São Paulo: Alínea, 2003.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Análise dos fundamentos da justiça conciliativa, que compreende, entre outras técnicas, a mediação e conciliação. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, v. 2, n. 5, p. 22-27, abr. 2008.

SILVA, Ana Cláudia Gonçalves da. **Mediação de Conflitos Sob a Perspectiva do Novo Contexto Populacional: Noções de Mediação, Direitos e Cidadania para Idosos.** Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob orientação da Prof. Dra. Simone de Biazzini Ávila Batista da Silveira, Rio Grande, 2016.

A releitura do princípio do contraditório no Código de Processo Civil

Alderico Kleber de Borba

Introdução

O Código de Processo Civil - CPC estabeleceu normas fundamentais não somente do Processo Civil, mas, de fato, estabeleceu premissas de uma nova Teoria Geral do Processo, aplicável em todos os âmbitos, sejam processos litigiosos, consensuais, penais, administrativos ou os sucedâneos de jurisdição.

O Código adotou a teoria do processo constitucional. O art.1º fala que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Na perspectiva constitucional implementada pelo CPC, o princípio do contraditório é aplicado substancialmente, superando o binômio conhecimento-reação, garantindo às partes o direito de influência no julgamento e trazendo a vedação à decisão-surpresa.

Deste modo, a fundamentação das decisões judiciais é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório tridimensional (conhecimento-reação-influência).

Referido princípio, representa uma das mais importantes vertentes do processo constitucional, demandando uma releitura de sua aplicação prática e dos demais princípios no Estado Democrático de Direito.

Esta pesquisa baseou-se no estudo de normas e doutrinas sobre a matéria. Utilizou-se os métodos dedutivo, dogmático e bibliográfico, por meio do processo metodológico histórico e comparativo.

1. Teoria constitucionalista de processo

A exposição de motivos do CPC traz como um dos objetivos “*estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal*”. Portanto, é possível afirmar que o Código de Processo Civil, adotou a teoria constitucionalista de processo.

O Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição.

Existe uma premissa importante para tratar de qualquer tema relativo ao direito processual civil. Tal premissa está relacionada à necessidade de se adotar a Constituição Federal como “ponto de partida” para tratar de qualquer tema relacionado ao direito processual civil. Mas, também, tal premissa está relacionada ao fato de que a Constituição Federal deve ser o “ponto de chegada” de qualquer análise que seja feita do direito processual civil. Ou seja, o direito processual civil deve ser estudado a partir da Constituição Federal, mas os resultados alcançados pela aplicação do direito processual civil somente serão válidos se

estiverem em conformidade com o que está estabelecido por ela. Em outras palavras, o que se pretende afirmar é que o *direito processual civil é fundamentalmente determinado pela Constituição Federal*, tanto no que diz respeito ao seu modo de ser quanto no tocante aos resultados que possa concretamente proporcionar. (SOUZA, 2014, p.27)

Os primeiros estudos envolvendo o tema Constituição e Processo são atribuídos ao mexicano Héctor Fix-Zamudio em 1956, José Alfredo de Oliveira Baracho em 1984 no Brasil e aos italianos Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera em 1990.

...os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, despontaram-se, a nosso sentir, com a obra, inicialmente incompreendida pelas ideias moderníssimas que sustentava, do incomparável pesquisador e constitucionalista mineiro, prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, cujas reflexões e trabalhos no campo do Direito Constitucional são conhecidos em todo o mundo, principalmente na Alemanha, onde é difundido nas universidades mais proeminentes. Ombréia-se a Baracho, consoante este mesmo reconhece, no estudo pioneiro do tema constituição e processo, o jurista mexicano Hector Fix-Zamudio que dedicou várias obras e artigos ao assunto, assinalando que tal aproximação (Constituição e Processo) ocorrera após a Segunda Grande Guerra Mundial. No entanto, só recentemente é que, sob a denominação de “modelo constitucional” do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus novos

contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia imposterável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição. (LEAL, 2008, pág.84/85)

Pela teoria constitucionalista de processo¹, este é visto constitucionalizado, revestido de princípios constitucionais como direito-garantia fundamental (conforme estabelecido pelo CPC). O processo é empregado como meio de efetivação dos direitos fundamentais. Os princípios passaram a fundamentar os estudos de teoria do processo.

1. Pelo que se observa, o CPC parece ter adotado a teoria constitucionalista de processo. No entanto, existem várias outras teorias sobre o tema que são bem elucidadas por Rosemiro Pereira Leal, em sua obra *Teoria Geral do Processo – primeiros estudos*. Como o tema proposto se relaciona com a teoria constitucionalista de processo, somente esta fora abordada, pelo que, se recomenda a leitura da obra do professor Rosemiro (2008,p.77-92), onde o autor discorre sobre a teoria do processo como contrato (Pothier-1800); teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau -1850); teoria do processo como relação jurídica (Bulow-1868), aprimorada por Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti e Liebman; teoria do processo como situação jurídica (Goldschmidt-1925); teoria do processo como instituição (Guaspi-1940); teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari- 1957); teoria constitucionalista do processo (Héctor Fix-Zamudio, México-1956, José Alfredo de Oliveira Baracho, Brasil-1984, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, Itália-1990); e a teoria neoinstitucionalista do processo, criada pelo próprio autor.

As garantias constitucionais do processo alcançam todos os participantes do mesmo. O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis. Mostra Eduardo J. Couture que esses preceitos constitucionais passaram a ter nível internacional, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada pela Assembleia das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, cujos textos dizem: 8º - Toda a pessoa tem um recurso perante os Tribunais nacionais competentes, que a ampara contra atos que violam seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei. [...] 10º - Toda a pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente com justiça, perante tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para que examine qualquer acusação que pese contra ela matéria penal. Entende Couture que incumbe à doutrina procurar, em linguagem universal, o que é processo, recurso, plena igualdade ou ser ouvido publicamente. Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela constitucional do processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta de citação, nos casos concretos, gera nulidade; inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; inconstitucionalidade por sonegação do direito de audiência ou de ser ouvido; inconstitucionalidade pela privação de provas, para correção de erros de procedimento; inconstitucionalidade por supressão ou privação de recursos; inconstitucionalidade

dade por privação de revisão judicial; inconstitucionalidade por falta de idoneidade do juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de Tribunal competente e imparcial que não viole a garantia do *due process of law*. O processo constitucional efetiva-se através desses pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas. Em todas essas circunstâncias deve-se assegurar a efetiva igualdade das partes, em todas as fases de atuação no processo. Os princípios do devido processo legal, da defesa em juízo e do acesso à justiça foram elevados à categoria de disposições internacionais. O direito continental europeu tem incrementado o interesse da doutrina e da jurisprudência, com o exame das garantias constitucionais do processo civil. Héctor Fix-Zamudio destaca a importância de se chegar ao conceito, extensão e limites das garantias constitucionais do processo civil. Percebe-se que a simples elevação de certos princípios à condição de preceitos constitucionais, não era suficiente para garantir sua eficácia. Mostra Fix-Zamudio as deduções que surgem acerca do processo ordinário e das garantias constitucionais, para chegar-se à concepção do processo estritamente constitucional, como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. (BARACHO, 2008, p.12/13).

José Alfredo de Oliveira Baracho (2008, p.14), assenta, ainda, que o direito processual tem linhagem constitucional, calcada nos direitos de ação e de defesa, alicerçados no devido processo legal, de modo a dar maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias, visan-

do tutelar o princípio da supremacia constitucional e protegendo os direitos fundamentais.

Mais uma vez, escudados na doutrina de Baracho, podemos dizer que a teoria constitucionalista do processo toma por base a idéia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito de as pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo: *a*)- direito de ação (direito de postular a jurisdição); *b*)- o direito de ampla defesa; *c*)- o direito ao advogado ou ao defensor público; *d*)- o direito à produção da prova; *e*)- o direito ao processo sem dilacoes indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; *f*)- o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); *g*)- o direito ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa (BRÊTAS, 2015.p.118)

Baracho (1.984, p.125) assevera que “*a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o*

nome de Direito Processual Constitucional”. O autor ainda aduz, que a aproximação entre Constituição e processo fez surgir a expressão Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem alguns autores.

2. A releitura do princípio do contraditório no código de processo civil

Na vertente do Direito Constitucional Processual, o art.5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, estabelece que 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.

Embora tenha havido previsão do princípio do contraditório em todas as Constituições Brasileiras, ele não alcançava de modo expreso o processo civil e o administrativo. Tinha aplicação restrita ao processo penal. A Constituição de 1988 passou a prever expressamente a aplicação do referido princípio ao processo penal, civil e administrativo.

Tradicionalmente, o contraditório realizava-se apenas com cumprimento do binômio conhecimento-reação. Para a efetivação do princípio, bastava cumprir duas exigências básicas (lastreadas na ideia do princípio do contraditório como bilateralidade de audiência): *“a de se dar ciência aos réus da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário”* (GONÇALVES, 2016).

Do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório por muito tempo foi identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Dentro desse quadro histórico, o

contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tinha o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tinha o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estendia-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Legislativo, confinando as partes no terreno das alegações de fato e da respectiva prova. Nessa linha, o órgão jurisdicional nada tinha que ver com a realização do direito ao contraditório, na medida em que apenas os litigantes seriam os seus destinatários (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 107).

A perspectiva constitucional implementada pelo CPC fulminou na inegável releitura do princípio do contraditório. Este é aplicado na visão tridimensional, indo além do binômio conhecimento-reação, vedando a decisão-surpresa e garantindo às partes o direito de influência no julgamento.

O contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação – e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor. Todavia, nenhuma das perspectivas assinaladas será desenvolvida se o processo não for pautado na paridade de armas e na cooperação entre os sujeitos processuais (CARNEIRO, 2016).

O conteúdo do princípio do contraditório passa a ser composto de participação (visão tradicional) e poder de influência. Traduz o direito fundamental inerente ao processo

e com dupla dimensão, representada pelo aspecto formal – direito a participação, e pelo aspecto substancial – poder de influência no conteúdo da decisão.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do poder de “influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. (DIDIER JR., 2015, p. 79)

Com o contraditório tridimensional, antes de proferida uma decisão judicial, todo fato sujeito a julgamento deve ser submetido ao contraditório, mediante a oitiva prévia das partes, ainda que se trate de questões que possam ser conhecidas

de ofício pelo julgador, excetuadas as hipóteses previstas no parágrafo único, do art. 9º². Tem-se a vedação de prolação de decisão que cause surpresa às partes, ou seja, que haja decisão pautada em fatos e fundamentos que não tenham sido conhecidos pelos envolvidos no processo e que estes não tenham tido a oportunidade de manifestar.

Nesse contexto, decisão-surpresa *é uma decisão fundada em premissas que não foram objeto de prévio debate ou a respeito das quais não se tomou prévio conhecimento no processo em que é proferida*. Ou seja, a decisão-surpresa é aquela cujos fundamentos não foram mencionados no processo ou a respeito dos quais não foi conferida a oportunidade de prévia manifestação. É uma decisão que surpreende a todos porque é pronunciada sem que ninguém – exceto o seu prolator – tenha tido oportunidade de tomar conhecimento prévio sobre seus fundamentos. Por outras palavras, trata-se de uma decisão sobre a qual não se oferece previamente a chance de conhecimen-

2. Só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito. Há que se afirmar, porém, que em algumas situações o juiz é levado a proferir decisões sem que se ouça antes uma das partes (decisões proferidas inaudita altera parte). Tais decisões se legitimam em razão de terem como pressuposto uma situação de urgência, com risco de dano irreparável (*periculum in mora*). Nesses casos, o contraditório fica postecipado, ou seja, o contraditório se efetivará depois da prolação da decisão. Essa limitação do contraditório é inerente ao próprio princípio constitucional, o qual não pode ser cultuado de tal modo que se permita a imolação de direitos. (CÂMARA, 2011)

to ou manifestação acerca de seus fundamentos. Tais premissas – sobre as quais está fundada a decisão surpresa – podem ser questões de fato ou de direito a respeito das quais não se tomou conhecimento, ou melhor, não foram ventiladas no processo para possibilitar o debate à luz do contraditório (SOUZA, 2014, p.136/137)

O órgão julgador também deve respeitar o contraditório e os demais princípios processuais, como o da fundamentação das decisões, a boa-fé e a cooperação. *“O juiz não se encontra em papel de superioridade a nenhuma das partes, na medida em que só pode exercer os poderes que a lei lhe confere, devendo, por outro lado, observar os deveres que lhe são impostos (arts. 139 e 143)”* (CARNEIRO, 2016). Tal dever é decorrente da visão tridimensional do princípio do contraditório.

O Código testifica que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º), não se aplicando o disposto no *caput* à tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III e à decisão prevista no art. 701.

Refere-se o art. 9.º do CPC/2015 àquela que, segundo pensamos, é a manifestação mais básica do contraditório: o direito de ser ouvido. A garantia do contraditório, no entanto, é mais ampla, e compreende também o direito de influir decisivamente nos destinos do processo. Há, pois, o direito de ser ouvido, de se manifestar, e de ter suas manifestações levadas em consideração. Veda-se, nesse contexto, a prolação de decisões com surpresa para as partes, disso tratando o art. 10 do NCPC. Os arts. 9.º e 10

do CPC/2015 devem ser lidos em conjunto, e compreendidos à luz dos demais princípios a que nos referimos no comentário ao art. 2.º do CPC/2015. (MEDINA, 2015, p. 60).

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

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10).

Nelson Nery (2016) aduz que a redação do art.10 do NCPC é oriunda de experiências estrangeiras recentes, como, por exemplo, Alemanha, Itália, França e Portugal.

Na Itália é conferido ao juiz o poder-dever de indicar às partes as questões que entende ser passíveis de exame de ofício, gerando, por conseguinte, sob pena de nulidade da sentença, a proibição de o juiz fundamentar sua decisão em questões de fato e de direito sobre as quais não se tenha previamente permitido o contraditório entre as partes. (NERY, 2016).

Trata-se da proibição da proibição de decisões surpresa.

O art.111 da Constituição Italiana dispõe sobre a relevância do princípio do contraditório, estabelecendo que este é concretizado não como mera defesa técnica, mas sim como uma ampliação da expressão do contraditório como princípio da igualdade das partes, ou seja, o processo desenvolve-se em contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante juiz independente e imparcial *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale...”*.

Na Alemanha, Nery (2016) ressalta que é objeto de proteção contra decisão-surpresa as situação jurídicas e qualquer situação, de fato ou de direito. Também é obrigatório o tribunal fazer a advertência às partes, comunicando-as sobre a possibilidade de haver questões que podem ter passado sem a percepção dos litigantes ou que, de ofício, podem ser decididas pelo juiz, o que é considerado pela doutrina como o núcleo central do princípio constitucional do contraditório.

Na França O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Em razão da expressão “em todas as circunstâncias”, não apenas as questões de direito, mas também as de fato que não tenham sido debatidas pelas partes não podem ser levadas em consideração pelo juiz em sua decisão, se não tiver sido dada oportunidade prévia para as partes sobre elas se posicionarem. (NERY, 2016).

O artigo 16 do Código de Processo Civil Francês dispõe:

Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Em Portugal, o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de ofício, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem (NERY, 2016).

O Código de Processo Civil português, regulamenta a matéria em seu artigo 3º.

ARTIGO 3.º

Necessidade do pedido e da contradição

1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a Acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição.

2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.

3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

No Brasil, seguindo a tendência europeia, no CPC o contraditório vincula não somente as partes, mas também o juiz³.

3. Segundo Dierle Nunes e Lúcio Delfino (2015), esta vinculação não quer significar que juiz defenda interesses parciais, mas sim que têm deveres que decorrem desse princípio. Mais que mera “alface”, o juiz de hoje assegura o contraditório substancial, vale dizer: i) é sua função provocar o debate para sanar dúvidas existentes, indicar e fomentar a exploração pelas partes de vias interpretativas não enfrentadas ou ainda não adequadamente acla-

A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo; ou ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados (art. 115).

O direito de participação acompanha o processo do início ao fim, com origem no princípio do acesso justiça e desenvolvendo-se sob o significado do contraditório. (CARNEIRO, 2016)

No Código, a fundamentação é elemento estrutural da sentença e decorrência lógica do contraditório tridimensional (conhecimento-reação-influência).

É na fundamentação que verificar-se-á se houve ou não à integração do contraditório, uma vez que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida e não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (incisos I e IV do § 1º do art.489 do NCPC).

Antes do CPC de 2015, a jurisprudência vinha paulatinamente, em alguns julgados isolados, reconhecendo o direito de influência como uma nova faceta do princípio do contraditório. Contudo, como visto, tal entendimento agora resta previsto expressamente no novo Código. Espera-se que

radas ou amadurecidas (terza via interpretativa); ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo; e iii) cabe-lhe consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, mesmo que de ordem pública, assegurando a influência das manifestações delas na formação das decisões judiciais. Se o contraditório se reduzisse às partes o juiz poderia surpreender no momento decisório, algo impensável na atualidade. (NUNES; DELFINO, 2015, s/p)

a prática forense cotidiana não crie uma interpretação restritiva do referido princípio.

Conclusão

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, frutos indelévels do devido processo legal, estão previstos constitucionalmente (art. 5º, LV, da CR/88) como garantia fundamental dos cidadãos de ter conhecimento dos atos processuais e poder se manifestar, tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos. O desrespeito a esses princípios enseja a nulidade do processo e de todos os atos decorrentes.

É garantido às partes participação no processo com influência na formação do provimento estatal a ser proferido, pressupondo a análise pelo julgador dos argumentos e elementos de prova que forem produzidos pelas partes, os quais serão contemplados ou rechaçados em uma decisão devidamente fundamentada, seja em processo judicial ou administrativo.

O direito de defesa inerente ao contraditório não pode mais ser visto como um simples direito de manifestação no processo, como a mera bilateralidade de audiência. A pretensão à tutela jurídica de forma efetiva pressupõe direito de informação, de manifestação e o direito de a parte ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, denotando, assim, o direito de influência (efetiva participação das partes na formação do provimento jurisdicional); bem como à vedação à decisão surpresa.

O conteúdo do princípio do contraditório como conhecimento-reação-influência verificar-se-á, séria e detidamente, na fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CR/88).

O CPC, de forma expressa, garantiu a aplicação do princípio do contraditório como direito de influência e positi-

vou a vedação de decisões surpresa. Estabelecu, ainda, que o princípio do contraditório, vincula não somente as partes, mas também o julgador, em qualquer grau de jurisdição, assegurando a influência das manifestações das partes na formação das decisões judiciais.

Referências

BAHIA, Alexandre de M. F.; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta? Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/07/27/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/#_ftnref20>. Acesso em: 15 mar. 2016

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. . Acesso em: 20 de janeiro de 2016

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.440/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 22/09/2009

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 11^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre F. Lições de direito processual civil. Vol. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. E-book.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves comentários ao novo código de processo civil. In WAMBIER, Teresa; et al (orgs.). Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 3ª ed., 2015
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2015
- FRANÇA. Code de Procédure Civile. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006410109&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20150612>> . Acesso em: 12/10/2016
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil Esquemático. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book
- ITALIA. Codice di procedura civile. Roma, 1940
- ITALIA. Costituzione della repubblica italiana. Roma, 1947
- LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed., São Paulo: RT, 2015

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016. E-book

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. 1. ed. – Salvador: JusPodivm, 2016

NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC: entre anarquia interpretativa, coerência e precedentes. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/08/21/novo-cpc-entre-anarquia-interpretativa-coerencia-e-precedentes/>>. Acesso em 15 mar. 2016

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, In “JP - Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD - UFMG”, Belo Horizonte, junho de 2000, ano 2, n^o 13.

PORTUGAL. Código de Processo Civil português. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12.> Acesso em: 12/10/2016

SOUZA, André Pagani de. Vedação das decisões-surpresa. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JR., Humberto. Código de Processo Civil Anotado, Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio. Novo

CPC: Fundamentos e Sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto do CPC: Análise e Proposta. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 1, n.38, - Set/Out de 2010

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015

A mediação de conflitos: uma nova política pública alternativa e adequada dentro do processo judicial

Glicéria Martins Cleter

Introdução

A sociedade está aumentando de forma exacerbada, e com isso aumenta os problemas gerados pela superpopulação mundial, pelas diferenças e diversidades sociais. Com o aumento do número de habitantes no planeta, a escassez de alimentos, bens e serviços, a falta de oportunidades de trabalho, e ainda as desigualdades sociais, faz com que surjam os conflitos naturais, causados pelas dificuldades das pessoas se comunicarem, em situações de impasses. E esses fatos conflituosos estão em todas as áreas sociais, como sendo algo inevitável dos indivíduos que lutam por espaço, sobrevivência, e status. Nessa competição consciente, as pessoas procuram o Judiciário para dirimir os problemas causados nas relações sociais, em busca de um remédio legal para diminuir as suas

dores, acreditando que um juiz irá dar-lhes uma receita (sentença) que amenize, ou resolva os seus conflitos.

Diante de uma nova política pública alternativa, célere, profícua e adequada, surge a mediação, como um método autocompositivo para a solução consensual dos conflitos, oportunizando aos envolvidos um novo caminho a ser seguido, através do diálogo, do respeito e da colaboração entre as partes, evitando que essas procurem o Judiciário para resolverem os seus problemas, contribuindo para diminuir o número de processos que dão entrada no sistema judicial brasileiro, e construindo uma nova cultura de pacificação social.

1. Conceito de mediação

Segundo Juan Carlos Vezzulla a mediação existe em diferentes épocas em todas as partes do mundo, sendo tão antiga quanto o próprio conflito:

A mediação é tão antiga, quanto o próprio conflito. Na cultura oriental é desde muitos séculos o método preferido para resolver controvérsias. O Japão é um dos países que possui o menor número de juízes por habitante, e a China possui mais de um milhão de pessoas treinadas como mediadores [...](VEZZULLA, 1994, p.12).

“Mediação” procede do latim, *mediare*, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir (SALES, 2003, p.23).

Segundo CLETER (2017. p.05)

A mediação é um instrumento pelo qual, as pessoas buscam solucionar os seus conflitos, de forma voluntária, tendo uma terceira pessoa neutra, e imparcial, na figura de um mediador, para atuar de forma a faci-

litar o diálogo das partes, e possibilitar que as mesmas encontrem por si só, a solução que melhor atenda aos seus interesses, para que possam reparar, reconciliar, ou resolver a situação conflituosa de forma pacífica⁴.

A mediação é um processo autocompositivo voluntário, onde as partes atuam juntas e de forma cooperativa, para encontrarem por si mesmas a solução, que melhor atenda aos seus interesses no conflito, favorecendo o Princípio do Empoderamento⁵ em ambas, e possibilitando que hajam de forma que possam no futuro resolverem seus problemas sem recorrerem a ajuda de terceiros.

A mediação é considerada um processo, pois se segue por atos realizados com regras e princípios, que prima pela voluntariedade das partes, não podendo ser feita sob coação, e pode ser realizada tanto no âmbito judicial, como no privado por centros ou câmaras (extrajudicial).

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA)⁶ estabelece alguns regulamentos,

4. Disponível no Artigo: CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. p. 05. Vol. 01 n°. 02. Belo Horizonte. 2017.

5. *Empowerment* (expressão em inglês) tradução para português “empoderamento”. É um substantivo formado com base no verbo “empower”, que significa: autorizar; dar poder; tornar apto; dar autoridade; dar capacidade; permitir. “*Empowerment*” é o ato ou a consequência da atribuição de maior poder a uma instituição ou a um indivíduo. Disponível em <https://ciberdividas.iscte-iul.pt/perguntas>. acesso em 15/05/2017.

6. Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem- suas normas representam verdadeiras referências nacionais na matéria. O “Regulamento Modelo para Mediação” encontra-se no CONIMA, que dispõe sobre o funcionamento e a operacionalização do procedimento de Mediação, e também há disponível um “Código de Ética para Mediadores” que serve de parâmetro, e seguido pela maioria das instituições voltadas à mediação no Brasil.

como a necessidade de uma pré-mediação para apresentação da metodologia de trabalho, esclarecer as responsabilidades dos participantes, mostrar os objetivos do processo de mediação, entre outros. Na pré-mediação pode reunir as partes separadas, ou simultaneamente para dizerem se aceitam ou não participar do processo de mediação.

Segundo Paul Eric Maison (advogado Norte-americano e Mediador Internacional) “A mediação é como um vinho. Precisa de maturidade igual a um bom vinho, não podemos procurar mediar casos, antes do seu tempo. O bom mediador precisa procurar entender o conflito” (Informação verbal)⁷.

2. Os princípios norteadores da mediação:

Os princípios básicos e fundamentais de um processo de mediação são:

1-Voluntariedade: as partes devem procurar de forma voluntária, participar do processo, não podendo ser obrigadas, e nem permanecer, se não se sentirem à vontade. Talvez esse seja o princípio mais importante para o bom andamento do processo de mediação.

2-Confidencialidade- tudo que for falado durante a sessão de mediação, será mantido sobre sigilo, por parte do mediador, observadores e mediados. Não podendo o mediador, ser testemunha em um processo caso uma das partes, resolva levá-lo para o judiciário, depois de frustrada a mediação.

3-Autonomia da vontade das partes- as decisões tomadas no processo de mediação, cabe ao mediados, ou seja, o mediador não pode interferir na decisão, tampouco dar sugestões para o caso em questão

7. Informação adquirida pela autora do artigo, participando do I CONGRESSO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO da OAB/MG- Novas Oportunidades da Advocacia em 16 de setembro de 2016).

4-Cooperação entre as partes- o processo de mediação busca a cooperação entre as partes, possam juntas buscar uma solução para o acordo, de forma que ambas saiam ganhando.

5-Confiança- as partes precisam sentirem confiança entre si, para realizarem um acordo, como num duelo, se uma parte não sentir, que o outro seguirá as regras, não participará do processo, tampouco fará uma boa negociação. A confiança mútua das partes faz parte do processo construtivo da mediação. Cabe ao mediador passar confiança para as partes, mesmo que não acreditem, no que as partes lhe falarem, mas deve mostrar-se ser uma pessoa confiável, pois só assim as partes lhe revelaram algo, que poderá ser importante para abrir o diálogo, e assim poderá facilitar para estas a busca da solução do conflito, ou seja, o mediador deve passar confiança e segurança para as partes durante todo o processo de mediação.

6-Boa-fé- em todas as relações humanas em geral, é preciso que partes hajam com honestidade, ética, e que tenha a confiança de que a outra está agindo da mesma maneira, porque do contrário, a sociedade viverá em desentendimentos e guerras constantes.

7-Imparcialidade do mediador- o mediador não pode dar sugestões no conflito, nem fazer juízo de valor, ou críticas à conduta de nenhuma das partes na sessão, mas deve agir com ética, respeito, e humildade com ambas. Todo o tempo dedicado pelo mediador a uma das partes na sessão de mediação, também deverá dedicar-se a outra. Por exemplo, se reunir com uma parte em sessão privada (caucus), por um período de 15 minutos, a outra parte terá igual oportunidade⁸.

8. Para um estudo mais aprofundado sobre os Princípios da Mediação de Conflito leia o livro: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Vários autores. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016. E também o livro: AZEVEDO, André Gomma de.(Org.) Manual de Mediação Jucicial do CNJ. 2016 e 2018 atualizado.

3. A função do mediador no processo de mediação

A função do mediador no processo de mediação é indispensável, pois esse terceiro imparcial e neutro, é que irá conduzir o processo de mediação entre as partes e atuará como um facilitador do diálogo, corroborando, para que estas encontrem uma solução satisfatória para o problema que lhe foi apresentado, durante as sessões de mediação.

Não cabe ao mediador fazer análise da eticidade das condutas das partes, ou seja, o mediador não está no processo de mediação para fazer qualquer juízo de valor. Ele não é um juiz, que aplica uma sentença, mas tem os mesmos princípios inerentes ao magistrado de imparcialidade e neutralidade (Art. 5º da Lei de Mediação-Lei nº.13.140/15, e no art. 148, II do Código de Processo Civil- Lei nº. 13.105/15), justificando sua exclusão, interrupção, ou substituição na mediação, após devido processo administrativo, se não agir de acordo esses princípios.

Muitos escritores e defensores do Instituto da Mediação questionam sobre essa imparcialidade do mediador, visto que, este profissional está cheio de crenças e valores do mundo dentro de si, sendo difícil para o mesmo, abdicar de todos esses sentimentos. Como exemplo a Maria de Nazareth Serpa (mediadora, avaliadora e escritora) ressalta que “a mediação é pautada no Princípio da Neutralidade e não da Imparcialidade conforme está disposto no CPC- Lei nº 13.105/2015” (Informação verbal)⁹.

O mediador deve possuir uma comunicação não violenta (CNV), agir com serenidade, humildade e principalmente ter

9. Informação adquirida pela autora do artigo, participando do I CONGRESSO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO da OAB/MG- Novas Oportunidades da Advocacia em 16 de setembro de 2016).

a capacidade para “escutar ativamente” (praticar a escutatória) tudo que os mediados estão lhes trazendo na sessão de mediação, ou seja, o mediador deve ter uma escuta ativa, para compreender o conflito, e identificar quais são os reais interesses dos envolvidos no problema, para que dessa forma possa atuar como um “facilitador do diálogo” entre as partes, e contribuir com os envolvidos no conflito, clareando suas mentes, amenizando os seus ânimos, dando-lhes acolhimento para que estes encontrem a melhor solução para seus interesses.

Outra qualidade importante para um bom mediador é a capacidade de desenvolver a empatia (capacidade de se colocar no lugar do outro, de sentir com as pessoas) e mostrar que compreende o sentimento que estão lhes sendo trazido pelas partes na sessão de mediação. E o mais importante ainda, o mediador deve validar esse sentimento, pois essa validação de sentimentos por parte do mediador, é fundamental para que as partes se sintam acolhidas, e saibam que o seu problema está sendo apreciado na sessão de mediação, por este terceiro (profissional) imparcial.

Segundo Glicéria Martins Cleter:

Uma comunicação não violenta (CNV) por parte do mediador é essencial para que as partes se respeitem e conversem entre si, de forma saudável, serena e profícua, portanto um tom de voz suave e respeitoso é fundamental, para um bom mediador, pois as partes tendem a seguir o seu exemplo, e com isso manterem um diálogo menos agressivo e austero na sessão de mediação(CLETER, 2017, p. 62)¹⁰

10. Disponível em: CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de conflitos(Judicial e Extrajudicial): Uma política pública adequada para a pacificação social.* . p.62 Conceitos Básicos de Mediação. (Orgs) GOMES REZENDE, Camila de Souza. ARAÚJO LIMA. Renata dias de. 1a Ed. Editora New Hampton Press. Belo Horizonte. 2017.

Nesse contexto, o mediador deve ser um profissional capacitado, para atuar em mediação, tendo realizado no mínimo um curso teórico 40horas/aula, com 5 mediações simuladas e um prático de 60 horas/aula acompanhado de (co) mediadores mais experientes conforme o Manual de Mediação Judicial do CNJ/2016, para atuar de forma adequada, satisfatória, eficaz e alcançar resultados positivos numa sessão de mediação. O referido manual esclarece que o mediador só obtém a devida autorização e é recomendado para atuar sozinho, depois de cumpridas essas referidas 60 horas de co-mediações, e depois feito uma nova avaliação de obra básica recomendada. (AZEVEDO. CNJ. 2016. p. 124 a 128)

O MM. Desembargador Saulo Versiani Penna (3º Vice-Presidente do TJMG), no III Seminário Internacional de Mediação, organizado pelo Instituto de Mediação Aplicada (IMA) no TJMG, nos dias 17 a 19 de abril de 2017, fala sobre a importância dessa capacitação por parte do mediador, e diz ser imprescindível a técnica e o profissionalismo nos sistemas autocompositivos de conflitos, e ressalta que “as pessoas precisam dialogar e o magistrado não é para resolver os conflitos”, e esclarece que “tem dúvidas se o magistrado ao julgar a lide, irá pacificar o conflito”, e ainda diz que “resolver o conflito de forma amigável é muito mais complexo do que julgar”(CLETER. 2017. p.13)¹¹.

4. A mediação judicial de acordo o código de processo civil (Lei nº. 13.105/15)

11.Disponível no Artigo: CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. p. 13. Vol. 01 nº. 02. Belo Horizonte. 2017.

A mediação existe desde os templos bíblicos, e é muito comum encontrar na Bíblia Sagrada, passagens, de onde uma terceira pessoa imparcial e neutral, interferia no conflito.

Os padres e pastores nas suas congregações citam passagens da Bíblia Sagrada sobre formas pacíficas de resolverem os problemas, quando estão diante de um caso conflituoso entre os membros das suas igrejas, e procuram resolverem esses problemas que lhe são trazidos pelas comunidades agindo como líderes religiosos imparciais, buscando e preservando a harmonia nas relações.

A mediação ganhou impulso no Brasil com a Resolução n° 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, que determina a implementação da mediação como Política Pública, e a partir de então essa (Res.125/10) foi um marco para a implementação da mediação em todos os Tribunais. O acesso à justiça estimulado pela Resolução 125 possibilita que as partes, busquem a melhor solução para seus conflitos, uma vez que, os métodos auto-compositivos têm como princípios básicos a voluntariedade e a autonomia da vontade privada. Dessa forma, o cidadão passou a ter um sentimento de acolhimento, na sua busca por Justiça perante o Judiciário, acabando com a cultura da sentença (ganha-perde), e construindo uma cultura de pacificação social através da mediação (ganha-ganha).

No Preâmbulo da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), já fala da solução pacífica dos conflitos, sendo questionado por muitos doutrinadores que o mesmo, não tem força de lei, mas serve como um direcionamento da Constituição, para que as pessoas se orientem.

O Art.5°, XXXV, da CRFB/88 (Carta Magna) fala do Princípio da Inafastabilidade, garantindo aos cidadãos que

seus direitos serão apreciados pelo Poder Judiciário caso os sintam ameaçados ou lesionados:

Art.5º, XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

No Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015 é possível perceber a preocupação do Legislador com o instituto da Mediação e Conciliação, dando enfoque principalmente a mediação judicial, mas não excluiu a mediação privada, realizada fora do Poder Judiciário (extrajudicial), apenas de forma opcional, deixou de regulá-la, sendo esta regulada pela Lei nº.13.140, de 26 de Junho de 2015, que dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A mediação judicial regulamentada no Código de Processo Civil, atribuiu aos mediadores e aos conciliadores a função de "**auxiliares da Justiça**", ao dedicar nos artigos 165 ao 175 aos referidos institutos. Com esse impulso no Código do Processo Civil, a mediação passou a ser adotada pelos Tribunais de todo o Brasil, e assim foi criado os Centros Judiciários de Resolução de Conflitos (CEJUSCs), para atender as pessoas que tem os seus conflitos passíveis de serem mediados, numa tentativa de desafogar o judiciário brasileiro que em 2017 já está com mais de 110 milhões de processos (Dados do CNJ- Pesquisa do IBGE em 2014, e em 2017 pela AMB), de uma população que gira em torno de 200 milhões de habitantes, ou seja, segundo os dados há uma grande congestionamento de processos no judiciário brasileiro, e esse congestionamento permanecerá segundo o Ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca se não houver mudanças no Sistema Judiciário brasileiro no sentido

de adotar novas formas de solução de conflitos através dos métodos autocompositivos (mediação e conciliação)¹²

Dessa forma a implementação da Mediação no judiciário é uma forma de solucionar os conflitos de forma prévia (antes do processo), e durante o processo judicial. Os Magistrados, Promotores, Defensores Públicos e Advogados, devem incentivar e orientar as pessoas a buscarem essa solução consensual dos conflitos.

Os NUPEMECs- NÚCLEOS PERMANENTES DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: são compostos por magistrados da ativa, ou aposentados e servidores e tem a importância de promover a capacitação dos magistrados e servidores em gestão dos processos autocompositivos, capacitar os mediadores e conciliadores tanto no rol de servidores, como voluntários externos, e ainda compete aos mesmos a criação dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos), como forma de centralizar essa política pública no Tribunal de cada região do Brasil. Nesse contexto, a mediação está se tornando um método adequado e sendo uma política pública importante, para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, que buscam na justiça o acesso, e uma forma de se sentirem amparadas em seus direitos.

Os CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos) têm a importância de centralizar essa política pública no Tribunal de cada região, pois é onde serão realizadas as sessões de conciliação e mediação, que serão distribuídas pelo Tribunal, dando apoio e possibilitando aos juízes, uma solução mais rápida, amigável, e menos processos sob o seu julgamento.

12. Dados do CNJ em pesquisa realizada em 2014 pelo IBGE, em 2017 pela AMB, e divulgada pelo Ministro do STJ: Reynaldo Soares da Fonseca em palestra no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE MEDIAÇÃO organizado pelo IMA (Instituto de Mediação Aplicada), no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) no dia 19 de Abril de 2017, sendo a informação colhida e apresentada pela presente autora como participante do referido Seminário.

A negociação baseada em princípios foi elaborada por Roger Fisher, William Ury, e Bruce Patton, em 1991, encontra-se na sua obra: *Como chegar ao Sim- A negociação de acordos sem concessões*, cuja leitura é recomendada, sendo a base da mediação harvardiana, onde tem como método os seguintes princípios: *Separar as pessoas do problema, focar nos interesses e não nas posições, gerar (inventar) opções de ganhos mútuos, e insistir na utilização de critérios objetivos.*

O principal objetivo da Mediação de Harvard é a formalização do acordo, centrado na satisfação individual das partes, onde o mediador é o facilitador da comunicação pensada de forma linear, de um conflito construído, por cima de uma relação de causa e efeito. Esse método utilizado por Fisher, Ury e Patton (1991/2005, p. 33-113) para encontrar acordos sem concessões ou sem barganhas de posições, oferece um maior enfoque ao conflito, favorecendo a possibilidade de acordos mais sensatos e satisfatórios para ambas as partes.

O Brasil adota atualmente a mediação passiva, ou seja, a Mediação Harvadiana (ou Mediação Linear), que significa que o mediador não poderá intervir, dando soluções aos mediados na sessão de mediação, apenas atuará como um “facilitador do diálogo” entre as partes.

O início do procedimento comum, no judiciário se dará com a tentativa de uma autocomposição do litígio, sendo designada uma audiência de mediação ou conciliação, conforme o mais “**adequado**” a cada caso concreto, ficando a cargo dos centros judiciários (CEJUSCs), a realização da Mediação, tendo no seu quadro, mediadores devidamente capacitados e cadastrados no CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e no tribunal de Justiça, para realizarem o procedimento, que havendo acordo entres as partes, poderá ser homologado pelo juiz.

O Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CNMJC) está em funcionamento desde a apro-

vação da Emenda 2 da Res.125/10, nele está concentrado todas as informações de todos os profissionais capacitados para atuarem em procedimentos consensuais no âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido permite aos usuários escolherem os profissionais com base no histórico de avaliações, de acordo o desempenho e remuneração de cada mediador ou conciliador, estimulando o profissional a buscar cada vez mais, melhorar seu desempenho. Este Cadastro foi regulamentado pelo Código de Processo Civil/ 2015 e já está em vigor. (AZEVEDO. CNJ. 2016. p.132).

A mediação extrajudicial (privada) pode ser realizada por centros, fundações como a FNMC (Fundação Nacional de Mediação de Conflitos), ou câmaras privadas como a CAMARB, CCMA, MEDIARE, entre outras. E essas câmaras privadas ou centros podem realizar a mediação, tanto como atividade filantrópica, como também de forma lucrativa, e o procedimento deve ser de acordo as regras e princípios que estão estabelecidos na Lei de Mediação (Lei n°. 13.140/2015).

Segundo o Art.167, da Lei n°. Lei n.º 13.105/15:

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.

Quanto ao espaço físico destinando ao atendimento das partes, uma parcela do planejamento é de responsabilidade do gestor do programa, que deve proporcionar um ambiente agradável e tranqüilo e outra parcela cabe ao mediador verificar se a sala está disposta, a transmitir a mensagem de boas vindas, e que as questões trazidas na mediação, são impor-

tantes. Por isso é importante que o mediador prepare o local que será realizada a mediação: mesa, cadeiras, iluminação, temperatura, água, café, local de sessões privadas, materiais de escritórios entre outros, por isso importante chegar o local, bem antes que os mediados, para preparar a mesa, revisar as técnicas, estratégias e as ferramentas que deseja empregar na mediação (AZEVEDO. CNJ. 2016. p.159 e 160)

A mesa que será realizada a mediação, o mais indicado pelos grandes mediadores de conflito é que seja, uma mesa redonda, porque possibilita as partes sentarem uma ao lado da outra, e assim terão mais a oportunidade de ouvir umas as outras, e participar dos debates, sendo importante as partes se sentarem em posições não antagônicas(opostas), evitando assim, um sentimento de animosidade, de rivalidade, ou polarização, ou seja, o mediador deve evitar colocar as partes frente a frente na sessão de mediação (AZEVEDO. CNJ. 2016. p.162. 2016 apud CLETER.2017. p.15)¹³.

A co-mediação consiste em dois ou mais mediadores conduzirem o processo autocompositivo, de modo que as partes se sintam seguras, por não haver parcialidade por parte do mediador, e também possa oferecer mediadores com perfis distintos. A co-mediação ainda possibilita o treinamento supervisionado de mediadores aprendizes. Sendo muito importante que dois mediadores participem do processo, e também dois observadores, para garantir uma maior imparcialidade. (AZEVEDO. CNJ. p.142. 2016).

4.1. A indispensável presença do Advogado na sessão de mediação

13. Disponível no Artigo: CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. p. 05. Vol. 01 n°. 02. Belo Horizonte. 2017.

Numa sessão de mediação é indispensável que ambas as partes estejam acompanhadas dos advogados, pois conforme já dito anteriormente, o mediador não dar tratamento jurídico, e mesmo se também for um profissional do Direito (advogado), não poderá auxiliá-las, devido a sua imparcialidade que deve ser mantida na sessão de mediação. Ficando a cargo de cada parte a procura deste advogado (terceiro parcial, visto que age de acordo os interesses de seu cliente) para lhes orientá-las juridicamente, num acordo que porventura venha ser realizado na mediação, para que o mesmo tenha validade legal.

Conforme dispõe o Art. 133. da CRFB/88:

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Segundo Glicéria Martins Cleter:

O advogado deve sentir figura importante no processo de mediação, pois muitos advogados ainda têm o receio de que os mediadores vieram para acabar com os processos litigiosos e com isso, acabam difundindo esse preconceito, por desconhecimento do instituto, visto que acham que a mediação é uma “*usurpadora*”, ou seja, acreditam que a mesma, veio para tomar posse, ou apoderar-se de seus clientes (CLETER. 2017. p.16 e 17)¹⁴.

Dessa forma o advogado tanto na mediação judicial como extrajudicial deve estar presente, para que o acordo ocorra de forma mais clara possível, e dentro dos limites previstos em lei, visto que a mediação não versa sobre direitos indisponíveis, ou seja, as partes não podem abrir mão de direitos garantidos

14. Idem.

por lei como exemplo: uma mãe não pode abdicar da pensão de alimentos dos filhos, para o ex- cônjuge (genitor), por interesse próprio numa transação na mediação, em decorrência desse ser um direito fundamental da criança e adolescente. Caso faça isso, o advogado deve orientá-la juridicamente, no sentido desse acordo não ser homologado pelo juiz.

O juiz tem como papel principal na mediação aproximar as partes em disputa, por meio do fortalecimento dos vínculos sociais e comunitários, de modo que o Poder Judiciário funciona como um “hospital de problemas”, o magistrado organiza o sistema processual com as soluções apresentadas pelas próprias partes numa chamada “Justiça de Solução de Problemas”, como o que ocorre no Tribunal de Nova Iorque. O juiz não deve atuar como mediador, nem tampouco sugerir acordos, que seria eventualmente postos em suas sentenças judiciais. O juiz atua como gestor de valores autocompositivos e deve estimular os mediadores e conciliadores, cujo trabalho está sob sua coordenação (AZEVEDO. CNJ. 2016. p.142).

Conclusão

A mediação no Brasil precisa ser amplamente divulgada para que todas as pessoas tenham conhecimento e acesso a essa Política Pública. A busca pelo Judiciário como solução dos conflitos, têm aumentando cada vez mais o número de processos, e os juízes não estão em número suficiente para atender a tantas demandas que chegam em suas mãos diariamente.

Nesse sentido a mediação como método autocompositivo, veio para desafogar o Judiciário, visto que muitos conflitos que chegam aos magistrados, poderiam serem resolvidos de forma amigável, célere, sem maiores transtornos, sem a necessidade de acionar a máquina judiciária.

Atualmente o Judiciário brasileiro encontra-se afogado em mais de 110 milhões de processos, e esse número au-

menta a cada ano de forma exarcebada, tendo em vista, que as pessoas são levadas pelo acultramento da sentença (ganha-perde) adotada há muitos anos pela sociedade. Buscam o Poder Judiciário, procurando uma solução do juiz, para solucionar os seus conflitos, acreditando que assim, o magistrado irá pacificar a lide (conflito), o que mesmo com uma sentença favorável, às vezes não acontece, pois o juiz não tem como compreender a dimensão do problema, e quais são de fato os interesses das partes, porque muitos desses (interesses) estão ocultos, ou não lhe são trazidos no processo.

Diante desse grande número de processos no Judiciário brasileiro, a mediação judicial (e extrajudicial) está sendo incentivada como forma de resolver os conflitos de forma mais célere, amigável, e contribuir para o desafogamento (diminuição) dos conflitos dentro dos Tribunais.

Quando os juízes se depararam com um caso, e identifica nesse uma possibilidade de uma solução pacífica, encaminham as partes para os CEJUSCs para dar início a um processo de mediação, claro que respeitando o direito das partes que ao comparecerem (na pré-mediação), caso não desejem participar do mesmo, não estarão obrigadas a continuarem. Podendo dar início ao processo judicial, caso ambas recusem participar desse método de autocomposição, para não ferir o “Princípio da “Voluntariedade”, sendo a vontade das partes uma condição básica e essencial para se realizar um processo de mediação (Judicial ou Privada).

Assim a mediação judicial será indicada conforme seja “adequada” a cada caso concreto, visto que nem todos os conflitos serão possíveis de serem mediados, visto que a mediação pode alcançar todas as áreas sociais (mediação familiar, mediação ambiental, mediação empresarial, mediação trabalhista, mediação penal e etc), desde que não verse sobre os direitos

indisponíveis que não admitam a transação (Art. 3º. da Lei n.º 13.140/2015), respeitando cada pessoa na sua individualidade, particularidade, nos seus sentimentos e interesses no conflito.

Segundo Glicéria Martins Cleter (autora do presente artigo)¹⁵:

A mediação é como uma ostra ferida e cicatrizada. A ostra pra produzir uma pérola, precisa ser ferida, como num processo natural de auto defesa, provocado pela dor, resultada de uma substância estranha, e indesejável, podendo ser um grãozinho de areia, que penetra as células de seu nácar, ela vai se protegendo com camadas, no seu interior, formando uma pérola linda, e como uma ostra ferida e cicatrizada, assim é a mediação. Pessoas que não foram feridas, não sentem mágoas, angústias, remorsos, talvez jamais procurarão a mediação para fechar essas cicatrizes, mas aquelas que a procuram de maneira livre e voluntária, se tornarão pessoas melhores, serão “ostras cheias” de esperança, amor pelo próximo e principalmente serão muito mais valiosas humanamente e espiritualmente (CLETER, 2017. P.19) ¹⁶.

Por fim, a Mediação veio para acabar com a cultura da sentença (perde-ganha), e contribuir para uma cultura de paz, sendo um novo caminho para se alcançar a tão sonhada pacificação social, mas para isso as pessoas precisam apren-

15. Bacharela em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira- e-mail: guicleter01@hotmail.com- Autora do Livro “*Aspectos relevantes das ocupações irregulares de terras públicas em Belo Horizonte*”, e também do Livro “*Conceitos Básicos de Mediação*”.

16. Disponível no Artigo apresentado para conclusão do Curso de Direito. CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. p. 19. Vol. 01 n.º. 02. Belo Horizonte. 2017.

der e praticar a lição que Jesus ensinou e pregava nos seus discursos há quase dois mil anos: “amai-vos uns aos outros, como eu vos amei [...]” (Jo 13,34)¹⁷. Jesus foi (e ainda é) considerado o maior mediador de todos os tempos, pregava o amor, o respeito, e a reconciliação(acordo)¹⁸ em seus discursos, como símbolo de um homem justo, que cultivava a paz e a justiça entre os povos de sua época.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, André Gomma de (Org.).MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 6ªEdição.Brasília/DF:C-NJ,2016. Disponível em pdf: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/>

BÍBLIA SAGRADA DA RELIGIÃO CATÓLICA (e de religiões diversas).

CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. Vol.1,nº2(2017). Disponível em: revista.universo.edu.br/index.php?journal=3-universobelohorizonte3&Page=article&op=view&path%5B5%D=4814 acesso em 24/09/17.

CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de conflitos (Judicial e Extrajudicial): Uma política pública adequada para a pacificação social*. Conceitos Básicos de Mediação. (Orgs) GOMES REZENDE, Camila de Souza. ARAÚJO LIMA. Renata dias de. 1ª Ed. Editora New Hampton Press. Belo Horizonte. 2017.

17. Bíblia Sagrada.

18. Bíblia Sagrada. “*Entra logo em acordo com o teu adversário enquanto vais com ele a caminho do foro, para não suceder que ele te entregue ao juiz, e o juiz ao oficial de justiça, e sejas posto na cadeia*” (Mt5, v.25).

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como Chegar ao sim: A negociação de Acordos Sem Concessões. 2a. Ed..Rio de Janeiro: Imago, 2005.(Obra originalmente publicada em 1991)

OAB/MG. *I CONGRESSO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO- Novas Oportunidades na Advocacia*. Belo Horizonte, 15 e 19 set. 2016.

OAB/MG. *III CURSO DE MEDIAÇÃO (JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL) E CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS*. Belo Horizonte, 01 a 07 fev. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TJMG- *III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE MEDIAÇÃO* do IMA. Belo Horizonte. 17 a 19 Abril de 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. 1994. Curitiba: Instituto de Mediação.

Referências legislativas

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988 (CRFB/88).

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL- LEI N°. 13.105, de 16 de Março de 2015, com as alterações da Lei n°. 13.256/2016.

Lei de Mediação- Lei n°. 13.140, de 26 de junho de 2015.

RESOLUÇÃO N°.125 de 29 de Novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça

Resolução Alternativa de Litígios de Domínios no Ciberespaço: "SACI" no Brasil e a "Arbitrare" em Portugal

Claudio Joel Brito Lóssio

Introdução

O Direito surgiu para regular as atividades do homem, e assim, os acordos ocorrem a todos os momentos de vida de todos, assim tais negociações interpessoais ocorrem seja entre familiares, companheiros de trabalho ou amigos. Estes negócios diários nem sempre ocorrem de forma consensual, seja ao escolher para onde sair, seja para definir o que comprar para a feira de alimentos de casa. Assim, normalmente não precisamos de um terceiro para fazer papel de arbitro em nossas negociações do dia a dia, muito embora, conforme expresso, nem sempre é assim.

O fato de possuir um domínio na internet é uma necessidade para empresas, profissionais autônomos, revistas eletrônicas, noticiários e blogs por exemplo. E por muitas vezes,

através de má-fé ou boa-fé, pessoas acabam adquirindo um nome de domínio que viola a atividade de outro, por exemplo, causando uma concorrência desleal. Como resolver esse litígio que ocorreu online? Como também o que domínio?

No primeiro capítulo será apresentado alguns elementos necessários para provocar um maior entendimento diante desta escrita, visto que a abordagem desta escrita está diretamente ligada com o espaço cibernético, como é o caso do que é domínio.

No segundo capítulo entraremos na seara dos meios de resolução alternativa de conflitos, que são a evolução do direito repressivo, assim a buscar meios alternativos, ou seja, extrajudiciais para que os litígios sejam solucionados da melhor maneira possível, com maior celeridade e sem dar mais carga ao judiciário, como por exemplo, a arbitragem e a mediação.

Segundo acima exposto, estamos usando a internet para nos inserirmos cada vez mais na sociedade digital, mesmo sem que percebamos. E é diante dessa situação que a os meios de arbitragem eletrônica buscaram tal situação para promover mais celeridade diante dos procedimentos arbitrais não eletrônicos. Os meios eletrônicos de resolução alternativa de conflitos de domínios de internet, nesse caso, a arbitragem eletrônica, que serão estudados adiante são o SACI-Adm – Sistema Administrativo de Conflitos de Internet, no Brasil e o Arbitrare, em Portugal.

Nos capítulos três e quatro, serão apresentadas respectivamente breves explanações respectivamente sobre o SACI-Adm e o Arbitrare, apresentando como é o funcionamento básico procedimental diante de algum litígio de domínio. Por último buscaremos apresentar explanando as principais diferenças encontradas entre os meios eletrônicos para resolução alternativa de conflitos de domínios objeto.

Para tal desenvolvimento foram utilizados os seguintes métodos de abordagem: dedutivo e dialético. E no que se

refere ao procedimento, os métodos adotados serão: estudo de caso e comparativo. As técnicas de pesquisa utilizadas para confecção da dissertação serão a bibliográfica e documental. Cabe ressaltar que o tema está relacionado com a Cibernética e o Direito, a maioria das pesquisas serão feitas com o auxílio da internet para se obter acesso documentos os quais não possam ser adquiridos de forma física e ou direta.

A seguir iniciaremos a apresentar os elementos informáticos que serão abordados de forma direta ou indireta, visto que através do entendimento destes ocorrerá maior facilidade no entendimento textual em um todo.

1. Elementos informáticos

Conceituar e apresentar as atividades do SACI-Adm e Arbitrar é uma tarefa que necessita uma abordagem conceitual de alguns elementos informáticos, pois sem a compreensão destes impossibilita o entendimento. Assim, iniciaremos com a apresentação o principal elemento a ser apresentado, a Internet, visto que sem este não existiria sociedade digital assim como estaria impossibilitado a abordagem acerca dessa temática.

1.1. IP

A internet veio para trazer o direito à informação para os seus usuários, assim como para promover uma maior interação entre as pessoas que estão se utilizando desse ambiente digital, promovendo uma maior amplitude na liberdade de expressão. A eletricidade e o motor estão para a revolução industrial assim como a Internet está para a era da informática da sociedade digital (CASTELLS, 2003, p. 07).

O IP é uma numeração, como se fosse o CPF (no Brasil) ou o NIF (em Portugal) de uma pessoa singular. Cada computa-

dor que está conectado a uma rede local (rede local é uma rede privada, como por exemplo de um estabelecimento comercial), recebe a atribuição de um número de IP, para então assim, os computadores conseguirem se comunicar entre si. Esse IP, é conhecido como IP local, ou interno (TECHTUDO, 2017).

A conexão com a internet, sendo pelo um computador, smartphone, e ou qualquer outro equipamento que permita tal conexão, este receber um IP externo, normalmente atribuído de acordo com a região e ou local desta conexão. Esse IP normalmente não é fixo, assim se renova a cada nova conexão (TECHTUDO, 2017).

Os dados acima foram apresentados apenas a cunho de conhecimento, mas os IP referentes aos domínios normalmente são fixos, assim, quando se digita o IP 195.22.14.18, ele entra no site da www.ual.pt por exemplo. Assim, é através do IP que pode ser solicitado a identificação do usuário que estava conectado através deste, como por exemplo, no Brasil, uma Ação Cível de Obrigação de Fazer, para o provedor de aplicação (google, facebook, Twitter, entre outros por exemplo) e conseqüentemente para o provedor de conexão (Oi Velox, Vivo, Tim, Vodafone, entre outros por exemplo).

A seguir será apresentado uma simples e útil ferramenta de identificação de titularidade de um domínio, o *Whois*, o *qual*, no Brasil através do REGISTRO.br (2017) e em Portugal no DNS.PT (2017), por exemplo. É através de tal ferramenta que se consegue chegar ao criador de algum domínio em específico, assim como dados adicionais. Pois se não houvesse identificação direta, deveria inicialmente buscar o judiciário para identificação do proprietário do IP, conforme citado anteriormente.

1.2 Domínio

O domínio é o objeto de litígio que está presente tanto no SACI-Adm quanto no Arbitrare visto que ambos pro-

movem a arbitragem nos domínios com terminação “.br” e “.pt” respectivamente. Assim, será explicado o que é domínio e como esse poderá afetar diretamente na violação da propriedade industrial no âmbito cibernético, assim como a resolução dos litígios na seara dos domínios é o objetivo dessa abordagem, como também a apresentação de casos tanto perante o SACI-Adm, quanto pelo Arbitrare.

Os domínios surgiram como facilitadores para prover o acesso a conteúdo na internet, visto que ao ser criada a internet, era necessário que fossem digitados um conjunto números para que se chegasse ao sítio eletrônico desejado, assim, foi criado o sistema de nomes de domínio, que é um sistema de tradução de nomes para números, assim quando se entra algum endereço em linha, como por exemplo o www.ual.pt, esse nome é traduzido para números sem que percebamos, e em consequência disso consegue-se ter acesso a tal sítio eletrônico (NEVES, 2017, pos. 639).

Segundo a Associação DNS.PT (2017) domínio é “Um domínio é um nome de fácil memorização e que serve para localizar e identificar computadores na Internet.”. A DNS.PT é a sucessora da FCCN (2017) e hoje é responsável pela gestão dos domínios com terminação “.pt” em Portugal. Já no Brasil o REGISTRO.br (2017) é responsável pelo registro e manutenção dos domínios que usam “.br”.

Caso não existissem os domínios, para prover acesso qualquer sítio eletrônico seria necessário digitar o endereço de IP do sítio, tornando o procedimento menos intuitivo, por exemplo o GOOGLE do Brasil, normalmente se digitaria www.google.com.br, se não existisse tal domínio, deveríamos digitar na barra de endereço o IP 216.58.202.131, já em Portugal para prover acesso ao www.google.pt, deveríamos digitar o IP 172.217.28.67, conseqüentemente dificultando a vida de todos, seria como por exemplo decorar uma

agenda telefônica pelo número e não pelo nome. Podendo inclusive ter um redirecionamento para o google do local onde se encontre.

A ICANN não tem como finalidade controlar os conteúdos disponíveis na Internet, não tem capacidade de impedir o correio eletrônico comercial não solicitado, como também e não trata de questões relacionadas com o acesso à Internet. Contudo é através do seu papel de entidade coordenadora do sistema de nomenclatura para a Internet, tem um importante impacto na expansão e evolução da Internet. É isso que mantem uma única internet global (ICANN, 2017).

2. Arbitragem na era da informática

A arbitragem, encontra-se em fase de desenvolvimento e evolução, ganhando grande espaço no âmbito jurídico. Mesmo depois da promulgação da lei da arbitragem, a mesma ainda era vista com muita desconfiança, assim como a doutrina via a arbitragem como uma ameaça, porém, posteriormente, o legislador constitucional apoiou a arbitragem, dando ao árbitro a dignidade soberana própria do juiz. A evolução da arbitragem em Portugal se deu de forma gradativa, não muito diferente de outros países, mesmo sendo esses mais ou menos evoluídos (GOUVEIA; MACHADO, 2014, P. 09).

Em Portugal, a desconfiança citada não se deu apenas por parte dos juristas, mas também por parte da população, que via ela como uma espécie de justiça privada, cuja não apresentava a segurança e o respeito que se tinha o tribunal estatal. E com o passar do tempo, mais precisamente em 2012 ficaram a criar confiança por parte de todos, dessa forma, aumentando o número de situação resolvidas através da arbitragem e o número de instituições especializadas em diversas áreas arbitrais também cresceu. Dessa forma, houve também

uma interação maior entre a arbitragem brasileira e a portuguesa, organizando iniciativas conjuntas de alta qualidade. Dessa forma, necessita que aqueles que tenham interesse em intervir nessas relações de arbitragem, tenham conhecimentos amplos, tendo em vista que a aplicação normalmente se dá de forma direta, supletiva ou analógica (GOUVEIA; MACHADO, 2014, P. 09).

Assim, quaisquer litígios, sejam eles públicos ou privados, interno ou internacional, que segundo a legislação possa ser resolvido através de arbitragem, esse poderá se submeter ao tribunal arbitral (GOUVEIA; MACHADO, 2014, P. 207). E em consequência dessa aceitação a arbitragem, surgem tanto no Brasil quanto em Portugal, meios de arbitragem no ambiente digital, em nosso novo modelo de sociedade, a digital.

A evolução social, traz um novo modelo societário, a sociedade digital, tudo girando em todo da tecnologia e a informática, e tal desenvolvimento não poderia deixar a arbitragem de fora, assim a buscando para a resolução alternativa de litígios no ambiente da internet. Com isso, o ambiente cibernético traz consigo um maior alcance, celeridade e direção quando se busca a resolução alternativa de conflitos quando se trata de domínios de internet.

2.1 A Convenção Arbitral Eletrônica

A convenção arbitral é o fator inicial para se iniciar uma arbitragem, porque é por meio dela que se expressa à vontade *inter partes* de resolver os seus litígios de acordo com a jurisdição arbitral. Ela é de fundamental importância pois, qualquer arbitragem conduzida sem a presença da mesma já nasce sem validade, pois traz consigo um vício, o vício de ter possivelmente à vontade não espontânea, assim viciada.

Há então uma necessidade que se prove essa convenção arbitral, e para isso existem duas possibilidades: a primeira é a necessidade de uma cláusula compromissória, que nasce no momento inicial junto ao negócio, e surge para assegurar os direitos diante de um desentendimento futuro; e em segundo lugar, mas não menos importante, vem o compromisso arbitral, que é um contrato onde as partes se obrigam a resolver os litígios surgidos mediante ação arbitral (JUNQUEIRA, 2015, p. 11).

Então, é imperioso se atentar na elaboração da convenção arbitral o mais coerente possível, com a finalidade de evitar a criação de problemas ainda maiores, pois qualquer detalhe inserido de forma errônea ou desproporcional. Com isso, o mister ter o maior cuidado possível na elaboração tanto da cláusula compromissória quanto no compromisso arbitral, buscando assim a maior eficácia possível, contudo fugindo de possíveis vícios.

Segundo exposto acima, é de suma importância o arbitro ter conhecimento técnico suficiente não só na lide, no direito, mas conhecimento informático para que não confunda institutos fundamentais para se fazer tal arbitragem, com isso pode haver uma dificuldade contingencial técnico para tal assunto. E esse papel tanto o SACI-Adm e o Arbitrare trazem um histórico de suporte visto que surgem a partir de órgãos que tratam de governança de internet e consequentemente com assessoria jurídica especializada em tecnologia.

Assim, os recursos tecnológicos disponíveis à arbitragem para os árbitros dispostos a integrar a tecnologia à arbitragem, se encontrarão com uma infinidade de programas, tecnologias e ferramentas que estão prontos para serem usados na arbitragem (JUNQUEIRA, 2015, p. 91), mas nada disso poderá ter eficácia se o conhecimento jurídico, tecnológico e informático não estiver presente no profissional, mesmo que este seja o arbitro mais imparcial e com o melhor senso de

justiça, a imperícia informático e tecnologia irá deixá-lo de canto, e este poderá não arbitrar com qualidade, pois o seu desconhecimento poderá gerar uma decisão imprecisa, viciada. A cláusula compromissória aderida por meio de aceitação de proposta constante de um sítio eletrônico, se enquadra melhor como uma contratação entre ausentes da mesma forma do e-mail, pois, a oferta é lançada aguardando a aceitação por algum usuário, não havendo assim comunicação simultânea (JUNQUEIRA, 2015, p. 56).

Muito embora o email do titular do domínio em litígio cadastrado no DNS.PT ou no REGISTRO.br deve estar atualizado para não ocorrer o impedimento de visualização deste, pois há prazos que se não cumpridos, perderá a titularizada do domínio. No regulamento do SACI-Adm, não foi encontrado prazo para defesa, podendo esse ser um ato discricionário deste Sistema Arbitral, mas no Artigo 28, expressa que o litígio deve ser encerrado em no máximo 90 dias, podendo ser prorrogado ou não (REGULAMENTO SACI, 2017). Já o Arbitrare define um prazo de contestação já em seu Artigo 19, 2, sendo 20 dias prorrogado por mais 10 dias (REGULAMENTO ARBITRARE, 2017).

Segundo a abordagem dos parágrafos anteriores o regulamento do SACI-Adm deixa uma lacuna ao permitir que o árbitro de forma discricionária defina o prazo de contestação, diferente do Arbitrare, que já traz definido prazo e possível limite de prorrogação, mostrando assim, um procedimento arbitral com uma maior finalidade de uma convenção sem vício.

2.2 A proteção dos dados

A segurança da informação, assim como a proteção dos dados de pessoas singulares e coletivas é algo buscado por todos com interesse em se manter em sigilo, pois vivemos em

tempos onde o petróleo do mundo é a informação, vivemos em tempos de BigData.

Na lei da arbitragem brasileira, não se prevê expressamente a necessidade de a arbitragem ocorrer sigilosamente, portanto, é optativo que ocorra esse sigilo. Entretanto, mesmo com o seu caráter optativo, não significa que essa confidencialidade não tenha sua importância, é necessário que ocorra esse processo confidencial para que, tudo que deva permanecer em segredo, assim continue. Pois, para um bom funcionamento da arbitragem, é preciso que não haja nenhum tipo de vazamento ou alteração das provas produzidas. Assim, com a inserção da tecnologia no meio arbitral, é de fundamental importância que se verifique até que ponto é possível manter esse sigilo e essa segurança (JUNQUEIRA, 2015, p. 127).

Com alguns acontecimentos globais e a invasão de grandes servidores, vazando informações sigilosas, criou-se uma imagem negativa em relação ao espaço da internet, onde se pensa que tudo e todos estão ao alcance de hackers. Não se pode de fato, dizer que a internet é totalmente segura e imune a invasões e sabotagens, porém, é importante ressaltar que na maioria das vezes é muito mais fácil se roubar informações de vias tradicionais do que invadir grandes servidores com apurados sistemas de segurança. Portanto, é necessário que haja uma pesagem dos riscos e verifique em qual situação, de fato, existe menos segurança.

Além dos fatos expostos a cima, verifica-se que maioria dos brasileiros, utilizam mais as vias online as tradicionais, através compras, transações e outros processos que, se tivessem suas informações roubadas diante destes procedimentos online trariam grande prejuízo. Portanto, nota-se que há uma confiança maior nesses meios, então, para essas pessoas, é muito mais confortável executar processos, como a arbitragem, por meio disso. Além disso, existe uma grande batalha que é travada contra os comportamentos irresponsáveis na rede.

Já em Portugal, a proteção dos dados é levada a sério, visto que diferentemente do Brasil, já há um Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 que relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. E em seu número 2, expressa claramente que as pessoas singulares terão seus dados protegidos independentemente de nacionalidade (REGULAMENTO 2016/679, 2016).

A *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia o qual entrou em vigor em 25 de maio de 2018, e traz um maior enfoque ao tratamento, manutenção e responsabilidade diante das pessoas coletivas, quando se falar em tratamento e manutenção de dados pessoais. (GDPR, 2018)

3. Saci-adm no Brasil

O SACI-Adm é o Sistema Administrativo de Conflitos de Interne, que tem como função a solução de litígios no ambiente cibernético quando se versa sobre domínios com terminação “.br”. No próprio endereço eletrônico www.registro.br, na aba “Sobre Domínios” podemos encontrar o item: “Solução de Conflitos SACI-Adm” (2017) que ao clicar, entrará na página onde poderá ter acesso tanto o regulamento, como ver as instituições credenciadas, como também acompanhar todas as decisões efetuadas.

O Sistema Administrativo de Conflitos de Internet relativos a nomes de domínios com terminação “.br” - SACI-Adm – tem o objetivo de promover a solução do litígio entre um titular, que é a pessoa singular ou coletiva que criou o domínio, e o reclamante que é a pessoa singular ou coletiva que contesta a legitimidade de determinado domínio, informações o qual são encontradas no artigo 1 do regulamento. (2017)

Mesmo este Sistema Administrativo de Conflitos de Internet seja direcionado relativamente para resolução de conflitos para domínios com terminação “.br”, fica claro que acaba se tornando uma ferramenta que colabora com o Artigo 126 da Lei de Propriedade Industrial do Brasil, mais precisamente a Lei 9.279/1996. Pois está expresso em seu regulamento, no Artigo 3 (BRASIL, 1996).

Ainda assim, o SACI-Adm promove o combate a concorrência desleal, visto que na maioria dos casos analisados, ocorre uma utilização de nomenclatura que confundem o consumidor nos domínios como objeto da lide, como nos casos que serão apresentados mais adiante. Assim, favorecendo também a Lei 9.279/1996 em seu artigo 195 (BRASIL), que versa sobre concorrência desleal e como exemplo podemos citar mais diretamente o inciso IV, a versar que “usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos”, que é a situação mais comum entre tais litígios.

O regulamento do SACI-Adm é formado por 33 artigos e nele fica claro que o NIC.br, que gerência a governança de internet no Brasil, assim como os domínios, não interfere nas decisões do SACI-Adm e seus credenciados, assim então aparecendo uma relação de ponte entre todos conforma o gráfico abaixo:

Foi percebido que na maioria dos casos encontrados, os domínios em litígio, eram criados ou por desconhecimento da lei, mas principalmente por agir de má-fé, buscando assim por adotar uma nomenclatura similar a de uma marca já registrada e normalmente de alto renome, situação o qual é proibida e exposta no artigo 3º do regulamento do SACI-Adm (2017). Também é comum a percepção que a maioria dos reclamados não deram resposta alguma a reclamação acerca dos domínios em litígio, assim resolvendo o conflito,

sem embate algum entre as partes. Vejamos a seguir alguns casos do SACI-Adm.

A arbitragem do SACI-Adm é feita através de credenciados, assim, o regulamento do Sistema de Administrativo de Conflitos de Internet é unido ao regulamento de cada credenciado que efetuará a resolução do conflito. E para tanto a parte reclamante deverá arcar com os valores predeterminados pelo credenciado.

4. Arbitrare em Portugal

Arbitrare é um centro de arbitragem e mediação localizado em Portugal e tem o objetivo segundo o Artigo 2, 1 de seu regulamento de arbitragem a busca a resolução de “Quaisquer litígios relativos a matérias de propriedade industrial, nomes de domínio de .PT e firmas e denominações que não respeitem a direitos indisponíveis e que, por lei especial, não estejam submetidos exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, podem ser submetidos ao Centro de Arbitragem, para resolução por tribunal arbitral.” (REGULAMENTO ARBITRARE, 2017)

Segundo a abrangência mostrada neste segundo artigo do regulamento, o Arbitrare é um Centro Arbitral bem mais completo diante do SACI-Adm, visto que este último citado é voltado para resolução de conflitos exclusivo de domínio, muito embora acabe incorporando mesmo que indiretamente a seara da propriedade industrial. Já o Arbitrare é voltado diretamente para a resolução de lides de propriedade industrial e em consequência disso, acabar por solucionar litígios envolvendo domínios com terminação “.pt”.

Os valores relacionados ao litígio resolvido por arbitragem pelo Arbitrare funcionam da seguinte forma: quem paga às custas da arbitragem pode ser tanto o reclamante quanto

o reclamado que perder a causa, assim a pessoa que diante de tal arbitragem, tem a razão, ficará isento de custas.

Conclusão

Inicialmente notamos que estamos vivenciando tempos de mudanças proporcionadas pela disrupção tecnológica onde um antigo modelo de sociedade inicia a sua mesclagem com um novo modelo, a sociedade digital. Para tanto esse novo modelo precisa da internet como meio para existir e proporcionar assim através de sua existência, maior celeridade e simplicidade quando se trata de comunicação entre pessoas.

A comunicação entre pessoas é o melhor meio para resolução alternativa de conflitos, nesse caso, tal resolução de conflitos foi investigada voltada para a área de domínios de internet. Os domínios de internet são os nomes que pessoas singulares e ou coletivas atribuem a si ou aos seus comércios, no ambiente digital, onde no Brasil a terminação é “.br” e em Portugal é “.pt”.

Esses domínios são os nomes atribuídos a sítios eletrônicos como por exemplo a “www.ual.pt” que é o domínio do sítio eletrônico da Universidade Autônoma de Lisboa, assim como o “www.snristemas.com.br” é o domínio de uma empresa brasileira. Esse domínio deve receber proteção pela Propriedade Industrial devido representarem uma empresa, pessoa e ou marca, e a má-fé na utilização destes poderá prejudicar outrem. E como forma de resolver conflitos de domínios de internet de forma alternativa, ou seja, sem buscar o judiciário, surge iniciativas tanto de Portugal, através do Arbitrare como do Brasil através do SACI-Adm que é o sistema Administrativo de Conflitos de Internet. Em tal comparativo, notamos vários pontos distintos entre o SACI-Adm e o Arbitrare:

1. O SACI-Adm se limita a resolução de litígios apenas em nomes de domínio com terminação “.br”. Já o Arbitrare não se limita apenas a resolução de litígios referente a nomes de domínio, tendo como foco litígios envolvendo propriedade industrial, como nomes de firmas e denominações.
2. É possível notar que o SACI-Adm se limita apenas a resolução de conflitos por meio de arbitragem e mediação, assim como o Arbitrare, que também trabalha tanto com a arbitragem quanto com a mediação.
3. Além disso, o SACI-Adm necessita de intermédio, sendo este uma instituição credenciada, onde dessa forma, será seguido o regulamento tanto do SACI-Adm quanto da instituição credenciada escolhida. O Arbitrare por si só já possui o seu regulamento, não necessitando do intermédio de instituição credenciada.
4. Outra diferença entre os dois é que, o Arbitrare pode funcionar em língua inglesa e portuguesa, sendo decidido pelas partes em qual será executado, já no SACI-Adm, a língua utilizada será especificamente a portuguesa.
5. O Arbitrare, existe a possibilidade de se escolher entre um ou três árbitros para trabalharem no processo, já no SACI-Adm, ele não especifica a quantidade de árbitros, mas mostra que é possível se ter mais de um.
6. Em relação ao período de duração do processo, o SACI-Adm, determina um período de até 90 dias, podendo ser prorrogado até um prazo máximo de 12 meses, o Arbitrare menciona um prazo de 20 dias, podendo ser

prorrogados por mais 10 e tendo prazo limite de 90 dias para resolução de tal conflito.

7. Referente ao pagamento dos encargos, no SACI-Adm, o reclamante arcará com as despesas do processo, no Arbitrare, todas as partes intervenientes estão sujeitas ao pagamento de uma quantia destinada aos encargos processuais.
8. O principal fator percebido entre os centros arbitrários em estudo é voltado para a privacidade das informações visto que na pesquisa dos processos em ambos foi notado que no Arbitrare omite as informações das partes, preservando assim os dados pessoais de ambos, conforme Apêndice 5, diferentemente do SACI-Adm, que não preserva tais informações, que podem ser vistas no Apêndice 4.

É mister e imperioso o centro arbitrário que for elaboração da convenção arbitral, ter profundo conhecimento da tecnologia para tornar tal o mais coerente possível, com a finalidade de evitar a criação de problemas ainda maiores através de imperícia no conhecimento, pois qualquer detalhe inserido de forma errônea ou desproporcional, poderá causar dano para qualquer das partes.

Assim, os dois centros de arbitragem acima citados são excelentes formas de promover a solução de tais litígios extrajudiciais e embora tenham finalidades parecidas para tanto, foi percebido muitas diferenças entre tais e o SACI-Adm brasileiro precisa melhorar muito, nos aspectos de abrangência, celeridade, proteção das informações pessoais pelo menos, para com isso acompanhar a solução alternativa de litígios portugueses, o Arbitrare, o qual se apresenta mais completo e robusto.

Referências bibliográficas

ARBITRARE - **Regulamento de Arbitragem Arbitrare**. 2017 [em linha] Acesso em: 14 nov. 2017. Disponível em https://www.Arbitrare.pt/sbo/downloads/news_38_download.pdf

ARBITRARE - **Arbitrare**. 2017. Acesso em: 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.Arbitrare.pt>

ASSOCIAÇÃO dns.pt – **O que é um Domínio**. 2017. [em linha]. Acesso em: 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.dns.pt/>

BRASIL. **Lei 9.279/1996, de 14 de maio de 1996**. [em linha] Acesso em: 13 nov. 2017. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9279-14-maio-1996-374644-publicacaooriginal-1-pl.html>.

CASTELLS, Manuel – **A Galáxia da Internet: Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**; Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. ISBN: 978-85-7110-740-3.

FUNDAÇÃO para a Ciência e a Tecnologia – **FCCN**. 2017. [Em linha]. Acesso em: 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.fccn.pt/>

GOUVEIA, França Mariana; MACHADO, Soares – **Solução alternativa para resolução de litígios**. Coimbra: Editora Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5702-6.

JUNQUEIRA, Gabriela Herscovici – **Arbitragem Brasileira na Era da Informática: Um Estudo das Prin-**

cipais Questões Processuais. 1^a ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. ISBN 978-85-97-00021-4.

NEVES, Kelli Angelini – **Nomes de Domínio na Internet**: Aplicação do Sistema de Solução de Conflitos. São Paulo: Novatec, 2015. ISBN: 978-85-7522-500-4. Edição do Kindle. Posição 639.

REGISTRO.br – **Regulamento SACI-Adm**. 2017 [em linha] Acesso em: 29 set. 2017. Disponível em <https://registro.br/dominio/SACI-Adm-regulamento.html>.

REGISTRO.br – **SACI-Adm** - 2017. Acesso em: 29 set. 2017. Disponível em: <https://registro.br/dominio/SACI-Adm.html>.

REGISTRO.br – **Sobre o**. 2017 [em linha] Acesso em: 29 set. 2017. Disponível em <https://registro.br/dominio/SACI-Adm.html>

REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de abril de 2016. [em linha] Acesso em: 29 set. 2017. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

Os direitos humanos e fundamentais e a validade dos negócios jurídicos processuais no Código de Processo Civil

Hugo Rogério Grokskreutz

1. Aspectos sobre o Direito Privado e os Direitos Humanos e Fundamentais

Primeiramente deve ser observado que tanto a dignidade humana quanto os valores sociais da livre iniciativa são elementos basilares do Brasil (art. 1º, inciso III e IV, da CF), logo, é plausível que o Constituinte originário tenha fixado como meta do Estado a construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso I da CF), ter elencado essa mesma liberdade como direito fundamental (art. 5º, caput, CF), como princípio econômico (art. 170, caput, da CF) e ter autorizado a incorporação dos direitos humanos (art. 4º, II e art. 5º, §§ 2º e 3º da CF).

Os direitos humanos e fundamentais “são fundamento do Estado Democrático de Direito, vale dizer, do Estado submetido, também, ao ordenamento jurídico fruto da soberania popular, do mesmo modo que os particulares”. (FERRARI, 2011, p. 529)

[...] diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais. (ROSA, 2011, p. 05)

“Os direitos humanos possuem um caráter universal e são frutos de tratados internacionais, enquanto que os direitos fundamentais são aqueles previstos no plano interno e na Constituição de cada Estado soberano”, (GROKSKREUTZ, 2017, p. 51) e uma característica comum destes direitos é justamente a indisponibilidade, no sentido de que não podem ser desconsiderados por seus titulares ou por terceiros (públicos ou particulares). Ou seja, “não podem ser alienados” (FACHIN, 2008, p. 212) “são indisponíveis, irretratáveis, pois conferidos indistintamente” (PAGLIUCA, 2010, p. 20) “na medida em que não permitem a sua desinvestidura por parte de seu titular, não podendo ser transferidos ou cedidos (onerosa ou gratuitamente) a outrem, ainda que com o consentimento do agente, sendo indisponíveis e inegociáveis”. (MAZZUOLI, 2015, p. 900)

Sendo assim, a Constituição do Brasil trouxe vários direitos fundamentais e reconheceu os direitos humanos com o mesmo propósito, qual seja, promover e garantir a dignidade da pessoa humana, por meio de obrigações positivas

e negativas ao Estado que permitam o acesso ao piso vital mínimo/mínimo existencial ao seu elemento humano.

Disso resulta uma redefinição da democracia constitucional como sistema jurídico articulado em duas dimensões: a dimensão formal, fundada no exercício dos direitos de autonomia, seja política ou civil, e a dimensão substancial, fundada na tutela dos direitos de liberdade e na satisfação dos direitos sociais. (FERRAJOLI, 2012, p. 08)

Todos estes Direitos independentemente de sua geração, dimensão ou fase, objetiva uma finalidade que vai além de sua própria existência, não são um fim em si mesmo, há algo maior a ser efetivado com a sua incidência, e sem sombra de dúvidas a verdadeira finalidade destes é garantir uma vida humana digna a todos.

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (SARLET, 2002, p. 89-90)

Como fruto desta dignidade é que a Carta Magna outorgou liberdade aos indivíduos, e no âmbito do direito privado é exercida em meio aos negócios jurídicos, visto que as

partes contratantes se valem de sua autonomia da vontade para entabular negócios que poderão suprir seus desígnios e necessidades, ou conforme leciona Fiuza:

É evidente que não basta a necessidade ou o desejo. Para satisfazê-los é mister que declaremos nossa vontade. A vontade é o meio condutor que nos leva à realização de nossas necessidades ou desejos. Assim é que os contratos são fruto de necessidades ou desejos, reais ou fictícios, que impulsionam nossa vontade a sua satisfação. (FIUZA, 2008, p. 383)

“Quando o ser humano usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão dessa vontade constitui-se num negócio jurídico”. (VENOSA, 2013, p. 379) “Contratos são negócios jurídico” (FIUZA, 2008, p. 383) assim definidos:

É ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender desejos e necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana. (FIUZA, 2008, p. 383)

Um dos princípios inerentes aos contratos é exatamente denominado de princípio da autonomia da vontade, sendo, inclusive, considerado como “o mais importante princípio. É ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar”. (FIUZA, 2008, P. 383)

“O negócio jurídico constitui o pilar do direito privado, pois expressa, por excelência, o princípio da autonomia privada nas relações negociais”. (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 153) Todavia, em relação aos princípios dos contratos “dando-lhes dimensão constitucional, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser esquecido, pois, indiscutivelmente, servirá de medida para toda a investigação que fizermos a respeito de cada um dos princípios contratuais”. (GAGLIANO; PAMPALHONA FILHO, 2017, p. 396)

No “contexto do Direito Civil constitucionalizado, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) assume posição de centralidade axiológica no desenvolvimento das relações jurídicas entre os particulares”. (FACHIN, 2008, p. 23-24) “Propriedade, posse, contrato, empresas, família são exemplos de institutos de direito privado que foram redefinidos para se harmonizarem com os princípios inscritos na Constituição Federal”. (FERRARI, 2011, p. 71)

“Na análise dos fatos jurídicos é possível distinguir os planos da existência, da validade e da eficácia” (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 153), estes planos, também são levados em consideração nas etapas de construções dos contratos, e no que tange a temática deste trabalho, o plano de validade, sem dúvidas, é o que mais se relaciona com a necessidade de observância dos direitos fundamentais e humanos.

Visando estabelecer parâmetros para que os contratos sejam válidos o Código Civil brasileiro além de elencar as hipóteses de anulabilidade (art. 171), de nulidade (art. 166) e trazer os denominados vícios sociais, do consentimento e figuras esparsas ao longo de seu texto, trouxe uma cláusula geral com regras de validade em seu art. 104 e art. 2.035 do Código Civil que é claro ao estipular que: “[n]enhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem

pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. Da mesma forma o atual Código Civil trouxe uma nova dogmática contratual, ao estipular que além do respeito a boa-fé objetiva (art. 422) os contratantes igualmente deverão observar a função social do contrato (art. 421), e é exatamente neste ponto que os valores constitucionais expressados pelos direitos e garantias humanas e fundamentais entram em cena, no sentido de serem uma das balizas para que tal função seja devidamente aplicada aos contratos.

Função é modo de utilização, finalidade, motivo pelo qual algo existe e foi criado. A função social é um programa da norma, o seu caráter teleológico frente aos contratantes e ao juiz, que terá de aplicar o direito ao fato dentro desta perspectiva. Consiste na adaptação do contrato dentro aos objetivos do Estado de valorizar a pessoa humana nos termos constitucionais previstos. (BASTOS, 2004, p. 193-194)

Diante destes fundamentos, mostra-se plausível afirmar que os contratos como expressão da liberdade ensejadora da dignidade humana somente serão válidos se atenderem aos requisitos gerais do art. 104 e 2.035 do CC, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, mediante o respeito aos valores constitucionais e humanos supracitados.

Mesmo sendo uma previsão um tanto quanto recente no ordenamento jurídico brasileiro a incidência constitucional nos institutos jurídicos de direito privado, que em geral possuem previsão genérica no Código Civil, a temática em comento não é nova e “foi inserida na discussão jurídica dos anos 50 e 60 do século passado, expressando um fenômeno de *Drittwirkung der Grundrechte*” (DUQUE, 2014, p. 92), que segundo Duque:

É exatamente no cumprimento desse dever que se alia figura do chamado “efeito irradiante” dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privado. Essa linha de pensamento comum fez com que o fenômeno da *Drittwirkung* passasse a ser frequentemente reconduzido à chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*), como expressão de uma ordem de valores jurídico-objetiva, que irradia efeitos para todos os âmbitos jurídicos. (DUQUE, 2014, p. 96-97)

De outro lado, Mendes ressalva que “também nos Estados Unidos, sob o rótulo da *state action*, tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas” (MENDES, 2014, p. 38), sem adentrar neste debate, o fato é que os direitos fundamentais e humanos irradiam seus efeitos sobre tudo e sobre todos, ou na feliz análise de Cambi:

Nesse contexto, os direitos fundamentais são “princípios” que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma eficácia expansiva que inclui todos os âmbitos jurídicos. Podem ser analisados na dimensão vertical (Estado-cidadão), mas também na horizontal (isto é, na esfera jurídica privada, entre pessoas e entidades não estatais, as quais se encontram em posição de igualdade formal), toda vez que houver desequilíbrio de poderes entre os particulares. Afinal os direitos fundamentais não têm como inimigo exclusivo o Estado, na medida em que a violação a tais direitos podem prover também, e às vezes como maior gravidade, dos poderes privados e dos outros particulares. (CAMBI, 2011, p. 33-34)

De fato, não há como afastar qualquer ramo do direito ou quaisquer institutos jurídicos dos ditames trazidos pela Constituição, especialmente no que tange aos direitos fundamentais e humanos:

Porém, é evidente que a superveniência do texto constitucional, dentro do estudo da hierarquia das normas, implicará que ela sempre será o facho, a fonte de iluminação do sistema, e é ela que deverá dar os valores fundamentais do nosso sistema, por ser reflexo de princípios fundantes. As Constituições incrementaram seus conteúdos com novas matérias, e matérias tratadas tradicionalmente por civilistas finalmente na Constituição. A matéria residual de natureza civil tem presença na norma fundamental. Desse movimento, surgem duas conseqüências: o Código Civil perdeu seu caráter exclusivo, e se compartilha com a Constituição. Outrossim, sobre os princípios e regras constitucionais referentes ao Direito privado geral, constrói-se a doutrina em outros países e, certamente, pode se construir um Direito Civil Constitucional. (RIBEIRO, 2004, p. 350-351)

Sarlet complementa asseverando que a relação entre o direito privado e a Constituição pode ser vista em duas perspectivas:

Em primeiro lugar e ocupando um papel de destaque situa-se a eficácia da Constituição na esfera do direito privado (a Constituição no direito privado), em que se cuida principalmente de uma interpretação conforme a Constituição das normas de direito privado e da incidência da Constituição no âmbito das relações entre sujeitos privados, seja por meio da concretiza-

ção da Constituição pelo órgão legislativo, seja pela interpretação e desenvolvimento jurisprudencial. Além disso, importa não esquecer o fenômeno da inserção, na Constituição, de institutos originalmente oriundos do direito privado, em outras palavras, da presença do direito privado na Constituição. (SARLET, 2014, p. 66-67)

Logo, “é possível afirmar que os direitos fundamentais, pelo menos de acordo como entendimento prevalente na ordem jurídico-constitucional brasileira, geram efeitos diretos *prima facie* no âmbito das relações privadas”. (SARLET, 2014, p. 88)

Significa dizer que, os direitos humanos e fundamentais se irradiam tanto de forma vertical vinculando o Estado, quanto de maneira horizontal, obrigando também os particulares, e justamente por estes efeitos é que não poderão ser tolhidos ou afastados pelos particulares em meio aos seus negócios jurídicos contratuais, sob pena de viola a dignidade humana, princípio fundante do Estado brasileiro.

2. Dos negócios jurídicos processuais.

Em meio às relações humanas sempre houve alguma espécie de insatisfação por parte das pessoas, fato este que acarreta contendas já que nem sempre uma pessoa irá concordar com o desiderato da outra, nascendo assim conflitos de interesses. Tais conflitos podem ser pelos mais variados motivos, sendo comum em qualquer deles a resistência de um em relação ao interesse do outro.

A eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por

ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e o processo (estatal ou arbitral). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 25)

Ao longo da evolução humana houve um momento de ausência de Estado e ausência de Direito, uma época em que o mais forte efetivamente se colocava em uma posição dominante sobre o mais fraco, e as divergências eram basicamente resolvidas pelo uso da força por parte de um e pela submissão do outro (autotutela), segundo Wagner Junior:

[...] nas sociedades primitivas, em que não havia a soberania do Estado, os indivíduos serviam-se da denominada autotutela para a solução de seus conflitos. Naquela época, os próprios envolvidos no litígio, valiam-se da força física ou de qualquer outra expressão de supremacia, seja bélica, seja econômica, para a satisfação de seus interesses. (WAGNER JUNIOR, 2008, p. 02)

Em seguida os conflitos passaram a ser resolvidos por meio da denominada autocomposição, em que os envolvidos por meio do consenso aceitavam desconsiderar parte de seus interesses para amigavelmente resolver o impasse.

Além da autotutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito ou ambas, abrem mão do

interesse ou de parte dele. São três as formas de auto-composição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida na pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 27)

Na sequência os particulares passaram a se valer da arbitragem elegendo um terceiro para decidir a questão posta em jogo e dizer a quem cabia razão, nas palavras de Wagner Junior “a humanidade avançou para uma forma de resolução de conflitos por meio da qual às partes interessadas passaram a escolher pessoas de confiança mútua, delegando a elas poderes para que decidissem o litígio, procedimento esse que, ganhou o nome de arbitragem”. (WAGNER JUNIOR, 2008, p. 02-03)

Com o fortalecimento do Estado e a formação – mais organizada – das sociedades o direito se fez presente, motivo pelo qual se fala que “não há sociedade sem direito” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2007, p. 26) (*ubi jus ibi societas*). Aqui começa a construção da atuação estatal na resolução dos conflitos, momento em que o Estado avocou o poder de resolver os conflitos e impôs aos jurisdicionados a submissão de sua vontade soberana.

Em outras palavras, “mais tarde, com o aprimoramento das noções de Estado, o mesmo passa a chamar para si, com exclusividade, a autoridade para desenvolver às atividades próprias e específicas ao equacionamento dos conflitos, em procedimento que chamamos de jurisdição”. (WAGNER

JUNIOR, 2008, p. 03) Neste momento é que entra em cena o Direito Processual, que para Câmara “pode ser definido como o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional”. (CÂMARA, 2011, p. 05)

O Direito Processual possui ramificações que atuarão de forma especializada segundo o conteúdo da matéria debatida, o Direito Processual Civil aborda questões privadas, negociais, familiares, indenizatórias, sucessórias e assim por diante. Após a mencionada fase da litigiosidade jurisdicional para a solução de conflitos, os ramos do direito processual de certa forma retroagiram nesta evolução e passaram a adotar mecanismos processuais de autocomposição para a obtenção de uma solução mais célere e pacífica para os conflitos.

A título de exemplo podem ser mencionados os seguintes dispositivos do CPC/1973: art. 265, inciso II, §3º, art. 111, art. 269, inciso III, bem como, a Lei nº 9.099/95 (art. 2º e 24), a Lei 10.259/2001, a Lei nº. 12.153/2009, Lei nº 9.307/1996 alterada pela Lei nº. 13.129/2015, todos com conteúdo de autocomposição. Nesta senda o novo Código de Processo Civil seguiu o mesmo escopo e foi expresso ao impor a realização de audiência de conciliação como regra (art. 334).

Todos os institutos acima abordados sem dúvida foram os precursores para a criação deste novo instituto denominado de negócios jurídicos processuais que se encontra previsto no art. 190 do atual CPC. Este consiste em uma espécie de contrato jurídico de cunho processual, em que as partes podem alterar o procedimento para julgamento de suas causas antes ou durante o processo judicial com o escopo de satisfazer seus interesses com maior celeridade processual. Ao analisar o conteúdo normativo deste dispositivo legal é possível denotar que o legislador ordinário federal autorizou o cidadão a entabular contratos de conteúdo processual ou inserir mate-

rial de ordem processual em contratos que estejam tratando de outros temas, logo:

Caberão às partes decidir sobre a conveniência de ajustar o procedimento. No entanto, nada impede que o magistrado as influencie a firmar algum pacto nesse sentido, especialmente nas hipóteses em que este se revela capaz de melhor atingir os escopos do processo, quando comparado à disciplina legal do procedimento. Além disso, os negócios processuais possibilitam uma visão democrática da demanda, ampliando o diálogo e a interação entre as partes, de modo a materializar o princípio da cooperação processual, porquanto se mostram uma prática promissora do ponto de vista da ascensão social do direito processual civil. (PONTE, 2015)

O primeiro ponto a ser observado é que somente pode ser cogitada a realização destes negócios jurídicos processuais para questões que sejam disponíveis, ou seja, que permitam a autocomposição no sentido de renúncia de parte do direito pelos litigantes propiciando assim a formulação do negócio, já que direitos indisponíveis não podem ser negociados. Quanto a mudança no procedimento ou rito processual, este sem titubear é a grande inovação desta temática, já que permite as partes modificarem a sequência dos atos processuais retirando do Estado a exclusiva definição da caminhada processual. O novel Código ao que tudo indica busca alcançar o acesso à justiça efetiva, afastando as formalidades e burocracias processuais que obstam a célere e a eficaz satisfação do direito discutido e dilatam o andamento do feito. Nos negócios jurídicos processuais as partes podem inserir novos prazos, afastar ou incluir meios de prova, inserir ou excluir

atos processuais, enfim, poderão alterar a sequência procedimental de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Evidentemente, que a liberdade de formular negócios jurídicos processuais não pode ser uma forma de abuso de direito conforme dicção do parágrafo único do aludido art. 190 do CPC, e análise de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

É por essa razão que, além de controlar de ofício a validade dos acordos processuais nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou em caso de manifesta vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único), tem o juiz de controlar a validade dos acordos à luz do direito fundamental ao processo justo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 111)

Significa dizer que não se trata de uma figura desregrada, visto que o magistrado poderá intervir e retirar a presunção de validade do negócio entabulado, e assim, restabelecer as partes ao *status quo ante*, e principalmente, resguardar Direitos humanos e fundamentais, pois:

Por outras palavras, dizer que (i) o juiz tem maiores poderes para conhecer de ofícios de certas matérias (sobre as quais, portanto, não se opera preclusão e que, nessa medida, ostentam a qualidade de objeções e não de simples exceções) ou que (ii) tem poderes para investigar determinados fatos de forma ampla e não limitada à iniciativa das partes envolvidas, ou, ainda, que (iii) tem poderes para decidir de forma a modificar, rever ou integrar o conteúdo dos atos praticados pelas partes, tudo isso significa reconhecer que razões de ordem pública impõem a atenuação – ou até mesmo a exclusão – do princípio dispositivo.

Por outras palavras, a indisponibilidade estabelecida no plano material se projeta no processo, e, nessa medida, a atuação do juiz deve buscar fidelidade a tais desígnios. (YARSHELL, 2004, p. 308)

Ademais, o magistrado ainda manterá o poder de polícia sobre processo, fiscalizando e garantindo a eficácia de todos os incisos do art. 139 e da imperativa previsão do art. 1º do CPC, inclusive, na aplicação dos negócios jurídicos processuais, que por sua vez, podem incidir sobre as seguintes figuras:

a) para a modificação do procedimento (art. 190); b) para a criação de calendário para a prática de atos processuais (art. 191); c) para que o saneamento do processo possa ser efetuado pelas próprias partes (art. 357, parágrafo 2º); d) para a inversão do ônus da prova ser realizado pelas próprias partes extrajudicialmente (art. 373, parágrafo 4º); e) para a renúncia da impenhorabilidade de bens por convenção entre as partes (art. 833); f) para a renúncia à força executiva do título extrajudicial por convenção processual (art. 785); g) para dispensar caução em cumprimento provisório de sentença; h) para que não seja promovido cumprimento provisório da sentença; i) para renúncia prévia ao direito de recorrer ou de não produzir provas; j) para alterar efeito inerente a recurso; k) para criar hipóteses de sustentação oral não prevista em lei ou mesmo ampliação do seu prazo; l) para alteração de prazos peremptórios; m) para modificar deveres e sanções processuais. (HARTMANN, 2015)

Por se tratar de uma inclusão recentíssima o intérprete não pode desconsiderar o fato de que o paradigma a ser ado-

tado para a realização deste procedimento negocial reside no 6º do NCPC e que *ipses literis* dispõe: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Tal previsão legal decorre do intitulado princípio da cooperação, sem adentrar no debate em torno de sua (in) constitucionalidade e/ou existência, tal princípio impõe ao magistrado e as partes – leia-se Advogados, membros da Defensoria Pública e Ministério Público – a responsabilidade de convergirem em prol da efetividade e celeridade do processo, evitando assim procedimentos não tão necessários para a tutela do direito litigado e possam postergar o julgamento do *case*. Há ainda previsão semelhante no art. 378 do CPC, que *in verbis* estabelece que “[n]inguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

Segundo Pinho e Alves a cooperação processual teve origem no Direito Alemão que o chamou de “comunidade de trabalho” e instituiu o *Hinweispflicht* consistente na convocação das partes para discutirem e indicarem linhas de argumentação, evolução pelo Direito Português que expressamente estabeleceu o dever dos magistrados, dos mandatários judiciais e das próprias partes de cooperarem entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio, e objeto de análise do direito Norte-Americano (PINHO; ALVES, 2015):

Preocupados com esta situação, em 2008, diversos juristas norte-americanos, reunidos em um grupo de trabalho da *Sedona Conference*, um instituto norte-americano dedicado a pesquisa e estudo avançado do direito, elaboraram a “*Cooperation Proclamation*”, posteriormente endossada por diversos outros juristas, advogados e juízes. A “*Cooperation Proclamation*” bus-

ca promover o diálogo, o treinamento dos advogados e dos juízes, e o desenvolvimento de mecanismos práticos que facilitem a cooperação e a colaboração no processo civil, especialmente na etapa da *discovery*. (PINHO; ALVES, 2015)

É claro que “o princípio da cooperação ou o modelo cooperativo de processo obviamente não está colocado no art. 6º e no art. 378, do novo CPC, de forma isolada, sabido que o direito positivo há de ser encarado como um sistema, e não uma reunião anárquica de normas”. (MEDEIROS NETO; MACHADO, 2016) “Para além, no mundo contemporâneo, conectado e cada vez mais democrático, a nova codificação processual civil também busca renovação ou evolução de visão sobre os instrumentos a serem utilizados para a entrega da prestação jurisdicional”, (MEDEIROS NETO; MACHADO, 2016) porém, essa evolução não pode desconsiderar o “devido processo legal, os princípios dele decorrentes, bem como os fundamentos da dignidade da pessoa humana e o estado democrático de direito, sem sombra de dúvida, estão (ou deveriam estar) no topo das preocupações jurídicas”. (TEOTÔNIO, 2007, p. 486)

Em síntese, os negócios jurídicos processuais podem ser compreendidos como uma opção dos jurisdicionados, que dotados de uma vontade qualificada e livre de qualquer vício ou imposição podem prévia ou posteriormente ao início do processo firmar tal modalidade de negócio jurídico e assim modificar o procedimento processual, exceto em matérias indisponíveis.

Conclusão

Diante de todo o exposto é possível denotar que os jurisdicionados passaram a ter maior autonomia em meio ao

processo civil, podendo estipular contratos com cláusulas processuais. Entretanto, não há qualquer liberalidade para violar direitos humanos e fundamentais, visto que, o CPC não trouxe qualquer permissivo neste sentido, pelo contrário (art. 1º do CPC), autorizou que o Poder Judiciário exerça controle sobre as cláusulas nulas, que, evidentemente, são abusivas e violadoras destes direitos que são indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

Significa dizer que, por mais que a autonomia da vontade tenha se expandido significativamente com essa nova figura contratual de cunho processual, algo tímido até então pela legislação brasileira, não há dúvidas de que tal liberalidade poderá ser objeto de limitação quanto se mostrar violadora dos direitos humanos e fundamentais, que por sua vez, são detentores de efeito irradiante vertical e horizontal, e qualquer cláusula em sentido contrário, será fulminada pelos efeitos da invalidade jurídica.

Referências bibliográficas

BASTOS, Ricardo da Silva. Fundamento filosófico da função social do contrato. In. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Novo Código Civil interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol. I. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada *Drittwirkung* dos direitos fundamentais. In. GRUNDMANN, Stefan, *Et alii*. **Direito privado, Constituição e Fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Tradução: Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FIUZA, César. **Direito Civil Curso Completo**. 11ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 396.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. O direito à saúde: um estudo sobre a aplicabilidade das normas sociais de direitos humanos e fundamentais. In. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Et alii*. **Direitos Fundamentais e Efetivação**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Os negócios jurídicos processuais (primeiras impressões). In. **R.**

- EMERJ**, Rio de Janeiro, v.18, n. 70, p. 25-41, set-out. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas. **Código Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Princípio da Cooperação no Processo Civil. **Revista Thesis Juris – RTJ**, São Paulo, V. 5, N.1, pp. 163-191, Jan.-Abr. 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In. GRUNDMANN, Stefan. Et al. **Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. **Direitos Humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação. In. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015, pp. 240-267.

- PONTE, Marcelo Dias. ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do Direito Processual Civil. In. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume 16. Julho a dezembro de 2015, pp. 305-334.
- ROSA, Alexandre de Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. O abuso de Direito e justiça social. In. FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. **O Código Civil e sua interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. Direitos fundamentais no Direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In. GRUNDMANN, Stefan; *Et ali*. **Direito privado, Constituição e Fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TEOTÔNIO, Paulo José Freire. O devido processo legal e seus novos paradigmas. In. WAMBIER, Luiz Rodrigues; *Et ali*. **As novas fronteiras do Direito Processual**. São Paulo: RCS editora, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos** (coleção Direito Civil Volume II), 13^a edição. São Paulo: Atlas, 2013.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Processo Civil Curso Completo**. 2^o edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

YARSHELL, Plávio Luiz. Três temas de Direito Processual no âmbito do Direito das obrigações e dos contratos. In. FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. **O Código Civil e sua interdisciplinariedade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

O termo de ajustamento de conduta como alternativa a judicialização dos conflitos coletivos

Tatiana Fernandes Dias da Silva

Introdução

O acesso à justiça tem por objetivo abrir para todos que possuem um conflito de interesse a porta do Poder Judiciário. O Processo Civil brasileiro há anos afigurasse como lento, caro e, muitas vezes, ineficiente para solucionar os conflitos que são levados ao Estado-Juiz. Nas últimas décadas, uma série de reformas foram realizadas na legislação processual civil nacional e no Judiciário, com o intuito de simplificar o processo e criar mecanismos para acelerar o andamento processual das ações em trâmite no Poder Judiciário.

Os esforços dos juristas e do legislador não produziram os resultados esperados, inclusive após o implemento do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais,

em seu artigo LXIII, fruto da Emenda Constitucional n. 45, aprovada em 30 de dezembro de 2004, que deixa claro 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” e várias reformas na pretérita lei de ritos, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Acredita-se que isso se deve ao fato de existir no país a cultura da litigiosidade. Necessita-se de reformas do ponto de vista técnico-legislativo, mas também há a obrigação de se adotar medidas que permitam colocar em prática as mudanças havidas no campo teórico.

Diante desse aspecto, uma opção a judicialização são as formas alternativas de solução de conflitos, como a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem e, quando se tratar de conflito que envolva direitos e interesses difusos ou coletivos, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

No que tange a mediação, Humberto Dalla (2015) destaca que, “no Brasil, a partir dos anos 90 do século passado, começou a haver um interesse pelo instituto da mediação, sobretudo por influência da legislação argentina editada em 1995.” Nacionalmente, a primeira iniciativa legislativa foi o Projeto de Lei (PL) n. 4.827/98, fruto da proposta da então deputada Zulaiê Cobra. Em 2002, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, que ficou prejudicado diante do substitutivo (Emenda n. 1 CCJ).

Em 29 de novembro de 2010, foi aprovada, pelo Conselho Nacional de Justiça, a **Resolução nº 125, que considerava algumas premissas, são elas:** Que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário; que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV da CRFB implica acesso à ordem jurídica justa; cabe ao Judiciário estabelecer

política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, mas também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais e a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos.

Esta Resolução veio a instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade como a mediação e a conciliação, artigo 1º, da citada norma.

No que tange a conciliação, as primeiras aparições legislativas vieram em 1934, com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a instauração das Juntas de Conciliação e Julgamento, que foram extintas, em 1999, pela Emenda Constitucional nº 24, de 09 de dezembro de 1999. A Lei n. 7.244, de 07 de novembro de 1984, instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas, nos Estados, Distrito Federal e Territórios, com o objetivo de impulsionar o acesso à justiça e a credibilidade do Poder Judiciário. A norma, que foi editada sob o manto da Constituição de 1969, indi-

cava em seu artigo 2º que se buscaria, sempre que possível, a conciliação das partes como a primeira alternativa para se resolver os conflitos levados ao Juizado.

Em 13 de dezembro de 1994, foi sancionada a Lei nº 8.952, que alterou o Código de Processo Civil (CPC) de 1973, para incluir em seu artigo 331, *caput* e §1º a conciliação entre os deveres do juiz, que determinava que “obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença”.

Posteriormente, em 1988, a Constituição Cidadã fez previsão expressa, em seu artigo 98, inciso I, sobre a criação dos Juizados Especiais, que seriam competentes para conciliação em causas de menor complexidade. A norma afirma que os juizados especiais são competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Outro meio de solução de conflitos, a arbitragem, foi instituída no Brasil, pela Lei nº 9.307, em 23 de setembro de 1996, como forma de auxiliar a prestação jurisdicional. Apenas podem ser objetos da arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis, ficando excluídos do texto legal os direitos não patrimoniais, os indisponíveis, as matérias de natureza familiar, de Estado e as fiscais e tributárias, artigo 1º, *caput* e §1º. A convenção de arbitragem pode ser firmada através da cláusula compromissória, que, de forma sucinta, é inserida pelas partes no contrato que estas estão firmando, onde se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir fruto deste e o compromisso arbitral que “é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”, tudo conforme, artigo 9º, *caput* da lei.

As inovações trazidas pela lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou e revogou alguns artigos da Lei nº 9.307/1996 para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor

sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral.

O novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, em sua Parte Geral, Livro I que dispõe sobre as Normas Processuais Cíveis, no Título Único, Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, Capítulo I, Das Normas Fundamentais do Processo Civil, disciplina em seu artigo 3º, §2º que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, continua o texto legal, em no § 3º^{o-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”. Desta maneira, a atual Lei de Ritos, ao tratar do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional trouxe como dever do Estado proporcionar as partes a solução consensual dos conflitos.

O CPC prestigia a conciliação e a mediação judicial, além de valorizar, o instituto da arbitragem, ao deixar claro que “é permitida a arbitragem, na forma da lei”, artigo 3º, §1º, neste sentido, a lei vem a coadunar com a regra contida na CRFB, nos direitos e garantias fundamentais sobre a razoável duração do processo e celeridade processual.

O legislador, conforme consta nos artigos 165 a 175 da nova lei processual civil se preocupou com a atividade de conciliação e mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Contudo, a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que regulamenta sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, faz previsão também expressa sobre a forma extrajudicial desses mecanismos.

Como ressalva Humberto Theodoro Junior e outros (2015), a nova lei processual apresenta uma “notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção dos meios alternativos.” O objetivo seria “uma solução integrada dos litígios como corolário da garantia constitucional do livre acesso do inc. XXXV do art. 5º da CR/1988”. Para o doutrinador essa mescla de técnicas de solução de conflitos se faz necessária perante a hiperjudicialização desses, pois no Brasil até o que se poderia ser resolvido pela autocomposição, como é feito em outros países, utiliza-se a via judicial.

1. O Termo de Ajustamento de Conduta como alternativa a judicialização dos conflitos coletivos

As demandas judiciais, como narrado anteriormente, por serem em sua maioria longas e morosas, vêm se tornando um obstáculo a efetiva prestação jurisdicional. Há um processo de perda gradativa da confiança dos cidadãos na capacidade do Estado em assegurar uma prestação jurisdicional rápida e efetiva.

Dentro do processo de utilização dos meios alternativos para a solução de conflitos, a tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos também encontra amparo legal, através do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

O conceito de direito difuso e coletivo foi estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078/90. Perante a redação do artigo 81, inciso I do CDC, são direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Eles não dizem respeito a uma só pessoa, mas a um número indeterminado de pessoas, que pertencem a um grupo ou comunidade composta por pessoas indeterminadas

e indetermináveis. As pessoas, titulares desses direitos, estarão ligadas por circunstâncias de fato. Assim, pode-se concluir que são um número indeterminado (e indeterminável) de pessoas, que não se interligam por relação jurídica, mas por circunstâncias fáticas (aspecto subjetivo) e indivisibilidade do bem jurídico em litígio (aspecto objetivo).

Quanto aos direitos coletivos a sua distinção para os direitos difusos, é que estes são transindividuais, de natureza indivisível e o direito coletivo diz respeito a um número determinável de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica, artigo 81, inciso II, do CDC. Tratam-se, pois, de direitos que não dizem respeito a uma só pessoa, indivisíveis, mas há entre elas (ou com a parte contrária) um laço jurídico e não meramente fático. Conquanto sejam direitos transindividuais e indivisíveis, as pessoas titulares desse direito, são determináveis. O Código do Consumidor delimita o universo possível dessas pessoas, ou seja, devem pertencer a um mesmo grupo, categoria ou classe, havendo, assim, uma coletividade perceptível por vínculos, não havendo desordenamento ou profusão na titularidade. Não se permite a identificação dos titulares pela individualidade, mas pelo grupo ou coletividade, mantendo-se a indivisibilidade do direito.

O Termo de Ajustamento de Conduta, foi implementado no ordenamento jurídico através da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o TAC se fez presente no artigo 211, que determina que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”, e, no mesmo ano, em 11 de setembro de 1990, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078, que, em seu artigo 113, ampliou o acesso a essa

forma transacional de solução de controvérsias para os demais interesses difusos e coletivos, em especial o ambiental, vindo a alterar a redação do artigo 5º da lei da Ação Civil Pública (ACP), Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, com a inclusão dos §4º, §5º e §6º, possibilitando, principalmente com a inclusão do novo §6º, uma resolução alternativa mais célere para os conflitos ambientais e facilitando a sua execução através do Poder Judiciário.

Dispõe a Lei n. 7.347/85, em seu artigo 5º, §6º, que: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O TAC ocupa lugar de destaque na resolução de conflitos, onde aquele que causou o dano se compromete a adequar-se a lei ou em reparar a lesão junto a aquele que o sofreu, sob o manto mediador dos órgãos públicos legitimados nos incisos do artigo 5º, e seus incisos, da Lei da Ação Civil Pública, em que também se enquadram o Ministério Público, a Defensoria Pública e, ainda, entidades que compõem a administração direta, indireta ou fundacional desde que desenvolvam atividades de interesse público, e após a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta exista a ratificação do Ministério Público, Milaré (2015).

O Termo de Ajustamento de Conduta é “o principal instrumento jurídico para formalizar negociações envolvendo direitos coletivos” (GAVRONSKI, 2016). A finalidade do TAC é buscar o cumprimento da lei, de modo simples, rápido e sem custo para o estado, além de contribuir para o desafio do judiciário. “Todos os interessados no ajustamento de determinada conduta devem estar de acordo com os termos do compromisso” (SIVINI FERREIRA apud THOMÉ, 2016).

Como escreve Jerônimo Jesus dos Santos (2007), o TAC é “um instrumento que se traduz numa declaração de vontade exarada no processo, num procedimento ou, muitas vezes, é o próprio procedimento seguindo determinada forma ou maneira, contendo determinado e relevante teor”, uma vez que o ajustamento deve harmonizar um novo comportamento e a conduta é o principal propósito a ser buscado no termo a ser modificado. Para o autor o Termo de Ajustamento de Conduta pressupõe uma verdadeira mudança de mentalidade em prol da conciliação dos conflitos metaindividuais, não podendo implicar, hora nenhuma, em disposição de tal direito. É uma garantia de pacificação e estabilidade social, que possui nuances na *class actions* do direito norte-americano.

Édis Milaré, em sua obra, *Direito do Ambiente* (2014), num primeiro momento faz uma crítica ao Termo de Ajustamento de Conduta, afirmando que “a marca da indisponibilidade dos interesses e direitos transindividuais impede, em princípio, a transação, tendo em vista que o objetivo desta alcança apenas “direitos patrimoniais de caráter privado”, suscetíveis de circulabilidade”. Mas, o autor, logo no parágrafo posterior, afirma que “de situações concretas de dano iminente ou consumado, em que o responsável acede em adequar-se à lei ou em reparar a lesão, seria fechar os olhos a realidade e as exigências da vida recusar pura e simplesmente tal procedimento [...]”.

Apesar do Termo de Ajustamento de Conduta ser um mecanismo extrajudicial na solução de conflitos coletivos, como consumidor, meio ambiente, idoso, dentre outros, este procedimento, se comparado a ações judiciais, ainda é pouco utilizado no Brasil.

O que se vê na prática é um apego ao Poder Judiciário para solução de controvérsias, fruto de anos de tradição da

adoção deste mecanismo, mesmo ciente que este é lento, seja pelo acúmulo de várias demandas, seja pelo prazo privilegiado da Fazenda Pública, seja pela solenidade processual, e muitas vezes ineficaz pela própria morosidade das decisões e seu cumprimento.

Conclusão

O Poder Judiciário há anos sofre com a morosidade na prestação jurisdicional. Como opção a essa lentidão da tutela jurisdicional, as formas alternativas de pacificação de conflitos como a mediação, conciliação e arbitragem, merecem destaques por possibilitar as partes litigantes solucionar de maneira mais célere e eficaz o conflito de interesse. Algumas leis em nosso país, principalmente recentemente, foram instituídas com o afã de viabilizar de forma mais concreta a celeridade processual e razoável duração do processo, instituídos na pátria Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVIII e ratificado pelo artigo 4º do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015.

A nova lei de ritos deixou cristalino, em seu artigo 3º, §1º e §2º, que além de prestigiar a arbitragem também “promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, como a mediação e a conciliação que deverão, também “ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, §3º do citado artigo.

No que tange a proteção dos interesses difusos e coletivos, como as relações de consumo, o meio ambiente, a proteção à ordem econômica, segurança pública, educação, dentre outros, a busca pela proteção ou recuperação desses direitos também tem se mostrado morosa e pouco eficaz,

seja pela a pátria legislação, seja pelo próprio procedimento oriundo das ações judiciais que no Brasil salvaguardam esses direitos como a Ação Civil Pública e a Ação Popular.

Neste contexto, o Termo de Ajustamento de Conduta, contido na redação do artigo 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), tem se comprovado uma alternativa viável a judicialização com o fim de se obter a satisfação de direitos difusos e coletivos. Consagra a norma que, uma vez este não cumprido terá a eficácia de verdadeiro título executivo extrajudicial, tornando mais rápida a sua efetivação, quando necessária a via judicial.

Assim, enquanto o poder público carecer de iniciativas rigorosas que viabilizem e fiscalizem a preservação e proteção ambiental, mecanismos alternativos de pacificação de conflitos, como os Termos de Ajustamento de Conduta, serão instrumentos inefetivos em prol da proteção e preservação dos direitos difusos e coletivos.

Referências bibliográficas

ARRUDA, Mônica Penna Sattamini de. Termos de Ajustamento de Conduta e Desregulação Ambiental. XI Encontro ANPUR. BRASIL. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em 23 fev. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Lei 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: 11 abr. 2018.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 17 out de 2017.

_____. Lei 5.689 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm> Acesso em: 10 maio de 2018.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 10 abr de 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. 100 Maiores litigantes. Brasília. Março 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 19 abr 2018.

_____. Lei N. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em 19 abr 2018.

_____. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em 22 abr 2018.

_____. Lei n. Lei n. 7.244 de 07 de novembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm> Acesso em 22 abr 2018.

_____. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm> Acesso em 22 abr 2018.

_____. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.> Acesso em 25 abr 2018.

_____. Emenda Constitucional n. 24, de 09 de dezembro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc24.htm.> Acesso em 26 abr 2018.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm.> Acesso em 25 abr 2018.

BUENO; Cassio Scarpella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo. Ed. Saraiva. V. 2. 2007.

_____. As Class Actions Norte-Americanas e as ações Coletivas Brasileiras: Pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em: < <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>> Acesso em: 27 out de 2017.

CAVALCANTE, Christiane. A Prova na Tutela Coletiva do Consumidor. Disponível em: < http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_christiane.pdf> Acesso em: 27 out de 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Bahia. Ed. JusPodium. V. 1. 18ª edição. 2016.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei n. 3.467, de 14 de setembro de 2000. Disponível em: < <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/bff0b-82192929c2303256bc30052cb1c/f6e323ae55f376b-f03256960006a0dde?OpenDocument>> Acesso em: 27 mar de 2018.

GARCIA; Gustavo Filipe Barbosa. Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2-15. Principais Modificações. Rio de Janeiro. Ed. Gen/Forense. 2015.

MARINONI; Luiz Guilherme e ARANHART; Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. V.02. Revista dos Tribunais. Ed. 7. São Paulo.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 5º Edição. 2014.

MEDINA, JoseMiguel Garcia. Quadro Comparativo entre o CPC/1973 e o CPC/2015.

MILARÉ; Édis. Direito do Ambiente. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais , 2014.

NEVES; Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo. Ed. Gen. 5 edição. 2013.

_____. Novo CPC Código de Processo Civil. Inovações. Alterações. Supressões. São Paulo. Ed Gen/Método. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Descendendo o novo CPC. A mediação Judicial no Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. Descendendo o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. Termo de Ajustamento de Conduta. Rio de Janeiro. Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro. 2007.

SCHMIDT; L. Análise Crítica do Termo de Ajustamento de Conduta no Direito Ambiental Brasileiro. 2002.

150 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. Santa Catarina. 2002.

SILVA; José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA; Thomas de Carvalho. Considerações Gerais acerca do Direito Ambiental. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/consid_gerais_direito_ambiental.pdf> Acesso em: 05 fev. 2018.

SILVA, *Aylla Gleyssa Muara dos Santos*; DAMASCENO, *Lanuza Fernandes*; ALMEIRA, *Roberto*. Aspectos da Tutela Coletiva no Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/aspectos-da-tutela-coletiva-no-codigo-de-defesa-do-consumidor/129254/>> Acesso em: 22 out de 2017.

SOUZA, Abner Rafael de. Evolução do Direito do Consumidor e Tutelas Coletivas. Disponível em: < file:///C:/Users/Tatiana/Downloads/Evolucao_do_direito_do_consumidor.pdf> Acesso em: 22 out de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 6. ed. Bahia: Jus Podium, 2016.

TONIN; Maurício Moraes. Razões para o Poder Público utilizar meios alternativos de solução de conflitos. Disponível em: <<https://arbitranet.com.br/por-que-o-poder-publico-deve-utilizar-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias/>> Acesso em: 19 abr 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015.

A (Im)penhorabilidade do salário e o Recurso Especial n. 1.658.069-GO do Superior Tribunal de Justiça

Larissa da Silva Peres

Aspectos preliminares

O Estado brasileiro é pautado, dentre outros, sob o Princípio da Separação dos Poderes, o qual define a competência de atuação deste em cada ramo da administração do sistema, de modo sejam exercidas suas atribuições de maneira harmônica e independente, pretendendo, para tanto, a estabilidade da sociedade e da justiça social.

Apesar da regra expressa, bem como, de figurar no rol de cláusulas pétreas dada sua magnitude (art. 60, III, da CF), o *supra* Princípio é recorrentemente ferido por atos ilusoriamente eivados de legalidade, quando, por exemplo, são proclamados pelo Poder Judiciário em situação de inovação jurídica, que, muitas vezes, chegam a afrontar expressa disposição legal.

Dito isto, traz-se à baila o ativismo judicial, instrumento pelo qual fora alicerçada a decisão emitida pelo Superior Tribunal de Justiça ao entender pela inaplicabilidade de expressa vedação democraticamente imposta ao regime da impenhorabilidade salarial.

Eis a motivação do presente trabalho, esmiuçar, não de maneira exauriente, a argumentação do Tribunal ao fazer tal inovação, bem como, clarear o entendimento no que toca aos riscos da utilização do ativismo judicial em um sistema pautado na busca pela sobreposição de um Estado Democrático de Direito.

1. Leading case: Recurso especial n. 1.658.069-Go do superior tribunal de justiça

Trata-se de Recurso Especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que discutia a possibilidade da penhora de 30% (trinta por cento) do salário de pessoa física para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.

A relatoria do presente recurso foi atribuída à Ministra Nancy Andrighi que, ao recebê-lo, decidiu que o seu julgamento dar-se-ia de acordo com o CPC/73, tendo em vista que à época de sua interposição, o recorrente fundamentou no Código vigente, bem como contra decisão proferida até o dia 17 de março de 2016 (Enunciado Administrativo n.2-STJ).

Ponderou, ainda, que o salário goza de impenhorabilidade relativa (art. 649, IV, e § 2º, do CPC/73), pois de acordo com o princípio da responsabilidade patrimonial, estampado no art. 591, do CPC, o devedor responde pelo cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens, salvo restrição legal.

Afirmou a Relatora que a verba remuneratória não goza de caráter absoluto, uma vez que há a possibilidade da pe-

nhora em razão de dívida de prestação alimentícia. Apesar dessa hipótese excepcional, o Tribunal tem evoluído na sua jurisprudência para harmonizar os conflitos existentes entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao mínimo existencial com o direito à satisfação executiva do credor, sempre analisando o caso concreto.

Assim, feita a análise do caso concreto, seria possível, em situações excepcionais, a realização da penhora de parte do salário, com o fim de conferir efetividade à tutela jurisdicional do direito ao crédito, desde que, garantido, mínimo necessário ao devedor para sua subsistência própria e de sua família. Outrossim, sustentou que esta decisão não é inovação, mas pautada em no conjunto de decisões que vêm sendo tomadas pela Corte.

Ante a tais argumentos, a Relatora conheceu o recurso para, no mérito, negar provimento, a fim de possibilitar a constrição de percentual do salário do recorrente, para pagamento de débito de caráter não-alimentar. Seguiram o voto da Relatora os demais Ministros que, ao fim, ementaram a decisão da seguinte forma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO.

RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.
2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do sa-

lário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar.

3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família.

Precedentes.

4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1658069/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017)

2. O salário e sua impenhorabilidade

Derivando do latim *salarium*, o salário, etimologicamente, decorre da palavra *sal*, do latim *salis* e do grego, *hals*, pois, nos tempos antigos, o *sal* era o recurso natural utilizado como forma de pagamento das legiões romanas, onde, paulatinamente os meios empregados para caracterizar tal pagamento foram se remodelando, passando a ser,

por exemplo: óleo, animais, alimentos, propriedades, dentre outros. (MARTINS, 2012, p. 229).

Na contemporaneidade, segundo a Consolidação das Leis do Trabalho, o *salarium* é o valor pago como contraprestação dos serviços prestados pelo trabalhador (art. 76, Decreto-lei n. 5.452/1943), servindo como meio de sua subsistência, e, por efeito, detendo de natureza alimentar, característica pela qual, evidentemente, deve gozar de ampla proteção do Estado (OJ n. 153 - SBDI-2/TST).

Dito isto, é mister ressaltar que, mesmo sendo nítida sua importância, há possibilidades de ocorrência da penhora frente aos regramentos internos e externos. Preliminarmente, com a Convenção n. 95 da OIT, de 1949, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24/56, e promulgada pelo Decreto n. 41.721/57, trata, em seu art. 10, a seguinte disposição:

1. O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.
2. O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família.

Não obstante a isso, seguindo a mesma linha de raciocínio, a Carta Social brasileira promulgada em 1988, a qual teve como sustentáculo o caráter garantista (FERRAJOLI, 1998. p. 851) no que toca ao arrimo dos direitos e garantias individuais, previu, em seu art. 7º, inciso X, que será direito do trabalhador a proteção de seu salário, na forma de legislação infraconstitucional, norma evidentemente de eficácia limitada, detendo, para tanto, a necessidade de dispositivo legal infraconstitucional para minuciar a proteção do salário.

Isto posto, verifica-se que, *in legem*, há, estritamente, apenas duas possibilidades da ocorrência da penhorabilidade salarial, quais sejam: (i) débito alimentar; e (ii) dívida não for alimentar, mas salário do devedor corresponder a valor líquido superior a cinquenta salários mínimos.

No primeira hipótese, não importará o valor do salário, desde que se respeitados 50% (cinquenta por cento) do montante líquido percebido pelo executado para pagamento parcelado da dívida alimentar e das prestações vincendas (CPC, art. 529, §3º).

Na segunda hipótese, quando a origem da dívida não for alimentar, mas salário do devedor corresponder a valor líquido superior a cinquenta salários mínimos. Frisa-se, no segundo caso, não há limitação de porcentagem alguma, asseverando o legislador a possibilidade de penhora apenas quanto à quantia que exceder 50 (cinquenta) salários-mínimos.

A despeito disso, é mister sobressaltar que a impenhorabilidade salarial prevista no Código Adjetivo Civil (art. 833, IV, CPC), abrange apenas aos valores percebidos no mês atual o qual se discute a possibilidade de expropriação judicial, sendo, portanto, abrigados pela impenhorabilidade, aqueles valores que se prestam ao atendimento das necessidades básicas do devedor e seus dependentes, excetuando-se disso o espólio do salário percebido no mês antecedente, haja vista ter seu caráter alimentar transmudado para uma seara de reserva econômica, sendo, por conseguinte, penhorável. (STJ, EREsp 1.330.567/RS, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2014, DJe 19.12.2014).

Seguindo o mesmo raciocínio, leciona Greco (2001, p. 21):

Até a percepção da remuneração do mês seguinte, toda a remuneração mensal é impenhorável e pode ser consumida pelo devedor, para manter padrão de vida compatível com o produto do seu trabalho. Mas

a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidades de sustento suas e de sua família, será penhorável como qualquer outro bem do seu patrimônio.

Isto posto, constata-se, portanto, que há limites de caráter legal para o exercício da atividade jurisdicional expropriativa, de modo que não cabe ao julgador, *prima facie*, aplicar interpretação extensiva à uma norma auto-explanável e restritiva. A satisfação executiva jamais deve prevalecer frente ao mínimo existencial, e, precipuamente, às regras de Direito em que uma sociedade se estabelece.

3. Ativismo judicial e seus malefícios

Caracterizado pelos seus críticos como usurpador da Separação dos Poderes e da autonomia, o ativismo judicial, é, nada mais, que a invasão do Poder Judiciário na esfera de liberdade do cidadão e na “suspensão” dos pré-compromissos democráticos – leis e a própria Constituição – face à efetivação da bel vontade do magistrado. (ABBOUD, 2016, p. 709).

Dessarte, é solar notar o iminente risco que o ativismo causa aos valores consignados em um Estado Democrático de Direito. Ora, se decisões judiciais se pautarem em convicções pessoais ou pela sensatez daquele que realiza a hermenêutica, em detrimento da própria lei, à que se prestaria as normas democraticamente vigentes já que sempre prevalecerá a vontade pessoal do órgão julgador? (ABBOUD, 2016, p. 519-527)

No século XIX, Marshall já discorria sobre o tema do ativismo: “Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge, always for the purpose of giving effect to the will of the legislature; or, in other words, to the will of the law.” (MARSHALL, 1824,

p. 22 U.S. 866). Na tradução livre, assevera o autor “O Poder Judiciário nunca pode ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado; (mas) sempre com a finalidade de realizar a vontade da legislatura, ou, em outras palavras, a vontade da lei”

Assim sendo, decerto que o cidadão não vai ao juízo indagando a opinião pessoal do juiz, mas sim, indaga o que o próprio Direito tem para dizê-lo (STRECK, 2018). Na mesma vertente, indubitavelmente o cidadão tem direito a uma resposta Constitucionalmente adequada, e os juízes, por sua vez, têm o dever de fornecê-la de maneira fundamentada, conforme art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Rememorando as atribuições do Poder Judiciário, é cediço que sua função típica é ser um órgão julgador, o qual se presta a efetivar a aplicação da lei ao litígio. Doutra banda, a sua função atípica figura-se em natureza administrativa ou legislativa. O leitor, no afã de encontrar amparo às condutas de ativismo, pensa “se ele tem competência atípica para legislar, ele pode fazê-la ao julgar o caso concreto!”. A resposta para esse pensamento é negativa, vez que o correspondente à função atípica nada tem a ver com as leis de efeitos abstratos, mas sim, à mera elaboração de normas regimentais de processo e das garantias processuais das partes, conforme previsão do art. 96, I, a da CF. (PRADO. In: AMARAL JÚNIOR, 2010, p. 126).

Grande parte das vezes em que se configura o ativismo judicial, este, supostamente, pauta-se na busca pela aplicabilidade do princípio da isonomia, asseverando que não existe lei que pondere determinada situação, o que forçaria o magistrado à incorporar verdadeiro legislador (MONTEIRO. In: AMARAL JÚNIOR, 2010, p. 160). Ocorre que, coadunar com tal asseveração, é deslegitimar o povo de sua da atividade legislativa, vez que todo poder emana dele (art. 2º, da CF), e

somente ele poderá utilizá-lo, diretamente, ou por meio de seus representantes, indiretamente. Desta senda, frisa-se, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo - não naturalmente - o que fortalece ainda mais a ilegalidade de sua atuação nos casos de ativismo. (MONTEIRO, 2010, p. 160)

Em contrapartida, mister ressaltar que o papel do magistrado de seguir a legalidade não restringe-se à mera subsunção da lei ao caso concreto, de modo que sua atuação não se reduz à mera “boca da fria da lei”, como era de se verificar a escola exegética, na França (BOBBIO, 1995, p. 79), mas sim, à legalidade de todo sistema jurídico, de forma que interpretações discricionárias não venham a ferí-lo (STRECK, 2018).

No caso em pauta, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por não aplicar o disposto no artigo 649, IV, CPC/73 (atual art. 833, IV, CPC/2015), bem como, desconsiderar a hipótese taxativa de sua exceção (art. 649, §2º, CPC/73), deliberando, para tanto, em sentido diverso do legal, incidindo, de maneira incontestada, em ativismo judicial, dada a usurpação da sua função de julgar, tomando para si a função positiva de legislar, já que, sequer afastou a normal, em suposto controle difuso de constitucionalidade, o que demonstra a vontade de sobrepor suas convicções com os dizeres legislativos. (ABBOUD, 2016, p. 723)

Ao asseverar que a penhora poderá ser efetivada em salário, independentemente do seu valor e da natureza da dívida, desde que se garanta o “mínimo existencial” do devedor, não encontra respaldo algum na seara legislativa, acrescenta-se a isso o perigo em determinar o significado de “valores que garantam mínimo existencial”, que é, em verdade, fruto do subjetivismo do julgador (STRECK, 2018).

Com tal decisão, o STJ contraria o anterior e o vigente Código de Processo Civil, de forma que assume o papel dado ao Poder Legislativo, ignorando suas limitações herme-

nêuticas e a própria a clareza do texto, concebendo uma decisão que afronta o dispositivo legal que deveria ser aplicado.

Na mesma linha, chega-se à conclusão de que o texto constitucional e legal deve ser o limite intransponível para qualquer interpretação realizada pelo STF ou STJ, e que o ativismo, nada mais é que o pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções do julgador (ABBOUD, 2016, p. 709)

Por cúmulo, destaca-se: de que importância gozam as leis e a própria Carta Magna já que o livre convencimento do juiz deverá prevalecer? É angustiante o sentimento de insegurança que tal pergunta causa. E além, de que adianta o Direito brasileiro dizer-se filiado à corrente *civil law*, já que, em verdade, busca a prática do *common law*? São perguntas sem respostas imutáveis.

4. Efetivação do direito ao crédito e a “mutilação” constitucional

Após breve elucidação do significado do termo “ativismo judicial”, seus riscos e o perfeito encaixe ao *leading case* que determinou a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente por débito não alimentar em patente descumprimento à disposição legal, indagariam os assentes à decisão proferida pelo STJ: E então, qual seria a saída? O credor deveria arcar com o ônus do prejuízo?

Por óbvio, o jurisdicionado tem o direito à satisfação de seu crédito, mas, em momento algum, a sua pretensão deve sobrepor-se às normas asseguradoras do direito à impenhorabilidade do salário. Não há o que se ponderar frente ao mínimo existencial do devedor e suas garantias legais e constitucionais, tendo em vista que a satisfação do crédito,

é, meramente, um direito de cunho satisfativo patrimonial. (FACHIN, 2001, p. 35)

A decisão proferida é flagrante desmonte das garantias sociais no Brasil e a própria ordem legal e constitucional. Ora, onde se encontram os dispositivos normativos em que a Corte pautou-se para decidir de tal maneira? Não há. Se a própria corte cria subterfúgios para aplicar sua vontade, ignorando as leis que a ela mesma seria dada a atribuição de zelo, não há mais salvação. Parafraseando Streck (2013):

“[...] uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?”

Desse modo, de que adianta a previsão expressa da proteção ao salário constante no art. 7º, inciso X, Carta Magna, tal qual, mais especificamente, o tão citado art. 833, inciso IV do Código de Processo Civil, se o judiciário julga conforme sua discricionariedade? (STRECK, 2014)

Não se defende, aqui, a impunidade do devedor, mas sim, que a satisfação do crédito seja exercida nos limites assim impostos pela legislação, de modo que não sejam ignorados os direitos, até então, assegurados ao devedor. O crédito há de ser liquidado, desde que feito de maneira legal, observando-se as regras pré-impostas pelo legislador.

Desconsiderar tais regras seria instaurar a teoria da *kat-changa* (Streck, 2014), num sistema que se pauta em normas escritas e previamente estabelecidas. A surpresa não é um privilégio dos litigantes (art. 3º, da LINDB) e, quiçá, do Judiciário, que deve se pautar, preliminarmente e inicialmente,

a partir das regras postas, sob pena de ter um sistema completamente subjetivo e sem normas a serem perseguidas.

Legalidade e arbitrariedade são institutos que não podem figurar na mesma frase, pois a utilização de uma, necessariamente, estar-se-á anulando a outra, pensar de forma contrária é julgar contra o sistema, contra a tradição jurídica adotada, é ir contra a Constituição.

Considerações finais

Ao analisar o presente Recurso Especial n. 1.658.069, oriundo do estado de Goiás, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça expôs entendimento que não encontra azo junto à Constituição da República e a legislação infraconstitucional, o que leva a crer que sua atuação pautou-se nas vertentes do ativismo.

E, nesse aspecto, vale advertir que efetivar normas jurídicas é um movimento que não exige do Julgador violar a legislação corrente e, sequer, fugir de sua aplicação. Não compete ao Julgador dar efetividade às normas, sacrificando outras que possuem natureza de direito fundamental, em uma falsa tentativa de que sejam ponderados os direitos por ela observados.

Efetivar é garantir e assegurar ao jurisdicionado o acesso e a busca pelo seu direito, em detrimento de quaisquer violações que, porventura, se constate; todavia, esse mesmo direito jamais poderá ser tamanho que incute nas demais pessoas uma violação de seus direitos.

Neste sentido, verifica-se a impenhorabilidade do salário, esta, garantia constitucional (art. 7º, inciso X, CR) e regulamentada no plano infraconstitucional (art. 833, IV, CPC). Dessarte, havendo previsões expressas de que são impenhoráveis determinados valores relativos às remunerações, bem

como, suas hipóteses de exceção, não compete ao Julgador alargar esse rol tomando posse da característica de legislador, sob pena de violar a Separação dos Poderes. (art. 2º, da CF).

Para tanto, a própria Constituição, ressaltando a importância social do salário, elencou a previsão de proteção do mesmo, bem como, nos casos de débitos alimentares, a preferência dentre os demais passivos. (art. 100, 2º, da CF)

No plano infraconstitucional, em virtude de exigência dada pela própria Constituição, foram enumeradas as hipóteses excepcionais de penhorabilidade do salário, trazendo o Código de Processo Civil, um rol *numerus clausus*, no art. 833, onde, dentre eles considerou que seria penhorável o salário, diante de débitos alimentares e quando, o devedor, perceber a quantia de 50 (cinquenta) vezes o valor do salário mínimo nacional. Presentes tais hipóteses, de fato, não há que se falar em impenhorabilidade.

À vista disso, erra o Judiciário ao decidir de maneira diversa dos pré-compromissos democráticos, sendo esta conduta nítida afronta à própria segurança da ordem jurídica brasileira.

Deixar que o judiciário detenha postura mais “ativa” no âmbito da resolução das lides judiciais, abrindo margem para sua atuação livre, é um temerário caminho que finda na desordem constitucional e na desponderação dos poderes.

Assim, dada a natureza, obviamente humana do magistrado, é ímpar reconhecer que, ao colocar o senso pautado na experiência pessoal e senso de justiça em seu labor, o mesmo acabar por exarar decisões díspares e desencontradas, ação que corre em sentido contrário do almejado (art. 926, do CPC).

Diante de tais argumentos, pode-se concluir que ao juiz restará não só o papel de dar aplicabilidade à lei ou ao sistema jurídico, mas sim, a busca pela consecução da mais lúdima justiça, a qual só será alcançada se os regramentos democráticos forem seguidos e respeitados.

Referências Bibliográficas

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ABBOUD, Georges. Submissão e juristocracia. *Revista de Processo*, v. 258, p. 519-527. São Paulo, ago., 2016.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- FACHIN, Luiz Édson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid : Trotta, 1998.
- GRECO, Leonardo. *Processo de Execução. V.2*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARSHALL, John. *Osborn v. Bank of the United States*, p. 22 U.S. 866, 1824.
- MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: um caminho para concretização de direitos fundamentais. In: *AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do* (coord.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. A responsabilidade do Poder Judiciário frente ao ativismo judicial. In: *AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do* (coord.). Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. In.: *Consultor Jurídico*. [online] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. Justiça Viva #37 - Quadro do Superior Tribunal de Justiça. In.: *Superior Tribunal de Justiça (STJ)*. [online] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2HIUMYGMS6Y&feature=youtu.be>

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? In.: *Consultor Jurídico*. [online] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? In.: *Consultor Jurídico*. [online] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada? In.: *Consultor Jurídico*. [online] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada>. Acesso em: 28 mai. 2018.

_____. STJ erra ao permitir penhora de salário contra expressa vedação legal! In.: *Consultor Jurídico*. [online] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/senso-incomum-stj-erra-permitir-penhora-salario-expressa-vedacao-legal>. Acesso em: 28 mai. 2018.

A sistemática de precedentes obrigatórios sob a égide do Código de Processo Civil

Guilherme Sonda Popinhak

Introdução

O NCPC é constituído com base em três pilares: segurança jurídica; celeridade e a busca pela redução da litigiosidade desenfreada. Com base nesses pilares é que o Novo Código de Processo Civil inovou e alterou a sistematização da Teoria dos Precedentes, e previu a figura do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Trata-se de uma novidade processual, que muito pode colaborar na efetivação mais rápida da tutela jurisdicional, contribuindo para celeridade e a segurança jurídica de que casos similares não sejam decididos de maneiras diferentes.

Tradicionalmente somos um país que adota o Civil Law, no entanto, o direito brasileiro já demonstrava uma tendência de traços do Common Law.

Com a nova Teoria dos Precedentes fica claro que não se pode mais afirmar que vivemos em um sistema puramente

Civil Law, o novo Código traz elementos marcantes que nos aproximam -bastante- do Common Law.

O objetivo deste trabalho é apresentar de forma breve a nova Teoria dos Precedentes, com foco no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, e como essas inovações deram um novo contorno para o processo civil brasileiro.

A justificativa social do presente artigo reside no fato de trazer a conhecimento acadêmico informações sobre um instituto recente, introduzido pela lei 13.105/15, que é um dos temas mais emblemáticos do NCPC.

Uma das marcas principais do Novo Código de Processo Civil é estruturar o sistema de precedentes obrigatórios. Desse modo, neste trabalho, primeiramente será apresentado as principais inovações desse novo sistema, e em um segundo momento será abordado um dos precedentes obrigatórios, que é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva – IRDR, UM instituto novo em nosso ordenamento jurídico processual, sendo considerado uma das maiores novidades do CPC/15.

1. Força dos precedentes antes da lei 13.105/15

O sistema jurídico é tradicionalmente dividido entre Civil Law e Common Law. Um país que adota o sistema de Common Law, como é os Estados Unidos e a Inglaterra, a jurisprudência e os precedentes possuem um peso muito maior do que a legislação nas decisões judiciais. Ou seja, diante de um julgamento, decisões anteriores sobre um caso similar será levada mais em consideração do que a lei elaborada pelo legislativo. No sistema do Civil Law, por sua vez, a lei é fonte principal diante de uma controvérsia judicial, há uma codificação e positivação muito maior dos institutos jurídicos.

É importante, primeiramente destacar que no que pese o Brasil está inserido na lógica do Civil Law, não é novidade em nosso ordenamento jurídico a valorização de determinados precedentes como forma de solucionar conflitos judiciais.

O que o Novo Código de Processo Civil fez, que será mais à frente explorado neste trabalho, foi estruturar e fortalecer a obrigatoriedade do sistema de precedentes. No entanto, o direito brasileiro há tempos indicava a tendência de seguir traços do sistema de Common Law.

Na década de 1960 surgiram as Súmulas, que para o doutrinador Fredie Didier (2015, P. 487) são enunciados de “uma jurisprudência dominante, que é reiteração de um precedente.” Com a Emenda Constitucional 45/04 foi acrescido à Constituição Federal o art. 103-A trazendo as denominadas Súmulas Vinculantes, que se diferem por ter observância obrigatória para os órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública Direta e Indireta em todos os âmbitos da Federação. Uma vez descumprida caberá Reclamação, com isso trata-se de um precedente que obrigatoriamente deve ser observado nas decisões judiciais.

Observa-se, que diante de um caso que se enquadra em determinada Súmula de um Tribunal, o juiz ao aplica-la está decidindo com base em uma jurisprudência consolidada.

No âmbito processual, também há uma série de dispositivos que consagram a valorização de precedentes consolidados como forma de resolução de casos. O art. 557 do CPC/73 é um exemplo em que se atribui poder ao relator para negar ou dar seguimento ao recurso com base em súmula ou em jurisprudência dominante. Se o recurso estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunais Superior, o relator poderá negar seguimento ao recurso. Por outro lado, se a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou

jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

De forma similar, o art. 544, parágrafo quarto, também prevê poder ao relator no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça para negar seguimento ao agravo de instrumento quando estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal e dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.¹⁹

Outro exemplo de que o reconhecimento de precedentes não é uma novidade em nosso ordenamento jurídico é o art. 481, parágrafo único do Código de Processo Civil de 1973. A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 97 a denominada cláusula de reserva de plenário ou Regra de *Full Bench* que estabelece que somente pela maioria absoluta do Tribunal ou do respectivo órgão uma lei pode ser declarada inconstitucional.

A regra, portanto, é que órgãos fracionários não podem declarar a inconstitucionalidade da lei, assim sendo, diante de arguição de inconstitucionalidade deverão submeter ao plenário ou ao órgão especial a questão suscitada. Ocorre, todavia,

19. Art. 544, § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

II - conhecer do agravo para: (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; (incluído pela Lei nº 12.322, de 2010)

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

que o Art. 481, parágrafo único do Código de Processo Civil de 1973, excepciona esta regra ao prever que “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.” (CPC, 1973, *online*)²⁰

Trata-se de uma vinculação aos próprios precedentes dos órgãos fracionários ou do STF sobre a questão relativa a arguição de inconstitucionalidade. O mesmo ocorre de forma similar no reexame necessário. O reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC/1973, consiste na obrigatoriedade de haver duplo grau de jurisdição nas sentenças que sejam parte a Fazenda Pública. No entanto, conforme o parágrafo terceiro do art. 475, não haverá a remessa necessária se a sentença “estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

Estes são apenas alguns exemplos que demonstram que nosso sistema reconhece a jurisprudência, que é a reiteração de um precedente, como fonte de solução de conflitos. O Mestre Barbosa Moreira diz que o nosso Civil Law é pintado com tintas do Common Law.

O Civil Law é baseado na segurança jurídica, todavia, é insuficiente para dar respostas ao caso concreto. Um sistema puramente Civil Law funcionaria se houvesse uma estagnação das relações sociais, mas o problema é que há o risco de a lei se tornar anacrônica.

Ademais, com o neopositivismo se amplia o poder interpretativo dos magistrados e dos Tribunais gerando o risco de haver decisões conflitantes. Por isso a necessidade de

20. BRASIL, CODIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm, acesso em 25/01/2016.

importar mecanismo do Common Law para dar segurança jurídica, de modo que casos similares não recebam respostas distintas do Poder Judiciário. O Novo Código de Processo Civil buscou organizar um sistema de precedentes, de forma a tornar a prestação jurisdicional mais célere e mais racional.

É importante ressaltar, que neste trabalho não está afirmando que o Brasil está se transformando em um sistema jurídico do Common Law. O direito brasileiro, assim como outros países do Civil Law, criou traços peculiares que se difere de um sistema de Civil Law puro, e também se difere do Sistema de Common Law utilizado nos países que o adotam tradicionalmente.

Por sua vez, nos países que adotam o sistema de Common Law, apenas uma única decisão que produziu um precedente será reconhecida e valorizada como forma de resolução de um conflito. Fredie Didier (2015, P. 488) afirma que “O precedente isoladamente não é tão valorizado na tradição do civil law, como é na tradição do common law. Valor maior é atribuído ao precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros e que constitui, pois, jurisprudência.”

A título de exemplificação, no Civil Law o que se valoriza são precedentes reproduzidos de forma reiterados nos Tribunais, conforme pode se observar nos exemplos que foram mencionados neste artigo.

2. Força dos precedentes com a lei 13.105/15

Conforme já relatado, a partir dos anos 1990 começam a surgir mudanças legislativas para reforçar os poderes dos juízes a partir das decisões sumuladas, ora dando poder ao relator para dispensar reexame necessário, ora proibindo o recurso, tudo em razão de precedente. O Brasil agora, com o

Novo Código de Processo Civil, dá um passo definitivo e irreversível na estruturação normativa de um sistema de precedentes e torna com isso inevitável que o tema seja estudado.

O sistema de precedentes obrigatórios exige que nós repensemos uma série de institutos jurídicos consagrados. Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil o processo não apenas resolve um caso, mas fixa um precedente para outros casos. Cada processo serve há um só tempo para resolver o problema que foi submetido ao judiciário e criar um precedente para casos futuros semelhantes aquele. Então o processo passa a ser um método de julgamento de caso e de construção de precedente.

Nas palavras de José Rogério Cruz (2004, P. 12) precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”

Para entender a sistematização dos precedentes, é importante primeiramente introduzir alguns conceitos importantes. O precedente tem um núcleo que é a norma jurídica construída, essa norma se chama *ratio decidendi*. Segundo o doutrinador José Rogério Cruz (2004, P. 175), a *ratio decidendi* “são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi.”

Quando uma *ratio decidendi* começa a ser aplicada em diversos casos, outros casos começam a ser decididos com base na mesma *ratio decidendi* da solução de um caso anterior, e com isso surge aquilo que se denomina jurisprudência. Um precedente pode se tornar jurisprudência, basta que ele passa a ser seguido.

Nem tudo que está na fundamentação é *ratio decidendi*, às vezes o Tribunal acrescenta na fundamentação comentários laterais, impressões pessoais, opiniões, previsões, que embora conste da fundamentação, não são *ratio decidendi*, porque se

eliminar esses comentários não se altera o dispositivo. Esse conjunto de manifestações que não servem de fundamento para o caso é o que se denomina de *obiter dictum*.

O *obiter dictum* não pode ser considerado precedente, além disso não possui efeitos obrigatórios. Apesar disso, o *obiter dictum* tem um papel importante, pois movimenta o sistema e argumentação, e pode servir como uma forma de o Tribunal sinalizar qual é o comportamento que vai adotar no futuro.

A *ratio decidendi* são fundamentos jurídicos que sustentam a decisão e que vinculará os demais juízes e órgãos julgadores a seguir diante de um caso similar.

O art. 926 do CPC/15 dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, trata-se de quatro deveres, que são os deveres institucionais para consolidação e efetivação de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.

Conforme já mencionado anteriormente, a decisão judicial passa a ser vista a partir de uma dupla perspectiva, é a solução de um caso concreto e é um precedente para futuros casos, por isso que o Código traz a obrigação de ser observado determinados deveres, para garantir um sistema racional na construção de precedentes. Tratam-se dos deveres de uniformização, estabilidade e coerência.

Pelo dever de uniformização se preceitua que os Tribunais devem uniformizar suas jurisprudências, e agora isso não é mais uma faculdade como se entendia ao tempo do CPC/73. O dever de estabilidade é o dever de evitar que haja mudanças repentinas, imotivadas, inesperadas, sem justificativa de sua jurisprudência. Em um sistema de precedente prevalece a ideia de inércia argumentativa, ou seja, para aplicar o precedente não há necessidade de muitos argumentos, basta dizer que o caso se encaixa no precedente e aplica-lo, por outro

lado, se for afastar o precedente a carga de motivação é muito maior, porque afastar significa quebrar a estabilidade. É o que preceitua o parágrafo quarto do art. 927 do CPC/15:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (NCPC, 2015, *online*)²¹

A jurisprudência do Tribunal além de ser uniforme e estável, tem que ser íntegra e coerente, para Fredie Didier a integridade e a coerência somente poderão ser alcançadas se houver o enfrentamento de todos os argumentos favoráveis e contrários à tese jurídica.

No art. 927 há um rol de precedentes obrigatórios. São eles:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

21. BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 25/01/2016.

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (NCPC, 2015, *online*)²²

Cabe ressaltar que no que tange às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, o efeito vinculante existe desde a Constituição, mas trata-se do efeito da coisa julgada. Ou seja, há coisa julgada de que a lei é inconstitucional, e há coisa julgada de que a lei é constitucional, sobre isso não há dúvidas. No entanto o que o art. 927 traz é a coisa julgada em relação ao precedente. Precedente não é dizer que a lei é constitucional ou inconstitucional, mas sim que a lei que tenha determinado conteúdo é inconstitucional.

O inciso III do artigo reúne incidentes que vão organizar e reunir todos os argumentos favoráveis e contrários a determinada tese jurídica para uma vez fazendo a coleta/amostra formar um precedente obrigatório. Esses incidentes ao lado do procedimento para criação de súmula vinculante, são procedimento criados para construção de precedentes obrigatórios, formam um microsistema, que podemos chamar de microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

Quando o magistrado recebe um caso para decidir ele terá três opções. A primeira dela é aplicar o precedente. No entanto, o Código traz dois outros caminhos. O primeiro deles é o que se denomina em inglês de *distinguish* ou distinção. A distinção se dá quando o juiz entende que o caso em questão tem peculiaridades que não se aplicam ao precedente.

Não significa dizer que o juiz está desrespeitando o precedente ou revogando, mas sim, que diante da análise casuística o precedente não será aplicado por se tratar não de casos

22. BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm, acesso em 25/01/2016.

similares, mas de casos diferentes. É por isso que o relatório no CPC/15 ganha uma relevância maior que ao tempo do CPC/73. Com o novo ordenamento jurídico processual que entrará em vigor em março, o relatório tem que descrever o caso com precisão, pois ajudará na aplicação do precedente que decorre daquele julgado, pois é o relatório da sentença que exporá o caso, e essa exposição é base para confrontar com outro caso e fazer a distinção.

Ademais, o CPC/15 impõe na sentença um ônus de fundamentação muito maior do que havia no CPC/73. No parágrafo primeiro do art. 489 há seis incisos que trazem uma presunção absoluta de falta de fundamentação. Dentre esses incisos, o inciso VI preceitua que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que 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. Ou seja, é possível não aplicar determinado precedente, mas o juiz ou órgão julgador terá o ônus de fundamentar que ocorreu o *distinguish*, que o caso posto a julgamento se difere do caso que originou o precedente.

O Código regulamentou a distinção no caso de recursos repetitivos, quando o STJ e STF no julgamento de recursos repetitivos mandar paralisar os processos, é direito da parte requerer a distinção do seu caso para tirar da paralisação, de acordo com o Art. 1037 (NCPC, 2015, *online*, parágrafo nono, “Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. ”, ainda, segundo o parágrafo treze do mesmo artigo, da decisão que resolver o requerimento de *distinguish* caberá recurso de agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau, e de agravo interno, se a decisão for de relator.

Essa regulamentação está prevista para os casos de recursos repetitivos, e não está prevista para o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por isso pode surgir a dúvida se esse regramento se aplicaria por analogia. Conforme a lição de Fredie Didier haverá a aplicação analógica porque há entre o IRDR e o julgamento dos recursos repetitivos um vínculo, eles pertencem há um mesmo microsistema de formação de precedentes obrigatórios e por isso as normas se complementam.

Um precedente obrigatório pode não ser seguido pelo juiz por duas razões. A primeira, já tratada, é a distinção, que significa demonstrar que o caso não se encaixa no precedente. O juiz pode também deixar de seguir um precedente obrigatório se ocorrer a denominada “superação” do precedente.

A superação ocorre quando o Tribunal muda sua orientação e o seu posicionamento, significa, portanto, revogar o precedente. A superação é da essência do sistema de precedente e isso não quer dizer que está quebrando com a estabilidade do sistema. Ser estável significa não se alterar o precedente sem razão, sem justificativa. Estabilidade tem a ver com que mudanças abruptas não sejam admitidas. A sociedade muda, a percepção sobre o direito muda, isso é da essência do sistema de precedentes.

O art. 927, parágrafo segundo do NCPC prevê que “A alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”

Importante se faz mencionar, que tratando – se de um precedente longo, que está vigorando há um bom tempo, de modo que a sociedade pauta suas condutas em conformidade com este precedente, deve ter sua eficácia modulada, isto é, não se pode superar um precedente longo destruindo-

do tudo que foi feito com base nele em um tempo em que ele vigorava, retroagir seria quebrar com a segurança jurídica. Por isso que no parágrafo terceiro do artigo anteriormente citado existe a previsão de que “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. ”

3. Incidente de resolução de demandas repetitivas

Atualmente, segundo o Conselho Nacional de Justiça, há mais de 100 milhões de ações tramitando no Judiciário, quase um processo para cada dois habitantes, e as ações levam, em média, dez anos para serem concluídas.

Dentre esse monstruoso número que abarrotava os Tribunais, grande parte dos casos são idênticos, versando sobre as mesmas questões jurídicas. Diante desse panorama, o Novo Código de Processo Civil trouxe uma importante inovação que visa a afastar a insegurança jurídica, garantindo-se a isonomia na apreciação de determinada questão de direito: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Sem dúvida, trata-se de mais um instituto adotado pelo Brasil que reflete a tendência típica da common law de valorização dos precedentes, sobretudo daqueles oriundos dos tribunais superiores.

O IRDR é uma espécie do gênero julgamento de casos repetitivos, conforme prevê o art. 928, do Novo Código de Processo Civil. Ao se deparar com demandas repetitivas, o magistrado de primeira instância deve “pinçar” um dos processos e remetê-lo a um órgão do tribunal (seja da Justiça Estadual, seja da Justiça Federal) que será responsável por firmar a tese jurídica aplicada àquela situação.

Não há um conceito formal para o que vem a ser a “tese jurídica”. Em linhas gerais, ela nada mais é do que uma fórmula, uma prescrição que apresenta os elementos necessários para que possa ser tomada a decisão.

Admitido o incidente, o relator deverá suspender todos os processos semelhantes que tramitam no Tribunal, que ficarão sobrestados em primeira instância até seu julgamento, à luz do art. 313, inciso IV, do novo diploma processual civil.

Os juízes de piso precisam respeitar e aplicar a tese jurídica nos processos suspensos (e demais que venham a existir com a mesma controvérsia de direito). O art. 985, parágrafo 1º, do NCPC, prevê, inclusive, que contra a decisão que desrespeitar a tese jurídica cabe reclamação para o mesmo órgão que a fixou. Por isso, questiona-se se o IRDR cria um efeito vinculativo ou persuasivo.

A questão é controvertida. Para alguns autores, há somente uma persuasão na aplicação da tese, mas não uma obrigação que retira do juiz a sua liberdade de decidir. Para outros, se a tese jurídica constitui balizas para que o juiz possa decidir de forma igual e uniforme, o IRDR teria um efeito vinculativo.

Importante ressaltar que a vinculação sempre será em relação à matéria de direito, e não à matéria de fato. Por isso, o IRDR, independente da tese adotada quanto aos seus efeitos, não retira a discricionariedade do julgador de primeiro piso, já que será ele que analisará os fatos de cada caso, observando se, realmente, aquele caso é idêntico aos demais. Dessa forma, caso o magistrado entenda que um processo possui peculiaridades específicas que escapa a igualdade dos demais, ele poderá deixar de aplicar a tese fixada pelo tribunal.

A decisão de mérito do IRDR tem outras importantes consequências, além da continuidade dos processos suspensos com a aplicação da tese jurídica firmada. Uma delas é a

possibilidade de improcedência liminar, se o pedido da inicial contrariar entendimento do tribunal firmado em IRDR (art. 332, III, NCPC). Do mesmo modo, as sentenças sujeitas à remessa necessária podem produzir efeitos já em primeiro grau, desde que suas sentenças observem decisão proferida por meio desse instituto (art. 496, §4º, III, NCPC). Outro exemplo é a capacidade do relator, monocraticamente, negar ou dar provimento a recurso em conformidade com entendimento firmado em sede de IRDR (art. 932, incisos IV, alínea c, e inciso V, alínea c, respectivamente, NCPC).

Da leitura do artigo 976 do Novo Código de Processo Civil podemos perceber que há dois requisitos, cumulativos, para a instauração do IRDR. São eles: (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

De acordo com o art. 977, do NCPC, existem quatro legitimados para pedir a instauração do incidente, que será dirigido ao presidente do tribunal: (i) o juiz ou o relator, de ofício; (ii) as partes, por petição; (iii) o Ministério Público, por petição; e (iv) a Defensoria Pública, por petição.

Contudo, nem todos esses atores têm, também, por lei, legitimidade para pedir a revisão da tese. Consoante o art. 986, do NCPC, a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria.

Há dúvidas sobre a constitucionalidade desse artigo, uma vez que o princípio da igualdade estaria sendo violado ao se excluir as partes desse rol de legitimados. Por outro lado, é preciso analisar o quão difícil e moroso seria admitir o entendimento contrário. Permitir às partes pleitear a revisão da tese jurídica firmada pode não só gerar uma instabilidade jurídica muito grande, como também uma enxurrada de recursos.

Além da possibilidade de revisão, “do julgamento de mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial”, conforme art. 987, do NCPC. É dispensada a demonstração de repercussão geral, uma vez que esta já será decorrente da demanda do IRDR. E caso haja interposição de recurso, o IRDR ficará prejudicado, já que as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça valem para todo o território nacional.

Tendo em vista que a celeridade é um dos pilares do NCPC, o prazo máximo para julgamento do IRDR é de um ano e, em caso de descumprimento, haverá a interrupção da suspensão dos processos suspensos. Esse prazo poderá ser, excepcionalmente, postergado, mediante a apresentação de justa causa.

Reconhecendo a importância do IRDR para “desafogar” os tribunais, o Novo Código de Processo Civil, inclusive, em seu art. 12, §2º, III, exclui as suas decisões da lista de julgamento em ordem cronológica, o que objetiva o seu rápido julgamento.

Em mais uma demonstração de valorização do IRDR no novo regramento jurídico brasileiro, o NCPC prevê não só o cabimento de ingresso de *amicus curiae* no incidente, como a possibilidade do “amigo da corte” recorrer de sua decisão de mérito (art. 138 c/c §3º). Reconhece-se a possibilidade recursal em IRDR ao *amicus curiae* por admitir que a sua decisão acarreta em consequências econômicas e sociais que atingem todo o país e que, por isso, o expert pode contribuir para a melhor sentença possível.

Vale destacar, ainda, que o IRDR, apesar de muito parecido, não se confunde com a sistemática do incidente de assunção de competência. O primeiro pressupõe que haja uma multiplicidade de ações idênticas e visa evitar decisões conflitantes, garantindo-se a isonomia e segurança jurídica. Já o segundo não exige multiplicidade de ações, apenas a

“grande repercussão social” na lide, possuindo um caráter mais preventivo.

A diferença mais relevante entre as duas sistemáticas diz respeito à cisão de competência. Na assunção, a competência já é do tribunal, que fixará a tese e irá aplicá-la. Já no IRDR, o caso será pinçado, remetido ao tribunal, que firmará a tese e devolverá para o juiz de piso julgar, ou seja, haverá uma cisão de competência.

Outra distinção entre os incidentes diz respeito aos seus efeitos. Como já visto, a doutrina se divide quanto à natureza (vinculante ou persuasiva) da decisão do IRDR. Apesar do NCPC prever o cabimento de reclamação, o texto normativo não oferece resposta clara sobre essa questão. Por outro lado, o incidente de assunção de competência tem, por força do §3º do art. 947, caráter vinculante.

Conclusão

Foi apresentado neste trabalho uma breve exposição de como se dá o sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. Primeiramente como era esse sistema antes da Lei 13.105/15, em seguida, como será com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, e por último, foi tratado de um novo instituto que é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A razão de escrever sobre o tema, reside no fato de ser uma novidade legislativa que pode contribuir para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro. Alguns acreditam que o sistema de precedentes engessaria o direito, que o juiz se tornaria uma máquina. No entanto, o sistema não torna o juiz uma máquina, pelo contrário, impõe ao juiz o dever de enfrentar o precedente, assim sendo o magistrado terá três opções; aplicar o precedente, distinguir o precedente por en-

tender que o caso não se aplica ao precedente ou que o precedente foi superado. Torna evidente que não trata de um trabalho mecânico.

O sistema de precedente tem muito a acrescentar ao nosso ordenamento jurídico. O direito tem de ser previsível, se há um entendimento obrigatório esse entendimento tem de ser seguido, isso gera previsibilidade e evita demandas temerárias. Além disso, acelera o processo porque o debate será mais simples, com isso se simplifica a controvérsia que vai estar restrita a discussão sobre se o caso é distinto ou se há motivo de superação de precedente.

Ademais, o sistema de precedente gera também racionalidade ao direito, porque não fica submetido ao voluntarismo de cada juiz, ao que cada juiz pensa sobre o direito, não se pode viver em um sistema em que haja milhares de juízes e cada juiz decide de acordo com sua consciência, gerando um sistema absolutamente irracional.

Com esse novo sistema de precedentes trazido pelo CPC/15, principalmente com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a tendência será a igualdade das decisões. O IRDR se presta a dar celeridade, e principalmente dar isonomia aos mesmos casos. Com isso, se reduzirá, e muito, o número de casos versando sobre a mesma premissa com decisões absolutamente distintas.

Referências

- DIDIER JR. Fredie, Curso de Direito Processual Civi, Vol. 1. Salvador – BA: JusPODVM, 17^a edição, 2015.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004.

A divulgação das decisões de admissão e julgamento do IRDR: uma análise da valoração da publicidade à luz da atuação dos Tribunais de Justiça dos Estados

Lucas Neves Justino e Marcelo Pereira de Almeida

Introdução

A Lei 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil, encampando as alterações legislativas realizadas nas últimas décadas, sobretudo após promulgação da EC 45/2004, promoveu significativas alterações no sistema processual brasileiro, a partir da criação de meios alternativos à insuficiência do processo coletivo, a partir da introdução de mecanismos de resolução de processos repetitivos no ordenamento jurídico nacional, com objetivo de proporcionar celeridade e produtividade da função jurisdicional e reduzir a

crescente quantidade de processos em tramitação nos tribunais brasileiros, com esteio, principalmente, na padronização de decisões e na observância da jurisprudência e dos precedentes obrigatórios por eles gerados.

Assim, além da manutenção dos recursos excepcionais repetitivos inseridos pelas Leis 11.418/06 e 11.672/08 no CPC/73, o Novo Código de Processo Civil, demonstrando compromisso com as transformações destinadas à busca por maior eficiência na prestação jurisdicional, insere mais um instituto destinado a conferir uniformidade na aplicação do direito pelos tribunais, através de um discurso de justificação pautado pela necessidade de tornar efetiva a tutela de interesses coletivos e reduzir o número de processos individuais com causas comuns: trata-se do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Dentre as diversas mudanças ocorridas no sistema processual brasileiro com o advento do novo Código de Processo Civil, a análise, sistematização e interpretação do sistema de precedentes implantado pelo codificador de 2015 é um dos temas que mais tem desafiado os processualistas em razão dos diversos problemas teóricos e práticos suscitados, notadamente o risco de sua utilização promover uma mitigação do contraditório a partir da extensão da eficácia da decisão sobre aqueles que não tiveram a possibilidade de influir eficazmente na sua elaboração do precedente gerado, violando direitos e garantias constitucionais do processo, sobretudo o contraditório.

O presente trabalho, a partir dos dados constantes nos *sites* dos tribunais brasileiros e em consulta ao andamento dos respectivos processos, em cotejo com as informações constantes no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, presente no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem por objetivo a análise da valorização da publicidade na tramitação dos Incidentes de Resolução de Demandas

Repetitivas admitidos desde a data de início de vigência do novo Código de Processo Civil, de modo a apresentar críticas e questionar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

Mediante a utilização de técnicas e métodos de investigação empírica, a partir da análise de parte dos dados coletados em pesquisa realizada pelo Grupo “Observatório das reformas processuais destinadas a proporcionar eficiência na prestação judicial em causas seriais”, o presente estudo tem por escopo analisar a atuação do Poder Judiciário à luz do princípio constitucional da publicidade no que concerne a comunicação aos interessados, à sociedade e aos juízos inferiores sobre a afetação da matéria para determinar a suspensão das demandas que versem sobre a questão submetida a julgamento, bem como a adequada divulgação da tese fixada no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

1. A publicidade das decisões de admissão e julgamento do IRDR

A comunicação aos interessados, à sociedade e aos juízos inferiores sobre a afetação da matéria para determinar a suspensão das demandas que versem sobre a questão submetida a julgamento, bem como a adequada divulgação da tese fixada no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas relaciona-se de maneira íntima com o princípio da publicidade.

Erigido a direito fundamental pelo constituinte, o princípio da publicidade dos atos processuais, previsto nos artigos 5º, LX, e 93, IX, CF, possui estreita vinculação com a democracia, na medida em que propicia o limitação e controle da atuação dos poderes públicos por parte dos cidadãos e consubstancia aspecto de relevo a ser observado dentro de um ordenamento jurídico que, tal como o nosso a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, procura tornar vinculantes os precedentes judiciais.

O respeito à publicidade é de extrema relevância dentro de um sistema jurídico que torna vinculante os precedentes judiciais, na medida em que a possibilidade da formação de teses jurídicas obrigatórias deve permitir ampla participação na sua formação para que não careça de legitimidade democrática, bem como amplo conhecimento da interpretação estabelecida, não só em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário que deverão aplicá-la no julgamento de todos os processos individuais e coletivos sobrestados em razão da admissão o IRDR e nos futuros em que se discuta idêntica questão de direito, como também do jurisdicionado, sobretudo para permitir seu ingresso nos autos para apresentar argumentos, requerer a juntada de documentos e diligências necessárias à elucidação da questão debatida, nos termos do art. 983, CPC, bem como para evitar que sejam surpreendidos com uma decisão liminar de improcedência com base no art. 332, III, CPC ²³ ou mesmo provocar a superação da tese. Nesse sentido afirmam Aluísio Mendes e Sofia Temer que

A ampla publicidade do incidente deve compreender tanto o momento de sua admissão, com a identificação precisa da questão de direito controvertida

23. Alertando para esse risco, leciona Dierle Nunes: Essa questão ganha maior relevância no atual sistema (pós-CPC/2015), pois a ausência de acesso adequado ao teor dos precedentes poderia, por exemplo, levar o advogado a não se atentar ou não levar a sério importantes pronunciamentos judiciais carentes de divulgação adequada (notadamente os prescritos pelo art. 92749), prejudicando a formulação prévia de argumentos de distinção ou de superação. Ao contrário, submete-se o advogado e a parte ao enorme perigo de serem surpreendidos por uma sentença liminar de improcedência do pedido (art. 332), e a mesma espécie de risco afeta situações similares, a exemplo do que ocorre nas decisões liminares do sistema recursal (art. 932, IV e V), entre inúmeras outras hipóteses. (NUNES; HORTA, 2016. p. 95-96).

que será objeto de análise pelo tribunal, formando-se uma espécie de ementa prévia do tema sob julgamento, com a identificação dos argumentos jurídicos sob apreciação, como o momento posterior ao julgamento, com a divulgação da tese jurídica adotada. Assim, atingem-se importantes escopos: a informação à sociedade sobre os temas em análise pelo judiciário, concedendo-se a possibilidade de acompanhar seu julgamento e participar democraticamente da definição da tese jurídica através dos meios apropriados, bem como a divulgação da tese firmada como precedente, que servirá como padrão de conduta para casos futuros, judicializados ou não. (MENDES; TEMER, 2016. p. 2014-2015).

A publicidade foi expressamente prevista no art. 979, CPC, indicando que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, bem como que os tribunais manterão banco eletrônico de dados sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao CNJ, para inclusão no cadastro.

Nessa perspectiva, visando conferir concreção ao aludido dispositivo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 235 de 13/07/2016, quando foi criado o banco nacional de dados com informações da repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior Militar, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do

Distrito Federal, por meio do qual o CNJ disponibilizará as informações referentes ao incidente de resolução de demandas repetitivas admitidos²⁴ e julgados pelos tribunais, permitindo sua consulta pública.

Contudo, analisando os dados presentes nos *sites* dos Tribunais de Justiça dos Estados observa-se um descompasso com relação às informações constantes no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, presente no *site* do Conselho Nacional de Justiça. Apenas para citar alguns poucos exemplos²⁵, consta no site do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá a admissão de quatro incidentes²⁶ que não podem ser encontrados no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. Nos sites dos Tribunais de Justiça dos estados do Piauí e do Maranhão apesar de constarem dois IRDR no

24. Criticando a admissibilidade como parâmetro de inclusão de informações relacionadas aos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas nos bancos de dados dos tribunais defende Aluísio Mendes que: “Embora a admissibilidade seja um marco importante, teria efetuado uma opção melhor se estabelecido que os cadastros deveria indicar a existência e o andamento dos IRDRs desde os eu registro, ou seja, do cadastramento da respectiva petição ou ofício. Desse modo, se poderia permitir um melhor acompanhamento, para se saber, desde o início, se já houve provocação de incidente relacionado a alguma questão de direito, evitando-se a reprodução de novos incidentes sobre o mesmo assunto. Por outro lado, se já suscitado, embora ainda não admitido, os interessados poderiam acompanhar o incidente, verificando, por exemplo, se a iniciativa e as peças escolhidas são, de fato, representativas em relação aos argumentos expendidos, se há necessidade de reforço ou não quanto às alegações, bem como acompanhar e, eventualmente, participar do julgamento quanto à admissibilidade.” (MENDES, 2017. p. 172).

25. Outros exemplos serão citados quando da análise da participação dos interessados e da sociedade.

26. Processos nº 0001179-52.2016.8.03.0000, 0001560-60.2016.8.03.0000, 0000895-44.2016.8.03.0000, 0000901-51.2016.8.03.0000.

site do CNJ, as informações referentes aos dois Estados são idênticas e indicam processos que aparentemente não estão tramitando nos referidos tribunais, já que não foi possível encontra-los nos respectivos sítios eletrônicos.

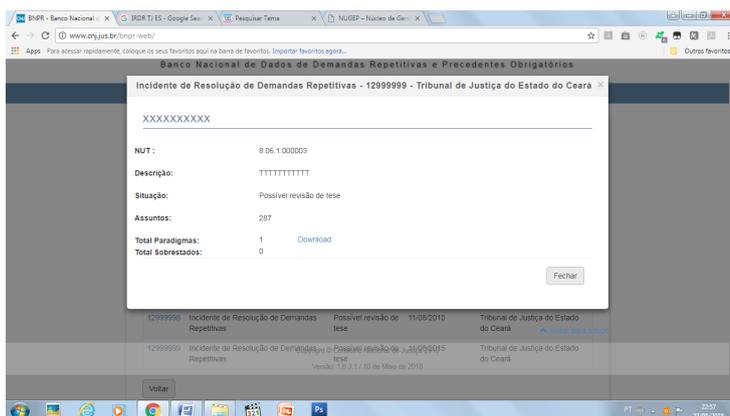
No Estado do Rio de Janeiro, apesar de no site do Tribunal de Justiça constar a admissão de quatorze incidentes até 16/03/2018, no banco de dados do CNJ, em 26/05/2018, constavam apenas oito, o que por si só, já demonstra o descumprimento do dever de publicidade, tendo em vista que o art. 14, § 2º da Resolução nº 235/2016 do CNJ determina que a transmissão dos dados deverá ser realizada no prazo de 5 (cinco) dias, contados a partir da data de admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Além disso, em diversos casos sequer é possível identificar com clareza a questão submetida à apreciação do tribunal, principalmente pelo fato do CNJ disponibilizar tão somente a ementa das decisões de admissão e julgamento, inexistindo, muitas vezes, sequer transcrição da ementa, mas tão somente de trecho de decisão, sem que se empreenda uma contextualização que permita ao jurisdicionado identifica-la. É o que pode ser observado, por exemplo, na passagem da decisão de admissão do IRDR nº 0023484-83.2016.8.19.0000 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe como objeto da tese a ser firmada a seguinte informação: “Omissão do Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Gonçalo em incorporar aos vencimentos básicos de guardas municipais o adicional de produtividade instituído pelo Decreto nº 66 de 1998 - Gratificação de Produtividade de Trânsito”.

Não é diferente do que ocorreu também no IRDR nº 23485-68.2016.8.19.0000 do mesmo tribunal ao identificar a questão submetida como “Incorporação do adicional de risco de vida aos vencimentos dos Guardas Municipais do Município de São Gonçalo” ou mesmo no IRDR nº

0371332-58.2016.8.13.0000, admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais ao submeter a seguinte questão: “Ação monitória extinta sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, quando embasada em duplicata sem aceite e com ausência de lastro pelo comprovante de recebimento das mercadorias, bem como no IRDR nº 0011523-95.2017.8.16.0000 admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja tese a ser discutida foi estabelecida como: “Definir, via IRDR, acerca da suspensão dos efeitos individuais versando sobre a mesma matéria até que se julgue a ação civil pública proposta”, somente para citar alguns poucos exemplos.

Em alguns casos mais extremos sequer é possível identificar os contornos mínimos da matéria que está sendo submetida à análise do tribunal, conforme imagem abaixo e que se referem, em tese, a dois incidentes que teriam sido admitidos no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:





Em outros, apesar de aparentemente constarem informações completas acerca da matéria submetida, elas estão incorretas. É o que ocorreu, por exemplo, com os dados referentes aos Tribunais de Justiça dos Estados do Piauí e do Maranhão, na medida em que, apesar de constarem dois IRDRs no site do CNJ referente a ambos, as informações são idênticas e indicam processos que, aparentemente, não estão tramitando nos referidos tribunais, porquanto consta no site do Tribunal de Justiça do Maranhão a admissão de cinco incidentes²⁷ e nenhum deles tem relação com aqueles presentes no Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios e o Tribunal de Justiça do Piauí sequer disponibiliza acesso às informações referentes aos IRDRs em tramitação.

Deste modo, a desatualização dos dados, somada à deficiência das informações prestadas comprometem não só a ciência de eventuais interessados na questão debatida no

27. IRDRs nº: 0008456-27.2016.8.10.0000, 0008456-27.2016.8.10.0000, 0008932-65.2016.8.10.0000, 0001689-69.2015.8.10.0044, **0004884-29.2017.8.10.0000**. Disponível em: <http://site.tjma.jus.br/nugep/noticia/sessao/2666/publicacao/419200>. Consulta em: 28/05/2018.

IRDR, impedindo a identificação adequada na causa de pedir e dos fundamentos da decisão, os argumentos trazidos pelos interessados e o modo como foram levados em consideração pelo órgão julgador, tornando, por conseguinte, impossível a busca da *ratio decidendi* e, conseqüentemente obstando uma futura provocação de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) da tese firmada. Em razão disto, criticando o modo como o Poder Judiciário disponibiliza as informações acerca de seus julgados Dierle Nunes afirma:

A simples compilação das decisões, com acesso ao inteiro teor (quase não consultado por parcela considerável dos aplicadores), a partir de critérios de palavras-chave (decisor, órgão julgador, temas, etc.), sem esmiuçar as questões que foram objeto de apreciação e sem se facilitar o acesso a toda a cadeia decisória proferida (salvo mediante uma pesquisa extenuante no site do tribunal), dificulta sobremaneira o cumprimento do comando prescrito no art. 926 do CPC/2015, por ser necessário um esforço hercúleo e extremamente técnico (o que exclui a maior parte da população) para se conhecer a história institucional daquele tribunal ao julgar no passado questões análogas, sem desprezar que a tarefa do julgador não é menos espinhosa para cumprir o disposto no art. 489, §1º, V e VI. (NUNES; HORTA, 2016. p. 95-96).

Além disso, apesar da sugestão de Dierle Nunes nesse sentido, muitas vezes o problema sequer pode ser ilidido com a consulta direta no site do Tribunal, a exemplo do que ocorre no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

em razão da submissão do acesso a todos os atos processuais praticados à obtenção de certificado digital, ou cadastramento e aquisição de senha provisória no cartório do tribunal, ou então após prévia autorização do juízo, conforme disposto no art. 19 da Resolução TJ/OE nº 16/2009²⁸, dificultando o acesso do jurisdicionado e restringindo o debate àqueles que integram a estrutura do sistema de justiça, o que, por si só, já representaria gravíssimo déficit democrático, conforme percuciente argumentação esposada pelo aludido autor na mesma oportunidade

Em síntese, o precedente judicial não deve ser divulgado apenas para a comunidade de pessoas formadas em Direito (comunidade de especialistas) e que atuarão de modo técnico no processo: o precedente judicial deve ter como público-alvo as pessoas em geral, o cidadão que diariamente realiza planos para sua vida, celebra negócios, pratica atos que interferirão na vida de outras pessoas, confia nas instituições públicas e que, por tudo isso, têm o legítimo direito de tomar prévio conhecimento do que é o Direito e de

28. Art. 19. As partes e os advogados atuantes no processo eletrônico poderão acessar, além dos andamentos processuais, todas as peças digitalizadas do feito respectivo, desde que tenham o certificado digital ICP-Brasil para garantir a autenticidade do postulante à consulta completa. § 1º. As partes e os advogados atuantes no processo eletrônico que não detenham o certificado digital ICP-Brasil, poderão comparecer a serventia na qual está tramitando o processo eletrônico e solicitar senha para a consulta completa à todas as peças do processo eletrônico, mediante apresentação de documento de identidade com foto. § 2º. O interessado em consultar o processo eletrônico, que não seja parte ou advogado deste processo, após autorização prévia do juízo, receberá da serventia, na qual está tramitando o processo eletrônico, senha temporária, que expirará em dois dias, para pesquisa a todas as peças do processo, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

como ele é interpretado pelos tribunais, sob pena de transformá-lo em um mero jogo de argumentos restrito aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, em absoluto prejuízo das pessoas, que não podem ser reduzidas a peças naquele obscuro e complexo jogo, ficando à mercê de quem tem o melhor argumento, quando deveriam ser capazes de se colocarem como verdadeiros participantes do Direito. (NUNES; HORTA, 2016. p. 95-96).

Além disso, mesmo a comunicação da admissão do IRDR aos juízos inferiores para que sejam sobrestados os processos individuais e coletivos nos quais se discuta a mesma questão submetida à análise do Tribunal, que parece questão de menor complexidade, tem gerado problemas, conforme exemplo extraído dos autos do IRDR 0030581-37.2016.8.19.0000 em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual um dos interessados informa que mesmo após a determinação da suspensão, os processos que deveriam estar aguardando a decisão do tribunal tiveram processamento regular, conforme trecho a seguir:

SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, doravante denominado SISEP-RIO, nos autos do processo acima enumerado, vem informar a V. Ex^a que nem todos os procedimentos foram suspensos, tampouco deixaram de ser executados, o que gera no mínimo estranheza, eis que quase a totalidade dos servidores da GM RIO ficaram aguardando a realização do processo seletivo (SAD) para galgarem nas suas carreiras, o que gerou milhares de demandas ju-

diciais, que hoje aguardam o julgamento do IRDR, para pacificar o entendimento sobre a matéria ventilada. Todavia, chegou ao conhecimento desta entidade que vários processos similares, vem sendo sistematicamente executados e produzindo efeitos para alguns guardas municipais da Autarquia GM RIO, por tal motivo imperioso é conceder a promoção e progressão para todos os guardas municipais do Rio de Janeiro, sob pena de configurar a insegurança jurídica, jamais podendo excluir o direito dos guardas já beneficiados, tampouco restringir a esses que já foram contemplados com a vitória de suas demandas junto ao Judiciário.

Observa-se que, além da insegurança jurídica proporcionada, a ausência de suspensão atenta contra o princípio do contraditório, na medida em que, dos atos processuais praticados durante a tramitação do IRDR, somente são intimadas as partes dos processos selecionados como paradigma ou do processo de onde tenha partido o pedido de instauração do incidente, relegando o conhecimento da afetação da tese pelo Tribunal em relação aos demais interessados que sejam partes de demandas análogas à determinação de suspensão. Portanto, eventuais inconsistências neste processo de comunicação inviabiliza a participação de eventuais interessados que sofrerão com os efeitos da decisão sem sequer tomar conhecimento de que questão idêntica está sendo debatida e será necessariamente imposta.

A oportunidade de intervenção dos interessados é expressamente enunciada no art. 983, CPC e ocorre em fase preliminar ao julgamento do incidente quando o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Quanto a este

ponto, tem-se entendido que apenas as partes do processo no qual foi requerida a instauração do incidente serão intimadas para se manifestar no prazo comum de quinze dias, entendimento que, ainda que pareça ser o adequado, à luz do que até agora foi exposto, mostra-se extremamente problemático.

Em uma interpretação conforme a Constituição, não se pode negar que a expressão “demais interessados” utilizada pelo aludido dispositivo legal deve abarcar todos aqueles que tiveram seu processo sobrestado pela decisão de admissão do incidente, caso contrário, permitir-se-ia que uma decisão pudesse gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar de sua formulação, como condição de legitimação do exercício do poder inerente a um Estado Democrático de Direito (MARINONI, 2015 p. 399-418). Entretanto, a manutenção da limitação da intimação das partes do processo no qual foi requerida a instauração do incidente, relegando a ciência dos demais interessados apta a permitir sua participação à divulgação ampla e específica esbarra dos obstáculos impostos pelas deficiências relativas à publicidade acima expostas.

Em contrapartida, tendo em vista que a admissão de um incidente de demandas repetitivas tem o condão de determinar o sobrestamento de milhares de processos, o chamamento de todos os interessados atentaria contra a lógica do instituto, e possivelmente implicaria em uma indesejável dilação do período de tramitação do incidente, sobretudo em razão do disposto no art. 980, CPC, que determina seu julgamento dentro do prazo máximo um ano.

Neste sentido, vale consignar a sugestão apresentada por Luiz Guilherme Marinoni a fim de evitar a inconstitucionalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, consistente na ampliação da pertinência subjetiva para atuar no processamento do incidente para abarcar os legitimados à

tutela dos direitos individuais homogêneos previstos na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, afirmando que

Assim, em princípio existiriam duas saídas para evitar a inconstitucionalidade. A primeira seria o chamamento de todos à participação, modelo vislumbrado nos Estados Unidos para uma situação curiosamente diferente. Como nos Estados Unidos não se ousa imaginar a possibilidade de proibir o terceiro prejudicado de discutir a questão decidida – lembrando-se que isso foi inclusive grifado pela Suprema Corte estadunidense –, o *non-mutual collateral estoppel* apenas pode ser invocado em face da parte que adequadamente participou em contraditório. (...) De qualquer maneira, a convocação de todos os terceiros a participar, ainda que no Brasil com outro propósito, inviabilizaria completamente o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. O modo como o incidente foi desenhado pelo legislador, frio e neutro em relação aos direitos discutidos e, especialmente, ao direito de discutir, torna-o um instrumento ilegítimo, destina-

do a viabilizar os interesses de um Estado que não tem compromisso com a adequada tutela dos direitos, fim básico de todo e qualquer Estado constitucional. (MARINONI, 2015 p. 399-418).

Além disso, conforme observado pelo referido autor na mesma oportunidade, o ponto de partida para a intervenção destes legitimados encontra-se no art. 979 do CPC, ao impor que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Porém, diante dos diversos problemas ora apontados, mesmo que o Poder Judiciário chancele o entendimento aqui propugnado, sua efetiva concretização somente encontrará terreno fértil caso superadas as inconsistências relativas à publicidade que foram objeto de análise anterior.

Conclusões

A previsão de um sistema de precedentes de observância obrigatória tal como apresenta o Código de Processo Civil de 2015 confere aos tribunais determinação para velar pela uniformização e estabilidade da jurisprudência, devendo editar enunciados de súmula de jurisprudência dominante e seguir a orientação firmada em precedentes de seus próprios órgãos internos e dos tribunais superiores. A amplitude do alcance destes julgados impõe, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, que sejam revestidos da maior legitimidade possível a partir da discussão prévia da solução do litígio e da oportunidade conferida às partes de influenciar eficazmente no provimento final.

No que concerne à publicidade, observou-se a desatua-

lização e deficiência das informações prestadas, comprometendo não só a ciência de eventuais interessados na questão debatida no IRDR, impedindo a identificação adequada na causa de pedir e dos fundamentos da decisão, os argumentos trazidos pelos interessados e o modo como foram levados em consideração pelo órgão julgador, bem como inviabilizando a participação de eventuais interessados que sofrerão com os efeitos da decisão.

Com efeito, a preocupação do legislador em conferir adequada publicidade ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem sido esvaziada pelos problemas operacionais e pelas dificuldades de alimentação e integração entre o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios e o site dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como pelas deficiências na comunicação do órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do IRDR e os juízos inferiores, o que, somado à insuficiência das informações disponibilizadas, impede, sobremaneira, a implantação adequada deste sistema, na medida em que a publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle das decisões judiciais pelas partes e pela sociedade.

Referências

- MARINONI, Luiz. Guilherme. O ‘Problema’ do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos. *Revista de Processo*, v. 249, p. 399-418, 2015.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017.

MENDES, Aluíso Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Orberg. Art. 979. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho; HORTA, André Frederico. Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 21, p. 77, 2016. pág. 95-96.

O constrangimento de “cair na web” e os limites do Judiciário - A mediação como caminho adequado diante da divulgação não consensual de imagens íntimas

Thais da Silva Barbosa e Arísio Antônio Fonseca Junior

Nos dias atuais é possível se deparar com relatos, cada vez mais frequentes, de pessoas cujas imagens íntimas “caíram na web” – isto é, pessoas que tiveram suas imagens íntimas divulgadas na *internet* sem ter dado o consentimento necessário para isso.

O presente estudo objetiva apontar como o direito brasileiro recepciona essa novidade social que é reflexo de um maior acesso à *internet* e da popularização dos aparelhos hábeis à captura de imagens e à divulgação de conteúdo de forma instantânea. Não é novidade que a *internet* vem desafiando todas as áreas do Direito, forçando barreiras em razão das novas pos-

sibilidades de relação social que proporciona, sendo esta ação de divulgar imagens íntimas sem consentimento mais um recorte possível dessa relação entre Direito e *internet*.

Para além desse objetivo, tem-se também o intuito de perceber como se dá o tratamento processual das ações que podem ser propostas quando diante de uma divulgação não consensual de imagens íntimas; assim como apontar como os métodos autocompositivos, em especial a mediação, podem ser vistos como alternativa eficiente à pacificação dessas lides.

O fenômeno de divulgar sem consentimento imagens íntimas por um tempo ficou conhecido como *revenge porn*, ou pornografia de vingança, por envolver, em grande parte, os casos que eram praticados por alguém com quem a vítima tem ou tinha algum tipo de relação de afeto, e em que haveria a intenção de se denegrir a imagem dessa vítima em decorrência de alguma insatisfação no próprio relacionamento, com o término ou não deste, ou ainda com um novo relacionamento que a vítima se envolvesse.

Posteriormente, se considerou que a expressão pornografia de vingança não abarcava todas as situações similares de divulgação de imagens íntimas (STROUD; HENSON, 2018) que também se popularizaram. Além disso, também se preocupou com os termos escolhidos para identificar a ação, uma vez que as próprias palavras “pornografia” e “vingança” trazem em si um significado muito negativo, principalmente para a vítima, pois a produção de pornografia é vista como algo moralmente condenável e a expressão “vingança” pressupõe alguma atitude equivocada anterior por parte da vítima que motive a ação posterior, de tal forma que se chegou à expressão “divulgação não consensual de imagens íntimas” como a mais adequada para o enquadramento da ação (SYDOW; CASTRO, 2017).

A divulgação não consensual de imagens íntimas, portanto, se constitui na ação de divulgar, sem o consentimento

da vítima, imagem capturada com ou sem consentimento, de conteúdo sexual explícito ou implícito. Nesse sentido a situação aqui trabalhada aborda dois níveis de consentimento: para a captura da imagem e para a divulgação desta. Compreende-se a imagem em sentido amplo como qualquer meio de registro seja foto, vídeo, áudio, montagem ou outro, desde que de conteúdo sexual e identificável.

Na maioria das vezes, pela facilidade do anonimato e pelo potencial “viralizante”, no sentido de se espalhar com velocidade a um sem número de pessoas, essa divulgação ocorre na *internet*, seja através de meios de comunicação assíncronos - como *e-mails* - ou síncronos - como os *chats* -, além, claro, da *deep web*, espaço *online* que possibilita ainda maior anonimato pela dificuldade de controle inerente.

A divulgação não consensual de imagens íntimas tem um potencial lesivo em razão de algumas peculiaridades que se busca apresentar. A primeira delas diz respeito à constatação de que o real e o virtual se tocam cada vez mais na composição do sujeito contemporâneo. Nesse sentido a representação virtual que a imagem proporciona tem reflexos diretos na imagem real do indivíduo, pois estas representações se confundem na formação do sujeito. Nas palavras de Lévy (1996, p. 33) “meu corpo pessoal é uma atualização temporária de um enorme hipercorpo híbrido, social e tecnobiológico”, de forma tal que a representação da imagem íntima na *internet* tem uma consequência na psiquê do sujeito representado.

Esse desdobramento na “vida real” do sujeito decorre, principalmente, do conteúdo íntimo da imagem, uma vez que sexualidade ainda é um tema tabu, ou seja, um tema cujo trato social tem restrições que se impõem por sua própria conta, não sendo possível identificar a origem, mas sendo consideradas naturais por aqueles que são por elas dominados (FREUD, 1990).

As restrições que o tema sexualidade impõe estão presentes tanto no exercício da sexualidade quanto no falar sobre ela, de tal forma que uma imagem íntima divulgada força essa barreira cultural ao ser uma forma representativa do exercício da sexualidade. Tal situação ainda se potencializa quando a vítima dessa divulgação é mulher, pois como explica Vance (1984), à mulher não é dado experimentar e viver sua sexualidade da mesma forma que ao homem, por exemplo. Aquela ao mesmo tempo que é adultizada e sexualizada desde cedo sofre um conflito paradoxal ao exercer sua sexualidade, pois à mulher cabe a repressão (VANCE, 1984).

É nesse contexto que se pode afirmar que ter a imagem íntima divulgada na *internet* de forma identificável inequivocamente reflete na vida pessoal desta vítima, atingindo sua honra perante a amigos, familiares e até mesmo desconhecidos, muito porque pela sexualidade ainda ser um tabu, qualquer manifestação explícita rompe a moralidade que lhe é imposta socialmente (FOUCAULT, 1998) e expõe a vítima a situações vexatórias, constrangedoras.

O ordenamento jurídico brasileiro, na forma como se encontra regulamentado, não propõe uma tutela específica para as ações decorrentes da violação da intimidade através da divulgação não consensual das imagens íntimas. Há, no entanto, catorze projetos de leis presentes nas duas casas legislativas que buscam a criação de uma lei para abarcar tal situação, todos buscando a criminalização da conduta, alguns através da criação de novos tipos penais e outros propondo alterações na lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Na Câmara dos Deputados são os projetos de lei nº 5.555/13, 5.647/13, 5.822/13, 6.713/13, 6.630/13, 6.831/13, 7.377/14, 3.158/15, 170/15, 4.527/16, 5.632/16, 5.862/16, e 6.668/16; e no Senado o de nº 63/15.

Uma ressalva que merece ser feita diz respeito à tutela dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei

8069/90) que objetivando regulamentar a pornografia infantil acabou regulamentando a divulgação não consensual de imagens íntimas que abrangem crianças e adolescentes em seus artigos 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-E. Outro ponto é que o Marco Civil da *internet* (Lei 12.965/14) em seu artigo 21 trata da responsabilidade subsidiária dos provedores pela manutenção no ar de uma imagem quando toma conhecimento da falta de consentimento na divulgação desta, tutelando, portanto, o desejo de tornar a imagem inacessível, cessando em parte o dano sofrido e impedindo que este aumentasse a cada novo contato com a imagem; mas se destaca que a retirada da imagem é apenas um ponto no que diz respeito a este agir, não podendo ser identificada como tutela específica da conduta por não abranger a responsabilização do agressor.

A ausência dessa tutela específica não desampara totalmente o cidadão que tenha tido sua intimidade, imagem e integridade psicológica abaladas em razão dessa conduta, e que deseje a responsabilização do agressor, em razão da possibilidade de tutela penal através do enquadramento nos crimes contra a honra - difamação (art.139, Código Penal - CP) e injúria (art. 140, CP) - ou mesmo de tutela civil, com base nos art. 12, 20 e 21 do Código Civil (CC), além dos dispositivos constitucionais de tutela dos direitos da personalidade.

Na contramão das propostas de lei apresentadas pelo Legislativo, considera-se que, por vezes, a tutela civil tenha potencial de solucionar com maior efetividade os anseios da vítima desta ação, isto porque parcela significativa dos casos dizem respeito a ações contra alguém com quem a vítima tenha tido ou mantenha uma relação de afeto, e impor sobre este uma condenação criminal pode ser muito mais difícil emocionalmente do que uma responsabilização civil. Se destaca que tal posicionamento não tem por objetivo diminuir a responsabilidade pela ação diminuindo a reprovabilidade da

conduta. Tampouco se objetiva supor que a condenação em pecúnia é o objetivo de quem busca o Judiciário após essa violação à personalidade, pois acredita-se que muitas vezes o objetivo é muito mais de obter uma valorização de sua honra pela simples sentença favorável.

Relatos de vítimas de violência doméstica demonstram as dificuldades de provocar o Judiciário para impôr a este alvo de afeição uma condenação criminal (JONG; SADALA; TAKANA, 2008). Cappelletti e Garth (1988), em sua obra sobre o acesso à justiça, apontam que a disposição psicológica em recorrer a um processo judicial pode ser até mesmo considerada como uma barreira a se romper, e nesse sentido é que se considera que a predisposição a um processo criminal encontra barreiras ainda maiores que o processo cível.

Além dos limites do ordenamento e desta dificuldade do acesso à Justiça representada pela barreira em acionar o Judiciário, o processo - tanto civil quanto penal - pode apresentar outras dificuldades no trato das ações que envolvam essa temática, muito porque as peculiaridades do tema já apresentadas exigem um cuidado maior no trato das informações e imagens necessárias ao processo de maneira a se evitar que este se torne um repetidor da mesma agressão sofrida, qual seja a exposição.

Essa situação é chamada pela criminologia, com repercussões no processo penal, de sobrevivitização ou vitimização secundária (BARROS, 2008) e acreditamos que, em situações como a descrita nesse trabalho, pode ser também considerada no processo civil. Considere, por exemplo, uma imagem íntima capturada com consentimento mas que se acordou não ser permitido divulgar; toda vez que essa imagem é exposta a alguém que não havia a permissão, nova violação é sofrida pela vítima. Parte-se disso para compreender como a disponibilização *online* é perniciosa, pelo grande número de pessoas não identificáveis que tem acesso à imagem.

Essa vítima resolve buscar uma reparação no Judiciário devido aos danos sofridos; para fazer isso ela vai precisar apresentar essa imagem para todos os atores que vão se envolver no processo, tais como o próprio advogado, o juiz, o advogado da parte contrária, o escrivão, os escreventes, peritos e etc. Essa necessidade de apresentar a imagem, por si só, já pode ser compreendida em alguma medida como uma repetição da dor sofrida pela vítima, e pela dinâmica processual não pode ser afastada – pois nem mesmo o segredo de Justiça que poderia ser estabelecido superaria esse grau mínimo.

Quando se analisam as demais fases do processo, essa situação pode se repetir de diferentes formas, principalmente quando se consideram as necessidades da produção probatória e a inafastabilidade do direito de defesa do réu como decorrência da bipolaridade do processo como nomeado por Dinamarco (2017).

Partindo, portanto, das considerações apresentadas, buscou-se pensar como se poderia resolver uma questão que envolve tantos pontos delicados sem transformar o processo em mais uma etapa de exposição e sofrimento na busca pela reparação, chegando, dessa forma, a uma reflexão sobre a aplicabilidade dos métodos adequados de solução de conflitos como opção ao Judiciário ou mesmo dentro deste.

A história da busca pela solução consensual de conflitos é antiga e anterior até mesmo à adjudicação pelo Estado da função jurisdicional. Como ensina Ada Pellegrini Grinover (2013), tal forma de resolver situações conflituosas veio como solução à autotutela, e posteriormente, com as dificuldades inerentes aos processos judiciais, voltaram a ser pensadas como forma satisfatória de se resolver conflitos.

O CPC de 2015, com muitas ressalvas, apresentou-se como incentivador dos métodos adequados trazendo a previsão da audiência de conciliação ou mediação logo após a re-

cepção da petição inicial no procedimento comum. Embora muitas críticas sejam feitas ao instituto, como por exemplo quanto ao momento da audiência (GRECO, 2015), é inegável que o momento atual é propício para se discutir a possibilidade de valorização de uma cultura de pacificação em oposição à cultura de sentença que temos no país, tal como observou Watanabe (2005).

Visando contribuir para a aceitação dos métodos autocompositivos dentro ou fora do processo é que se propõe, neste estudo, a ver quais vantagens a mediação poderia produzir até mesmo se comparada a uma sentença produzida por juiz competente quando diante de uma situação em que ocorreu a violação dos direitos da personalidade através de uma divulgação não consentida de imagens íntimas.

Um ponto que deve ser considerado é que há diferentes métodos autocompositivos e cada um deles tem vantagens e desvantagens para lidar com um certo tipo de conflito. No próprio uso da autocomposição dentro do processo civil temos que a definição entre audiência de conciliação ou de mediação é reflexo de uma verificação da presença ou não de uma relação anterior entre os litigantes ali envolvidos. Isso porque a conciliação é aplicável aos casos em que não tenha havido uma relação anterior entre as partes e a mediação é adequada aos casos em que essa relação anterior se tenha feito presente, tal como dispõe o art. 165 do Código de Processo Civil (CPC).

Essa diferenciação não é desprovida de razão, tendo por fundamento os objetivos de cada uma dessas modalidades de autocomposição. Nesse sentido, a mediação encontra-se mais adequada ao tratamento das questões que envolvem relações anteriores, pois seu objetivo é de restabelecer a comunicação entre as partes, podendo até mesmo vir a funcionar como prevenção para conflitos futuros, uma vez que uma melhora no trato entre os envolvidos pode facilitar o

entendimento entre estes em situações diversas (Cf. BUSH; FOLGER, 2008; CEBOLA, 2011; PINHO, 2010).

Já a conciliação deseja chegar a um acordo naquela questão específica que gerou o desconforto, pacificando a relação pontual que se desenvolveu. O objetivo dessa não é o de melhorar a relação entre os pares, mas o de resolver os fatos. É, portanto, mais rápida e possibilita maior participação do conciliador na atividade.

Essa perspectiva da mediação não exclui a ideia de se chegar a um acordo, mas seu foco central está na revalorização e no reconhecimento por parte daqueles que estão em conflito, como defendido por Bush e Folger (2008), uma vez que esse potencial transformador pode vir a ser até mesmo mais efetivo ou importante do que o acordo em si.

Seguindo essa lógica, quando a divulgação não consensual de imagens íntimas ocorrer em decorrência de um descontentamento com uma relação anterior de afeto, como é o caso da pornografia de vingança, fica claro que o método autocompositivo mais adequado para tutelar a matéria será a mediação. Se esta divulgação, por sua vez, ocorrer pela invasão dos dispositivos eletrônicos da parte autora por pessoa com quem esta não tinha nenhuma relação, como por exemplo um funcionário em uma assistência técnica que tenha contato com o aparelho que contenha as imagens, a conciliação será o meio mais adequado.

Nessa perspectiva a mediação muito tem a contribuir para uma verdadeira solução da lide, pois, como argumentado, não raro a compensação em pecúnia não vale tanto quanto o sentimento de valorização e respeito por parte de quem feriu-lhe a confiança e o colocou em situação vexatória.

A mediação nesse caso, através do incentivo do mediador, daria instrumentos para os indivíduos em uma relação anterior ou constante de afeto exporem seus sentimentos e

motivos, buscando fazer com que a parte contrária consiga perceber o que motivou determinada atitude, assim como de forma oposta demonstrar os reflexos emocionais desta atitude. Nesse reconhecimento das dificuldades humanas de cada um, o mediador incentivaria a busca de uma solução satisfatória a todas as partes que partisse delas mesmas.

Em um caso como esse, às vezes basta à pessoa que teve sua foto divulgada um pedido de desculpas e reconhecimento de ter lhe causado mal, somado com os esforços em parar de circular a imagem. Tal situação não seria tão absurda se se considera que o dano de exposição que sofreu, assim como a vergonha que tenha vindo a sofrer, não tem como ser apagado. Partindo disso se reconhece que os danos emocionais causados envolvem questões em relação a auto estima da vítima e em algumas relações que esta se envolvida e, com isso, o pedido de desculpas pode vir a ser útil na recuperação psicológica da parte.

Outras soluções também poderiam ser aplicadas, como arcar com tratamento psicológico, o ressarcimento através de uma quantia em pecúnia, ou qualquer outra saída que as partes considerem possíveis e adequadas.

O posicionamento que se desenha decorre de uma análise das ações em que a parte vítima da divulgação teria uma relação anterior ou atual de afeto com o agente da ação. Isto porque a existência dessa relação foi considerada para a análise das dificuldades de se romper com a inércia do Judiciário. Situações nas quais a vítima não tinha nenhuma relação anterior com o autor, embora compartilhe algumas dificuldades no trato processual, como exemplo o referente à exibição da imagem, não lida com a dificuldade em romper com a inércia em decorrência desse afeto, já que não existe.

Ressalta-se que não se ignora que a potencial sobrevivência pode ser uma forma de barreira ao acesso à Justiça,

uma vez que essa possibilidade é levada em consideração na tomada de decisão, contudo a vítima que tenha ou tenha tido uma relação de afeto com o agressor tem que ponderar não só se vale a pena acionar o Judiciário em razão dessa sobrevivitização, como também devido ao desgaste emocional, o que torna a situação mais complicada.

Importante pontuar que a mediação também pode gerar uma sobrevivitização se algumas questões forem ignoradas, como, por exemplo, a confidencialidade que lhe é inerente. Seja dentro ou fora do processo a mediação deve prezar pelo sigilo do mediador e da sessão. Esse sigilo diminui o número de pessoas que tem acesso ao caso se comparado com a estrutura da máquina judiciária que envolve diferentes atores.

Além disso, a mediação não vai exigir a produção probatória, podendo a imagem alvo de discussão sequer ser exposta, o que resolve um grande problema que se tem no âmbito processual, que é o de ampliar os danos em decorrência da necessidade de trazer aos autos a imagem constrangedora.

Se ressalta que o mediador tem um treinamento específico para lidar com essas dificuldades relacionais das pessoas, possuindo os instrumentos adequados para pacificar a relação que em desequilíbrio poderia causar outros tantos problemas que não apenas o que despertou a necessidade de mediar. Nos dias atuais se reconhece que até mesmo o conhecimento dos estudos de gênero são fundamentais para o mediador, já que propõem uma nova forma de abordar a relação entre homens e mulheres (BREITMAN; STREY, 2006) que é fundamental em situações como a que aqui se estuda.

Com base nessas considerações é que se defende a aplicação da mediação como método adequado para a solução de litígios que envolvam a divulgação não consensual de imagens íntimas. Um primeiro ponto a favor dessa ideia vem do reconhecimento dos limites processuais para uma tutela socialmente

efetiva (BARBOSA MOREIRA, 2002) dessas questões, uma vez que a necessidade de produção probatória e a estrutura do Judiciário não têm como afastar uma reedição da dor sofrida pela vítima. Ainda que se proponham algumas medidas paliativas, em grande parte esse dano vai se repetir. Por outro lado, a mediação, principalmente a extrajudicial, não vai ter tanto potencial lesivo nesse sentido, uma vez que como já dito não vai sequer exigir a exibição da imagem.

Se os profissionais responsáveis pela mediação estiverem preparados para evitar a revitimização, a confidencialidade que envolve essa atividade lhe é favorável ao tratamento da matéria, pois, ainda que se considere a possibilidade de se decretar sigilo de justiça no processo, a presença de eventuais testemunhas, a exibição da imagem perante a autoridade judicial, a disponibilização da imagem para perícia podem se afigurar como potenciais de sobrevivitização dolorosos à vítima que são possíveis de serem afastados pela opção da via consensual, onde um número menor de pessoas teria acesso à imagem ou mesmo conhecimento da situação que causa constrangimento.

Em decorrência desse menor potencial lesivo, a mediação surge até mesmo como uma solução às litigiosidades contida (WATANABE, 1985) e excessiva, uma vez que a parte que se via intimidada frente ao Poder Judiciário encontraria outra forma de solucionar a lide e não recalcaria o fato deixando-o sem solução, e a parte que buscaria o judiciário independentemente dessa intimidação buscaria uma forma menos dispendiosa de se chegar a um resultado que lhe seria satisfatório.

Reconhece-se que a sentença favorável dada pelo juiz competente pode vir a ser tão ou mais importante para a parte do que o pedido de desculpas feito pela parte contrária. Isso porque a divulgação consensual de imagens íntimas, reafirma-se, tem repercussões no campo emocional e psicológico da vítima, de forma tal que a sentença se torna para a parte um motivador no processo de recuperação da sua autoestima.

Nesse ponto a definição de método mais adequado não pode ser feita de forma generalista ou simplista. Cada caso concreto vai lidar com uma vítima com dores e dificuldades diferentes, e para cada uma delas se oferta uma saída que lhe seja efetiva, que lhe atenda às necessidades.

Tanto a via processual quanto a via autocompositiva vão apresentar vantagens e desvantagens para a solução do caso, e o que se propôs nesse estudo era apontar como a mediação é também uma solução que deve ser considerada, já que vivemos num ambiente jurídico beligerante que reforça a cultura de sentença denunciada por Watanabe (2005).

Não se considera que a mediação vai ser a solução de todos os problemas do Judiciário (NIEVA-FENOL, 2014), nem se defende que seja aplicada indistintamente; apenas se indica que no caso específico dessas ações, em razão do tipo de dano sofrido, e em razão das exigências processuais, se devesse lembrar da mediação como uma possibilidade verdadeiramente adequada, mais sensível às dores e peculiaridades que envolvem a matéria.

O constrangimento de “cair na *web*” desafia o Judiciário na tutela adequada das eventuais ações ressarcitórias. Além de trazer para o processo uma nova dinâmica das relações sociais, traz um sujeito que pode vir a sofrer o mesmo dano através do instrumento que lhe deveria surgir como auxílio que é o processo. Lembrar, portanto, do caminho da mediação e identificar se o caso se adequa às suas potencialidades pode ser uma forma de se chegar a uma tutela verdadeiramente justa e efetiva.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

BREITMAN, Stella Galbinski; STREY, Marlene Neves. Questões de Gênero: Com a palavra, mediadores e mediadoras. **Psicologia e Argumento**, Curitiba, v. 24, n. 46, pp. 17-30, 2006.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P.. **La promesa de mediación: Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento próprio y el reconocimiento de los otros**. Buenos Aires: Granica, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CEBOLA, Cátia Marques. La resolución de conflictos familiares por mediación: la realidad en España y Portugal. **Revista eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. VIII, pp. 181-199, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 3, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade II: o uso dos prazeres**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. 8ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu e outros escritos. In: **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**, v. 13. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O minissistema brasileiro de Justiça consensual**: compatibilidades e incompatibilidades. Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolução.pdf>>. Acesso em: 06 de fev. de 2018

JONG, Lin Chau; SADALA, Maria Lúcia Araújo; TANAKA, Ana Cristina D'Andretta. Desistindo da denúncia ao agressor: Relato de mulheres vítimas de violência doméstica. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 42, n. 4. São Paulo: USP, 2008. Pp 744-751.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?**. Trad. Paulo Neves. 1^a ed. São Paulo: Editora 34, 1996.

NIEVA-FENOL, Jordi. Mediação: uma “alternativa” razoável ao processo judicial?. **Revista eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. XIV, pp. 213-228, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. V, pp. 63-94, 2010.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Laura Camargo de. **Exposição pornográfica não consentida na internet**: da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

STROUD, Scott R.; HENSON, Jonathan. Social Media, Online Sharing, and Ethical complexity of consent in Revenge Porn. In: SCHEINBAUM, Angeline Close. **The Dark Side of Social Media**: A consumer psychology perspective. Routledge, 2018. Pp 12-32.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo (Org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985.

Apontamentos sobre os pressupostos históricos do abuso de direito: uma análise processual

Rubens Ferreira Junior e Priscila Cristina Ferreira

Introdução

Nos últimos vinte anos, o Código de Processo Civil passou por diversas reformas – leis 11.235/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.418/06, 11.419/06 e 11.672/08 – até culminar com a elaboração de um novo códex, a lei 13.105, de 16 de março de 2015. Na seara constitucional também existiram modificações, sendo a mais marcante a decorrente da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. Todas essas alterações têm como escopo dar maior celeridade e efetividade aos processos judiciais, primando pela rápida resolução da lide e melhor desenvolvimento da função jurisdicional.

Todavia, a busca constante pela eficiência não se demonstrará plena sem o auxílio do jurisdicionado, que deve

compreender que o processo não é simples instrumento técnico, mas sim sustentáculo da própria função jurisdicional.

Parafrazeando o Ministro Mauro Campbell Marques, seria necessária verdadeira revolução na maneira de encarar a missão dos tribunais, visto que “aos olhos do povo, essa desobediência é fomentada pelo Judiciário, e não combatida por ele; aos olhos do cidadão, os juízes passam a ser inimigos, e não engrenagens de uma máquina construída unicamente para servi-los”²⁹.

Para que se compreenda o abuso de direito, é necessário breve retrospecto de suas bases, o que consiste no escopo principal dos presentes apontamentos.

1. Histórico

Não há unanimidade a respeito da origem do conceito de abuso de direito, para alguns autores remonta à Roma, através das formulações de Cícero³⁰ e das regras dos jurisconsultos³¹.

Por outro lado, Max Kaser³² entende que a *exceptio dolis* afirma o instituto do abuso de Direito ao prever a proibição do exercício de direito de forma prejudicial a terceiros e sem utilidade própria, o que seria alheio aos preceitos da equidade e passaria à margem do “sentimento jurídico”³³.

Esse sentimento jurídico parece-nos fundamentado na premissa de cooperação, e por consequência da boa-fé,

29. Embargos de declaração no Recurso Especial nº949.166/RS

30. CORRÊA, Alexandre. Notas sobre o abuso dos direitos em direito romano clássico. *Justitia*, Ano XXXVI, v. 87, São Paulo: 4º trim. 1974, p. 211-220.

31. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro V, Cap. 10. São Paulo: Martin Claret, p. 183.

32. KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016, p. 37.

33. ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Trad. Blas Pérez González y José Alguer. 2. ed. t. I. Barcelona: Bosch, 1970, p. 1076.

uma vez que a *exceptio doli generali* comportava uma espécie de impugnação à disposição do prejudicado e consoante a boa-fé processual.

Diversos eram os indícios da temática acerca do abuso de direito em Roma e de sua prevenção, como a proteção do escravo contra o seu senhor (*male enim nostro jure uti non debemus*) e o direito de uso das águas (*haec aequitas suggerit etsi jure deficiamus qui factus mihi quidem prodesse protest: ipsi vero nihil nociturus est; aquam enim arcere hoc esse curare ne influet*)³⁴, sem que houvesse no entanto uma enunciação específica a respeito do instituto em si, apenas análises fragmentadas de sua teoria.

Basicamente durante esse período era prevista a proibição dos chamados atos emulativos³⁵ (*aemulatio*)³⁶, os atos praticados com intuito de gerar prejuízo a terceiros sem real benefício da outra parte, de modo que a única intenção seria lesar a outrem.

A mesma lógica se perfaz na Idade Média. Com a hegemonia da religião cristã na Europa, procurava-se reforçar a mencionada elaboração romana e assegurar proteção àquele que causasse prejuízo a outrem de forma deliberada.

Permitimo-nos discordar dos autores que situam a origem da teoria do abuso de direito em Roma e na Europa Medieval, a bibliografia aponta apenas para fragmentos jurídicos de algumas formulações dos juristas da época

34. CORRÊA, Alexandre. Notas sobre o abuso dos direitos em direito romano clássico. *Justitia*, Ano XXXVI, v. 87, São Paulo: 4º trim. 1974, p. 213-219.

35. ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Trad. Blas Pérez González y José Alguer. 2. ed. t. I. Barcelona: Bosch, 1970, p. 220.

36. Existe discussão doutrinária se a *aemulatio* nasceu na Idade Média ou em Roma, pela análise bibliográfica nos parece de fato ter suas bases em Roma, mas seria necessária maior pesquisa na literatura estrangeira para se afirmar de forma pontual sua origem.

nessa direção, todavia sua efetiva criação ocorre na França e na Bélgica, em meados do século XIX³⁷.

Essa é a época do período individualista e positivista enraizado na Europa, ocasião em que os direitos subjetivos eram concebidos de forma absoluta. Não é sem propósito que o artigo 544 do código francês (napoleônico) de 1804³⁸ dispunha: “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des biens matériels de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements*”³⁹. A propriedade configurava um direito absoluto, mesmo que seu uso implicasse lesão a terceiros, daí o brocardo *nemo iniuriam facit qui suo iure utitur*⁴⁰, legitimava-se o direito sem nenhum tipo de restrição⁴¹.

Como se poderia esperar, demandas judiciais em decorrência do abuso de direito não tardaram a serem ajuizadas, culminando com o *leading case* da teoria do abuso do direito, em 2 de novembro de 1912, no Tribunal de Apelação de Amiens: o proprietário do imóvel, no exercício de seu ab-

37. ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. v. 4. São Paulo: Método, 2006, p. 33-54.

38. Disponível em: < <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l2t01.pdf> > Acesso em 29.05. 2018.

39. “A propriedade é o direito de fruir e de dispor dos bens materiais da maneira mais absoluta, contanto que deles não se faça um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos” (tradução nossa).

40. “Quem exerce o seu direito a ninguém prejudica”.

41. A este respeito, parece que a doutrina civilista não se atualizou, sendo que grande parte dos doutrinadores ainda entendem o direito de propriedade como absoluto, em que pese limitado pela função social da propriedade, o que denota patente a contradição de um direito absoluto porém limitado pela função social da propriedade. Não são necessárias grandes elucubrações semânticas para concluir que se é absoluto não pode ser limitado, mas deixaremos esta análise para outro artigo, visto não ser este o objeto deste trabalho.

soluto direito de propriedade vigente à época, ergueu duas construções de madeira com quatro lanças de ferro na extremidade de cada, com o propósito de impedir a decolagem de balões dirigíveis a partir da propriedade vizinha, de Clement-Bayard. A ideia não era deliberadamente e sem justificativa prejudicar o vizinho, como de costume havia um interesse mercantil maior, qual seja, o de que Clement-Bayard adquirisse o imóvel por um preço superior ao valor de mercado, para voltar a operar os dirigíveis. O Tribunal de Apelação entendeu que o direito subjetivo de propriedade não seria absoluto a ponto de possibilitar ao proprietário valer-se de ardis para indiscriminadamente majorar o preço de seu imóvel sob intuito puramente especulativo e com obtenção de lucro em prejuízo de terceiros.⁴²

Foi a doutrina alemã, quando o Tribunal alemão já possuía jurisprudência consolidada, que correlacionou o abuso de direito com os primados da boa-fé, traduzindo algumas situações que denotam evidente antagonia entre direitos subjetivos e boa-fé⁴³, dentre eles *tu quoque*, *venire contra factum proprium non potest* e *supressio*.

No Brasil, em que pese a jurisprudência consolidada até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, não havia previsão legal expressa acerca do abuso de direito. Sob a égide do Código Civil de 1916, valia o inciso I do artigo 160⁴⁴ desse

42. MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36.

43. FERREIRA JUNIOR, Rubens. A boa-fé como elemento das sanções nos contratos administrativos. In: ROCHA, Silvio Luis Ferreira da (org.). *O contrato Administrativo e os Princípios da Boa-fé, Justiça Contratual e Função Social do Contrato*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 159-176.

44. BRASIL, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (revogada) “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido [...]”.

diploma apenas, a salientar a necessidade de uma reflexão jurídica para inserir efetivamente o instituto do abuso de direito no sistema civilista pátrio.

Assim, apenas com a promulgação do Código Civil vigente preencheu-se essa lacuna legislativa por intermédio do artigo 187⁴⁵, sendo que o abuso de direito, consoante a doutrina majoritária, seria caracterizado independente de culpa conforme o teor do Enunciado 37⁴⁶ da Jornada de Direito Civil.

2. O abuso de Direito na seara processual

A preocupação com o abuso de direito na esfera processual remonta a Roma, desde então já se tentava mitigar ou desestimular comportamentos que denotassem evidente má-fé. Mesmo os juízes que de alguma forma favorecessem qualquer das partes, seja por imprudência ou por dolo, estariam obrigados a ressarcir a parte lesada por meio *da actio contra iudicem qui litem sua fecerit*⁴⁷⁻⁴⁸, o que denotava avanço frente ao atual sistema, uma vez que conforme preceitua o STF⁴⁹ **não cabe responsabilização do magistrado por eventuais erros judiciais, ainda que teratológicos.**

45. BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

46. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

47. Ação contra o juiz que fez a sua lide.

48. TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 130.

49. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 624.

Dentre as condutas dos litigantes destacava-se a *non calumniae*⁵⁰, pela qual pretendia-se que o litigante agisse de forma cooperativa e, caso o réu resistisse à demanda de forma injustificada, deveria pagar o dobro. Ressaltam-se também a *non calumniae causa infitias ire* e a *non calumniae causa agere*⁵¹, referente à interposição de recursos injustificados.

A preocupação com o abuso do processo também se manifestou no Direito lusitano através dos forais, com o juramento dos litigantes e de pessoas estranhas à causa com o fim de preservar a verdade no processo.⁵²

No Direito brasileiro existem inúmeros dispositivos contra a fraude processual e o abuso de direito, dentre eles, o direito de recorrer, tema central do presente trabalho, previsto tanto no Código de Processo Civil quanto na Constituição da República.

3. Das teorias formuladas a respeito do abuso do processo

Três teorias jurídicas sustentam o instituto do abuso de direito: a teoria subjetivista, a teoria objetivista e a teoria mista, cada qual com peculiaridades distintas.

A teoria subjetivista tem como inspiração critérios relacionados à volatilidade do agente, suas bases foram alçadas na França, no início do século XX. Segundo Helena Najjar

50. TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 130.

51. CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condanna nelle Spese Giudiziali*. 2. ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1935, p. 14.

52. TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

Abdo⁵³, esta teoria ainda se subdividiria em duas veredas, a primeira levaria em conta apenas a volatilidade da pessoa que cometeria o abuso do processo, já na segunda se considera além do elemento volitivo o proveito econômico ou a utilidade, ademais o ato também deve estar previsto em lei. A análise da autora faz muito sentido já que a inutilidade do ato importaria em espécie de *aemulatio*, o que por si só não configuraria o abuso do processo, ao menos segundo a teoria subjetiva.

De acordo com Pedro Baptista Martins⁵⁴, a teoria objetiva não considera a vontade da parte no processo, mas sim critérios objetivos de aferição, como por exemplo a inobservância da finalidade social e econômica do processo, a inexistência de razões legítimas para a prática do ato e o exercício irregular ou anormal de direito.

Essa teoria correlaciona-se diretamente com a boa-fé objetiva, defendendo critérios objetivos de aferição da conduta, afasta da análise a vontade do sujeito, considerando antes o estado do processo e a conduta diligente que deve se orientar por critérios sociais de eticidade e racionalidade⁵⁵.

Helena Najjar⁵⁶ discorre sobre a teoria mista, aprofundada por Louis Josserand, cuja proposta é a união das duas teorias mencionadas, com parâmetro no “espírito do Direito” conforme dois critérios, o “motivo legítimo” (subjetivo) e a

53. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 38.

54. MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do Direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 170.

55. Habermas afirma que quanto mais racional é o homem, maior a sua moral, posto que teria maiores condições de analisar axiologicamente e empaticamente o outro (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997).

56. ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 39-40.

“função social” (objetiva), de modo que tanto o meio como as razões deveriam validar o ato realizado.

A nosso ver, segundo a teoria mista, o Direito deve sempre atender a função social na persecução do interesse público⁵⁷, o que na verdade consubstancia a busca do ideal de Justiça. Nesse sentido, o abuso de Direito tem por pressuposto o desvio de finalidade: para que um direito seja amparado pela ordem jurídica vigente, deve guardar pertinência com algum direito fundamental constitucionalmente posto, caso contrário haveria não apenas afronta à eficiência, mas também à dignidade da pessoa humana.

Adverte-se, entretanto, que a simples imperícia por erro não teratológico⁵⁸ **não caracteriza abuso de direito. Tornou-se praxe no Judiciário os reiterados embargos de declaração em que se alega omissão dos magistrados sobre as argumentações dos litigantes, observando-se sentenças de duas ordens: ou se alega que não há contrariedade ou omissão, ou se argumenta, como referendado por Tribunal Superior, que o magistrado não se encontra obrigado a responder todos os argumentos levantados pelas partes.**

Questionamos, não seria justamente este o fundamento do efeito devolutivo da lide (que tem por base o princípio do devido processo legal)? E, por implicar serviço público (sim, a prestação jurisdicional é serviço público específico e divisí-

57. Já analisamos o tema a despeito do princípio da supremacia do interesse público e a correlação com o justo atrelado à vontade geral, a própria análise de interesse público passaria pelo conceito do justo (FERREIRA JUNIOR, Rubens. *Estruturação da administração pública diante do regime de cargos públicos: novos parâmetros para uma antiga ideia*. 267f. Dissertação de Mestrado (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 133-147 (não publicada).

58. Não usamos propositalmente a expressão “erro justificável”.

vel), não deveria observar também o princípio da eficiência? Entendemos afirmativas a resposta para ambas as questões, cogitar de forma diversa equivaleria a legitimar uma discricionariedade que o magistrado não possui, aliás, como bem aponta Robert Alexy, em matéria de direitos fundamentais, essa discricionariedade não **é lícita nem mesmo ao legislador**⁵⁹. Trata-se, sem dúvida, de um argumento de autoridade incompatível com o Estado de Direito.

Conclusão

O abuso de direito, em que pese não se tratar de um instituto novo, apenas hodiernamente passou a ocupar lugar de destaque na seara processual, sendo que o processo não é mero rito mas verdadeiro sustentáculo do princípio da ampla defesa e desenvolvimento da função jurisdicional.

Vai longe o tempo em que o tecnicismo era tão arraigado que gerava a própria disfunção burocrática da Justiça, mostrando-se ineficiente, morosa e contrária ao interesse público.

Todavia, cabe um alerta, não é possível em hipótese alguma suprimir direitos fundamentais a pretexto de possibilitar uma atuação mais eficiente do Judiciário. Casos como a relativização do princípio da presunção de inocência não podem, nem devem, figurar no arcabouço de um Estado de Democrático Direito, sob pena de se fomentar uma espécie de totalitarismo com supressão de direitos das minorias, o que poderá impor resultados catastróficos.

Resta evidente que as bases do abuso de direito encontram-se na boa-fé, em especial sob o prisma da boa-fé obje-

59. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, jul-set/1999, p. 55-66.

tiva enquanto orientadora da conduta que a parte deve seguir em um processo idôneo.

O aspecto subjetivo, porém, não deve ser descartado e, por esta razão, compreendemos que a teoria mista deva ser aplicável hoje, pois somente através da conglomeração das duas teorias seria possível a aferição de eventuais burlas processuais que impossibilitariam a prestação jurisdicional adequada frente aos ditames da Justiça.

Bibliografia

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul-set/1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. v. 4. São Paulo: Método, 2006.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços* (ed. popular anotada por Adriano da Gama Kury) 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Crédito-prémio de IPI: estudos e pareceres*. v.3 Barueri: Manole, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condanna nelle Spese Giudiziali*. 2. ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1935.

- CORRÊA, Alexandre. Notas sobre o abuso dos direitos em direito romano clássico. *Justitia*, Ano XXXVI, v. 87, p. 211-220, São Paulo: 4º trim. 1974.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Trad. Blas Pérez González y José Alguer. 2. ed. t. I. Barcelona: Bosch, 1970.
- FERREIRA JUNIOR, Rubens. A boa-fé como elemento das sanções nos contratos administrativos. In: ROCHA, Silvio Luis Ferreira da (org.). *O contrato Administrativo e os Princípios da Boa-fé, Justiça Contratual e Função Social do Contrato*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. *Estruturação da administração pública diante do regime de cargos públicos: novos parâmetros para uma antiga ideia*. 267f. Dissertação de Mestrado (Direito Administrativo), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 (não publicada).
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do Direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O direito ao esquecimento na conciliação: Harmonizando direitos fundamentais

Marina Giovanetti Lili Lucena

Introdução

Recentemente tem se tornado mais disseminada a discussão, no mundo jurídico, relativa à utilização de informações pessoais antigas. O aumento do interesse nesses dados ocorre no mundo atual fortemente influenciado pelo uso da tecnologia. As tecnologias de comunicação e informação, principalmente no que tange à internet, possibilitam a formação de redes de dados ilimitadas e, muitas vezes, públicas. Diante desse contexto inovador, questiona-se qual o sentido e alcance normativo do direito à privacidade. Ganha destaque a ideia do “direito ao esquecimento” no que se refere à preservação de informações antigas.

O direito ao esquecimento visa à proteção da dignidade do indivíduo, para que não haja a permanente lembrança e divulgação de determinados dados pretéritos seus. A

importância do tema é renovada em um contexto no qual a forma de aplicação do direito ao esquecimento é questionada pela doutrina e jurisprudência⁶⁰. Inclusive, sua defesa é dificultada em um contexto de rápida divulgação das informações. Após a divulgação dos dados, dificilmente será possível realizar uma tutela real da privacidade do indivíduo.

Observando esse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar em que medida as audiências de conciliação podem ser utilizadas como meio eficaz para trazer maior efetividade na aplicação do direito ao esquecimento. O enfoque será a divulgação de informações pretéritas pelos meios de comunicação, principalmente revistas, jornais e programas televisivos. A escolha se justifica porque esse tipo de divulgação atinge um grande público, que toma conhecimento do fato não por iniciativa própria, através de pesquisa sobre determinado indivíduo. Ao contrário, recebe-se a informação de forma passiva, quando transmitida em veículo de informação. Ademais, nesse tipo de publicação é comum que o meio de comunicação entre em contato com o portador do dado para que haja, por exemplo, a concessão de entrevistas ou a atualização da sua situação. Esse é um fator relevante porque será possível que o interessado procure o Judiciário para a tentativa de resolução consensual da controvérsia.

Objetiva-se com o presente estudo que, através das audiências para solução consensual do conflito, se realize compatibilização de direitos, preservando dois direitos fundamentais constitucionais, quais sejam, informação e privacidade. Estabelecer uma metodologia rigorosa é de extrema importância nas pesquisas realizadas na ciência do Direito. Logo, será rea-

60. Essa divergência se torna clara em razão da audiência pública sobre o direito ao esquecimento na esfera cível, em 12 de julho de 2017, no Supremo Tribunal Federal (STF).

lizada uma revisão da literatura, através de pesquisa qualitativa. Logo, será empregada metodologia dedutiva, já que através das fontes bibliográficas e jurisprudenciais, em conteúdo analisado de forma indireta, visa-se chegar à conclusão.

Nesse sentido, na primeira parte do trabalho será analisado o direito ao esquecimento no Brasil, englobando conceito e fundamento desse direito. Na segunda parte serão vistos os métodos consensuais de resolução de conflitos, salientando suas características mais importantes. Por fim, será realizada a compatibilização de direitos, como ela ocorrerá e quais serão as vantagens. Será abordado, ainda, exemplo no qual seria possível a ocorrência dessa harmonização, em caso já julgado pelo STJ.

1. Direito ao esquecimento

A sociedade atual é marcada pelo desenvolvimento tecnológico crescente. A internet foi uma das mais marcantes consequências desse desenvolvimento tecnológico, permitindo o armazenamento de dados e arquivos, sem limites temporais ou espaciais. Outro traço relevante é a influência dos meios de comunicação de massa, já que atualmente há informações divulgadas e difundidas quase simultaneamente ao seu acontecimento, por todo o mundo. Essa é a chamada sociedade da informação, na qual dados são facilmente obtidos e armazenados por um número cada vez maior de indivíduos.

A internet possibilita a existência de uma rede de dados permanente, e qualquer informação ali disponibilizada pode ser obtida com relativa facilidade por qualquer pessoa, independentemente do tempo decorrido desde a sua ocorrência. Ao mesmo tempo, as tecnologias tornam essas informações cada vez mais acessíveis à população mundial. A preocupação do direito ao esquecimento é relacionada aos casos, cada

vez mais comuns, de utilização de dados antigos. Esse direito pode ser conceituado como:

[...] uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verídico, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e data de ocorrência em que a informação objeto de proteção foi realizada. A ideia de esquecimento está diretamente ligada ao pensamento da superação do passado, de redenção, possibilitando que um sujeito não tenha o seu direito à privacidade, à intimidade, ao nome, à honra, atingido por fatos já então consolidados pelo tempo (MARTINEZ, 2014, p. 57/58).

Pode-se considerar o direito ao esquecimento como o desenvolvimento e especificação de um dos direitos da personalidade, a privacidade. Apesar de não haver previsão expressa no nosso ordenamento, esse direito concretiza, na sociedade da informação, a cláusula geral de tutela da pessoa humana, segundo ensinamento de Gustavo Tepedino (2008, p. 53/62). Entende-se pela desnecessidade de criação de novos direitos de personalidade justamente porque essa categoria de direitos visa, primordialmente, salvaguardar a dignidade da pessoa humana⁶¹.

O direito ao esquecimento concretiza a liberdade do indivíduo de transformar-se, evoluir. Por isso mesmo o ordenamento pátrio veda as penas de caráter perpétuo⁶². Se não

61. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, instituído no artigo 1o, III da Constituição Federal.

62. Nesse sentido é a previsão do art. 5o, XLVII, “b”, CF.

há sequer no âmbito penal pena vitalícia, com menos razão se espera que no âmbito cível haja violações que imprimam ingerências perpétuas na vida do indivíduo. É fundamental que exista, de fato, a liberdade pessoal de poder modificar-se, devendo o sistema jurídico propiciar que a pessoa exista livremente e que possa se desenvolver conforme sua própria personalidade e vontade. A rememoração permanente por fatos pretéritos causa a perda do controle sobre as informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria identidade, principalmente aquela construída online⁶³.

2 Audiências de conciliação e mediação

2.1 O acesso à justiça

Quando um indivíduo tem determinados tipos de problemas na vida, deve procurar a solução da controvérsia judicialmente, em regra. Após, se inicia um processo na justiça competente. No Brasil, algumas vezes o sistema judiciário tradicional não é suficiente para resolver de forma satisfatória as demandas da maioria da população. Um dos problemas mais comuns é o grande lapso temporal entre a propositura da ação e o efetivo recebimento do direito, o que faz com que o objeto pretendido perca a sua razão de ser ao longo do processo.

Os métodos autônomos ou consensuais são pensados, entre outras razões, para concretizar de forma mais efetiva o acesso à justiça⁶⁴. Assim, o que se busca não é somente a celeridade, mas respostas suficientes e eficientes para os litígios (DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 37).

63. Nesse sentido é o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que estabelece que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

64. Explicitado no art. 5o, XXV da Constituição Federal.

No caso aqui tratado, sobre divulgação de dados pretéritos pelos meios de comunicação, a resolução rápida do conflito é necessária. Após a divulgação pública dos dados, a lesão à dignidade do indivíduo já estará concretizada. Restará ao sujeito afetado apenas uma pretensão indenizatória, de cunho monetário, que muitas vezes será insuficiente para reparar de forma efetiva a lesão já ocorrida aos seus direitos da personalidade.

Nesse sentido, é necessário construir um processo que seja mais justo com as partes, ou seja, que permita a resolução eficaz dos conflitos. A preocupação do Direito deve ser com a obtenção de resultados efetivos, justos, que sejam positivos para os envolvidos.

2.2. Conciliação e mediação como métodos consensuais

Juridicamente, é possível pensar em métodos de resolução de conflitos de dois tipos principais. Os autônomos ocorrem quando a solução é obtida pelas próprias partes envolvidas no conflito, sendo exemplos a mediação e conciliação. Nos heterônomos, por sua vez, há a necessidade de ingerência de um terceiro que impõe solução independentemente da vontade das partes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 29).

A autocomposição se insere como um mecanismo de transação, ou seja, de trocas recíprocas. A lógica que existe é a de que todos ganham⁶⁵, já que a melhor solução é criada consensualmente pelas partes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e não imposta por um terceiro. Esses

65. A geração de opções de ganhos mútuos é, inclusive, um dos fundamentos da negociação exigidos ao mediador e conciliador judicial (BRASIL, 2015, p. 69).

mecanismos de solução de controvérsias concretizam o retorno para formas de solução de controvérsia anteriores ao processo judiciário institucionalizado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 27). Assim, tais mecanismos, que estiveram relegados no sistema brasileiro durante muito tempo, voltaram a chamar a atenção.

2.2.1. A conciliação e mediação na legislação brasileira atual

As audiências de conciliação e mediação estão disciplinadas no Código de Processo Civil. O artigo 334 traz os requisitos e considerações principais acerca das audiências de conciliação e mediação. Essa imposição legal é um meio de contribuir para realizar uma transformação cultural⁶⁶, qual seja, a mudança de mentalidade dos envolvidos, para que visualizem a conciliação de modo positivo.

A Lei 9.099/95 prevê os institutos da conciliação e transação, como se percebe do artigo 2º. Nessa lei, de modo geral, a conciliação é valorizada como meio de solução de conflitos. Na Lei 10.259/01, que trata dos Juizados Especiais Federais, há, inclusive, previsão expressa quanto à possibilidade de transação pelo Poder Público no artigo 10. Há ainda a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, marco normativo que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos.

2.2.2. Características

Válido também trazer-se à baila algumas das características mais relevantes do sistema de conciliação e mediação.

66. Nesse sentido é o artigo 3o, §§2o e 3o do CPC, que afirma que o Estado deve promover a solução consensual dos conflitos.

A primeira delas é a confidencialidade, já que esses procedimentos são, em regra, secretos. São ainda marcados pela informalidade e oralidade, não havendo formalismo. As partes podem debater acerca dos problemas, visando a encontrar a melhor solução. Há ainda a flexibilidade, já que as opções de solução não se encontram predispostas em lei, podendo ser criadas em audiência⁶⁷. As audiências também são marcadas pela economia processual, com custos reduzidos em relação ao processo tradicional. Assim, predomina a justiça nas decisões, que não são impostas, mas criadas conforme o objetivo das partes (DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 108).

Essencial para a presente análise é o dever de sigilo que existe para o terceiro facilitador. Os facilitadores devem respeitar as regras e princípios dispostos no Código de Ética da conciliação⁶⁸. O artigo 1º estabelece quais são esses princípios. O primeiro deles é a confidencialidade⁶⁹. A confidencialidade assegura que o que for conversado entre as partes será adstrito ao processo, seja na conciliação ou mediação (BRASIL, 2015, p. 23). Assim, o mediador ou conciliador deverá manter em segredo tudo o que for discutido na audiência⁷⁰. Também existe essa previsão no art. 166 do NCPC que prevê, expressamente, que as informações produzidas no pro-

67. As soluções criadas devem seguir as normas postas no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser ilegais. O mediador ou conciliador devem sempre interferir na audiência para auxiliar nesses casos.

68. Segundo a Resolução, no art. 12, §4o, os mediadores e conciliadores ficarão sujeitos ao Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, normatizado no Anexo II da Resolução 125 do CNJ.

69. Além dele, são instituídos como deveres do conciliador e mediador: decisão informada; competência; imparcialidade; independência e autonomia; respeito à ordem pública e às leis vigentes; empoderamento e validação.

70. Essa confidencialidade ajudará na relação de confiança entre parte e mediador ou conciliador (BRASIL, 2015, p. 207).

cedimento não poderão ser utilizadas para outros fins. Isso é relevante em relação ao tema presente já que, em razão da importância da preservação da privacidade, é essencial que as informações discutidas em audiência não sejam conhecidas por outras pessoas.

2.2.3. Diferenças entre conciliação e mediação

Percebe-se, pois, que a mediação e a conciliação são mecanismos próximos. A própria resolução do CNJ não traz nenhuma diferença no tratamento de ambos. No entanto, é válido fazer algumas distinções.

A mediação⁷¹ pode ser definida como “uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro” (BRASIL, 2015, p. 20). Na mediação, a regra é que haja relação prévia entre as partes envolvidas no conflito, a exemplo das relações de vizinhança e familiares. Em razão disso, a função primordial do mediador não é o acordo em si, que é o objetivo secundário, mas sim reestabelecer a comunicação entre as partes, que têm uma relação duradoura. Uma das características da mediação é a reaproximação das partes (DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 134). O mediador facilita a comunicação entre as partes, mas não induz ao acordo.

Na conciliação⁷², o conciliador tem um papel mais ativo, podendo interferir, fazer sugestões e aconselhar (BRASIL, 2015, p. 132). Além disso, as relações objeto de conciliação são, via de regra, esporádicas, como nas relações de consumo.

71. As características particulares da mediação estão disciplinadas no art. 165, §1º do NCPC.

72. As características específicas da conciliação estão disciplinadas no art. 165, §2º do NCPC.

O conciliador pode intervir nos debates para propor soluções, sendo marcante a sua atuação criativa. O objetivo principal é chegar a um acordo para por fim à discussão (DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 173). Apesar disso, ele não é obrigatório e os conciliadores não podem impor a solução.

Portanto, entende-se que a audiência de conciliação será a mais adequada para a resolução do conflito apresentado, já que, em regra, não haverá relação prévia entre as partes presentes na audiência. Além disso, o conciliador poderá participar de maneira mais ativa, sugerindo soluções que sejam positivas para os envolvidos.

3. A compatibilização de direitos como melhor alternativa

O direito ao esquecimento acaba por trazer enfrentamentos concretos entre direitos fundamentais e expressos na Constituição, como a liberdade de expressão e a privacidade. A questão tratada é quais são os limites de cada direito, ou seja, até que ponto justifica-se a invasão à privacidade do indivíduo com o objetivo de divulgar determinado fato.

A questão é complexa e exige decisão proporcional e cuidadosa por parte dos julgadores. Em se tratando de direitos de mesmo status constitucional, não deve haver um afastamento prévio de nenhum direito. A questão deve ser analisada por meio da ponderação e do princípio da proporcionalidade, avaliando o bem jurídico mais relevante, de acordo com as circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. No entanto, a sugestão posta no presente trabalho permite que os dois direitos permaneçam e sejam compatibilizados. Essa harmonização evitará danos ao indivíduo, além do futuro processo judicial, que venha a buscar eventual valor compensatório.

No caso da proteção do direito ao esquecimento, o que se pretende é que haja uma tutela efetiva, adequada e tem-

pesteiva, quando houver somente a ameaça de lesão. A sociedade atual, como dito, é marcada pela divulgação rápida de informações. Desse modo, a divulgação do dado pretérito do indivíduo torna-se problemática, sendo essencial pensar em medidas preventivas.

Nesse sentido, a audiência de conciliação ocorreria para que o titular dos dados exponha sua insatisfação com a divulgação daquelas informações. O meio de comunicação, por sua vez, teria a oportunidade de expor o motivo da divulgação. Conversando sobre os interesses das partes, é possível que se chegue a um acordo sobre a divulgação de determinadas informações e exclusão de outras. Pode-se pensar, como exemplo, na exclusão do nome ou da imagem. Ou ainda na realização de entrevistas com câmera sem enfoque e com modificação de voz⁷³. Assim, as duas partes poderiam ganhar. O indivíduo poderia não ter seus dados divulgados, e o meio de comunicação poderia realizar entrevista exclusiva com a pessoa envolvida no caso.

O momento processual no qual acontecerá a audiência de conciliação poderá variar⁷⁴. No entanto, defende-se que,

73. Nesse sentido são algumas previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por exemplo. O artigo 100, §único, V prevê a necessidade de preservar a intimidade, imagem e vida privada na aplicação das medidas às crianças e adolescentes. O artigo 143 é bastante enfático nesse ponto, tanto no *caput* quanto no §único. Trata esse artigo que a criança ou adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional deve ter sua identidade inteiramente preservada quando da divulgação de notícias a respeito do fato. Veda-se também a “fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome”. Por isso é comum que nessas reportagens haja divulgação apenas de informações que não identifiquem o acusado. Há ainda o artigo 247, que prevê como infração administrativa a divulgação, sem autorização, pelos meios de comunicação, de nome da criança a quem for atribuído ato infracional.

74. Inclusive, segundo o artigo 139, inciso V do Novo CPC, o juiz deve promover a autocomposição a qualquer tempo. Mesmo depois de instalada

quanto mais cedo a audiência ocorrer, maiores serão as chances de sucesso. Ainda evitaria transtornos significativos e irreversíveis, que podem acontecer com a divulgação de um determinado dado, sendo possível ainda que o autor solicite que, enquanto a audiência não ocorra, não seja divulgado o fato.

Por óbvio, existem procedimentos processuais de urgência, que visam justamente a evitar que o processo se torne inútil ao discutir direito já perdido. Não é também o caso de pensar que o autor perderá o seu direito fundamental de ação, que se manterá, até mesmo se houver necessidade de demanda ressarcitória posterior. No entanto, defende-se a conciliação como melhor mecanismo para solucionar grande parte dos casos do direito ao esquecimento, que tratem de divulgação de fatos pretéritos pelos meios de comunicação. Nesse sentido, a questão temporal é importante, mas não a única para justificar a utilização da conciliação.

É interessante utilizar a conciliação porque, nesse procedimento, é mais comum que o litígio termine de forma satisfatória para todas as partes. Isso porque nos métodos alternativos de solução de conflitos não há o risco de um juiz indiferente, e as partes construirão a resposta mais adequada, com a ajuda de um terceiro imparcial, o conciliador.

A confidencialidade do conciliador, já tratada, também é questão essencial. Com o dever de sigilo, a privacidade do indivíduo se manterá, já que a informação não será conhecida por outras pessoas, permanecendo confidencial. Os dados mais privados podem ser somente discutidos em audiência, sem constar em ata ou no processo.

Além disso, o terceiro existente na relação, seja mediador ou conciliador, pode ajudar na realização de um acordo antes que o processo se inicie, ou evitando que ele se perpe-

a audiência de instrução e julgamento, o juiz tentará conciliar as partes, segundo o artigo 359.

tue. A atuação do conciliador, com experiência na solução de conflitos, fará com que a possibilidade de acordo aumente consideravelmente, se comparado ao contato direto entre as partes, que pode ser marcado pela animosidade.

Mais que isso, a audiência de conciliação tende a diminuir a discrepância de poderes existentes entre as partes. No caso aqui tratado, uma das partes, o indivíduo, muito provavelmente seria hipossuficiente na relação com o meio de comunicação. Na audiência, todas as partes tem a oportunidade de se manifestar de forma livre, informal, o que tende a melhorar o equilíbrio existente entre as partes (DE MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 135).

Além disso, a distância física que pode existir entre as partes não se torna um fator impeditivo para a realização da audiência, que pode ocorrer online, por meio de videoconferência⁷⁵. De qualquer modo, se realizado o acordo, ele será reduzido a termo e homologado por sentença⁷⁶.

A audiência de conciliação, utilizada previamente, antes que o dano ocorra, é medida pacificadora que deve ser pensada como alternativa. A reunião das partes antes que haja qualquer animosidade entre as mesmas ajudará que se chegue a decisão mais justa. Tal medida evitaria o desgaste das partes e do próprio sistema Judiciário.-

Deve-se salientar ainda que o Enunciado 576 do Conselho da Justiça Federal é nesse sentido, estabelecendo que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória”. Ainda mais interessante é a justificativa trazida, que sobre a ineficiência dos meios compensatórios, afirma que

[...] a compensação financeira apenas ameniza o abalo moral, e o direito de resposta pro-

75. Essa possibilidade é trazida, inclusive, pelo art. 334, §7o do CPC.

76. Nesse sentido dispõe o artigo 334, §11 do CPC.

porcional ao agravo sofrido também é incapaz de restaurar o bem jurídico violado, visto ser impossível restituir o status quo. Como afirma Marinoni, é dever do juiz encontrar, dentro de uma moldura, a técnica processual idônea à proteção do direito material, de modo a assegurar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88). Disso se conclui que **não se pode sonegar a tutela judicial inibitória para resguardar direitos dessa natureza**, pois nenhuma outra é capaz de assegurá-los de maneira tão eficiente (BRASIL, 2017, grifos nossos).

Ademais, a audiência, como já dito, buscará compatibilizar os interesses das duas partes, em uma lógica em que as duas partes saem vencedoras, o que será positivo para ambas. Ao autor, indivíduo que não quer ter fatos pretéritos divulgados, será positivo manter sua identidade preservada. O meio de comunicação, por sua vez, não sofrerá uma medida mais extrema, que seria de proibição de divulgação do fato, nem terá que arcar com os custos de um futuro processo ou possível indenização. Enfim, em caso de acordo, a decisão construída pelas partes será mais efetiva, já que será o resultado de um processo cooperativo entre as partes.

3.1. Possibilidade de compatibilização: O caso chacina da Candelária

A compatibilização sugerida pode ser visualizada através da análise de um caso concreto, conhecido popularmente como “Chacina da Candelária”. Foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2013, e é um dos casos paradigmáticos brasileiros em relação ao direito ao esquecimento. É

um exemplo claro no qual, se houvesse uma audiência prévia de conciliação, poderia ter sido obtido acordo. O caso se inicia em 1993, quando Jurandir foi indiciado como coautor/partícipe dos homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993 próximos da Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro. Posteriormente, quando foi à Júri, foi absolvido por negativa de autoria por unanimidade.

Anos depois, em junho de 2006, um programa de televisão, Linha Direta-Justiça, da Rede Globo, decidiu fazer episódio dedicado a Chacina da Candelária, rememorando o terrível crime ocorrido mais de uma década antes. Jurandir foi procurado para conceder uma entrevista, mas recusou e, na oportunidade, manifestou sua contrariedade à exibição de sua imagem em rede nacional. Apesar disso, o programa foi ao ar, apontando imagem e nome de Jurandir.

Descontente com a exibição de seu nome e imagem, Jurandir ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. Entendeu o autor que, no caso, a situação já havia sido superada pelo público, em razão do decorrer dos anos. A exibição do programa teria causado grandes transtornos ao autor que, com sua imagem divulgada, teria tido inúmeros prejuízos. Seu direito à paz, anonimato e privacidade teriam sido violados. A sua família também teria sido colocada em risco.

Na audiência de conciliação seriam discutidos os interesses das partes. O autor não desejava que a reportagem não fosse divulgada, mas somente que seus dados mais privados, como nome e imagem, não estivessem presentes na rememoração. A Rede Globo, por sua vez, poderia exibir o programa televisivo sem esses dados, sem prejudicar a veracidade e completude da notícia.

Assim, poderia haver, no caso concreto, a compatibilização de interesses, com a aplicação da preservação da intimi-

dade do autor, bem como do direito à liberdade informativa da rede televisiva⁷⁷. Ainda na ementa percebe-se que seria possível a compatibilização de interesses, conforme se depreende do trecho:

[...] o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito (BRASIL, 2013, p. 5).

Na parte final do voto, Salomão diz que mantêm o acórdão hostilizado optando, assim, pela aplicação do direito ao esquecimento no caso. Salienta a desnecessidade da exposição de imagem e nome do autor (BRASIL, 2013, p. 47).

A linha de argumentação nesse caso é a de que o crime é histórico, tem interesse público e pode ser redivulgado, até mesmo para propiciar discussões criminológicas e sociais. No entanto, o mesmo entendimento não se aplica aos acusados do caso, que devem ter seu direito ao esquecimento preservado.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça traz a opção pela compatibilização de dois direitos de extrema relevância na ordem jurídica nacional: a liberdade de informação e a preservação da privacidade do indivíduo. Desse modo se conciliaria também a velocidade típica da tecnologia com os interesses das pessoas (DONEDA, 2006, p. 40).

77. Ainda nesse sentido é o julgamento dos embargos infringentes, colacionados ao acórdão: “A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de pseudônimo (...) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.” (BRASIL, 2013, pg. 9).

Conclusão

O direito ao esquecimento pode ser considerado como direito de personalidade, que, como desenvolvimento da noção de privacidade, visa a proteção da pessoa humana na sociedade da informação. Assim, objetiva coibir que haja a divulgação de atos pretéritos do indivíduo pela mídia, já que isso se concretizaria como uma forma de punição eterna, vedada pelo nosso ordenamento.

Quando o indivíduo acredita que a divulgação de seus dados antigos violou seus direitos e sua dignidade da pessoa humana, ele pode procurar o Judiciário visando que a violação cesse. No entanto, em um contexto de extrema rapidez e facilidade na divulgação das informações, após a divulgação seus direitos da personalidade, incluindo privacidade e imagem, já foram violados de forma definitiva, restando apenas a via compensatória, através da indenização pecuniária.

É razoável que o sistema jurídico preze por soluções que preservem a integridade do indivíduo de maneira mais ampla. Uma das opções seria a solução consensual de conflitos, como a audiência de conciliação. A audiência conciliatória deve acontecer o mais cedo possível. Assim que o titular dos dados tomar conhecimento que eles serão utilizados, a audiência deve ocorrer, até mesmo antes da instauração formal de um processo judicial.

A conciliação é uma medida adequada nesse caso por várias razões. Inicialmente, pela questão temporal, de extrema importância quando o assunto é divulgação de reportagens na grande mídia. O sigilo por parte dos conciliadores também é importante, já que permitiria que o dado do indivíduo permanecesse o mais secreto possível, já que ele não poderá ser divulgado. Além disso, e essencialmente, será possível

uma solução criativa por parte dos envolvidos, que não necessariamente esteja disposta em lei. Como no exemplo já tratado da Chacina da Candelária, elas poderiam optar pela divulgação do acontecimento, sem o nome e a imagem do acusado posteriormente inocentado.

A ocorrência dessa audiência, com a possibilidade de acordo, poderia ser extremamente positiva para ambas as partes que evitariam, inclusive, o desgaste de um processo judicial. Além disso, a compatibilização de direitos preservaria dois direitos fundamentais no nosso ordenamento atual, quais sejam, a privacidade e a liberdade de informação.

Referências

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 5 ed. Brasília: CNJ, 2015.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 531, VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>

Acesso em: 05/10/2017.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 576, VII Jornada de Direito Civil*. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>

Acesso em: 05/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28/05/2013. Publicado no DJe em 10/09/2013. Disponível em <http://>

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013>. Acesso em 23/08/2017.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DE MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Ata notarial: Meio de prova no direito brasileiro

Alexandre Magno Borges Pereira Santos

Introdução

A origem histórica da função notarial se perde nas brumas do tempo.

Pondera Loureiro (2014) que a atividade dos tabeliães esteve (e está) presente nas mais diversas sociedades humanas, das mais primitivas às mais sofisticadas e que sobreviveu a ascensão e a ruína de poderosas instituições – desde o Império Romano até as revoluções burguesas que marcaram a passagem para a modernidade.

Nesse contexto, a atividade notarial, por essência, sempre foi documentar e registrar determinadas declarações, atos, fatos ou negócios jurídicos aos quais as partes envolvidas ou interessadas pretendessem ou devessem atribuir fé pública.

O presente trabalho apresenta a ata notarial como um dos instrumentos mais intimamente ligados a esta função e discute vários aspectos conceituais e práticos a seu respeito. O objetivo

fundamental da pesquisa é fornecer subsídios sólidos para sua utilização segura e eficaz pelos operadores do direito.

1. Conceito e fundamento legal.

Para apresentar adequadamente um tema, o primeiro passo parece ser fornecer um conceito a seu respeito – ainda que o respectivo enunciado não seja capaz de abarcar o instituto jurídico em sua inteireza.

Nesse sentido, pode-se lançar mão de um sem-número de autores que expõem seu pensamento, cada qual colocando em evidência um aspecto que reputam mais importante. Dentre os principais, destacam-se:

“Ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência, ou o seu estado” (FERREIRA e RODRIGUES, 2010, p. 15).

“Ata notarial é uma das espécies do gênero instrumento público notarial, por cujo meio o tabelião de notas acolhe e relata, na forma legal adequada, fato ou fatos jurídicos que vê e ouve com seus próprios sentidos, quer sejam fatos naturais, quer sejam fatos humanos, esses últimos desde que não constituam negócio jurídico” (SILVA, 2010, p. 33).

“Ata notarial é o documento notarial que se destina à constatação de fatos ou a percepção que dos mesmos tenha o notário sempre que por sua índole não possam ser qualificados de contratos, assim como seus juízos e qualificações. Em outras palavras, é o instrumento

público que tem por finalidade conferir fé pública a fatos constados pelo notário, por meio de qualquer de seus sentidos, destinando-se a produção de prova pré-constituída” (LOUREIRO, 2014, p. 814).

Ao analisar os trechos supracitados, destacam-se quatro importantes elementos: a intervenção do tabelião de notas (ou de seu preposto) na colheita direta das informações; a presunção de veracidade dos fatos descritos, em virtude da fé pública inerente a atividade notarial; a finalidade eminentemente probatória da ata notarial e a sua distinção em relação a escritura pública.

A respeito do primeiro elemento, sublinha-se que a ata notarial tem ligação íntima com uma das principais funções notariais, qual seja, a de autenticar fatos, conforme consta do no artigo 6º., inciso I da Lei 8.935/94. No seu artigo 7º., inciso III, a mesma norma jurídica atribui aos tabeliães, com exclusividade, a atribuição para lavrar atas notariais. Por este motivo, não tem natureza de ata notarial outros documentos públicos produzidos por autoridades administrativas ou judiciais, tais como boletins de ocorrência e certidões.

Como consequência lógico-jurídica desta intervenção obrigatória, os fatos descritos na ata notarial gozam de presunção relativa de veracidade. De fato, os documentos públicos (assim entendidos aqueles produzidos por pessoa investida de função pública), fazem prova de sua formação e dos fatos que o agente declarar que ocorreram em sua presença. Este é o comando que decorre diretamente do Código Civil (artigo 215) e do Código de Processo Civil (artigo 405).

Fornecendo o fundamento jurídico para a natureza eminentemente probatória da ata notarial, o artigo 374 do Código de Processo Civil dispensa a produção de prova sobre os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência

ou de veracidade. Esta vocação foi realçada pelo Código, ao reservar uma seção do Capítulo XII (“Das Provas”) exclusivamente dedicada a ata notarial. Define o caput do artigo 384 que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”. Detalhando o instituto, de forma a lhe dar a mobilidade própria da sociedade da informação contemporânea, o parágrafo único do mesmo artigo permite que constem da ata notarial quaisquer dados “representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos”. No mesmo sentido, ao fazer inserir na Lei 6.015/73 a possibilidade de reconhecimento extrajudicial de usucapião, o Código de Processo Civil exigiu, como o primeiro dos documentos a instruir o referido pedido, a ata notarial atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores.

Por fim, convém extremar a ata notarial da escritura pública. Inicialmente, deve-se lembrar de que o artigo 7º da Lei 8.935/94 declara que são dois institutos jurídicos autônomos, embora semelhantes. Os dois documentos são produzidos pelo tabelião de notas, que os inscreverá regularmente em seus livros. Assim, ambos são documentos notariais protocolizados.

Para bem se compreender a diferença entre os dois institutos, devem-se lembrar dos conceitos básicos de fato, de ato e de negócio jurídico.

Conforme Tartuce (2016, p. 220–225), fatos jurídicos são quaisquer ocorrências que interessem ao Direito, que façam desencadear efeitos jurídicos. Nessa acepção, são chamados de fatos jurídicos *lato sensu*.

Prosseguindo, estes fatos podem ser naturais (como o decurso do tempo ou uma tempestade) ou humanos. Na primeira hipótese, denominam-se fatos jurídicos *strictu sensu* e na segunda, fatos jurídicos *genus*.

Os fatos jurídicos podem ser lícitos, situação em que se denominam atos jurídicos *lato sensu*, ou ilícitos.

Os atos jurídicos *lato sensu* se dividem em negócios jurídicos e atos jurídicos *strictu sensu*. Os negócios jurídicos são aqueles “em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica” (TARTUCE, 2016, p. 221). Assim, as partes estabelecem por si mesmas normas que regulamentam seus próprios interesses.

Nos atos jurídicos *stricto sensu*, o titular (ou os titulares) de um determinado direito realiza(m) a sua vontade na forma prevista pela norma jurídica, sem que possa(m) estabelecer os efeitos jurídicos de seu(s) ato(s). Ou seja, os efeitos da manifestação de vontade já estão previamente estabelecidos pela lei.

Com esta orientação em mente, lembre-se que a ata notarial se apresenta como uma narração pormenorizada de fatos que tenham ocorrido na presença do tabelião e que não possam ser qualificados como negócios jurídicos. Assim, o objeto da ata notarial é o fato (jurídico *lato sensu*) natural ou humano, desde que não negocial. Ressalte-se que até mesmo atos ilícitos podem ser descritos em ata notarial.

De outro lado, a escritura pública é, por definição legal (artigos 215 e 108 do Código Civil), o documento utilizado para a criação, para a modificação ou para a extinção de negócios jurídicos.

Desta forma, revela-se que a natureza jurídica da escritura pública é constitutiva obrigacional e a data ata notarial é autenticatória. No mesmo sentido, o artigo 226 do Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado do Piauí (PIAUI, 2013), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, declara que será caracterizada como ata notarial “a declaração da parte, sob responsabilidade civil e penal, de fato ou circunstância sobre suas relações pessoais ou patrimoniais, desde que ausente conteúdo volitivo negocial”.

As próximas linhas serão dedicadas a análise mais aprofundada destes aspectos e de outros que se afiguram igualmente relevantes.

2. Limites

Nesse ponto, cumpre analisar alguns limites a atuação do tabelião quando instado a fazer uma ata notarial.

A primeira das limitações se apresenta no aspecto da competência territorial do tabelião de notas. Embora o artigo 8º da Lei 8.935/94 estabeleça que as partes podem livremente escolher o tabelião, o artigo 9º da mesma Lei veda que este profissional do direito realize atos fora do município para o qual recebeu a sua delegação. Assim, a competência não se fixa pelo domicílio das partes. Contudo, caso se trate de uma ata notarial que exija que o tabelião se desloque da sua serventia, devem-se respeitar os referidos limites geográficos.

Ferreira e Rodrigues (2010) defendem uma importante exceção a esta regra. Caso se trate, cumulativamente, de ação contínua e que envolva mais de um município, será competente para o ato qualquer tabelião com competência para um dos municípios envolvidos.

Outra questão importante se refere ao respeito ao horário de funcionamento da serventia. Pelas circunstâncias que envolvem os atos a serem constatados, determinadas atas não poderão ser elaboradas dentro dos horários normais de atendimento ao público. Nestas hipóteses, os fatos deverão ser captados no momento em que acontecerem (por exemplo, em reunião de condomínio realizada em fim de semana). Admitte-se, inclusive, que se realizem gravações audiovisuais ou que se tomem apontamentos, para posterior lavratura da ata.

As Leis 6.015/43 e 8.935/94 não tratam especificamente dos livros obrigatórios nos tabelionatos de notas. Con-

tudo, pela própria natureza probatória das atas notariais, é obrigatória a sua protocolização – vale dizer, elas devem ser inscritas em livros regulares da serventia notarial. Aos códigos de normas de serviço das Corregedorias de Justiça dos Estados cabe regular em que livro devem ser inscritas. Em Minas Gerais e em São Paulo, por exemplo, elas integram o Livro de Notas das serventias (MINAS GERAIS, 2013; SÃO PAULO, 1989).

Prosseguindo, deve-se lembrar que o tabelião não pode lavrar atos de seu interesse, de seu cônjuge e de parentes ou afins, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, conforme artigo 27 da Lei 8.935/94.

Entende-se que o profissional pode se recusar a lavrar a ata notarial se fatos ofenderem suas convicções pessoais (tais como fatos libidinosos) ou que, pelas condições necessárias para sua constatação, demandem esforço físico excessivo ou coloquem risco sua vida, saúde ou integridade física.

No mesmo sentido, o interesse visado pelo requerente da ata notarial deve ser lícito. Note-se que os fatos a serem constatados podem ser ilícitos, mas o objetivo do requerente, a finalidade da prova deve ser lícita. Assim, pode-se lavrar ata notarial, por exemplo, para constatar que há pessoas vendendo drogas em uma praça pública; mas não para chantagear alguém (obter enriquecimento ilícito).

O tabelião de notas também não pode admitir requerimentos que desbordem de suas atribuições funcionais, invadindo a competência de outras serventias. Assim, não se admite ata notarial de notificação ou de declaração de que determinada obrigação pecuniária não foi paga.

Caso a matéria dependa de conhecimentos técnicos especiais, que escapem a formação do notário, deverá constar da ata a declaração fiel de terceiro conhecedor da área.

Deve-se ressaltar que o tabelião deverá respeitar a intimidade e a privacidade de solicitantes e terceiros, abstendo-se de entrar em lugares privados sem a devida autorização.

Loureiro (2014, p. 820) entende que, sempre que a ata tiver por objeto declarações, comportamentos ou condutas de terceiros, deverá o notário alertá-los sobre a existência da ata, da sua finalidade e dos seus efeitos jurídicos. O fundamento desta exigência é, no seu entender, “a dignidade da pessoa humana e seus corolários como o direito à liberdade informada de manifestação (que inclui o direito ao silêncio) e à intimidade e privacidade”.

Como devido respeito, não parece que a razão acompanha este autor. Isto porque é perfeitamente lícito ao interessado produzir prova para defender direito próprio, eventualmente ofendido por terceiro. Assim, alertar aos terceiros da presença do tabelião e da finalidade da ata pode vir a frustrar o objetivo da diligência. Como exemplo, imagine-se a situação de que as assembleias de um determinado condomínio sejam, historicamente, situações em que duas pessoas se ofendam mutuamente. Ou ainda, que o motivo das discussões seja o descumprimento do dever do síndico de mandar lavrar atas de assembleia da forma como realmente ocorressem. Ao alertar o terceiro de sua presença, o tabelião acabará por coibir o referido comportamento, frustrando o objetivo da diligência.

Loureiro (2014, p. 820) também entende que não é possível a lavratura de ata notarial com a formulação de perguntas pelo notário, pois isso se afiguraria interrogatório substitutivo do ato judicial respectivo. Defende o autor que o tabelião estaria desbordando de sua competência material.

Contudo, mais uma vez, não parece ser esta a orientação mais acertada. A parte interessada pode requerer ao tabelião que interrogue uma determinada testemunha, inclusive indicando as perguntas que pretende que sejam respondidas. Po-

derá o tabelião até mesmo instruir a ata com a gravação audiovisual do referido ato, para melhor documentação dos detalhes que não podem ser reduzidos a termo – tais como o tom de voz da testemunha, o ritmo ou a segurança como responde as perguntas, sua linguagem corporal, dentre outros. Também é possível que a parte interessada convide seu adversário para participar do referido ato. Obviamente, a fé pública do tabelião incidirá apenas sobre as declarações que lhe foram dadas e não sobre o conteúdo destas declarações. Além disso, nada impede que pessoa interessada requeira a oitiva da mesma testemunha em juízo. Portanto, trata-se de ato perfeitamente albergado pela competência material do tabelião e não há nenhuma possibilidade de substituição do ato judicial respectivo.

Linhas adiante, o mesmo autor (LOUREIRO, 2014, p. 823) reconhece que é possível a lavratura de ata notarial para a oitiva de testemunha e que poderá o juízo intimá-la a prestar depoimento. Acrescenta que, se por ocasião da audiência, a testemunha já tiver falecido ou estiver em local incerto e não sabido, o juiz “não poderá simplesmente desconsiderar a ata notarial (consistiria ofensa ao art. 19, II, da CF), mas deverá considerá-la juntamente com o conjunto probatório”. A referência ao dispositivo constitucional se refere a proibição de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios recusem fé a documentos públicos. Assim, mais uma vez se destaca a função eminentemente probatória da ata notarial.

Por fim, o tabelião deve se portar de modo a dignificar a função exercida, conforme estabelece a Lei 8.935, artigo 30, V. Assim, não se deve envolver em litígios ou em discussões, nem revidar ofensas.

3. Espécies

Os autores consultados na revisão bibliográfica indicam várias espécies diferentes de atas notariais. Por vezes, oferecem

classificações distintas e, em alguns pontos, contraditórias. A este respeito, deve-se ponderar que não há classificações certas ou erradas. Há, isso sim, as mais e as menos úteis. Este trabalho exporá as que parecem ter maior significado prático.

Inicialmente, aponta-se a existência das chamadas atas de notoriedade. São produzidas quando o tabelião é solicitado para verificar fato notório, como alguém ser conhecido por determinado apelido ou estar em estado nítido de alienação mental. O tabelião constata por meio de verificação de documentos oficiais ou de testemunhas a capacidade civil ou outras situações a pedido do requerente.

Há também as atas de declaração, em que se narra a declaração da pessoa, inclusive testemunhas. A declaração pode ser da pessoa envolvida no ato, de terceiro ou de perito.

Nas atas de constatação em diligências externas, verifica-se a existência e as circunstâncias de um fato constatado fora da serventia, em diligência. Como exemplos, costuma-se citar a verificação de estado de um bem, o acompanhamento de uma reunião de condomínio ou de uma conversa telefônica em viva voz, quando requerido por uma parte.

A ata de inspeção constata o estado de um determinado bem móvel ou imóvel.

Com a ata de autenticação eletrônica comprovam-se situações ou declarações ocorridas em meios eletrônicos. Também é aplicada para se verificar o conteúdo de página virtual (*internet*) e para se verificar o conteúdo de mensagem eletrônica. O notário deverá agir com prudência e negar-se a lavrar a ata quando faltar interesse legítimo do solicitante. Como exemplo, advirta-se que o tabelião deverá se assegurar de que o solicitante é o titular do telefone móvel ou da conta de *e-mail* a que foi destinada a mensagem eletrônica.

Loureiro (2014, p. 818) entende que o tabelião deverá se abster de praticar o ato se as mensagens “resultarem em

ameaças, injúrias ou calúnias, uma vez que a função notarial (...) exige sempre imparcialidade”. Com o devido respeito, não parece ser esta a orientação mais acertada: o notário poderá lavrar a ata notarial nessas hipóteses, desde que se atenha a descrição objetiva do teor das mensagens.

Já nas atas com gravação de diálogo telefônico, constata-se e se transcreve um diálogo telefônico. O tabelião deve-se ater ao conteúdo da conversa e registrar que ela foi travada com alguém que estava de posse do número de telefone de destino. Como o notário não tem contato físico com o interlocutor que está a distância, não poderá identificá-lo na ata notarial. Nesse ponto, Loureiro (2014, p. 817) assim se manifesta:

“Em se tratando de conversa telefônica, a nosso ver, não é possível a lavratura de ata notarial para comprovar o teor dos diálogos, ainda que não haja quebra do sigilo telefônico, uma vez que não é possível ao notário comprovar a identidade da pessoa que conversa com o requerente. Por outro lado, é possível o recurso à ata notarial para comprovar ligações para um determinado número de telefone: a quantidade de sinais antes de ser atendido ou o número de tentativas frustradas por estar a linha ‘ocupada’; o fato de ser atendido por secretária eletrônica, o tempo de espera na linha, etc. em tais hipótese não há ilicitude, porque não se trata de violação de comunicação ou conversa eletrônica”.

Noticiando um caso prático relevante, Rodrigues (2005) informa que tramitava no exterior uma demanda entre uma pessoa domiciliada no Brasil e outra nos Estados Unidos da América do Norte. Nesse caso, a Corte de Miami determinou que a parte aqui residente telefonasse para a corte, em

companhia de um tabelião e de uma tradutora pública, para que se procedesse a sua oitiva. O tabelião após sua fé pública sobre o reconhecimento da identidade da parte, de sua capacidade e sobre o conteúdo dos diálogos, que, assim, foram aceitos pelo tribunal norte-americano.

Outro documento muito utilizado na prática é a ata de comparecimento ou de ausência de outrem. Pode ser lavrada quando o interessado requer ao tabelião que elabore ata comprovando a ausência ou presença de um indivíduo. Recomenda-se que a parte notifique a pessoa (via cartório de registro de títulos e documentos) para comparecer ao tabelionato em determinada data e horário. Caso o notificado não compareça, este fato será certificado em ata. Um exemplo prático desta hipótese é a notificação de promitente vendedor para que outorgue a escritura pública de compra e venda definitiva.

Do mesmo modo, pode ser feita ata de presença de indivíduo. Como exemplo, pode-se citar a hipótese de que determinado indivíduo se ausenta do trabalho sob a alegação de estar doente e é visto jogando baralho com amigos.

Por fim, a doutrina indica a classificação das atas notariais em materiais e formais. Estas são exigidas pela lei para que determinados atos sejam juridicamente válidos. Como exemplo, citam-se a aprovação de testamento cerrado e o instrumento de lavratura do protesto.

Já as atas materiais não são expressamente requeridas por lei, mas, por iniciativa do interessado, são lavradas para que se documentem fatos jurídicos – situações do cotidiano que desencadeiem efeitos jurídicos.

4. Procedimento

Inicialmente, deve-se lembrar que o princípio da instância (rogação) preside a atuação notarial e registral. Assim,

como regra geral, o tabelião somente pode lavrar atas notariais se for requerido pela parte interessada. Há exceções, nas hipóteses expressamente previstas pela legislação federal e pelos regulamentos das corregedorias de justiça, como nas retificações de erros materiais em escrituras públicas. Assim, ressalta-se a íntima ligação entre o referido princípio e a imparcialidade da atuação do tabelião de notas.

Por dever de ofício, o notário oferecerá orientação legal imparcial as partes, seja ao solicitante, seja a terceiro. Não fará juízo de valor sobre os fatos constatados, exceto quando este juízo seja da natureza própria do ato (como na verificação da identidade das partes e de suas capacidades), devendo ser preciso e objetivo em seu relato.

Quando isso se afigurar necessário e desde que não prejudique a imparcialidade da descrição, poderão ser fornecidos quesitos pelo solicitante. Esta circunstância é particularmente relevante nas atas de oitiva de testemunhas, conforme tratado linhas acima.

Poderão requerer a lavratura da ata notarial as pessoas físicas ou jurídicas (devidamente representadas), capazes, diretamente ou por procuradores. Quanto aos incapazes e aos relativamente capazes, não há dúvidas de que poderão requerer o ato quando regularmente representados ou assistidos.

Contudo, a doutrina se divide quanto a possibilidade dos incapazes e dos relativamente capazes requererem a lavratura de ata notarial independentemente de representação ou de assistência.

Loureiro (2014, p. 818) entende que a ata pode ser requerida por pessoa incapaz, “desde que tenha aptidão natural para entender e querer”. Contudo, o autor defende, com razão, que somente as pessoas capazes podem solicitar a lavratura de atas notariais que tenham por objeto o exercício de um direito ou uma declaração.

Por outro lado, Ferreira e Rodrigues (2010) entendem que somente pessoas capazes ou relativamente capazes,

desde que regularmente assistidas, podem requerer a lavratura de ata notarial.

Deve-se lembrar que, nesta situação, estão em confronto duas tutelas jurídicas: a conferida pela incapacidade jurídica e necessidade de se produzir a prova sobre o fato que tende a desaparecer.

Pondera-se, ainda, que podem advir consequências financeiras da elaboração de ata a incapaz não representado. Isto porque incidem emolumentos e taxas em função da prestação do serviço notarial. Como a cobrança destes tributos é de responsabilidade do tabelião, ele poderá ser responsabilizado pelo seu não-recolhimento.

Analisados todos estes argumentos, entende-se que melhor razão está com os que defendem a possibilidade de incapazes e de relativamente capazes requererem a lavratura de ata notarial independentemente de representação ou de assistência.

Prosseguindo, destaque-se que ampla maioria da doutrina e dos Códigos de Normas das Corregedorias de Justiça estaduais entendem que podem ser objeto da ata notarial tanto os atos lícitos quanto os ilícitos (BRANDELLI, 2004; CENEVIVA, 2010; LOUREIRO, 2014; RODRIGUES, 2014; MINAS GERAIS, 2013; SÃO PAULO, 1989).

Importante exceção deve ser feita quanto ao Código de Normas do Estado do Piauí, que foi elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Determina o artigo 222, parágrafo único que “o tabelião não poderá lavrar atas notariais nas quais presencie fatos ou atos ilícitos, cuja apuração judicial se dê por meio de ação penal pública incondicionada” (PIAUI, 2013). No mesmo sentido, Ferreira e Rodrigues (2010) entendem que a constatação de ilícitos penais são de competência exclusiva da polícia judiciária.

Apesar do registro destes valiosos entendimentos em sentido contrário, a melhor solução a ser dada pelo tabelião é ad-

mitir o registro dos atos ilícitos conforme sua percepção, mas sem interferir na perpetuação ou na propagação da ilicitude.

Em acréscimo, ressalte-se que todos os fatos devem descritos conforme a percepção de quaisquer dos sentidos do tabelião – visão, audição, tato, olfato, ou, até mesmo, paladar.

Ferreira e Rodrigues (2010) advertem que para a verificação de fatos na *internet*, deverá o tabelião ou seu preposto acessar o computador da própria serventia. Isto porque, atualmente, existem vários programas que dão as páginas armazenadas (*offline*) a aparência de estarem efetivamente publicadas na *internet*. Assim, o notário poderia ser induzido a erro pelo solicitante.

Doravante serão abordados os aspectos ligados a estrutura formal da ata notarial.

A este respeito, a primeira advertência é de que a sua redação deverá ser feita no idioma nacional. Afigura-se possível colher declarações de testemunhas em idioma estrangeiro, desde que o tabelião seja assistido por intérprete juramentado – que deverá ser regularmente qualificado na ata notarial.

Conforme se mencionou anteriormente, deverá o tabelião consignar que foi formulado o requerimento para a realização do ato e qualificar adequadamente o solicitante.

Caso se trate de ato para o qual a lei exija capacidade civil, conforme tratado linhas acima, deverá registrar que esta foi por ele verificada.

Deverão ser identificados claramente o local e o tempo do requerimento formulado, dos fatos constatados e da redação da ata.

Ao narrar os fatos, deverá o tabelião descrevê-los conforme puderem ser aferidos pelo homem comum.

Como a ata se destina a fiel descrição dos fatos, poderá conter caracteres especiais, imagens, sons e caracteres especiais, ainda que em idioma estrangeiro.

Se estiverem presentes e sempre que isso for possível, os terceiros deverão ser identificados, reconhecidos e qualifica-

dos pelo tabelião, esclarecendo-se o motivo de sua presença. Caso ocorram, deverão ser consignados os protestos ou as manifestações de terceiros.

O tabelião jamais deverá violar a lei, a moral e os bons costumes no exercício de seu ofício. Se outros o fizerem, deverá o fato ser registrado em ata.

É possível que sejam produzidas duas atas diferentes sobre um mesmo fato, sejam elas para o mesmo solicitante ou não. Obviamente, deverão ser descritos os fatos conforme efetivamente ocorreram e a redação das atas não poderá ser tendenciosa para qualquer dos envolvidos.

No exercício de seu ofício, o notário deve atuar na condição de assessor jurídico das partes, devendo lhes orientar conforme as normas jurídicas vigentes e se pautar pela prudência e pelo acautelamento.

Os fatos poderão ser constatados por prepostos do tabelião. Da mesma forma, a ata também poderá ser por eles lavrada. Também é possível que mais de uma pessoa constate os fatos ou redija o documento.

A redação do texto deverá ser precisa, objetiva, imparcial, logicamente encadeada e orientada para a finalidade a que se destina.

Deverá a ata ser lida ao interessado e, eventualmente, aos terceiros que a ela comparecerem. É obrigatória a assinatura do tabelião.

É exigível a assinatura da parte interessada nas atas que tem por objeto uma declaração ou o exercício de um direito. Nas demais, a assinatura do solicitante é recomendável, mas não obrigatória.

Considerações finais

A estrutura do Poder Judiciário brasileiro ainda é lenta e pouco eficiente e a tônica das recentes reformas processuais

é a tentativa de desafogar seus escaninhos de todas as ações em que não exista lide. Nesse sentido é que já foram implementados os procedimentos extrajudiciais de retificação de registro, de divórcio, de separação, de inventário e, mais recentemente, de usucapião.

Ao consagrar a ata notarial em local de destaque no capítulo que trata das provas, o novo Código de Processo Civil reforça esta tendência e ressalta a sua potencialidade benéfica.

Diante de todas as informações colacionadas neste trabalho, conclui-se que a ata notarial pode se apresentar como um importante meio de prova para subsidiar a defesa de direitos. Ela é lavrada por tabelião de notas, profissional do direito imparcial e investido de função pública. Por estes motivos é dotada de fé pública e de grande força probatória. Suas características a tornam adequada para documentar fatos lícitos e ilícitos que possam desencadear efeitos jurídicos. Sua aplicação é particularmente eficaz para determinados fatos fugazes, orais (como assembleias de sociedades ou de condomínios), que exijam a sua captação durante um tempo prolongado ou que aconteçam em meios digitais.

Os aspectos tratados neste artigo demonstram que o rigor na colheita dos dados e na sua transcrição é essencial para que a ata notarial possa atender adequadamente a esses objetivos.

Referências bibliográficas

BLOCH, Francisco dos Santos Dias. Ata notarial como meio de prova judiciária. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 4076, 29 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31377>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). **Ata notarial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Planalto**. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Planalto**. Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. **Planalto**. Brasília, DF, 31 dez. 1973.

_____. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Planalto**. Brasília, DF, 21 nov. 1994.

CARVALHO, Afranio de. **Registro de imóveis**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial: doutrina, prática e meio de prova**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIUZA, César. **Direito civil**. 6º. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 6.ed. São Paulo: Método. 2014.

MINAS GERAIS (Estado). Provimento nº 260, de 29 de outubro de 2013. Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. **Consolidação das Normas dos Serviços Notariais e de Registro**. Belo Horizonte, MG, 30 out. 2013.

PIAUÍ (Estado). Provimento nº 9, de 17 de abril de 2013. **Código de Normas e Procedimentos dos**

Serviços Notariais e de Registro do Estado do Piauí. Teresina, PI, 17 abr. 2013.

RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata notarial pode servir como meio de prova. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-ago-25/ata_notarial_servir_meio_prova>. Acesso em: 01 jul. 2016.

RODRIGUES, Marcelo. **Tratado de registros públicos e direito notarial.** São Paulo: Atlas, 2014.

SÃO PAULO (Estado). Provimento nº 58, de 28 de novembro de 1989. **Normas de Serviço:** Cartórios Extrajudiciais. São Paulo, SP, 28 nov. 1989.

SILVA, João Teodoro da. Ata Notarial Sua utilidade no cenário atual Distinção das Escrituras Declaratórias. In: SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de (coord.). **Direito Notarial e Registral.** São Paulo: Quinta Editorial, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 6º. ed. São Paulo: Método. 2016.

A conciliação na justiça federal: Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público

Geovana Faza da Silveira Fernandes e Bruna Moura da Silva Guércio

Introdução

Com o advento da Lei nº 13.140/15 e, principalmente, do novo Código de Processo Civil, inicia-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a disseminação pungente de uma nova prática para a solução de controvérsias judiciais, baseada em negociações por parte dos conflitantes para a obtenção de um acordo. Não obstante, tal prática, especialmente na Justiça Federal, ainda encontra bastante resistência tanto de magistrados quanto de representantes judiciais dos entes públicos, em virtude da existência de uma máxima no direito administrativo: o chamado princípio da indisponibilidade do interesse público.

Diante desse quadro, propõe-se, primeiramente, delinear os fundamentos básicos da conciliação e as hipóteses de competência da Justiça Federal. Após, pretende-se desconstruir

a própria ideia de indisponibilidade, não somente sob uma perspectiva de alteridade, cotejando-a com outras diretrizes principiológicas que regem o atuar administrativo, mas também questionando-a por seus próprios pressupostos, a fim de dismantelar o mito inexorável de que os interesses do Estado não são passíveis de autocomposição. Assim, por conclusão, o estudo pretende reafirmar o papel relevante da conciliação como uma das formas adequadas de pacificação de conflitos, salvaguardando seu espaço no ordenamento jurídico independentemente dos atores e interesses envolvidos na disputa.

1. Conciliação: Conceito e natureza jurídica

Inicialmente, é importante que se diferencie a conciliação dos demais meios de solução de controvérsias, a fim de destacá-la e elucidar suas características mais essenciais.

Cabe ressaltar, a princípio, que a conciliação não se situa alheia à ideia de jurisdição, muito embora possa plenamente se desenvolver longe dela. Há muito a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional passou a ter nova roupagem, refletindo os novos escopos que gravitam em torno da jurisdição, no cenário paradigmático do Estado democrático de direito. Desse modo, a jurisdição deixa de ser vista somente como a resolução do litígio pelo Estado-juíz, permitindo que abrace outros métodos judiciais e até extrajudiciais de tratamento dos conflitos⁷⁸. O enfoque que se dá atualmente aos meios consensuais é de instrumento auxiliar da jurisdição estatal no atingimento de seu objetivo secular, qual seja,

78. A exemplo dos instrumentos previstos na Lei nº13.140/15, que permite que câmaras privadas realizem as sessões de mediação, assim como as serventias cartorárias (PINHO, 2017). Podemos citar, ainda, as iniciativas comunitárias, como os círculos restaurativos que ocorrem em determinadas comunidades e escolas, a mediação escolar, dentre outros.

prestar serviços aos jurisdicionados para a pacificação de seus conflitos⁷⁹. Isso, de forma alguma, significa negação da tutela jurisdicional, mas sim a eleição do melhor mecanismo para a solução de um conflito cujos interesses envolvidos estejam à disposição das partes.

Obviamente, a conciliação se distingue da tutela jurisdicional típica, classificada como um processo adjudicatório, no qual um terceiro estranho às partes analisa o caso e indica uma solução com força normativa. A arbitragem, centrada na figura do árbitro, isento e conhecedor da matéria discutida, igualmente se amolda a essa definição.

A conciliação, assim como a mediação e a negociação, constitui forma consensual de solução de controvérsias. Nesses casos, são utilizados meios ordenados para gerar condições objetivas e predispor as partes para a realização de um acordo. O terceiro, se porventura existente, tem o dever de apenas ajudar as partes a alcançar um consenso sobre o problema, sem adentrar propriamente no mérito do litígio (TAKAHASHI, 2016, p. 35).

A negociação, via de regra, não abarca a figura do terceiro facilitador, diferentemente da conciliação e da mediação, que dele se utilizam. E é com a mediação que a conciliação possui mais pontos de semelhança. No entanto, ainda assim, é possível frisar suas peculiaridades a fim de que se possa distingui-las.

Basicamente, a maior diferença entre elas é o maior ou menor grau de intervenção do terceiro facilitador. No Brasil, é comum que se conceitue o conciliador como o terceiro que apresenta sugestões para a solução do conflito existente, em uma conduta mais pró-ativa, enquanto o mediador se limita

79. Não se descarta, entretanto, que a jurisdição, atualmente, possui escopos também sociais e políticos, ligados ao fortalecimento da democracia, à pacificação social, ao exercício da cidadania.

ao auxílio das partes na busca de uma solução que, ao final, seja formulada por elas próprias. A isso se costuma associar aspectos qualitativos dos litígios, no sentido de que a mediação seria mais pertinente em casos envolvendo relacionamentos de múltiplos vínculos – como uma relação de aluguel ou de guarda de filhos, sendo mais apropriado, por sua vez, o uso da conciliação em lides cujo contato entre as partes seja pontual – danos advindos de um acidente de trânsito, por exemplo (TAKAHASHI, 2016, p. 38).

Não obstante, ainda que em alguns casos se exija uma atuação mais propositiva do terceiro, pode ocorrer de o silêncio ser a melhor opção em conflito, o que não implica a transformação do conciliador em mediador. Não é a efetiva sugestão ou não do terceiro que o classifica como conciliador ou mediador, mas sim a potencialidade de se sugerir, de conduzir a negociação. Portanto, ainda que, em determinado caso, o conciliador não apresente proposta porque a situação assim não comporta, este fato não o torna menos conciliador, uma vez que ele permanece carregando em si a potencialidade de propor sugestões, permitindo-se uma conduta mais interventiva (mesmo que em aspectos menos importantes) e gerando um comportamento diverso das partes.

Feitas essas considerações, cabe agora conceituar o instituto da conciliação. Numa perspectiva mais enxuta, a conciliação é “um procedimento de solução de controvérsias em que um terceiro, de forma imparcial, conduz as partes a um acordo satisfatório” (VOLPI, 2011, p. 142), podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. Num sentido mais amplo, a conciliação pode ser vista como o próprio acordo em si, isto é, o gênero que abarca o resultado do emprego de diferentes mecanismos consensuais, mediante concessões recíprocas, como as transações, ou concessões unilaterais, como o reconhecimento do pedido, a desistência da ação, a

renúncia ao direito em que se funda a ação, a desistência ou a renúncia de recurso (TAKAHASHI, 2016, p. 43).

Cabe ainda reafirmar, enquanto característica definidora, que a conciliação pode se dar fora do âmbito da justiça, diante das chamadas “Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação”. Conforme Manual de Mediação Judicial elaborado pelo CNJ, tais câmaras, quando devidamente cadastradas, podem realizar sessões de conciliação incidentes a processos judiciais ou não, sendo uma faculdade das partes optar por contratar os serviços das câmaras para solucionar controvérsia antes de adentrar na esfera judicial.

Especificamente quanto à autocomposição de conflitos envolvendo um ente público, a Lei nº 13.140/15 expressamente prevê, em seu art. 32 e seguintes, que os entes federados poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. A submissão de conflitos às câmaras será facultativa, sendo cabível nos casos previstos em regulamento. O acordo firmado terá força de título executivo extrajudicial, podendo ser executado, caso não cumprido.

Registra-se que, embora haja uma aparente uniformidade quanto ao conceito de conciliação, sua natureza jurídica, em contrapartida, denota-se um tanto quanto controversa. Elon Kaleb Ribas Volpi se vale da lição de Elaine Nassif para tentar buscar um nicho jurídico para a conciliação. Assim, traça quadro com as seguintes correntes: a jurisdicionalista, que vê a conciliação como instituto processual, privilegiando o princípio inquisitivo e o papel interventor do juiz; a contratualista, que enfoca o poder dispositivo das partes, sendo o acordo homologado um negócio jurídico com força de título executivo em razão de preceito legal e não por causa da coisa julgada, à qual não está adstrito; a da jurisdição voluntária, que admite três subcorrentes, duas das quais equivalentes às

anteriormente apresentadas, e a terceira de caráter autônomo, considerando a conciliação enquanto jurisdição voluntária, sendo um gênero à parte; e, por fim, a híbrida, que seria contratualista quanto ao procedimento e jurisdicionalista quanto aos efeitos (VOLPI, 2011, p. 143).

Em que pese a discussão doutrinária, optamos por nos fiar à corrente híbrida supramencionada. Entendemos que o fato de a conciliação depender apenas da vontade das partes, sem a análise de questões processuais e de mérito ou de produção de provas, afasta o rigor formalista do processo judicial, sendo o procedimento livremente disposto pelas partes para a celebração de um negócio jurídico. Contudo, uma vez homologado pelo juiz, o acordo passa a ter eficácia de título executivo, o que denota que as consequências de um eventual não cumprimento desse acordo vão muito além da mera vontade das partes, sendo concedido ao negócio um *status* de definitividade. Daí, portanto, a natureza híbrida da conciliação.

2. A competência da Justiça Federal

Considerando-se que o presente trabalho objetiva abordar certas peculiaridades da conciliação no âmbito da Justiça Federal, é imprescindível que se delineie, ainda que de forma sucinta, as competências desta justiça especializada.

Pode-se afirmar que a razão de ser para a criação de uma Justiça Federal, ainda no final do século XIX após a ruína do Império e a proclamação da República, estava intimamente ligada à própria forma republicana de Estado e à ideia de Federação. O constituinte de 1988 manteve essa ideia, estabelecendo critérios para sua competência, critérios estes que se norteiam por questões afetas aos interesses da Federação.

O critério básico de delimitação da competência da Justiça Federal é, portanto, em razão da pessoa que litiga, isto

é, a União Federal, entes de sua administração indireta: autarquias, fundações públicas e empresas públicas. Ressalta-se que a intenção do constituinte foi de que a Justiça Federal voltasse sua atenção apenas às entidades cuja manutenção se desse exclusivamente por dinheiro público. Assim, as causas envolvendo as sociedades de economia mista, por admitirem composição mista de capital, acabaram sendo excluídas da competência desta justiça especializada.

Uma vez que sua competência é absoluta e estipulada em razão da pessoa, seu leque de matérias é diverso, sendo cabível à Justiça Federal julgar toda e qualquer matéria de relevância federal e que tenha como autora ou ré uma das entidades acima apontadas. Assim, julgam-se as causas de interesse da União (CF, art. 109, I e IV), as causas fundadas nas relações internacionais (CF, art. 109, I, III, V, V-A e X), as causas relativas à tutela de nacionalidade (CF, art. 109, X) e outras causas de interesse especial da federação (CF, art. 109, IV, VI, VII, IX e XI) (MENDES, 2010, p. 1128), tais quais as de natureza administrativa, tributária, criminal, previdenciária, agrária, ambiental, possessória, dentre outras.

3. Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público: ponderação com outros princípios

Considerando-se que a conciliação no âmbito da Justiça Federal necessariamente pressupõe a existência de um ente público em um dos polos da demanda e, ainda, que as partes somente podem submeter à autocomposição direitos que lhe são disponíveis, é inevitável que surja a discussão sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A relevância de tal princípio no ramo do direito administrativo é tamanha que a doutrina costuma catalogá-lo como

um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da supremacia do interesse público. É dele, inclusive, que derivam todas as restrições especiais impostas à administração.

Pode-se conceituar a indisponibilidade do interesse público como o princípio em razão do qual são vedados ao administrador quaisquer atos que importem em renúncia a direitos do poder público ou que injustificadamente onerem a sociedade (ALEXANDRINO, 2016, p. 211). Isso porque o administrador não titulariza os interesses públicos, sendo apenas seu curador, ao passo que o efetivo titular é o Estado, enquanto representante legítimo do povo. Dessa forma, por não ser o “proprietário” dos bens e interesses da coletividade, não pode o administrador deles dispor livremente, cabendo-lhe apenas geri-los em prol da mesma.

Salienta-se, ainda, que a doutrina costuma estabelecer dois níveis para o interesse público, classificando-o como primário ou secundário. Aquela representa os interesses diretos do povo, que se relacionam com os fins primordiais do Estado, e este diz respeito a interesses transitórios do Estado, de cunho patrimonial, “em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos” (ALEXANDRINO, 2016, p. 212), bem como aos atos de mera gestão administrativa, as chamadas “atividades-meio”. Anota-se que o interesse secundário é instrumento para a consecução dos interesses primários, sendo legítimo quando alcançar o benefício à coletividade almejado.

Ante as considerações feitas, não é difícil concluir que a doutrina é, em sua maioria, resistente à realização de conciliações envolvendo interesses públicos, exatamente em razão da indisponibilidade dos mesmos, sendo o único meio de excepcioná-la a autorização mediante expressa disposição le-

gal⁸⁰. Isso se dá porque o princípio da legalidade se encontra intimamente relacionado ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Uma vez que a administração não é titular da coisa pública, não podendo dela dispor, sua atuação deveria atender apenas ao estabelecido na lei, pois é a lei, manifestação legítima daquele a quem pertence a coisa pública (o povo), o único instrumento hábil a determinar o que seja interesse público (ALEXANDRINO, 2016, p. 212).

Não há dúvidas que a administração pública está adstrita ao princípio da legalidade, e que é essencial que a legislação autorize os entes públicos a realizarem conciliações envolvendo interesses públicos. Contudo, é imprescindível que se vá além da lei, admitindo a conciliação especialmente em casos em que esta se mostra como o instrumento mais propício à consecução desses interesses. Ainda que seja extremamente salutar a edição de leis regulando de forma mais ampla o instituto, até para lhe conferir maior segurança jurídica, não há como negar que, dentro do ordenamento jurídico pátrio, há pleno espaço para a concretização da conciliação (VOLPI, 2011, p. 153).

Nas lições de Emmerson Gazda:

Quanto ao princípio da legalidade é interessante notar a existência no Direito Administrativo atual de uma superação da legalidade estrita, devendo-se interpretar o Direito em sua totalidade sistemática e aberta, de forma que a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualificam como sistematicamente justificável. (GAZDA, 2006, p. 06).

80. E, ainda assim, muitas vezes se admitem somente concessões advindas dos administrados.

De fato, a legalidade estritamente formal não mais se sustenta, devendo ser inserida em contexto mais amplo de justificação. O princípio da legalidade, a bem da verdade, também deve ser interpretado como uma garantia de que o administrado não será submetido aos arbítrios do Estado, tais quais a recusa injustificada de realizar conciliações.

De modo a corroborar isso, propõe-se fazer, neste capítulo, um breve estudo dos demais princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, ponderando-os com o princípio da indisponibilidade do interesse público, aliado à legalidade, a fim de evidenciar as formas de relativizá-lo no tocante à possibilidade de conciliação com a administração pública, sem que se perca de vista o seu propósito, que é essencial ao direito administrativo.

Inicia-se tal análise com o próprio princípio da proporcionalidade, sustentando que o agente público deve se utilizar de seu poder-dever de hierarquizar princípios e regras de maneira razoável nas relações de administração, estimando aquilo que é passível de composição frente a outros interesses.

Em casos, por exemplo, em que a administração insiste em recorrer de decisões judiciais que seguem precedentes já sedimentados pelas Cortes Superiores e sem qualquer elemento novo que possa implicar alteração de entendimento, não se está observando o princípio da proporcionalidade. O interesse em recorrer judicialmente, apenas com o intuito de postergar o trânsito em julgado de uma decisão, *a priori*, contrária a seus interesses, é verdadeira desarrazoabilidade, devendo o agente público, nesses casos, abrir mão dos recursos (interesse secundário de eventualmente “economizar”) e efetivamente cumprir a decisão, pois então privilegiará o interesse público primário e legítimo de atender ao administrado em um direito pacificado.

Este mesmo exemplo pode ser usado em relação ao princípio da eficiência e economicidade, segundo o qual o admi-

nistrador público tem a obrigação de buscar a melhor atuação e, nessa busca, deve ter em conta sempre a solução mais apropriada economicamente ao gerir a coisa pública. Assim, recursos seguidamente interpostos pela administração sem o mínimo potencial de êxito aumentam os custos de sua própria estrutura de defesa e do Judiciário, sendo contraproducente, “mormente se considerada a possibilidade de propor acordo nesses casos ou estabelecer, via Legislativo, solução para todos os casos, nas hipóteses de demandas em massa” (GAZDA, 2006, p. 07).

Obviamente, não se pretende aqui dizer que as decisões dos tribunais superiores são intocáveis e inquestionáveis, porém, é inegável que existem matérias que estão sobejamente pacificadas e a reiteração de recurso não mudará a posição da Corte já consolidada. Ademais, é da essência de nosso sistema de justiça buscar a uniformização de decisões, o que, inclusive, privilegia o princípio da isonomia, uma vez que se oferecerá respostas uniformes para casos semelhantes. E ainda, é possível até mesmo afirmar a existência de um poder-dever do Estado de transigir, no sentido de que a administração pública precisa, de modo exemplar, acatar os pronunciamentos reiterados e irrecorríveis do Poder Judiciário, sob pena de perecer a credibilidade do sistema de freios e contrapesos, retirando-lhe a premissa de respeito mútuo e independência harmônica entre os poderes.

Retomando a ideia de isonomia, e agregando-a ao princípio da impessoalidade, registra-se que é vedado à administração pública agir de modo meramente discricionário, sem observância à igualdade. Assim, para casos de semelhança pujante e constatada a viabilidade de autocomposição (como nos conflitos previdenciários), é irrefutável a necessidade de a administração proceder com conciliações sob os mesmos

parâmetros. Os possíveis impasses que podem ocorrer (limitações orçamentárias, demandas sociais, fatos novos) não podem ser invocados para acobertar determinados privilégios para um ou para outro, salvo se comprovada e motivadamente a administração não puder efetuar outra conciliação nos termos do acordo paradigma (VOLPI, 2011, p. 162).

Por fim, cumpre ressaltar a importância do princípio da legitimidade neste contexto. Tal princípio pressupõe a atuação do agente público voltada à realização material dos fins do Estado. Assim, é importante destacar a atuação de um agente público em específico: o advogado público. Uma vez inserido em um quadro constitucional de essencialidade à justiça, o advogado público passa a ter prerrogativas, atribuições e responsabilidades diferenciadas, estando legitimado a contribuir para que o Poder Judiciário exerça suas funções em consonância com os objetivos do Estado e as previsões constitucionais. Pode-se dizer, então, que o advogado público, em comparação com os demais servidores públicos, possui poderes muito mais amplos para promover a conciliação, verificando a viabilidade de acordos para firmá-los em âmbito administrativo, ou então submetê-los à homologação do Poder Judiciário.

Conclui-se, portanto, que a conciliação e a indisponibilidade do interesse público não são elementos incompatíveis entre si, sendo possível harmonizá-los, a fim de que se promova a efetiva concretização de diversos interesses públicos. Em que pese a necessidade de melhor disciplina legal, há espaço e urgência para a conciliação no nosso ordenamento jurídico, dependendo apenas de uma atitude diferenciada da administração pública (e, principalmente, do advogado público) em considerá-la como o melhor e mais eficiente instrumento para a solução de conflitos em determinados casos, desvencilhando-se do velho apego à legalidade formal.

4. Desconstruindo o mito da indisponibilidade do interesse público: A afirmação da administração consensual

Uma vez relativizado diante de uma ponderação com outros princípios de igual relevância em nosso ordenamento jurídico, opta-se agora por tentar desmistificar o princípio da indisponibilidade do interesse público a partir de suas premissas internas, propondo abordá-lo de forma diferenciada.

Como constatado no capítulo anterior, a indisponibilidade do interesse público há muito é utilizada para se evitar a conciliação quando esta envolve entes públicos e seus interesses, como ocorre com todas as demandas de competência da Justiça Federal. Contudo, cabe apontar que a disponibilidade de um direito nem sempre está relacionada a direitos patrimoniais de caráter privado, sendo possível que alguns interesses públicos sejam disponíveis.

Bruno Takahashi, valendo-se dos estudos de Carlos Alberto de Salles, apresenta duas modalidades básicas de indisponibilidade: a material e a normativa. A primeira indica a proibição de modificar a titularidade originária de um bem jurídico, ou em razão de sua própria natureza (como o meio ambiente, direito coletivo), ou por força de especial proteção jurídica (como os direitos da personalidade). A regra, contudo, é a disponibilidade, isto é, a possibilidade de dispor o bem para que outro o titularize. Já a segunda modalidade alude à qualificação das normas jurídicas, no tocante à distinção entre normas cogentes – de observância obrigatória, ainda que seu titular assim não o queira, e dispositivas – de livre negociação por seu titular (TAKAHASHI, 2016, p. 60-61).

Diante dessa perspectiva, percebe-se que nem todo interesse público é indisponível por si só. Inclusive, a própria

preservação do interesse público pode depender justamente da transferência da titularidade de bens do Estado para terceiros (como no caso da venda de um bem público após a desafetação, cujo intuito é gerar mais receita para investimento em outra área de interesse público). Ademais, a norma jurídica também pode ser dispositiva, permitindo a disponibilidade de bens públicos. Assim, é possível concluir que não existe propriamente um princípio da indisponibilidade do interesse público, mas sim uma vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, ou, na expressão de Carlos Alberto Salles, uma vinculação ao interesse público (TAKAHASHI, 2016, p. 61).

Entende-se, a partir dessa conclusão, que a regra não é a indisponibilidade do interesse público, mas sim a disponibilidade condicionada, sendo possível a disposição se observadas as condicionantes materiais e processuais decorrentes do próprio regime de direito público em que se insere o interesse.

Defende-se que as conciliações no âmbito da Justiça Federal não devem se limitar aos poucos casos previstos em leis ou atos infralegais, devendo ser realizadas sempre que não houver vedação legal (indisponibilidade normativa). Essa é uma ideia que se vale dentro da tendência atual do direito administrativo. Enxerga-se, hodiernamente, uma forma de administrar mais cooperativa, através da qual atores públicos e privados participam e colaboram na formulação e aplicação de políticas públicas. Embora se tenha ciência de que a administração pública sempre utilizou algumas formas consensuais (quando da contratação de bens e serviços com particulares), o ponto de transformação reside em inserir a consensualidade em campos antes ocupados pela imperatividade (TAKAHASHI, 2016, p. 63). É o que se pode chamar de Administração consensual ou paritária.

E é com base nessa administração por acordos que se sustenta a conciliação com o poder público, uma vez que é permitida maior participação do administrado na própria construção da decisão administrativa. A previsão legal, nesse contexto, é um dos meios que legitima a atuação consensual, fazendo com que a disponibilidade condicional seja evidente, pois se pressupõe que o legislador fez uma ponderação em relação ao interesse público envolvido. Porém, considerando que a ponderação pode ser feita pelo administrador diante do caso concreto, não cabe restringir a conciliação à previsão apriorística da lei. A possibilidade de conciliação decorre antes da concretização do interesse público do que de previsão legal.

Quanto à indisponibilidade material, em que pese a concordância geral de que os interesses públicos secundários são passíveis de conciliação, deve-se ressaltar que há situações em que é difícil visualizar uma separação rígida entre interesse público primário e secundário, até porque este é, muitas vezes, instrumento para a promoção daquele. Assim, tutela-se pela averiguação da disponibilidade material (ou não) do bem em cada caso concreto.

Uma vez perquiridas a indisponibilidade normativa e material de um interesse público, e verificadas as suas ausências, deve-se inserir o mesmo na regra da disponibilidade condicionada. Nesse caso, de modo a respeitar a vinculação ao interesse público, afigura-se necessário indagar quais seriam as condicionantes para a disposição desse interesse, tanto diante dos limites do ente público de dispor desse interesse, quanto diante do direito do particular de receber essa disposição. Retoma-se aqui a ideia da ponderação com outros princípios do ordenamento jurídico, de forma que se possa fazer um juízo de valor acerca da pertinência ou não da conciliação para a solução de uma controvérsia envolvendo

interesses públicos disponíveis no âmbito da Justiça Federal. De modo algum, contudo, deve-se descartar a conciliação de plano somente porque a demanda envolve interesse público. A análise de cada caso, ainda que feita abstratamente pela lei, é essencial para afirmar a disponibilidade ou não do interesse.

Conclusão

O estudo aqui realizado consistiu apenas na introdução de um assunto que necessita de uma discussão muito maior, especialmente porque a conciliação se mostra como um meio bastante propício para se firmar um ponto final em conflitos que, na jurisdição típica, iriam se arrastar pelo tempo, trazendo muitas vezes prejuízo não só às partes, como a toda a coletividade, considerando-se o gasto público que se despende com essa prorrogação.

A conclusão a que se chegou é exatamente a possibilidade de se realizar conciliações ainda que com interesses públicos. Demonstrou-se que nem todo interesse público é insuscetível de disposição, como pode parecer sugerir o princípio da indisponibilidade do interesse público, ocorrendo, na verdade, o contrário: a regra é da disponibilidade, contanto que observadas determinadas condicionantes e cotejados os princípios diante do caso concreto.

A conciliação com entidades públicas é, inclusive, um elemento que consagra uma nova abordagem de administração pública, pautada não somente na legalidade formal, mas, principalmente, na participação do povo, legítimo titular do interesse público, na concretização dos fins do Estado. Em uma análise global, pode-se afirmar ainda que se trata de um fortalecimento do próprio regime democrático, privilegiando um atuar colaborativo em detrimento de uma imperatividade unilateral.

Referências bibliográficas

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2016.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 29 set. 2017.
- GAZDA, Emmerson. *Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir*. Disponível em: <<http://www.revista-doutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 29 set. 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PINHO, Humberto Dalla Bernarina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidade uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV Editora, 2017.
- TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: O papel do conciliador em conflitos previdenciários*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- VOLPI, Elon Kaleb Ribas. *Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/012.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

Breve análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Felipe Dutra Asensi e Rafael Pacheco Lanes Ribeiro

1. A origem do poder judiciário

Desde os primórdios, para a organização da sociedade, foram criadas normas voltadas para o controle e pacificação social visando permitir a convivência harmônica entre os membros de determinado grupo.

Em toda e qualquer sociedade organizada, mesmo aquelas mais primitivas, foram criados mecanismos para solucionar conflitos e pacificar interesses, como por exemplo, a auto tutela, a auto composição as ordálias, o uso do Oráculo *benge* pela sociedade Zande localizada no Centro da África (CHASE, 2014, p.46) e outras.

Inicialmente a autoridade para o exercício do Poder Judiciário era atribuída aos anciões e somente mais tarde, passou a ser uma função do monarca que ao mesmo tempo acumulava a competência de criar, interpretar e julgar. Mas com o crescimento e desenvolvimento das sociedades, fez-se ne-

cessário a criação de órgãos responsáveis pelo cumprimento dessas obrigações, órgãos que, com o passar do tempo, tornaram-se maiores, mais complexos, ate chegarem às formas que conhecemos hoje.

O Ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Nunes (NUNES, 1943, p.47-9), esclarece que:

O andar dos tempos, o desenvolvimento das relações jurídicas e a especialização da função tornada cada vez mais técnica, esse corpo de profissionais veio a constituir uma magistratura a que o Rei foi abandonando, pouco a pouco, o exercício da prerrogativa.

Os primeiros registros redigidos com clareza a respeito da divisão tripartite de poder foram feitos por Aristóteles (ARISTÓTELES, 2002, p. 127-43), em seu livro - A Política - no qual discorre sobre a origem do Estado, suas formas de governo e outros assuntos.

No livro III - Dos Governos - capítulo X, trata especificamente dos três poderes existentes em todo governo. O poder deliberativo, o poder executivo e o poder judiciário, em suas palavras:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

Não somente Aristóteles define claramente a separação dos poderes, bem como identifica suas funções, e como se pode observar são bastante semelhantes com o que temos hoje:

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Mas, a consagração do modelo tripartite da separação dos poderes vem em 1748 com Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996, p.20), na obra - O Espírito das Leis - na qual no livro XI (MONTESQUIEU, 1996, p.165) ele passa a analisar as leis que formam a liberdade política e sua relação com a constituição. É, neste ponto, que surge a ideia fundamental para a separação de poderes. Cabe trazer a definição de liberdade que “*só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer*” (MONTESQUIEU, 1996, p.166).

Continuamente, reconhece a dificuldade de se assegurar essa liberdade:

A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas tratando-se de uma experiência eterna que todo homem que possui o poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites (MONTESQUIEU, 1996, p.165).

E conclui que “*para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder*” (MONTESQUIEU, 1996, p.166).

Montesquieu justifica a necessidade de separação de poderes do Estado afim de que se possa assegurar a almejada liberdade política. Para tanto vale a transcrição do trecho:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. 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. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 1996, p.168).

Este pensamento apresentado por Montesquieu foi fundamental para a formação dos Estados modernos aos quais conhecemos hoje, apesar de complicado a determinação do momento histórico do surgimento do Poder Judiciário, pouco tempo após a dispersão das ideias de Montesquieu, o fundamento da separação harmônica dos poderes passou a ser implementado em algumas Constituições, como por exemplo, a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, que prevê em seu Artigo 1º a existência do Poder Legislativo, em seu Artigo 2º o Poder Executivo e no Artigo 3º o Poder Judiciário.

Dois anos mais tarde em 1789 a separação dos poderes também vem expressa na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, onde no artigo 16 diz que *“toda sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de constituição”*.

No Brasil, o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988 é o idealizado por Montesquieu, adotando a divisão tripartite de separação de poderes em seu Artigo 2º, e no artigo 60, §4º, inciso III determina que tal separação de poderes imutável estabelecendo com isso uma Cláusula Pétreia. E vai mais além, no artigo 99, estabelecendo que o Poder Judiciário do Estado Brasileiro goza de independência e autonomia amplas em razão dos demais poderes. A intervenção atípica de um dos poderes perante o outro, é preocupante bem como perigosa, pois poderia gerar um conflito e uma instabilidade institucional que poderia culminar em um estado totalitário ceifando do cidadão a liberdade à fraternidade e a igualdade.

2. Ativismo judicial

O que de fato é Ativismo Judicial?

Afinal tudo tem seus prós e contras e por melhor que uma atitude/decisão possa ser ou parecer, dependendo do posicionamento de quem a impõe pode ter consequências benéficas ou nefastas.

Esta classificação se deu em razão do papel ativo desempenhado por juízes na promoção do bem-estar social, quando por meio de suas sentenças os Juízes atuavam de maneira ativo-criativa, decidindo e até mesmo legislando em vista do bem-estar social.

Nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes (2009, p. A2), o Ativismo Judicial surgiu pela primeira vez em janeiro de 1947, através de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger, e em sua obra destaca que:

Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Cons-

tituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômico.

O Professor Luís Roberto Barroso (2009), apresenta a seguinte definição sobre o que é o Ativismo Judicial:

É uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Com maestria o professor Luís Roberto Barroso (2009, p.7), mediante uma abordagem histórica, demonstra que o ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos da América mediante posicionamento da Suprema Corte em casos de segregação racial, e que posteriormente na década de 50 a suprema corte passou a produzir entendimentos para com direitos fundamentais bem como os direitos privados.

O ativismo judicial seria uma participação/interferência mais intensa e de fato ativa do judiciário em funções atípicas, que naturalmente deveriam ser exercidas pelos outros poderes.

Ainda nas palavras do professor Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que são elas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e os-

tensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Dessa forma, destaca-se que o vocábulo ativismo no âmbito da ciência do Direito é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica, ou seja, afeta de maneira ativa um dos outros poderes, praticando atos que não lhe são originariamente competentes, com a justificativa de promoção do interesse e bem estar social.

Nesse sentido Thamy Pogrebinski (2000, p. 121-143), considera:

Ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas.

O ativismo muitas vezes pode ser tido como benéfico ou maléfico por assim dizer. O ativismo benéfico seria aquele que de fato garante os direitos sociais dos cidadãos, promovendo a justiça social, promovendo a pacificação social, mas cabe ressaltar que esta promoção deve ocorrer com cautela, pois, caso o ativismo seja praticado de maneira irrestrita ou ilimitada ele pode se tornar maléfico, pois a decisão praticada sob o viés ativista produzirá seus efeitos no meio social de

maneira prejudicial, apesar de a justiça social ter sido praticada para aquela pessoa que dela se beneficiou, as consequências para o meio social ao qual esta inserida podem não ser benéficas, causando mais prejuízos para a coletividade do que propriamente benefícios.

Como dito por Montesquieu (1996), e devidamente citado anteriormente: “*Até a virtude precisa de limites*”.

Parcela da doutrina considera que os Tribunais, ao exercerem em sua plenitude o ativismo, estariam adentrando na área específica do poder legislativo, com isso, haveria um comprometimento da teoria basilar dos modernos regimes democráticos de separação, independência e harmonia dos poderes, o que causaria um colapso institucional grave.

3. Juízes legisladores

Com a primazia que lhe é pertinente Mauro Cappelletti (1993, p.13) , define muito bem o ativismo judicial como: “*criatividade da função jurisdicional*”.

Para o desenvolvimento deste tópico, bem como para a devida construção deste estudo, inevitável que bebamos da fonte, a obra – Juízes Legisladores? – CAPPELLETTI (1993) analisa com profundidade as questões do ativismo judicial e de como essa atividade afeta a separação dos poderes, promovendo um engrandecimento de um dos poderes em relação aos outros.

Em sua obra ele procura saber se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito ou se participa de sua criação.

Sejam limites processuais ou substanciais para os juízes, não há oposição entre eles, uma vez que o processo de criação judiciária acontece quando da necessidade de preenchimento das lacunas deixadas pelo processo legislativo. A questão é estabelecer qual o limite e aceitabilidade para a criatividade judiciária.

Segundo WHITE (apud CAPPELLETTI, 1993, p.31), a interpretação judiciária faz parte do contexto do Século XX,

fomentada pelo que ele chama de - revolta contra o formalismo - revolta esta contra o conceito de MONTESQUIEU de - juízes boca da lei - segundo WHITE (apud CAPPELLETTI, 1993, p.31), o papel dos juízes é muito mais amplo do que apenas dizer a lei, o juiz deve dizê-la, mas dizê-la de forma fundamentada em seus valores pessoais, na história, na economia, na ética, na política e ate mesmo na psicologia, ou seja, agir criativamente, agir ativamente.

O ativismo judicial deve ser observado com cautela, pois como suscitado por CAPPELLETTI (1993, p.34), o ativismo judicial exacerbado afrontaria o Poder Legislativo de maneira que poderia caminhar para um estado totalitário, pois o Judiciário mediante o Juiz Legislador seria o criador e o julgador daquela lei, e nas palavras de MOUNTESQUIEU (1996, p.168), em trecho já devidamente citado, mas que cabe novamente sua colocação:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

O que deve ser questionado sobre os Juízes Legisladores é: Sua existência não prejudicaria a ideia fundamental de separação dos poderes, ameaçando com isso a democracia podendo nos conduzir a um Estado totalitário, a uma ditadura pelo Judiciário?

Segundo Lord DIPLOK (apud CAPPELLETTI, 1993, p.74), a resposta é SIM, mas para CAPPELLETE a resposta é NÃO, pois ele afirma que os Juízes são chamados a esclarecer, integrar, transformar e até mesmo criar o Direito, o que para CAPPELLETTI (1993, p.90), não quer dizer que sejam legisladores.

Na visão de CAPPELLETTI (1993) é importante que se faça uma análise em separado do Processo Legislativo e do Processo Judiciário. Para ele são coisas muito diferentes, pois, o segundo é realizado sobre a presença da ampla defesa e do contraditório, já o primeiro não, mas reconhece que os tribunais às vezes operam de maneira legislativa.

O ponto crítico para com a criatividade do Judiciário é a sua falta de legitimidade, os juízes não são representantes do povo, os juízes não foram eleitos democraticamente para o exercício da legislação ao oposto do Executivo e do Legislativo, e por assim serem, os Juízes não tem a obrigatoriedade de prestar contas ao povo.

Segundo CAPPELLETTI, um dos mais críticos para com a criatividade judiciária é Lord DEVLIN (apud CAPPELLETTI, 1993, p.93) que diz:

É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.

Para Robert DAHL (apud CAPPELLETTI, 1993, p.96.) a alegação de falta de representatividade do Judiciário para com o povo pelo fato dos Juízes não serem democraticamente eleitos, não é total. Para tanto ele cita como exemplo a Suprema Corte Norte-Americana, onde os Juízes são indicados politicamente, fazendo uma comparação com o Brasil, os Ministros do STF também são indicados politicamente, então sua falta de representatividade popular não seria plena.

Toda a questão gira em torno de saber qual o limite para a criatividade judiciária, pois a última palavra no processo de criação do direito, em um estado democrático, pertence sempre à maioria, seja ela simples ou qualificada.

A criatividade judiciária implica em balancear interpretação e discricionariedade, assim, na árdua missão de dizer se o juiz deve interpretar ou criar o direito, CAPPELLETTI (1993) diz que o juiz deve acumular as duas até mesmo quando deve aplicar a lei já existente.

4. Ativismo judicial no superior tribunal federal

Governar o povo é administrar os interesses públicos, de acordo com as leis e com a Constituição Federal. No Brasil, País que adota o regime presidencialista, o Presidente da República tem o papel de chefe de Estado e de chefe de Governo, esta é a função constitucionalmente prevista para o Poder Executivo.

O Poder Legislativo Federal é bicameral, ou seja, representado por duas Casas Legislativas: Senado Federal e a Câmara dos Deputados compostas por senadores e deputados respectivamente, eleitos pelo voto popular. Juntas essas casas constituem o Congresso Nacional. Nesse sistema bicameral, uma Casa não predomina sobre a outra. Possuem competências diferenciadas. Cabem a eles legislar representando os interesses do povo que os elegeram.

A função do Poder Judiciário é garantir os direitos individuais, coletivos, sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. Para isso, tem autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição Federal, tais poderes são exercidos em várias instâncias, várias comarcas e por várias pessoas imbuídas do poder jurisdicional que emana do Estado, estes são os Juízes, Desembargadores e Ministros do STJ e STF.

Na teoria assim o é, mas na prática, o que presenciamos hoje é no mínimo preocupante, ao que parece, estamos sujeitos, a não mais um estado de direito, mas sim a um Estado de Juízes. O Supremo Tribunal Federal, cada vez mais se apropria sem a menor lisura, da função legislativa, não somente para com a criação de novas e a alteração de leis infraconstitucionais, mas até mesmo para a alteração de cláusulas Pétreas Constitucionais por uma via transversa, lesando frontalmente os ditames legais e com isso passando de “guardião” a verdadeiro “carrasco” da constituição.

A independência do judiciário é inegável, mas sua independência limita-se à lei, ninguém está acima da lei, muito menos o judiciário o qual possui a função de aplicá-la, interpretá-la, mas não de criá-la.

Ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, cabe e é dever, declarar alguma norma inconstitucional, mas não lhes cabe sua substituição, pois tal substituição ou modificação cabe ao legislativo. Daí a máxima: Poderes Independentes e Harmônicos entre si.

Cada vez mais, sobre a justificativa de relevante interesse público, o judiciário se engrandece, se tornando um verdadeiro leviatã praticando atos contrários ao ordenamento jurídico, ao qual deveriam seguir. Inova na prática de atos processuais entre outras práticas altamente nocivas à democracia, e ao estado democrático de direito, prolatam sentenças, acórdãos e decisões evidentemente conflitantes às normas pátrias sob o viés do Ativismo Judicial, sob a justificativa do relevante interesse social.

Senão vejamos alguns casos recentes em que o Supremo Tribunal Federal, assenhora-se da função legislativa e “ativamente”, promove a “pacificação social”.

Um dos mais recentes e emblemáticos casos de interpretação ativa dos ditames legais foi o que estabeleceu a possibi-

lidade de prisão após decisão condenatória em segunda instância, ou seja, definiu uma nova interpretação para o termo Trânsito em Julgado, termos estes que até aquela data não possuía ampla interpretação.

Tal medida foi vista por alguns doutrinadores e estudiosos do direito como um ato contra a impunidade e outros como uma afronta a princípios básicos e até mesmo a cláusulas pétreas constitucionais.

Advogados e outros membros do poder Judiciário questionam a constitucionalidade do entendimento do STF e apontam uma afronta a uma cláusula Pétrea Constitucional, determinada no artigo 5º, inciso LVII, que diz: “*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”; afirma o texto constitucional que não pode ser alterado pelo Congresso por ser uma cláusula pétrea.

O procurador de Justiça do Ministério Público do Paraná, Rodrigo Chemim Guimarães, entende que o STF “*acertou na tentativa de resolver um problema de impunidade, mas errou na forma*”, pois não seguiu o texto constitucional.

Mas o procurador acredita que o STF tentou resolver um problema que “*premia a impunidade*”.

Em entrevista ao jornal Gazeta do Povo, do Paraná, Guimarães (NEITSH, 2016) afirma que:

O STF procurou resolver um problema sério do sistema penal brasileiro relacionado à infundável possibilidade recursal somada à frouxa mecânica prescricional, que acaba premiando a impunidade, principalmente dos delitos do colarinho branco, que costumam ter penas mínimas muito brandas, afirma Guimarães ao jornal Gazeta do Povo.

O site CONJUR (2016), especializado em Direito, aponta que a prisão em segunda instância é uma “*presunção de*

culpa” que pode levar milhares de pessoas à cadeia, enquanto ainda podem ser absolvidas.

Afirma o site que:

A julgar pela quantidade de pedidos de Habeas Corpus recebidos pelas cortes máximas em Brasília, o número de atingidos é da ordem de 50 mil pessoas por ano, que passariam a ter de aguardar presas as análises dos seus recursos. O número de réus condenados em segundo grau que hoje aguardam em liberdade o julgamento de recursos no Supremo e no Superior Tribunal de Justiça é incerto, mas se todos os impetrantes de Habeas Corpus nessas cortes hoje estivessem nessa situação, os estados teriam de arcar com R\$ 1,1 bilhão a mais, anualmente, com o custeio de presos (CONJUR, 2016).

O problema causado por essa decisão do STF, não é o fato da prisão ocorrer em segunda instância, o que de fato tem que acontecer. O problema foi à maneira com que essa decisão foi tomada, o STF de fato legislou por via transversa, pois, ao se analisar o sentido lato da palavra - Trânsito em Julgado - observa-se que a mesma não possui ampla interpretação ou mesmo pode ser dada interpretação diversa daquela adotada.

Trânsito em julgado significa – exaurimento/esgotamento das vias recursais – sendo assim, com a atual redação dada pela Constituição Federal bem como pelo Código de Processo Penal pátrio, somente é possível a prisão após não existirem mais recursos processuais cabíveis.

Tal previsão legal fomenta de alguma maneira a impunidade, fornecendo ao réu já condenado em duas instâncias a possibilidade de se manter em liberdade enquanto seu recurso é analisado nas instâncias superiores. A intenção do STF

foi digna, mas praticada de maneira transversa, pois a ele não é cabível à alteração ou criação de leis, mas sim a sua aplicação nos termos nelas previstos, somente em caso de lacuna ou omissão pelo legislador deve ser estendido sua interpretação, o que não houve no caso analisado.

No ordenamento jurídico pátrio não existe a figura de presunção de culpabilidade, e com tal decisão tomada pelos “guardiões da constituição”, tal figura foi criada. Ao se pensar na possibilidade de um condenado em duas instâncias ainda poder recorrer em liberdade causa certa descrença, certo asco para com a sensação de impunidade a qual se vive, mas infelizmente, essa é uma das consequências para com a vida em sociedade, entretanto a nossa Constituição assim o determinou e a ela deve-se respeito e zelo.

A solução para coibir a impunidade e obstar a possibilidade de recursos eternos e protelatórios é mudar o ordenamento jurídico Brasileiro, mas mudar pela via correta, ou seja, promover um processo legislativo legítimo praticado por aqueles que foram legitimamente constituídos, e não por aqueles que simplesmente se entendem legítimos para tal.

Outro caso recente que merece ser descrito foi o que definiu a descriminalização do aborto praticado até o terceiro mês de gravidez, nesta decisão o STF entendeu pela supressão do direito fundamental a vida do nascituro, pois como reza o artigo segundo do Código Civil “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.

Se a lei, como diz o Código Civil Brasileiro coloca a salvo os direitos do nascituro desde a sua concepção, bem como o Código Penal Brasileiro em seus artigos 126 a 128 criminalizam como Crimes Contra a Pessoa bem como Crimes contra a Vida, como pode uma Corte Superior entender pela descriminalização de abortos cometidos contra fetos de até 03 (três) meses de vida?

Não somente tal decisão afronta a norma infraconstitucional bem como afronta a Constituição de maneira explícita e desarrazoada, pois em seu Artigo 5, a Constituição ensina que o direito a vida é garantia fundamental e inviolável.

O Estado brasileiro é signatário de inúmeros tratados internacionais, e como tal, estes tratados vigem em nosso País como norma Constitucional.

Por exemplo, no artigo sexto do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 são dito que: “*O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado da vida*”, bem como no artigo quarto da **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José diz que:** “*Direito à vida. 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*” e ainda a **Declaração Universal Dos Direitos Humanos em seu artigo primeiro diz que:** “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”.

O direito a vida não somente é garantido pela Constituição Federal, pelo Código Civil, pelo Código Penal bem como por tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e deve total respeito. Com isso, se analisar o ativismo judicial praticado neste ato de descriminalização do aborto de fetos até o terceiro mês de gestação, o ativismo judicial praticado pelo STF estaria atingindo não somente o ordenamento jurídico brasileiro suas leis e sua constituição bem como estaria afetando a seara internacional promovendo uma interpretação ampla de normas internacionais que nem mesmo foram criadas em território nacional.

Na atual conjuntura sociopolítica vivida no país, o ativismo judicial praticado pelo STF tem viés mais político que

judicial, ao que parece a Corte Suprema de nosso país busca a qualquer custo o apoio popular, prolatando decisões que ao se analisar friamente e superficialmente, são corretas e devidas, mas que após uma análise mais aprofundada e minuciosa, passa a ter uma conotação perigosa e como dito por Lord DEVLIN (apud CAPPELLETTI, 1993, p.93):

É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.

Considerações finais.

O Judiciário é parte fundamental deste sistema, pois sem ele, não haveria um legítimo executor do poder jurisdicional do Estado e os outros dois poderes atuariam de forma livre e desregulada, sem qualquer freio para sopesar suas ações.

O ativismo judicial é fundamental na existência do poder Judiciário, mas deve ser praticado com cautela e zelo, caso contrário, poderá ocorrer um agigantamento de um poder sobre os outros, e como consequência caminhar para um Estado totalitário, um verdadeiro Estado Judiciário e como anteriormente citado o estado controlado pelos Juízes é o mais perigoso de todos. Pois quem os julgaria?

Atualmente se vive um verdadeiro Supremismo, onde o Supremo Tribunal Federal toma as rédeas de toda e qualquer situação e legitima-se como a última alternativa segura e confiável para a dissolução daquela mazela. Facilmente

perceptível tal situação quando nos deparamos a todo o momento com entrevistas dadas pelos senhores Ministros aos meios de comunicação, sobre qualquer tema, qualquer assunto e manifestando suas opiniões pessoais como se fossem a opinião do povo, ou mesmo com os infundáveis “discursos” quando da leitura de seus votos.

O que leva a uma reflexão: Se os julgamentos do Supremo Tribunal Federal não fossem transmitidos em cadeia nacional, os votos assim seriam? Acredita-se que não.

O ativismo judicial como vem sendo praticado pelo STF é por demais perigoso e prejudicial ao Estado de Direito, pois cada vez mais suas decisões implicam em temas controversos e que demandariam um processo legislativo bicameral e não apenas uma sentença/acórdão, dizendo o que deve ou não acontecer.

O ativismo judicial deve ser praticado, mas com cautela, os juízes devem ser ativos e proativos, promovendo a integração da lei com a sociedade e a aplicação da lei ao caso concreto, mas não devem legislar, muito menos em se tratando de cláusulas pétreas constitucionais, o que leva a um entendimento de que abre grave precedente para a mitigação de toda e qualquer matéria.

Com isso, cada vez mais nosso país sofre, não apenas com a crise Política, mas também uma crise institucional, em que um Poder atenta a todo o momento contra o outro, quase gerando um verdadeiro caos. O Executivo contra o Legislativo, o Legislativo contra o Judiciário, o Judiciário contra o Executivo e contra o Legislativo, levando a sociedade a um estado de apatia e descrença nas Instituições legítimas do nosso País.

Referências Bibliográficas:

ARISTÓTELES. **A política. Traduzido por Roberto Leal Ferreira.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 29/11/2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre, Fabris, 1993.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada** / Oscar G. Chase; Tradução Sergio Arenhart, Gustavo Osna. – 1. Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis / Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco**, – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).

NUNES, Carlos. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. São Paulo: Revista Forense, 1943.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*. No. 17 pp.121-143, agosto-dezembro de 2000.

Limites da competência interna no Novo Código de Processo Civil

Ingrid de Figueiredo Lopes e Julia Adeodato Bruno

Introdução

O trabalho ora oposto trata sobre o tema da competência interna no Código de Processo Civil de 2015, de modo que as suas especificações serão analisadas e criticadas em seus principais aspectos.

O sistema jurídico brasileiro vem sofrendo uma grande evolução, de forma que há uma gradativa valorização dos critérios de determinação da competência para que uma demanda possa ser apreciada corretamente.

Esses critérios só existem graças à jurisdição, também denominada de função jurisdicional, que, em síntese, é exercida em vários órgãos do sistema judiciário brasileiro. Para que se tenha uma efetividade no plano processual, é necessário observar os critérios de determinação da competência para que uma ação seja encaminhada ao órgão devidamente competente.

No Brasil, é necessário verificar se o processo está realmente dentro de sua área de atuação. Por conta da grande quantidade de órgãos jurisdicionais existentes, a área de atuação de cada um deles é delimitada por lei.

No momento da instauração do processo, é preciso determinar qual órgão jurisdicional deve ser o responsável para apreciar a causa, uma vez que a competência deve ser fixada no momento da sua instauração. É a chamada regra da perpetuação da competência, expressa no artigo 43 do CPC.

Por fim, como metodologia, será realizada análise doutrinária e jurisprudencial, tecendo sobre os critérios adotados para a determinação da competência processual em uma demanda, desde a sua instauração até a decisão final.

1. Jurisdição e competência

Uma das funções exercidas pelo Estado brasileiro é a de sistematizar todo o seu território com a presença de diversos órgãos. A jurisdição, apesar de ser considerada uma, reparte tais órgãos - Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, Justiça Federal e Justiça Estadual - para fins organizacionais do exercício da atividade (CÂMARA, 2017).

Além disso, é possível considerar a jurisdição como uma função do Estado, pela qual se aplica tanto a lei geral quanto a lei abstrata aos casos concretos, no intuito de solucionar os conflitos de interesse em caráter coativo (GONÇALVEIS, 2016).

Ainda, mesmo sendo um poder-dever do Estado, a prestação da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário depende de provocação de uma das partes, através do exercício de seu direito de ação assegurado no inciso XXXV, do artigo quinto, da CRFB/1988.

De maneira sucinta e didática, o Desembargador Alexandre Câmara interpreta a jurisdição no Código de Processo Civil de 2015:

Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta. Trata-se, como já dito, de uma função estatal, exercida diante de causas, isto é, e casos concretos. O Judiciário não julga teses, julga causas. E o ato jurisdicional que da solução à causa precisa ser construído através do processo, entendido como procedimento em contraditório (CÂMARA, 2017, p. 40).

O processo, instrumento que permite o exercício da democracia, consiste em um conjunto de atos estatais de poder exercidos legitimamente pelo fato de sua construção ser fundada no contraditório. Caso sejam exercidos, fora de um processo, a legitimidade democrática não será reconhecida no Estado Constitucional.

No processo, existe um procedimento em contraditório à construção dos provimentos estatais. Tal procedimento deve observar uma ordem já estabelecida dos atos que os compõem, bem como o preenchimento de alguns requisitos essenciais conhecidos como “pressupostos processuais” (CÂMARA, 2017, p. 34).

Um desses pressupostos é o juízo investido de jurisdição, isto é, o processo deverá ser instaurado corretamente perante um dos órgãos jurisdicionais do Estado, coincidindo com a divisão interna de suas atribuições.

A própria Constituição Federal, junto de leis federais, leis estaduais e constituições de Estados estabelece quais são as atribuições delegadas a cada órgão. Neste sentido, observa-se as palavras do professor Marcos Vinicius Rios Gonçalves:

A Constituição Federal trata do Poder Judiciário nos arts. 92 a 126. Há dispositivos que cuidam dos órgãos que o integram, da forma de composição e investidura em cada um deles, suas competências, garantias e prerrogativas, bem como das restrições impostas aos seus membros. É a Constituição Federal que indica, portanto, quais são os órgãos judiciários, definindo-lhes a competência (GONÇALVES, 2015, p.67).

Os artigos 42 a 66 do Código de Processo Civil, por exemplo, regulam a competência para que cada juízo tenha um limite de atuação, dentre dos quais possa exercer, legitimamente, a sua função jurisdicional. De forma direta, o Desembargador Alexandre Câmara conceitua a competência da seguinte forma:

Competência são os limites dentro dos quais cada juízo pode, legitimamente, exercer a função jurisdicional. É, em outros termos, a legitimidade do órgão jurisdicional para atuar em um processo, devendo ser compreendida como sua específica aptidão para exercer função jurisdicional naquele processo específico que perante ele se tenha instaurado (CÂMARA, 2017, p. 52).

Tal conceito também foi discutido pela doutrina, com diversas manifestações sobre o tema. O jurista português José Gomes Canotilho afirma que “a competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação (poderes) necessários para a sua prossecução” (CANOTILHO, 1993, p. 676).

Estabelecer a competência é definir a área de atuação de cada juízo, através dos critérios determinados por lei. Portanto, a competência deve ser conceituada como o conjunto de limites dentro dos quais cada órgão jurisdicional pode atuar.

Por conta disso, a competência do juízo deverá ser verificada logo na instauração do processo, sendo necessário ter certeza de que aquele juízo possui realmente aptidão para julgar a causa, a fim de que não seja declarada a incompetência.

2. Princípios aplicáveis à competência

O princípio possui uma elevada supremacia por ser considerado como complemento de lacuna e normatização do direito, quando houver a inexistência de norma jurídica aplicável a um caso concreto.

É, também, uma consequência do Estado Democrático de Direito que visa proteger a liberdade e os direitos de cada ser humano, visto que a norma jurídica deverá ser aplicada em observância ética e política ao estabelecido nos princípios.

Interessante ressaltar que não há nenhuma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Inclusive, Miguel Reale já havia definido um conceito há muito tempo, como pode ser visto em seus ensinamentos no ano de 2002:

[...] princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práxis (REALE, 2003, p. 37).

Tais princípios são inseridos no ordenamento jurídico brasileiro através de um processo legislativo ou pelo seu frequente

uso na jurisprudência, em precedentes judiciais e em atos negociais. Nesse sentido, Miguel Reale ressalta sua importância:

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para a proteção dos direitos adquiridos, etc (REALE, 2003, p. 305).

O primeiro princípio a ser mencionado é o Princípio do Juiz Natural, consagrado no inciso LIII, artigo quinto, da CRFB/1988, ao estabelecer que ninguém poderá ser processado nem sentenciado por autoridade que não seja competente.

Além disso, o inciso XXXVIII, também do artigo quinto da CRFB/1988, regulamenta outra regra, na qual consiste em proibir a submissão, de qualquer pessoa, a um juízo ou tribunal de exceção.

Tal princípio busca pregar a igualdade jurisdicional com o intuito de não gerar nenhum privilégio ou prejuízo nos julgamentos das causas, sob pena de tal atitude padecer de vício de inconstitucionalidade por violação do juízo natural.

O Princípio do Juiz Natural não é considerado um atributo do juiz, mas, sim, um pressuposto da própria existência do judiciário no Estado Democrático, visto que as partes do processo possuem o direito de saber, de antemão, quem será a autoridade competente para julgá-lo.

Portanto, o juiz natural é utilizado não só no processo civil, como, também, no processo penal, no sentido de ser um dos pilares do devido processo legal, principalmente para limitar o poder dos órgãos com funções jurisdicionais e administrativas (CASARA; MELCHIOR, 2013).

O segundo princípio que merece ser mencionado é o Princípio da Indisponibilidade da Competência, cujo objetivo é impedir que o processo seja transferido de um órgão para outro diferente do atribuído por lei.

As regras de competência, por serem fixadas por lei formal, só poderão ser alteradas pelo próprio legislador. Inclusive, o desrespeito a indisponibilidade da competência é, também, um desrespeito ao Princípio do Juiz Natural anteriormente citado, pois um compõe o conteúdo do outro (DIDIER JUNIOR, 2010).

Neste sentido, a fim de esclarecer a tamanha importância de tal princípio, o professor José Joaquim Gomes Canotilho assinala:

Um dos mais importantes princípios constitucionais a assinalar nesta matéria, é o princípio da indisponibilidade de competências, ao qual está associado o princípio da tipicidade de competências. Daí que de acordo com este último, as competências dos órgãos constitucionais sejam e, regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição; de acordo com o primeiro, as competências constitucionalmente fixadas não possam ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu (CANOTILHO, 2000, 491).

De fato, tal princípio nasceu no código anterior e permanece sendo utilizado como argumento nas atuais jurisprudências. Assim, deve ser observado o Recurso Especial n. 28.848/SP, de relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 01 de julho de 1993 e publicado em 02 de agosto de 1993, aplicado até hoje:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DE COMPETÊNCIAS E DA TÍPICIDADE DE COMPETÊNCIAS. ALÇADA (LEI N. 6.825/80). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO [...] II - PELO “PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DE COMPETÊNCIAS”, QUE SE ACHA ASSOCIADO AO “PRINCÍPIO DA TÍPICIDADE DE COMPETÊNCIAS”, CONSAGRADOS PELA NOSSA CONSTITUIÇÃO, A COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS CONSTITUCIONAIS, ENTRE ELES OS DOS TRIBUNAIS, NÃO PODE SER AMPLIADA OU TRANSFERIDA [...].

Ou seja, pode-se concluir que a própria Constituição Federal consagra e proíbe a ocorrência de ampliação ou transferência da competência de qualquer um dos órgãos jurisdicionais, independente do motivo.

O terceiro e último princípio a ser analisado é o Princípio da Perpetuação da Jurisdição, também conhecido como perpetuação da competência jurisdicional, cujo objetivo é determinar, conforme o artigo 43 do CPC, que a competência seja fixada no momento do registro ou distribuição da inicial, devendo permanecer a mesma, sem nenhuma modificação, até a prolação da sentença.

De acordo com tal dispositivo, combinado com o artigo 59 do CPC, a existência de fato superveniente, seja de estado de fato ou estado de direito, não é motivo capaz de gerar o deslocamento da competência de um juízo já determinado.

Nesse sentido, aprecia-se o recente entendimento do professor e jurista José Miguel Garcia Medina sobre a *perpetuatio jurisdictionis*:

Semelhantemente, em se tratando de hipótese de competência relativa, decidiu-se que o ‘CPC institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*), evitando-se, assim, a alteração do lugar do processo, toda a vez que houver modificações supervenientes de estado de fato ou de direito (MEDINA, 2015, p. 109).

No entanto, há duas exceções à regra geral da perpetuação que permite a redistribuição da ação, quais sejam, a supressão de órgão judiciário ou a alteração de competência absoluta.

Por esse ângulo, após ser proposta a demanda, somente poderá haver modificação em situações de competência absoluta, desde que não tenha sido proferido nenhum julgamento do caso.

3. Regras de fixação da competência

Tradicionalmente, a doutrina classifica as regras de fixação da competência em duas espécies: absoluta e relativa. A principal diferença consiste no critério absoluto ser utilizado para proteger interesses públicos e o critério relativo ser utilizado em prol dos interesses particulares (CÂMARA, 2017).

Neste sentido, o Desembargador Alexandre Câmara estabelece a diferença entre esses dois critérios da seguinte forma:

Os critérios absolutos, uma vez descumpridos, levam a que se considere o juízo *absolutamente incompetente*, fato que pode ser verificado de ofício e pode ser alegado em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 64, §1º). Já a inobservância dos critérios relativos acarreta a *incompetência relativa*, fenômeno que não pode ser declarado de ofício, dependendo de ale-

gação na primeira oportunidade em que o interessado em seu reconhecimento tenha para manifestar-se nos autos para ser conhecido (art. 65). Não havendo tal alegação, prorroga-se a competência, de modo que o juízo que originariamente era relativamente incompetente *passa a ser competente* para a causa (CÂMARA, 2017, p. 56).

A competência absoluta traduz-se naquela fixada pela legislação, jamais podendo ser modificada ou prorrogada, uma vez que é considerada como inderrogável por ser estabelecida de acordo com o interesse público.

Ainda, pode ser considerada como um vício grave e acarretar na nulidade dos atos decisórios já praticados pelo juiz, ou, até mesmo, em nulidade absoluta do processo que, por sua vez, deve ser declarada de ofício a qualquer tempo.

Por versar, portanto, de um vício que jamais poderá ser corrigível, uma eventual sentença de mérito proferida por juiz incompetente será considerada nula e suscetível de ação rescisória, caso tenha transitado em julgado.

Por outro lado, contrapondo-se totalmente à absoluta, a competência relativa é estabelecida em favor do interesse privado para facilitar a sua defesa no processo, no que tange à fixação do valor da causa e em razão da territorialidade.

Para esclarecer a diferença entre esses dois critérios de fixação de competência, o doutrinador José Frederico Marques adota os ensinamentos de Paula Batista ao considerar:

Absoluta, quando a matéria, de que se trata, entra nas atribuições do juiz; relativa, quando, dentre muitos juízes com iguais atribuições, um deles é competente para conhecer da causa na hipótese dada. A primeira nasce das leis de organização judiciária; a segun-

da pertence ao domínio do processo (MARQUES, 2000, p. 406).

Além disso, a competência poderá ser derogada através de consenso das partes ou por renúncia da parte beneficiada, mediante a não arguição da incompetência do juízo no momento oportuno (GONÇALVES, 2015).

Caso o réu não alegue o vício no momento oportuno, o juiz que era, a princípio, incompetente para o conhecimento da demanda, torna-se competente para o julgamento, fenômeno este denominado de prorrogação (CÂMARA, 2017).

Diferente da incompetência absoluta, a relativa só pode ser requerida pelo réu através de exceção, dentro do prazo da resposta – sob a penalidade de preclusão e demais fenômenos processuais, como a prorrogação –, bem como pelo Ministério Público em benefício de réu incapaz.

Ou seja, como a incompetência relativa não versa sobre matéria de ordem pública, o juiz não poderá conhecê-la de ofício, apenas se for requerida pelo réu, conforme entendimento majoritário da Súmula 33 o STJ, ao estabelecer que “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Portanto, o que diferencia a competência relativa da competência absoluta nada mais é do que a competência de fato, a comarca do juízo, pois tal competência, de acordo com as leis de organização judiciária, sempre será absoluta.

4. Critérios de divisão da competência

O Código de Processo Civil de 2015 adota um sistema tripartidário de determinação da competência, compostos pelos critérios objetivo, funcional e territorial, regulamentados por leis de organização ordinária, tanto federais como estaduais.

Pelo critério objetivo, com base na própria legislação processual brasileira, a fixação da competência deve levar em

consideração o elemento do valor da causa, da matéria discutida e das partes no processo.

No caso do valor da causa, o Estado de São Paulo foi o único a sentir necessidade de regulamentação: foros regionais serão competentes para as causas que não ultrapassem 200 salários mínimos.

Ainda, a União Federal regulou por lei federal as matérias de competência da Justiça Federal e os Estados brasileiros regularam por lei estadual às de competência da Justiça Estadual, no intuito de serem criados juízos especializados em matérias, como, por exemplo, execução fiscal, conflito agrário, família, entre outros.

No âmbito estadual, é de suma importância esclarecer que as matérias que não possuem nenhum juízo especializado serão apreciadas pelas varas cíveis comuns, como, por exemplo, o Rio de Janeiro não possui vara especializada em conflito agrário, então, caso surja algum processo, a competência será da vara cível comum.

Em se tratando da *ratione personae*, do critério objetivo em razão da pessoa, a competência será fixada em virtude da condição ou da qualidade das pessoas do processo, pois não interessa a matéria, importa quem seja a parte.

A doutrina já havia se manifestado sobre esse critério desde o código anterior, como é possível analisar nas sábias palavras de Athos Gusmão Carneiro:

A competência *ratione personae* toma por dado relevante um atributo ou uma característica do litigante. Assim a nacionalidade, os foros de nobreza ou classe, ou a circunstancia de ser litigante pessoa jurídica de direito público ou vinculada ao poder público (CARNEIRO, 2010, p. 109).

Por sua vez, o critério funcional também reúne três fenômenos diferentes: competência funcional no plano horizon-

tal, competência funcional no plano vertical e competência funcional entre processos.

Tais fenômenos estão reunidos em um mesmo critério por possuírem algo em comum, qual seja, a competência determinada pela função a ser exercida pelo órgão, por isso é chamada de funcional.

Esta competência decorre do exercício da jurisdição por um determinado órgão que irá apreciar um caso específico. De acordo com esse entendimento, seguem as sábias palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

Diz que é funcional a competência, quando a lei determina automaticamente, a partir do simples fato de algum órgão jurisdicional ter oficiado, em determinado processo, com atividade que de alguma forma esteja interligada a essa para a qual se procura estabelecer qual juízo será o competente (DINAMARCO, 2001, p. 479).

Em relação à competência funcional de plano horizontal, determinadas atribuições são dadas a mais de um órgão jurisdicional em um mesmo processo, sendo necessariamente de primeiro grau. Ou seja, é quando atuam diferentes juízes, mas pertencentes a graus hierárquicos iguais (CÂMARA, 2017).

Por outro lado, na competência funcional no plano vertical, os juízos não se encontram no mesmo plano hierárquico já que um órgão é superior ao outro. Tal competência ocorre quando os órgãos jurisdicionais atuantes em um mesmo processo pertencem a graus hierárquicos diversos, sendo também conhecida como competência hierárquica ou, até mesmo, de competência recursal (CÂMARA, 2017).

Por fim, a competência funcional entre processos, diferente das outras duas, não ocorre entre órgãos diferentes em

um mesmo processo. Aqui, a competência versa sobre dois processos diferentes com a atuação de um único órgão.

Como, por exemplo, imagina-se o caso de um credor que alega, em um processo de execução por título judicial de nota promissória, conter falsa assinatura. A defesa é pelo oferecimento de embargos que, por sua vez, possuem natureza um de processo autônomo (CÂMARA, 2017)

O juiz competente para apreciar o mérito dos embargos é o mesmo juiz que apreciará o mérito do processo inicial de execução, pois as partes devem esperar que seja solucionada a questão da assinatura falsa para dar continuidade na execução.

No que tange ao critério territorial da competência, o lugar em que a ação será proposta é mais conhecido como foro. O foro é a base territorial da jurisdição exercida, enquanto o juízo representa cada um dos órgãos jurisdicionais.

Tal critério possui a regra geral estabelecida no artigo 46 do Código de Processo Civil, qual seja, a ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu.

Neste sentido, é importante destacar, logo de início, o posicionamento da atual doutrina nas palavras do Desembargador Alexandre Câmara:

O primeiro critério de fixação da competência interna, o territorial, permite determinar o lugar em que o processo deverá instaurar-se e se desenvolver. A regra geral acerca deste critério é a que resulta da interpretação do art. 46, por força do qual demandas fundadas em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis deverão ser propostas, em regra, no foro de domicílio do réu (CÂMARA, 2017, p. 53).

Se a ação tiver sido proposta contra mais de um réu, conforme o parágrafo quarto, do artigo 46 do CPC, o autor po-

derá escolher o foro de qualquer um deles. No entanto, se o réu for considerado incapaz, a competência será do foro do domicílio de seu representante ou assistente, conforme o artigo 50 do CPC.

Ainda, existem os casos em que o réu pode ser pessoa jurídica, na qual a competência é a do local da sede ou, para as sociedades e associações, do local em que as atividades sejam exercidas, com fulcro no artigo 53 do CPC.

Outrossim, para os casos de sucessão e de espólio como demandado, a competência será a do último domicílio o autor da herança, de forma a não importar o local do falecimento, sob o fundamento no artigo 48 do CPC.

O novo código mantém a regra geral estabelecida desde o Código de Processo Civil de 1973, na qual a competência do foro será a do domicílio do réu. A respeito deste entendimento, salienta o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 73) ao comparar os dois regulamentos, concluindo que “o art. 46 mantém a regra fundamental do art. 94 do CPC de 1973, qual seja, a competência do foro do domicílio do réu quando o direito em conflito for obrigacional”.

Ademais, é necessário destacar que, além da regra geral, existe uma regra especial para determinar a competência de foro, ao permitir que a demanda seja proposta em um local diverso ao domicílio do réu.

Nestes casos, para que seja escolhido o correto local a ser instaurada a ação, deverão ser observadas as naturezas da causa, qualidade da parte, situação da coisa, dentre outros elementos expressos na legislação.

Em relação a essa exceção da regra geral, é importante ressaltar as ações fundadas em direito real sobre imóveis, previsto no artigo 47 do CPC. De acordo com o entendimento do Alexandre Câmara sobre as exceções:

A regra geral (do foro do domicílio), porém, comporta exceções. De todas, a mais importante é a que vem do disposto no art. 47, por força do qual “para as ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro de situação da coisa”, isto é, o foro onde esteja situado o imóvel (CÂMARA, 2017, p. 54).

Em situações iguais ou semelhantes a essa, o autor da ação tem o direito de escolher o foro do domicílio do réu ou o foro de eleição, desde que a causa não verse sobre propriedade, vizinhança, servidão, demarcação de terras e nunciação de obra nova (CÂMARA, 2017).

Por fim, apesar da divisão em critérios servir para tornar o processo mais válido e regular, percebe-se que tais elementos não são facilmente identificados e justificáveis sob o ponto de vista jurídico (PERRIN, 2007).

Isto ocorre pelo fato de, ao invés deles existirem para facilitar o direito de ação da sociedade e da adequação com os princípios, a preocupação do Poder Judiciário com o cumprimento correto dessas formalidades vem sendo, infelizmente, mais relevante que a própria solução a causa.

Considerações finais

em sede de conclusão, durante todo a elaboração deste trabalho, buscou-se analisar as modificações normativas trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo Código de Processo Civil de 2015, com o principal objetivo de colocar em relevo as inovações referentes aos critérios de determinação da competência processual.

Deste modo, classifica-se como relevante a temática abordada, porquanto as leis processuais civis foram modificadas através da produção de um novo código, por conta da

constante necessidade de mudança que exsurge do direito enquanto ciências sociais aplicadas.

Quando se analisam questões processuais, percebe-se que a competência está vinculada ao direito público em paralelo ao direito privado, onde o direito processual civil é alocado.

No entanto, é preciso eleger de forma adequada e organizada os seus critérios, visando a simplificação dos procedimentos para garantir uma maior facilidade de acesso à justiça dos procedimentos para ter seu direito de acesso ao CPC e um verdadeiro interesse na solução do litígio. e um verdadeiro interesse na solução do litígio.

Ao considerar a relação processual, qual seja, prestação jurisdicional, partes e juiz, conclui-se que o ordenamento jurídico requer um período de adaptação e aceitação, que ainda está ocorrendo, para o novo instrumento.

Quanto à aparelhagem e aplicação dos critérios pelo poder público, somente após essa adaptação será possível constatar mudanças positivas para se alcançar os fundamentos que justificaram a criação e os novos métodos de determinação da competência no novo código.

Caso esses critérios sejam aplicados de modo correto, tanto no momento de sua instauração quanto para eventuais modificações, poderá desenvolver importante papel na resolução de litígios com maior efetividade processual e celeridade.

Ademais, por todo o exposto, o que se pode verificar é que a dificuldade prática na utilização destes critérios tem tornado o andamento do processo mais lento, violando, por si só, princípios e paradigmas do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 maio 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeda, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. vol. 1, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. In: **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 1, São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVEIS, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, Gisele. **A Competência e o NCPC**. S.l., 2015. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/182398598/a-competencia-e-o-ncpc>> Acesso em: 15 maio 2018.

MARQUES, J. F. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1. ed. rev. atual. Por Ovídio Rocha Barros Sandoval, v. 1. Campinas: Millennium, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.**

PERRIN, Jair José. **Considerações críticas a respeito da divisão de competências entre a Justiça comum e as especializadas.** Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p205.pdf>. Acesso em: 22 maio 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações possessórias

João Paulo Marques dos Santos

Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito - FA-DISP. Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão. Assessor Jurídico do 1º Núcleo Especializado em Atendimento de Interesses Coletivos da Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Contato: joaopaulo.advam@gmail.com

Aspectos preliminares

As demandas possessórias, por si só, são de extrema complexidade dada a sua relação com vários direitos, dentre eles, o direito ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana, à igualdade material e à moradia. Todavia, quanto a este último direito, segundo a doutrina mais autorizada, trata-se de direito de eficácia limitada, o que, em regra, não há obrigação do Poder Público a efetivá-lo sem a existência de prévia lei nesse sentido.

Ante a ausência da efetivação do direito à moradia, por parte do poder público, cada dia é mais comum se deparar com a formação de ocupações irregulares, na sua maioria, composta por pessoas carentes e de baixo poder aquisitivo. Atualmente, o Brasil conta com o deficit de 11,4 milhões de brasileiros que residem em aglomerados subnormais (ocupações irregulares), conforme o Censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2011).

Dado esse estado de irregularidade, é corriqueiro ouvir ou assistir nos noticiários à reportagem relacionada a cumprimento de mandados de reintegração, manutenção, de imissão na posse e outros. Na sua maioria, são ocupações formadas por grupo extenso de pessoas que, ao longo do tempo, acabam por formar comunidades e, eventualmente, bairros. A cada evolução dessas ocupações, a questão torna-se mais complexa, tanto no âmbito processual, quanto na realização de políticas públicas.

No âmbito dos processos de matéria possessória, onde figura grande número de pessoas, uma questão saltam aos olhos, como vincular a decisão proferida em determinada demanda a todos os componentes da ocupação irregular coletiva? O cumprimento da ordem de reintegração/manutenção, em fase de cumprimento de sentença, é estendido a todos os ocupantes da área ou somente aos que participaram do contraditório judicial na fase de conhecimento?

Delimitado o problema a ser investigado, importante delimitar o âmbito da pesquisa, a qual dar-se-á apenas no âmbito das ações de reintegração e de manutenção de posse, excluindo a ação de interdito proibitório, em razão de possuir cunho eminentemente de advertência, não exigindo um atuar mais constrictivo como nas demais.

1. Coisa julgada

A coisa julgada é pressuposto do Estado Democrático de Direito (NERY JÚNIOR, 2013, p. 56), pois sua manifestação retrata a efetivação do direito de ação, inaugurando o devido processo legal e seus consectários. A razão teleológica da coisa julgada é promover a segurança jurídica e a pacificação social dos conflitos por meio do exercício do direito de ação e do acesso à justiça, frente às crises de direito material (SANTOS, 2017, p. 111-126).

A sua manifestação possui repercussões distintas, em especial, quando analisada a partir da divisão dos três poderes do Estado. No âmbito do Poder Judiciário ela transmuta a demanda em decisão imutável e indiscutível (NERY JÚNIOR, 2013, p. 55. BRANDÃO, 2005, p. 24). No Poder legislativo, ela ganha um contorno negativo, impedindo que este edite normas que tenda abolir, mitigar ou reduzir a sua eficácia e o seu respectivo alcance, tendo em vista se tratar de cláusula pétrea (BUENO, 2015, p. 360. WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 22).

Superadas as premissas básicas necessárias, pode ser definida a coisa julgada como sendo “[...] a estabilização da sentença, cuja alterabilidade não seja viável por qualquer forma de impugnação, seja ela recursal, seja ela incidental [...]” (SANTOS, 2017, p. 111-126).

A coisa julgada pode ser classificada em coisa julgada material e em coisa julgada formal.

A primeira diz respeito à impossibilidade de a decisão judicial ser rediscutida em outra demanda, cujas as partes, os objetos e a causa de pedir sejam as mesmas, bem como ser alterada ou modificada, conforme inteligência do art. 502 do CPC. Essa espécie de coisa julgada é verificada quando, da decisão, não caiba mais recurso (art. 6º, §3º, da LINDB), ou não seja passível de remessa necessária (NERY JÚNIOR, 2013, p. 56. MOREIRA, 2011, p. 679).

Já a segunda, está ligada à cognição sumária de onde não proveio decisão de mérito, impedindo a aperfeiçoamento da coisa julgada. Neste caso, seus efeitos serão distintos, pois a imutabilidade é verificada somente no bojo do processo em que foi proferida a decisão, não impedindo a rediscussão ou reapresentação da mesma demanda junto ao Poder Judiciário (NERY JÚNIOR, 2013, p. 66. WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 21).

A segunda classificação é verificada a partir dos efeitos, cuja limitação é verificada de forma objetiva e subjetiva.

Os limites objetivos da coisa julgada confundem-se com os pedidos formulados na petição inicial (NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p. 1.332), uma vez que é vedado ao juiz o julgamento além da *res iudicanda* (THAMAY, 2017, p. 151-196), dada a necessidade de observância do princípio da congruência elencado no art. 492 do CPC. Diz-se que a parte da sentença que fixa os limites objetivos da coisa julgada é a sua parte dispositiva (ASSIS, 1988, p. 36), conforme preceitua o art. 503 do CPC.

Por seu turno, os limites subjetivos dizem respeito às pessoas, pelas quais, estarão vinculadas à decisão de mérito, destacando, que esse efeito decorre da imprescindível oferta ou a sua efetiva participação no contraditório.

2. As ações de reintegração e manutenção de posse

Para facilitação da compreensão, bem como seguindo a sistemática do Código de Processo Civil/2015, as ações de reintegração e manutenção de posse serão analisadas em conjunto, firmando as diferenças no decorrer do texto.

A tutela possessória prestada pelo CPC/15 visa combater os atos ilícitos: (i) do esbulho, o qual se manifesta pela perda

total da posse, sendo passível de reaver o bem por meio da ação de reintegração de posse; e (ii) da turbação, cuja medida judicial adequada será a ação de manutenção de posse (GAMA; CASTRO, 2015, p. 347-375), a qual se dá com a perda parcial da posse.

A grande diferença entre ambas as ações é que na reintegração de posse, o autor visa reaver o bem que lhe fora tomado ou impedido de utilizar (NEVES, 2016, p. 988). Doutra banda, na manutenção de posse visa retomar a parte perdida de sua posse.

Essas ações possuem caráter repressivo, uma vez que o ato atentatório já ocorrera, diferentemente do que ocorre com o interdito proibitório, cuja característica é exclusivamente inibitória.

O procedimento dessas ações está regulamentado a partir do art. 554 e ss., do CPC. Exigindo, para tanto, como condição de procedimentalidade, a apresentação de petição inicial com a observância dos requisitos gerais dos arts. 319 e 320 do CPC, e os requisitos específicos das ações possessórias, descritas no art. 561, do mesmo diploma legal.

Portanto, além dos requisitos gerais, o autor deverá comprovar a existência de posse prévia e anterior ao esbulho ou à turbação; data do acontecimento da turbação ou esbulho; informação se o autor continua na posse e a comprovação da prática do esbulho ou turbação pela pessoa que atribuiu a condição de réu.

O Juízo, ao receber a demanda, verificará se presentes estão os elementos gerais e específicos da petição inicial, podendo deferir, se requerido pelo Autor, a tutela liminar possessória, conforme art. 562 do CPC. Impende salientar que essa tutela possessória somente será deferida se constatado que os atos ilícitos ocorreram a menos de 1 (um) ano e dia, caso con-

trário, caberá ao autor se valer das tutelas de urgência, cujos requisitos estão descritos no art. 294 e 300 do CPC.

Deferida a medida liminar ou a tutela de urgência, será expedido mandado de cumprimento da reintegração ou manutenção de posse, cujo cumprimento deverá ocorrer no prazo de até 1 (um) ano, após a sua expedição, sob pena de perder a sua força cogente (SANTOS; BRASIL, 2018, p. 153-156). Perdida a sua força cogente, será recolhido o mandado, oportunidade em que prosseguirá a demanda com a designação de audiência de mediação, nos termos do art. 565, §1º, do CPC.

Entretanto, verificando o Juízo que a petição inicial não possui os requisitos exigidos pelo art. 561 do CPC, ou que o arcabouço probatório colacionado pelo autor é de origem questionável ou que o polo passivo seja composto por pessoa jurídica de direito público, deverá o juiz acautelar-se quanto ao deferimento da liminar possessória designando, contudo, audiência de justificação prévia, à luz do que afirma o art. 562 do CPC.

Essa audiência tem o objetivo de constatar a veracidade do alegado pelo autor e, oportunizar ao réu para que se manifeste sobre o alegado e as provas colacionadas, podendo, inclusive fazer prova testemunhal.

Confirmando ou não confirmando, o juiz deferirá ou não a medida liminar possessória, ocasião em que, após o cumprimento da ordem, os autos seguirão com os mesmos atos do rito comum.

Por fim, vale ressaltar que nas hipóteses de demanda em que figure expressiva quantidade de legitimados passivos, sendo estes vulneráveis, a intimação da Defensoria Pública para atuar como *Custos Vulnerabilis* é imprescindível (MAIA, 2017, p. 329), não sendo vulneráveis, o Ministério Público será intimado para atuar na defesa desse polo multitudinário, sendo, inclusive dispensável a apresentação de defesa de

forma individual por cada um desses réus (COSTA; FRANCISCO, 2015, p. 299-300).

3. Princípio da fungibilidade

A dinâmica social que envolve os direitos fundamentais de 2ª geração é um fato que deve ser levado em consideração no momento da aplicabilidade do direito, em especial nos casos de ocupação irregulares.

É muito comum que determinado movimento social que tem o objetivo a reivindicação do direito à moradia busque a sua implementação a qualquer custo. Inicialmente, adverte os latifundiários que não estejam atendendo à função social ou não esteja mantendo a terra produtiva, posteriormente passa-se à ocupação parcial até completar o esbulho. Essa evolução que se dá, por vezes, extremamente rápida, não pode prejudicar o autor que, no momento do ajuizamento da tutela possessória, se utiliza de determinada demanda, mas por ocasião do cumprimento da ordem, a realidade seja outra.

Para tanto, o CPC/15 seguindo o CPC/73, manteve a previsão do princípio da fungibilidade, justamente para acompanhar essa evolução e adequar o direito à proteção possessória a fatos supervenientes que são inerentes às ocupações irregulares. Aliás, não poderia ser outra a conclusão, uma vez que em todas as modalidades de ações possessórias têm o objetivo de proteger a posse (NEVES, 2016, p. 936).

Assim, a propositura de determinada ação em detrimento de outra não impedirá o conhecimento da demanda e a consequentemente proteção pelo juízo, desde que presentes os requisitos das demais ações possessórias (NERY, 2014, p. 745. STRECK; NUNES; CUNHA, 2017, p. 798-799).

Importante destacar que esse princípio não tem aplicação apenas no caso de ausência de desvinculação entre o caso

prático e a demanda ajuizada, pelo contrário, ela vai além, aplicando tanto no caso de diminuição ou majoração da área turbada ou esbulhada, quanto no caso do aumento do quantitativo das pessoas que se encontrem no processo de ocupação irregular (NERY JÚNIOR, 2014, p. 714).

Esse pensar é completamente compatível com a efetividade do direito de ação, haja vista a impossibilidade jurídica do controle diário do número de pessoas que ocupam ou deixam de ocupar a área objeto das ações possessórias. Este, inclusive, é a posição do STJ, *in verbis*:

(...) 2. É desnecessário o ajuizamento de nova possessória quando o ato de esbulho ou turbação à posse se estende para área contígua, de titularidade do próprio autor. A possessória permite a ampla e total proteção da posse (situação fática com elevado grau de dinamismo). 3. Agravos regimentais aos quais se nega provimento. (AgRg no REsp 725.829/MT, Rel. Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013)

Sendo este o posicionamento do STJ, não há que se falar em ilegalidade quando houver a determinação do cumprimento das tutelas liminares em detrimento de pessoas que não compuseram os autos no início da demanda, mas que fazem parte dela no momento do cumprimento da ordem. Tal raciocínio pode ser transmutado nas hipóteses de extensão da área de ocupação, tudo com base no princípio da fungibilidade.

4. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações possessórias

É fato que com a evolução do constitucionalismo e com o evento da 2ª Guerra Mundial, as Constituições passaram

adotar ao princípio da dignidade da pessoa humana como base de estruturação do Estado.

No Brasil não foi diferente, a Constituição Federal de 1988 aderiu ao movimento, elegendo o princípio da dignidade da pessoa humana como o fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, além de priorizar os valores da boa-fé, probidade, função social *etc.*, o que proporcionou uma análise jurídica mais democrática (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 23).

O CPC/15 seguindo a mesma linha, fixou no seu art. 1º, a necessidade de observância dos valores e dos direitos fundamentais, por ocasião da aplicação e interpretação do próprio código, ou seja, exigiu uma interpretação constitucional dos seus institutos e procedimentos.

Sendo este o movimento mais adequado para consecução dos valores constitucionais, a coisa julgada também deverá ser analisada a partir desse vetor, a fim de evitar criações incompatíveis com a ordem constitucional e com a própria razão teleológica do instituto (SANTOS, 2017, p. 116).

Portanto, garantir o devido processo legal é garantir a legalidade da coisa julgada, pois esta deriva daquele, nesse sentido é a redação do art. 506 do CPC: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”

Desta redação, algumas interpretações podem ser verificadas, a saber: (i) a coisa julgada vincula somente as partes que se fizeram constar da sentença, ou seja, participaram do devido processo legal; (ii) a coisa julgada não pode prejudicar terceiros que não participaram do contraditório; e (iii) a coisa julgada se forma ainda que não tenha havido a participação, mas que esta tenha sido oportunizada às partes, por exemplo, no caso da revelia.

A coisa julgada não pode ser analisada apenas de forma simplória, deve-se lembrar que as consequências decorren-

tes da sua formação são bastantes ríspidas, já que, torna as demandas indiscutíveis e imutáveis. Nery Júnior (2013, p. 60) chega a afirmar que para a formação de coisa julgada os pressupostos de existência do processo devem estar presentes, ou seja, deve haver jurisdição, petição inicial, capacidade postulatória e citação do réu.

Interessante observar que todos esses pressupostos são manifestações dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, assim é que, estando presentes esses requisitos, a coisa julgada será formada, desde que a decisão preferida seja de mérito, isto é, haja cognição exauriente (WATANABE, 2000, p. 113-114).

Nas ações possessórias a formação da coisa julgada não vai ser distinta, todavia, deve-se acrescentar alguns pontos imprescindíveis para análise: (i) a natureza jurídica das demandas possessórias são de direitos reais (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 327); (ii) o aumento de ocupantes irregulares cresce diariamente, dada a possibilidade de consolidação futura de determinadas comunidades; (iii) a extensão da área ocupada também é decorrência lógica do aumento do número de pessoas, pois faz-se necessário de mais espaço para abrigar a todos.

A natureza jurídica da ação possessória é real (art. 47, §2º, do CPC), o que significa dizer que o interesse na resolução da demanda se dá na proteção de sua posse em determinada área. Logo, o exercício deste direito de ação alcança todas aquelas pessoas que estejam sob a área objeto da tutela possessória.

E não só, constatado o autor que o polo passivo é formado por uma quantidade que não consegue expressar em números, ou seja, impossível a identificação, é imprescindível a intimação da Defensoria Pública, no caso da existência de vulneráveis, ou do Ministério Público, nos demais casos, para que se manifes-

tem na demanda (art. 565, §1º, do CPC), o que não significa dizer que a citação dos ocupantes da área seja prescindível.

A manifestação desses Órgãos Essenciais à Justiça se dá na defesa de suas missões institucionais, a Defensoria Pública enquanto guardião dos vulneráveis, será legitimada como *custos vulnerabilis*, enquanto que o Ministério Público, guardião da legalidade, será legitimado como *custos legis*. Porém, em ambas as situações, a manifestação não será o suficiente para formação da coisa julgada.

Logo, a demanda possessória que seja formada, no seu polo passivo, por uma grande quantidade de pessoas, exige-se, por parte do autor, algumas medidas preventivas para que, ao fim do processo, a decisão proferida seja tanto cumprida, quanto vinculante a todos que estejam sob a área em litígio.

Para tanto, uma das soluções mais eficazes é a citação via edital ou a fixação desta nas principais vias de acesso à área objeto da ocupação irregular. A citação apenas do suposto líder da ocupação não é capaz de suprir a citação dos demais, pessoalmente ou via edital, já que a lei assim não conferiu a ele a legitimação extraordinária para defender os interesses da comunidade em nome próprio.

Tomadas essas medidas assecuratórias da incolumidade da demanda, as exigências mínimas para formação da coisa julgada estarão supridas, o que significa dizer que tanto os ocupantes que se fazem presentes no momento do proferimento da sentença, quanto aqueles que venham a compor a lide somente na fase de cumprimento de sentença, estará abarcados pela coisa julgada formada nos autos.

Considerações finais

A coisa julgada, de fato, é um instituto de extrema importância para o desenvolvimento do Estado Democrático,

dada a sua relação com a segurança jurídica e com a pacificação social dos conflitos.

Todavia, ao analisá-la a partir do ponto de vista da dinâmica das ações possessórias, exige-se uma percepção diferenciada do intérprete, quanto aos seus efeitos com relação às ocupações coletivas irregulares.

É incontestado que exigir do autor a citação de todos os réus em determinada ação possessória coletiva, a fim de oportunizá-los a realização do contraditório e a sua participação nos autos, seria inviabilizar o exercício do próprio direito de ação, dada a impossibilidade material do cumprimento desta exigência.

Aparentemente, a medida de afixação de editais de citação nas proximidades ou na entrada principal dessas comunidades, pode ser vista como uma solução para esta problemática, pois, inevitavelmente, as pessoas tomariam conhecimento da demanda, fazendo com que buscassem as informações necessárias e a constituição de advogados para defesa de seus interesses.

Logo, a formação da coisa julgada material nessas hipóteses não estaria evitada de vícios. Todavia, o que não pode suprir essa medida é a atuação da Defensoria, enquanto defensora dos vulneráveis, e nem a citação da comunidade em nome do líder comunitário, já que não possui legitimidade extraordinária para defender os interesses dela em nome próprio, pois lhe falta previsão legal.

Portanto, ainda que o direito de ação prevaleça nesses casos, as medidas de citação por edital e a afixação deste nas entradas das comunidades não podem ser negligenciadas, sob pena de infringir o princípio do devido processo legal e os limites subjetivos da coisa julgada estarem prejudicados.

Referências bibliográficas

- ABBUD, André A. C. O conceito de terceiro no processo civil. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 99, p. 849-866, 2004.
- ARAGÃO, Egas Dirceu. Observações sobre os limites subjetivos da coisa julgada. *Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 6, p. 779-812, out. 2011.
- ASSIS, Araken. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Revista Ajuris, Porto Alegre*, n. 44, p. 26-44, nov., 1988.
- BRANDÃO, Fabricio dos Reis. *Coisa julgada*. São Paulo: MP Editora, 2005.
- BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista de Processo Comparado, São Paulo*, v. 2, p. 121 -143, Jul - Dez. 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 360.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.^a ed. Atlas: São Paulo, 2016.
- CHIOVENDA, José. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Editoria Reus. Tomo I, 1922, p. 97.
- COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. *Uma hipótese de Defendant Class Action*

no CPC? O papel do Ministério Público na efetivação do contraditório nas demandas possessórias propostas em face de pessoas desconhecidas. In.: GOUDINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da Coisa (Coord.). Ministério Público. Salvador: Juspodivm, 2015.

COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos do direito processual civil. Tradução de Henrique de Carvalho - Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1, 19^a ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MAIA, Maurilio Casas. Defensoria Pública n novo Código de Processo Civil (NCPC): Primeira análise. Revista de Processo, v. 265, 1. 42, p. 301-341, São Paulo, mar., 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. Vol. 3. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 3^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, São Paulo, v. 6, p. 679, out. 2011

NERY JÚNIOR, Nelson. Fungibilidade das possessórias – possibilidade da modificação e especificação da área a ser protegida pela ação possessória. Soluções práticas de direito, vol. 8, p. 745. São Paulo: Revista dos Tribunais, set., 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal: (Processo civil, penal e administrativo). 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado: Artigo por artigo. 9ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, João Paulo Marques. A coisa julgada e a problemática dos limites subjetivos. Revista de Processo, v. 264, p. 111-126. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 798-799.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das coisas. Vol. 4., 9. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THAMAY, Rennan. A coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 269, p. 151-196. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 2^a ed. Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo, (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2^a ed. Campinas: Bookseller, 2000.

O terceiro lado e os aspectos emocionais da negociação

Geraldo Kepler Machado Ladeira Xavier

Introdução

A maioria das pessoas tem uma ideia errada do significado da palavra negociação, pensam que é uma espécie de barganha, e que somente determinadas pessoas podem fazê-la, tais como governantes e executivos, pois envolveria interesses nacionais e grandes somas de dinheiro.

Este ponto de vista não é verdadeiro. Todas as pessoas do mundo, em maior ou menor grau, fazem uso da negociação no dia-a-dia seja com a esposa, filhos ou nas relações de trabalho.

Sendo assim, a negociação faz parte da vida de todos nós. Todas as decisões que são tomadas durante o dia, das menos importantes até as mais importantes, envolvem, em maior ou menor grau, a negociação.

De acordo com Almeida (2010, p.41)

Em nosso cotidiano vivemos imersos em uma rede de múltiplas relações e inserções que ocorrem em contextos

socioculturais diversos e específicos. A negociação consigo mesmo e com o outro é, então, parte integrante da convivência em sociedade.

1. O terceiro lado

No atual mundo globalizado e complexo, as crises e sentimentos se entrelaçam, o que gera ressentimentos e desconfianças que resultam em conflitos. Sendo assim é necessário que se aprenda a conviver com estes conflitos e as diferenças.

O terceiro lado é um modelo de como lidar com conflitos familiares, profissionais, locais ou globais e que requer o envolvimento de todas as pessoas que fazem parte da situação, seja na posição ativa ou passiva. O conflito não deve ser visto como se um dos lados tivesse razão sobre o outro, e sim de uma perspectiva mais global. É como se o terceiro lado circundasse todo o conflito com o objetivo de entender as necessidades de cada lado afim de que seja incentivada a negociação, para que as necessidades básicas de cada lado sejam satisfeitas, ou seja, o terceiro lado “somos todos nós”.

Segundo Almeida (ALMEIDA, 2010, p. 39):

O lugar da adversarialidade implica oposição, ver o outro como um inimigo, um empecilho para o seu desejo, a sua ideia, a sua proposta. É um lugar afastado da curiosidade sobre o outro, afastado da reflexão, da possibilidade de incluir o discurso do outro, seu desejo, sua ação ou sua proposta como alternativas possíveis.

Diante disto, surge uma pergunta: porque as pessoas não tomam esta iniciativa? Porque não agem mesmo quando são afetadas diretamente pela situação? As razões são as mais variadas possíveis, tanto de ordem social, como o medo de algum

tipo de retaliação social, quanto pessoal, como falta de coragem ou o sentimento de que não se pode fazer nada sobre o caso.

O terceiro lado deve envolver e entender o conflito, para ouvir e buscar soluções. É um apoio, um catalizador de pessoas e grupos e que tem interesse em resolver o conflito, formado por tudo e todos que são e serão afetados pelo conflito. É formado pelo esforço de todos para que se chegue a uma solução melhor para todos.

O terceiro lado possui 3 ferramentas para facilitar o sucesso nas negociações que são: a varanda, o ouvir e a reformulação.

Ir para a varanda é um modo de se desenvolver o terceiro lado do agente. Na varanda o agente tem uma visão mais distanciada do conflito. As emoções como a raiva, a frustração e o medo ficam suspensas e o indivíduo consegue ver o conflito e as emoções do ponto de vista da outra parte, do ponto de vista do terceiro lado. É como se o agente fosse para um lugar mais tranquilo, longe do problema e onde ele poderia refletir sem a pressão de ter que tomar decisões.

A ida para a varanda é o momento oportuno para se readquirir o controle emocional e ter a capacidade de negociar reestruturada, é um lugar para pensar, para se autoconhecer, para se ter consciência de suas reações, pois só se pode administrar as emoções quem as conhece e, para isto, é necessário saber quais são as palavras ou situações em que o agente tem maior resposta emocional, como que seu corpo reage frente a determinada situação e o que deve ser feito para se manter a calma nestas situações, para que a decisão a ser tomada não seja contaminada por outros fatores. A varanda é a não reação para se concentrar no que é importante, a não-reação é uma das maiores armas em uma negociação.

Outra técnica que pode ser usada é imaginar uma situação passada em que o indivíduo se sentia confiante, capaz, onde a raiva e o medo pareçam sem importância e transferir este sentimento para a situação atual.

O medo pode ser controlado, também, através de uma boa preparação para a negociação. Pessoas despreparadas não tem objetivos ou estratégias definidas e podem ter que lidar com situações inesperadas devido à falta de preparação, situações que causam um sentimento de paralização frente ao quadro apresentado.

Para que se tenha êxito neste processo é importante o autoconhecimento frente aos conflitos. Para que se consiga um melhor autoconhecimento é necessário saber como o corpo reage a um conflito, conhecer quais são as situações que mais desencadeiam emoções. Antes de tomar decisões, reflita internamente sobre o que foi dito, tenha sempre o objetivo em mente e não permita que a negociação tome outro rumo. Além disto é importante valorizar o discurso e os fatos trazidos pela outra parte, frases como “entendi o que você disse” e “sei como se sente”, ajudam a entender porque uma pessoa toma determinada posição e faz com que a outra parte diminua a sua resistência à negociação, se sinta ouvida e tenha seus sentimentos reconhecidos, o que faz com que ela se aproxime da negociação.

A negociação é baseada na comunicação e, se não se ouve o que está sendo dito, não há possibilidade de negociar. A capacidade de ouvir o outro lado antes de ter qualquer tipo de reação é um ponto importante em qualquer tipo de negociação. Os principais negociadores mais ouvem do que falam e isto tem como objetivo entender como que a outra parte pensa para que possam influenciá-la. Deve ser dada à parte a oportunidade de extravasar e falar tudo o que quiser pois, a partir do momento em que extravasa, a parte pode se sentir aliviada e apta a ouvir sem reagir. Muitas vezes a parte quer extravasar, apenas ter o direito de falar o que quiser, é como se colocasse para fora toda a carga emocional contida em si. A partir deste momento a parte se sente mais aliviada, sem tensões e fica mais apta a negociar.

Já a reformulação nada mais é do que mudar o modo como é vista determinada situação, para que, através desta mudança, ocorra a cooperação. Em cada situação existe um foco que pode ser o gerador de conflitos. Quando se faz a reformulação e o foco é mudado, outras soluções para o caso podem surgir, através de nova percepção dos fatos.

Para Ury, Fisher e Patton (2001) tradicionalmente existem duas formas de negociar, uma em que o negociador, para chegar a um acordo, aceita todos os argumentos da parte contrária, e uma outra em que há uma rigidez na posição das partes, o que torna muito difícil o acordo. Porém, existe uma terceira forma, chamada de método de negociação por princípios, onde a negociação é baseada em ganhos múltiplos, em que o acordo atende à ambas as partes. Este método possui quatro pontos básicos definidos como, (i) a separação do problema das pessoas, (ii) opções de ganhos múltiplos, (iii) foco nos interesses e (iv) obtenção de critérios objetivos.

Em segundo lugar, as posições devem ser deixadas de lado e o foco deve ser voltado para a resolução do conflito, nos interesses.

Em terceiro lugar, devem ser criadas várias possibilidades de resolução de conflito para que exista ganhos mútuos.

Em quarto lugar, o resultado deve ser baseado em um padrão objetivo, uma parte não precisa de ceder à outra e uma solução justa é procurada.

Deste modo cada lado deve entender os interesses do outro e podem criar opções que são vantajosas para ambos os lados. A negociação, enfim, deve ser feita baseada em critérios objetivos, independentes da vontade das partes.

Fisher e Shapiro (2006) consideram cinco preocupações que todo negociador deve ter e que favorecem o processo de negociação. As preocupações são: a valorização do sentimento e pensamento da outra parte, a afiliação que é não tratar o outro como adversário, a autonomia que é o respeito pela

liberdade de decidir assuntos importantes, o status que é o tratamento igualitário e respeitoso entre as partes e que seja reconhecida a posição do negociador e a função que são as atividades que o negociador realiza. Caso estas preocupações não sejam efetivadas, a negociação pode não ocorrer.

Um dos maiores fatores que impedem a negociação é a mentalidade existente de que, para uma parte sair ganhadora, é necessário que a outra parte saia perdedora, o que faz com que as partes se vejam como verdadeiros inimigos em uma guerra. Quanto mais é dada atenção às posições menos atenção é dada à resolução do conflito e a busca em conjunto por soluções não é alcançada, o foco é perdido. Quando se age desta forma as duas partes perdem mais do que ganhariam se tentassem um método mais colaborativo em que as duas partes sairiam vencedoras.

2. Fatores que colocam em risco a negociação

De acordo com Korobkin, (2006) existem quatro fatores que colocam em risco o processo de negociação: a) excesso de otimismo e confiança; b) viés de atribuição de culpa; c) enquadramento de escolhas de risco; d) desvalorização reativa da oferta feita pelo oponente.

O excesso de confiança e otimismo pode ser considerado como um dos principais obstáculos à conciliação e é caracterizado pela certeza da procedência da demanda ajuizada. Neste ponto as pessoas tendem a não aceitarem qualquer proposta feita pela parte contrária que não fique bem próxima do que foi pedido.

A atribuição de culpa é caracterizada pela responsabilização da parte contrária pelo dano ocorrido. Para que se chegue a um acordo é necessário que o foco esteja na resolução do conflito e não no fato que ocorreu ou quem foi responsável pelo ocorrido. O fato das partes darem importância ao pro-

blema e não à solução do problema faz com que a negociação não se desenvolva satisfatoriamente e fique presa no passado.

O enquadramento de escolhas de risco refere-se à resposta frente uma opção mais segura e uma opção arriscada, incerta. Esta resposta tem como base se a avaliação é feita em termos de ganho ou perda. Neste momento deve ser mostrado às partes o custo e o benefício de se fazer ou não o acordo.

A desvalorização reativa da oferta é caracterizada pela desvalorização de toda e qualquer oferta dada pela parte contrária na negociação, por não acreditar na qualidade desta oferta, ou pensar que posteriormente a oferta poderá ser melhorada.

3. Aspectos emocionais da negociação

Diante disto surge uma questão, como atingir ao terceiro lado? Para responder a esta pergunta temos que saber quem ou o que é o maior obstáculo para uma negociação. O maior obstáculo para a negociação são as próprias pessoas, o modo como agem e reagem frente a determinada situação pode estimular ou fracassar uma negociação porque os problemas não são de fácil resolução e as emoções envolvidas são grandes.

Durante uma negociação podem ocorrer emoções intensas que resultam em um comportamento irracional que pode pôr fim ao processo. As emoções podem ser conceituadas como os sentimentos que desencadeiam o impulso para reagir. O comportamento humano final seria a junção das emoções com o sentimento racional.

Segundo Adler (ADLER, 1998, p. 168):

At the extreme, intense anger can result in violence, broken friendships, and festering anger. Intense fear can produce equally unacceptable outcomes; fearful negotiators leave themselves open to intimidation, exploitation, and capitulation.

As emoções mais presentes em uma negociação são o medo e a raiva. A raiva tem como origem uma provocação ou o fato de alguém não respeitar as regras impostas a todos, o que faz com que as pessoas se sintam menores, afrontadas e partam para o contra-ataque. Já o medo faz com a indivíduo perca a sua capacidade de argumentação.

De acordo com os estudos de Methasani (2017) além da raiva que seria um sentimento que ocorre quando os outros são responsáveis por um evento negativo, existe a ansiedade que é vivenciada quando ocorre uma incerteza, quando as pessoas acreditam que não podem influenciar o resultado de uma negociação e a inveja que ocorre quando existe algum tipo de comparação social.

Hunsaker (2017) afirma que a raiva tem um importante papel nas negociações e se origina quando as ações negativas da outra parte são percebidas como intencionais e tem como fundamento os sentimentos de injustiça, desapontamento, fracasso e traição. A raiva afeta os processos cognitivos dos negociadores. Os indivíduos irados pensam menos claramente, podem cometer erros e ter o foco diminuído, além de usar palavras e frases hostis e não adequadas durante a negociação.

Segundo Fisher e Shapiro (FISHER; SHAPIRO, 2006, p.5):

Emotion can be positive or negative. A positive emotion feels personally uplifting. Whether pride, hope, or relief, a positive emotion feels good. In a negotiation, a positive emotion toward the other person is likely to build rapport, a relationship marked by goodwill, understanding, and a feeling of being “in synch”. In contrast, anger, frustration, and other negative emotions feel personally distressing, and they are less likely to build rapport.

Todos nós sofremos, em maior ou menor grau, efeitos das emoções que devem ser conhecidos pois, eles podem tirar o foco das questões que estão sendo discutidas para se defender ou atacar a outra parte, podem reduzir a capacidade de agir e reagir adequadamente e podem deixar exposta a vulnerabilidade das partes.

Forgas afirma que (FORGAS, 1998, p. 565):

Negotiation traditionally has been conceptualized by psychologists as a rational process, in which exchanges are guided by an enlightened attempt to gain the best possible outcome for the self by incurring as little cost as possible.

However this rational view suffers from several shortcomings. By definition, not all participants in a negotiation can achieve the optimum outcome for themselves.

This introduces an element of unpredictability, allowing a range of cognitive, motivational, and emotional factors to influence negotiation process.

Na sociedade em que vivemos sentir emoção está associada à perda de controle, incapacidade de agir corretamente, quem sente emoção é considerada como uma pessoa vulnerável. Ocorre que a emoção faz parte do ser humano, os negociadores não deixam de lidar com as emoções pois, é muito difícil não senti-la de alguma forma.

As emoções têm a sua importância no processo de negociação e são definidas como positivas e negativas. As negativas são definidas como uma reação irracional que podem aumentar o conflito. A emoção positiva é tida como fator que auxilia à obtenção do acordo, facilita os relacionamentos.

De acordo com Reilly (2005) a emoção é um estado mental, um sentimento que surge de forma espontânea, não consciente, que pode ser acompanhado de mudanças fisiológicas.

As pessoas se relacionam com base no estímulo-resposta, ou seja, a cada estímulo (positivo ou negativo) é emitida uma resposta (positiva ou negativa). Sendo assim, quando uma pessoa recebe um estímulo negativo, ela pode se retirar da situação ou devolver o estímulo recebido. Ocorre que em uma negociação, este modo de reação a tudo e a todos é muito prejudicial pois somente aumenta a tensão entre as partes, o que dificulta o acordo.

Segundo Ury (URY, 2015, p. 17):

Quando reagimos, em geral caímos no que chamo de Armadilha ARE: atacamos, recuamos ou nos esquivamos, o que pode agravar o problema. Muitas vezes usamos uma combinação das três reações. Talvez comecemos nos esquivando ou recuando, mas, em pouco tempo, não nos conformamos com a situação e partimos para o ataque. Se o ataque não dá certo, mais uma vez nos esquivamos ou recuamos.

Existe, porém, uma quarta opção que é a não reação e exercitar o auto reconhecimento a fim de que a pessoa se aproxime de si mesmo e possa conhecer seus medos, inseguranças, frustrações e principalmente procurar entender o porquê de determinadas reações, embora esta tarefa não seja tão simples assim. É necessário que se assuma a responsabilidade pelos atos praticados, os fatos são sempre os mesmos e o que muda é a forma de reação frente aos fatos e partir desta reação é que se tem maior ou menor chance de se chegar a um acordo.

Para Ury (URY, 2015, p. 42):

Em todas as conversas ou negociações desafiadoras, existe uma escolha: abordar a situação como uma competição entre adversários, em que uma parte ganha e a outra perde, ou encará-la como uma oportunidade para a busca de uma solução colaborativa, em que ambos os lados podem se beneficiar.

No momento em que as emoções estão dominando a negociação e a singularidade impera, o negociador deve incentivar os integrantes do conflito a se distanciarem de si mesmos, como se fossem levados para uma varanda e reencontrem as suas reais necessidades.

Conforme Gelfand, Fulmer e Severance (GELFAND; FULMER; SEVERANCE, 2010, p. 507):

Anyone who has negotiated—whether in informal settings with a spouse, friend, neighbor, or child or in formal settings with a boss, colleague, buyer or supplier—recognizes that negotiations can be highly charged emotional context, both intrapersonally and interpersonally.

O negociador é o terceiro lado imparcial (que deve estar atento às emoções para poder conduzir melhor o processo de negociação) que engloba as partes e procura dar uma visão objetiva dos fatos se distanciando da visão subjetiva das partes. Através da escuta das questões trazidas pelos indivíduos se tenta chegar a uma solução, a uma conduta que agrade a todos os envolvidos e que reflita os interesses de todos.

Para Fisher e Shapiro (2006) a negociação envolve tanto a razão quanto a emoção e estas podem tanto ajudar ou impedir que se tenha um acordo eficiente e amigável. É importante estabelecer um modo adequado para lidar com as diferenças entre as pessoas pois deste modo é possível estruturar uma negociação, preparar fatos e construir argumentos racionais.

Não se pode negar a importância do papel das emoções nas negociações. A ansiedade e a raiva afetam significativamente a forma de negociar principalmente quando são direcionadas para a parte oposta, esta situação estressante tende a diminuir as chances de resolução do conflito pois o lado emocional fica muito exacerbado e diminui a capacidade de analisar a situação de modo claro e preciso, o que cria um muro, muitas vezes, intransponível na negociação. Esta reação emocional pode ser caracterizada como a reunião de todos os sentimentos negativos vividos pela parte no momento que houve determinado fato e nos momentos posteriores a este fato. Sendo assim quanto mais irritadas as partes, maiores as chances de a negociação terminar mal, resultando em um litígio ou impasse.

De acordo com Almeida e Sobral (2005), Thompson e colaboradores identificaram 3 estilos emocionais de negociadores que são o negociador racional que é aquele que não expressa emoções porque acredita que expressá-las é um sinal de fraqueza que o tornaria vulnerável, o negociador positivo que expressa emoções porque acredita que expressá-las aumenta a criatividade, conduz às soluções inovadoras, torna os indivíduos mais cooperativos o que gera mais alternativas de negociações e o negociador negativo que expressa emoções negativas como a raiva, impaciência ou ódio e que usa a emoção para coagir a outra parte. Este tipo de comportamento leva à retaliação e aumenta o conflito.

O aspecto emocional pode deturpar o que foi dito e dar uma falsa percepção da realidade, a parte não interpreta o que foi dito corretamente. É importante dizer que este processo é automático e a pessoa, muitas vezes, não tem consciência dele. O pensamento é o problema. Os medos, frustrações, esperanças mesmo que não reais, são verdadeiras para a pessoa e influenciam nas negociações. Uma frase mal-entendi-

da ou mal interpretada pode pôr fim a todo ou processo de negociação que demorou anos para ser construído e dependendo do modo como foi interpretado torna muito difícil a retomada da negociação.

Conclusão

Em tempos passados a vida das pessoas era mais restrita a uma comunidade, não havia ligação entre as pessoas, as decisões eram tomadas no topo da pirâmide e as pessoas seguiam estas ordens. Atualmente, devido à comunicação e interação entre as pessoas e as nações, a tomada de decisão se tornou mais democrática e a negociação ganhou importância e, devido à grande interação entre as pessoas e os povos, o número de conflitos tem aumentado.

Os conflitos podem ser vistos de modo negativo, como algo prejudicial que deve ser evitado ou de modo positivo que favorece ao crescimento entre as partes. A melhor escolha é não evitá-los e vê-los como uma oportunidade de evolução social.

O sucesso da negociação depende de dois vértices: a utilização de técnicas para a negociação e os aspectos emocionais dos negociadores. O negociador deve estar atento e tentar direcionar o foco para as questões objetivas. O processo de negociação é uma oportunidade de resolução do conflito tendo como base a visão do futuro.

Os conflitos sempre são vistos como tendo dois lados, porém, se nos afastarmos dos lados conflituosos e percebermos a situação de modo mais distante poderemos ver que existe um terceiro lado. Este terceiro lado está presente em todos os conflitos e é formado por nós mesmos, formado pelos amigos, aliados, família e sociedade circundante.

O que define um conflito como positivo ou negativo não é o conflito em si e sim como as pessoas percebem o conflito. O ataque deve ser feito ao problema e não às pessoas. Um ponto importante neste momento é saber escutar, muitas vezes a parte contrária quer apenas ser ouvida, ter a oportunidade de expor o seu ponto de vista. Através da escuta é possível se chegar na questão central do conflito.

O negociador não deve lutar a favor de uma posição onde uma parte ganha e outra perde e sim a favor que o resultado agrade a todas as partes, onde todos ganham. Para que isto ocorra o foco da negociação deve estar nos interesses e não na posição e objetivos de cada uma das partes.

A procura por caminhos e soluções deve ser feita de modo cooperativo onde se tenta ver o que há por trás das posições de cada parte. Devem ser criadas opções onde os ganhos são mútuos e devem ser evitadas as opções onde apenas um lado é beneficiado e, desta forma, colabora para que os lados se aproximem.

Um bom negociador deve ter a sua mente como se fosse uma folha em branco, com ausência de todo e qualquer tipo de sentimentos pessoais, além de manter o foco no momento presente. A emoção faz parte do ser humano e não deve ser buscada a ausência de emoção e sim uma forma de controlá-la, para que ela não contribua negativamente para a negociação. Deve também compreender e dar especial atenção aos interesses comuns das partes, identificar os interesses que estão atrás das posições adotadas e perceber as preocupações das partes.

O terceiro lado é uma forma de se chegar à paz. O terceiro lado, como dito anteriormente, somos nós, toda a sociedade, as pessoas, os amigos que circulam o conflito e tem como função não só acabar com o conflito, mas também transformar um conflito para que este não cause muitos danos e, princi-

palmente, entender que a realização dos objetivos de ambas as partes é importante e deve nortear todas as discussões.

Bibliografia

ADLER, Robert, S., ROSEN, Benson, SILVERSTEIN, Elliot M. **Emotion in negotiation. Negotiation: How to manage fear and anger.** Negotiation Journal, Vol.14. Issue 2. April. 1998. p. 161-179.

ALMEIDA, Felipe J. R., SOBRAL, Felipe J. B. A. **Emoções, inteligência e negociação: um estudo empírico sobre a percepção dos gerentes portugueses.** Revista de Administração Contemporânea, Vol. 9. N. 4. Curitiba. Nov/Dez. 2005.

ALMEIDA, Tania Mediação de conflitos e facilitação de diálogos: Aportes teóricos para diálogos com múltiplas partes. In CUNHA, J. R. e NORONHA, R. (Org.) **Mediação de conflitos comunitários e facilitação de diálogos: Relato de uma experiência na Maré.** Rio de Janeiro. 2010. p. 35-56.

FORGAS, Joseph P. **On feeling good and getting your way: mood effects on negotiator cognition and bargaining strategies.** Journal of personality and Social Psychology.. Vol 74. 1998. p. 565-577.

FISHER, Roger e SHAPIRO, Daniel. Beyond reason: using emotions as you negotiate. Viking. 2006.

GELFAND, Michele J., FULMER, C. Ashley, SEVERANCE, Laura. The psychology of negotiation and mediation. Chapter 14. Handbook of Industrial and Organizational Psychology, Sheldon Zedeck (Ed.). American Psychological Association. 2010. p. 495-554.

HUNSAKER, David A. **Anger in Negotiations: A Review of Causes, Effects, and Unanswered Questions.** Negotiation and Conflict Management Research. Volume 10. Number 3. 2017. p. 220–241.

KOROBKIN, Russel B. Psychological impediments to mediation success: theory and practice. Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 21. 2006. p. 281-328.

METHASANI, Redona, GASPARD, Joseph P., BARRY, Bruce. Feeling and Deceiving: A Review and Theoretical Model of Emotions and Deception in Negotiation. Negotiation and Conflict Management Research. Vol 10. Number 3. 2017. p. 158-178.

REILLY, Peter. Teaching Law Students How to Feel: Using Negotiations Training to Increase Emotional Intelligence. Negotiation Journal April. 2005. p. 301-314.

URY, William. Como Chegar Ao Sim com Você Mesmo. Ed Sextante. 2015.

URY, William, FISHER, Roger, e Patton, Bruce. Getting to Yes Negotiating an agreement without giving in. Second Edition. Randon House Business Books. 2011.

Mediação direcionada à relação: aportes para a construção de uma comunicação colaborativa

Isabela Moreira Antunes do Nascimento

Introdução

Este trabalho motivou-se, em sua elaboração, em investigar de que maneira o mediador pode auxiliar na comunicação não-violenta. Este estudo doutrinário busca difundir conhecimentos pois trata-se de um tema relevante, do ponto de vista jurídico e social, dada a importância da mediação enquanto método autocompositivo de resolução de conflitos capaz de empoderar as partes pelo reconhecimento e legitimação de suas narrativas.

A linha argumentativa da pesquisa adotou, como principais marcos referenciais, a obra de Robert Bush e Joseph Folger, com a análise da Mediação Transformativa, de Sara Cobb, pelo estudo da Mediação Circular-Narrativa, de Marshall B. Rosenberg, pelo incentivo à Comunicação

Não-Violenta (CNV), e, ainda, Antonio Carlos Ozório Nunes, como parâmetro em toda pesquisa.

O trabalho se estrutura em dois itens, cada qual com dois subitens. No primeiro aborda-se os Modelos de Mediação Direcionados ao Acordo e à Relação, com destaque para o Modelo Tradicional-Linear de Harvard, para o Modelo Transformativo e também para o Modelo Circular-Narrativo. Já no segundo, evidencia-se as Habilidades Interpessoais e Técnicas do Mediador, a partir do acolhimento e da escuta ativa assim como dos procedimentos de comunicação construtiva.

Nos moldes metodológicos de Silva e Silveira (2007), tem-se uma pesquisa bibliográfica logo que utiliza-se, principalmente, de material já publicado por outros autores.

1. Modelos de mediação direcionados ao acordo e à relação

Mediação é um método autocompositivo, assim como a negociação e a conciliação, no qual, segundo o Manual de Mediação Judicial (2016), as partes em lide são auxiliadas por um terceiro externo ao conflito. Contudo, diferente dos métodos heterocompositivos, como arbitragem (Lei 9.307/1996) e jurisdição estatal, esse terceiro não decide pelos envolvidos, sua função é ampará-los para que eles consigam compreender melhor suas posições e, assim, compatibilizar suas necessidades em um acordo que seja reciprocamente vantajoso. Apesar da variedade de métodos e de suas respectivas nuances, não se destaca aqui as peculiares de todos, salientando-se apenas a mediação.

A doutrina discute, principalmente, três modelos de mediação, os quais serão tratados a seguir, quais sejam, Mediação Tradicional-Linear, de Harvard, Mediação Transformativa, de Bush e Folger e Mediação Circular-narrativa, de

Sara Cobb. Calmon (2015), infere que a primeira consiste no modelo direcionado ao acordo e as outras duas seriam direcionadas à relação, as quais dá-se ênfase neste trabalho.

Cumprindo ainda inferir que não há indicação legal (Resolução 125/2010; Lei 13.105/2015; Lei 13.140/2015) de qual modelo deve-se adotar, tanto na mediação judicial, quanto na extrajudicial, de modo que há uma flexibilização das diferentes correntes conforme a complexidade do caso fático. Nesse sentido, Nunes (2016, p.53) aduz que “onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo, razão pela qual caberá aos Centros ou Núcleos de Mediação ou aos mediadores seguirem os modelos de mediação mais adequados as suas realidades ou mais compatíveis com os casos concretos”. É o que se passa a analisar.

1.1 Modelo tradicional-linear de Harvard

Também chamada de Mediação Facilitativa (NUNES, 2016; VASCONCELOS, 2017), busca-se, nesse modelo, que o mediador, ao ponderar o diálogo, auxilie as partes a almejarem uma solução que harmonize seus interesses e necessidades mútuos. Depois dos respectivos relatos, apesar de haver a validação das emoções que surgem destes, incentiva-se a colaboração com critérios mais objetivos, desencorajando debates sobre o passado (BRIQUET, 2016). Não visa transformar o fator relacional das partes mas sim garantir variadas opções para favorecer o acordo, com foco no futuro.

Seus precursores, Fisher e Ury (2014) indicam os quatro princípios de negociação de Harvard, que consubstanciam o método do modelo: a) separar as pessoas do problema; b) se concentrar nos interesses e não nas posições; c) inventar opções de ganhos mútuos; d) utilizar critérios objetivos. É inegável o pioneirismo e a influência que exerceu e exerce tornan-

do-se referência. Não se nega sua importância mas se adverte que seu uso é potencializado quando bem administrado em determinado contexto, o qual não será aqui aprofundado, visto que evidencia-se, neste artigo, as peculiaridades do humano, com foco em suas relações interpessoais, sendo o acordo consequência, efeito secundário, mas não o objetivo principal.

1.2 Modelo transformativo

Elaborado por Robert Bush e Joseph Folger (2005), almeja a modificação das relações entre as partes envolvidas no conflito, pressupondo, para tanto, “o empoderamento dessas e o reconhecimento do coprotagonismo do outro, com vistas à autonomia, autosssegurança e autodeterminação” (NUNES, 2016, p. 54).

Na mediação transformativa o foco inicial está na apropriação [“capacitação”, “autoafirmação”, “fortalecimento”, “empoderamento”] dos mediandos, de modo que esses atores – pessoas, grupos, comunidades – recuperem reflexivamente seu próprio poder restaurativo, afastando-se de modelos em que um “expert” decide “conceder” poder às pessoas “objeto”. Ela também pode ser conceituada como um método/processo coevolucionário de afirmação e transformação, com a colaboração do mediador, sem hierarquia, da apropriação à integração, recursivamente, para viabilizar o reconhecimento das diferenças, a identificação dos interesses e necessidades comuns, opções, dados de realidade e o entendimento [acordo] (VASCONCELOS, 2017, p.200).

Com enfoque na capacitação, ou seja, na autoafirmação, o mediador como terceiro externo ao conflito consegue visua-

lizar com nitidez os objetivos dos mediados, que, por sua vez, imersos no problema, e com sentimentos desequilibrados não percebem. Desse modo, o mediador auxilia no esclarecimento para tomada de decisões, gerenciando emoções (BRIQUET, 2016; NUNES 2016). Esse esclarecimento, para Vasconcelos (2017) é obtido pelo reconhecimento, pela consideração da perspectiva e das experiências do outro, no que ele chama de “ética da alteridade”, culminando em uma compreensão recíproca que transforma na medida em que oportuniza a integração, o desenvolvimento da autodeterminação e da empatia.

No ponto, atenta-se para a importância de incentivar que cada um seja protagonista da sua própria história, inclusive para se responsabilizar pelas consequências de suas escolhas (LEITE, 2016), aprendendo com elas ao invés de estagnar-se em lamentações. Para isso, é importante compreender a importância do equilíbrio da razão e da emoção na tomada de decisões (NUNES, 2016). O impulso, o instinto desvinculados da reflexão despontencializa o poder de escolha, por vezes, causando decepções.

[...] Nessa perspectiva, o protagonismo dos mediados vai se ampliando à medida que vai sendo reconstruída a sua autoestima. O mediador se legitima não como um técnico, mas como um colaborador desse processo em que os mediados constroem o debate e o diálogo. A capacitação e o consequente protagonismo responsável dos mediados vão reforçando as possibilidades de contextualização e empatia. O problema relacional e o problema material são considerados em seu conjunto, mas sujeitos a abordagens distintas, com prioridade para a superação dos bloqueios emocionais que estejam a comprometer comunicação (VASCONCELOS, 2017, p.204).

Portanto, o modelo transformativo, almeja a mudança da interação das partes mediante empoderamento e reconhecimento (BRIQUET, 2016) por meio de escutas e perguntas de esclarecimento ou de contextualização. A seguir, analisa-se o Modelo Circular-narrativo que, diferentemente daquele, funda-se na desestabilização ou desconstrução das narrativas iniciais.

1.3 Modelo Circular-Narrativo

A mediação narrativa fundamenta-se, conforme Briquet (2016) na terapia narrativa familiar, desenvolvida por Michael White e David Epston, na Austrália, em 1980, no contexto pós-modernista e no movimento filosófico intitulado como construcionismo social. Por este, nossa compreensão de mundo expressa a reflexão que fazemos de nossas experiências; por aquele, o ponto de vista de alguém vincula-se ao contexto em que está imersa, subjetivamente considerado. Logo, a terapia narrativa, já era comum à terapia familiar. A mediação narrativa, por sua vez, é relativamente recente e pauta-se na desestabilização (desconstrução) e construção conjunta de histórias

O modelo circular-narrativo, propriamente, foi desenvolvido por Sara Cobb (2013), entendendo a mediação como um processo de narração de histórias, por meio da qual o diálogo e a integração tendem a modificar as relações e permitir o acordo. Parte-se do assentimento da importância da conversa e do diálogo, inclusive para adquirir novos aprendizados à partir da escuta de outras narrativas. Desse modo, a mediação decorre da comunicação, seja ela verbal ou não verbal.

Esse modelo caracteriza-se pela condução dos mediandos no intuito de desconstruir ou desestabilizar suas narrativas iniciais. As narrativas ouvidas são salteadas com as perguntas de esclarecimento e de recontextualização visando concatenar,

circularmente, alternativas. Trata-se, em última análise de um processo conversacional no qual se constroem significados próprios ao roteiro e aos personagens. Cobb (2013) infere que a forma como nos comunicamos reflete tanto a percepção pessoal quanto à forma como nos comportamos com o próximo, delineando a reação que ter-se-ia diante do conflito.

Objetiva-se, em última análise, criar um clima de cooperação entre os litigantes de modo que eles interpretem abertamente novas possibilidades, ao invés de adotar posturas estanques. Para isso, cabe ao mediador estimular a comunicação, sobretudo, por perguntas circulares que criem interdependência entre as partes e as estórias.

Na sequência, evidencia-se as técnicas e habilidades por meio das quais esse processo comunicacional se torna eficaz. Ressalta-se, para tanto, com já mencionado, que neste trabalho não considera-se os três modelos anteriormente suscitados hermeticamente. Aqui, possibilita-se a conjugação dos modelos em debate, fazendo-se um corte metodológico pelo qual enfatiza-se os dois últimos, quais sejam Modelo de Mediação Transformativa, de Robert Bush e Joseph Folger e o Modelo de Mediação Circular-narrativa, de Sara Cobb, almejando-se o empoderamento das partes pelo reconhecimento e legitimação de suas narrativas.

2. TÉCNICAS DO MEDIADOR E HABILIDADES INTERPESSOAIS

2.1 Acolhimento e Escuta Ativa

A atitude de acolhimento (ALMEIDA, 2014) consubstancia-se na alteridade, na tolerância, na linguagem apreciativa, na construção de um ambiente adequado, positivo e seguro, sendo, portanto, nos termos de Leite (2016, p. 161) o “fundamento comunicativo da mediação”. É importante

que os mediados não se sintam ameaçados, julgados, vulneráveis ou constrangidos (ROSEMBERG, 2003) mas sim que se sintam ouvidos compassivamente e que percebam a validação (NUNES, 2016) da sua história assim como o reconhecimento de suas necessidades, de seus ressentimentos, enfim, de seu sofrimento.

No ponto, a escuta ativa, nos moldes de Spengler (2017) é uma técnica da mediação que permite aos mediados se expressarem emocionalmente, esclarecendo o que realmente sentem, sem julgamentos. Deve cuidar o mediador para não transformar esse momento em uma sessão desestimulante e traumatizante (LEITE, 2016), menosprezando sentimentos que podem potencializar posturas defensivas e se espiralar em raiva, tristeza e vingança ou em outro polo, mas igualmente prejudicial, adotando conduta paternalista que reforça modelos justificadores e vitimizadores.

Todos têm uma grande necessidade de serem ouvidos e saber que os outros se importam com o que dizem. As pessoas precisam dizer o que sentem. Ouvir bem é uma habilidade importante que o mediador pode utilizar num diálogo difícil. A melhor forma de comunicação é aquela que reconhece a necessidade do outro de se expressar. Justamente por isso os conselhos devem ser substituídos por uma escuta ativa para fins de mostrar que o que o outro diz e sente está sendo entendido e é importante. Dar conselhos normalmente se apresenta como um expediente de dominação, é uma maneira de assistencialismo. Quem aconselha se coloca em posição superior. O conselho bloqueia as necessidades de expressão, reconhecimento e emancipação do aconselhado. Por

isso escutar e escutar ativamente é a melhor maneira de ajudar os mediandos (SPENGLER, 2017, p.61).

No mesmo sentido de Spengler (2017), Leite (2016):

O mediador sabe que, por mais que tudo pareça pronto para que as pessoas cheguem a um acordo, algo muito significativo pode estar guardado, omitido. As pessoas não se entendem sem terem sido efetivamente escutadas. As pessoas precisam dizer o que sentem e, na mediação, esta pode ser a primeira vez que isto está sendo possível. A melhor comunicação é aquela que reconhece a necessidade de o outro se expressar. Em vez de conselhos e sermões, escute sempre, com toda atenção, o que está sendo falado e sentido pelo outro. Aconselhar, salvo situações muito especiais, é colocar-se acima, como alguém que se aproveita da dificuldade do outro para lhe lançar a superioridade das suas supostas virtudes. Dar conselhos normalmente apresenta-se como expediente de uma cultura de dominação. Aconselhar é um modo de assistencialismo. O conselho bloqueia as necessidades de expressão, reconhecimento e emancipação do aconselhado. O facilitador ou mediador deve estar consciente de que a necessidade primeira do mediando é a de expressar as suas razões e sentimentos. Escute e escute, ativamente (LEITE, 2016, p.164).

Leite (2016), em seu método, combina a palavra “escuta” com a palavra “oratória”, que integradas criam um novo termo, “escutatória”. É um outro termo para o que aqui denominamos como “escuta ativa”. Traduz-se em uma forma mais harmoniosa de escutar e falar, de refletir e agir. Incentiva-se

que primeiro se deve escutar para só depois falar (oratória). Desse modo, define-se melhor os argumentos e formula-se melhor eventuais perguntas a serem feitas, controlando a ansiedade, em detrimento de atitudes impulsivas e impensadas que reflitam preconceitos, impressões pessoais ou julgamentos fundados em verdades absolutas e na ideia de culpa e castigo. Esse equilíbrio é fundamental para a eficaz condução da mediação, sobretudo porque estimula que as partes mediadas assumam o protagonismo de sua vida, permitindo que elas procurem soluções e alternativas e não se vejam somente como parte de um problema que aguarda uma decisão.

Durante os relatos é fundamental que o mediador cuide para manter sua serenidade e o inteligência emocional (NUNES, 2016) apesar da aparência das palavras pois, por vezes, aquele é o primeiro momento em que o mediado está conseguindo efetivamente se expressar e revelar, sinceramente, o que lhe aflige. O linguajar rude, ríspido e não assertivo (DEL PRETTE, 2009) provavelmente oculta súplicas e interesses que a pessoa não consegue formular por si mesma.

Daí advém a aplicação de habilidades interpessoais, pelo mediador, para amparar os envolvidos na construção de uma comunicação não violenta (ROSENBERG, 2003). Primeiro, ele observou e escutou, agora chegou o momento de apaziguar os ânimos e contribuir para comunicação construtiva das partes.

2.2 Procedimentos de comunicação

Tem-se como comunicação construtiva ou não violenta o conjuntos de técnicas e habilidades interpessoais (DEL PRETTE, 2016; MINICUCCI, 2015) e sociais (DEL PRETTE, 2009; CABALLO, 2016) que auxiliam a mediar colaborativamente os conflitos que naturalmente surgem com a convivência entre as pessoas. Isso se dá, como já discu-

tido, pelo reconhecimento do outro assim como pela legitimação de sua história, de sua narrativa, e, conseqüentemente, pela validação de seus sentimentos (Manual de Mediação Judicial, 2016; ALMEIDA, 2014).

Busca-se na mediação uma convergência de interesses no sentido não adversarial. Nunes (2016, p.169) destaca que “no diálogo, não há vencedores e sim ideias vencedoras”. O foco é (re)conexão entre as pessoas envolvidas em uma mudança paradigmática vez que tradicionalmente estimulam-se condutas destrutivas de punição. Vasconcelos (2017, p.199), no ponto, aduz a técnica de recontextualização da conotação negativa dada ao problema: “os dois ou mais mediandos devem enfrentar o problema em vez de enfrentarem-se”.

Rosenberg (2003) ressalta, nesse sentido, a importância, para os mediadores, de observar sem avaliar e para os mediados, de assumirem as responsabilidades de suas escolhas. Dessa forma desobstrui-se o pensamento de raiva, depressão, culpa, medo e vergonha que afastam julgamentos moralistas dos ouvintes para com os ouvidos e das partes entre si. A comunicação positiva aborda necessidades e emoções de forma reflexiva e atenciosa em detrimento de forma autoritária e agressiva.

O diálogo é o componente fundante das relações sociais e o único processo que permite o aprimoramento das relações humanas; se for conduzido com cuidado leva a conversações significativas e produtivas, tornando os relacionamentos mais afetuosos e interessantes. A construção de diálogos significativos é um dos pilares à prática da mediação, pois através deles é possível a colaboração, a intersubjetividade, a reelaboração do problema e a humanização das relações. [...] O diálogo é um meio de comunicação que busca prevenir conflitos, resolver controvérsias, gerar

ideias e alcançar ótimas soluções compartilhadas. O diálogo permite aceitar as experiências dos outros como válidas e por isso o diálogo exige humildade [...] (NUNES, 2016, p.168-169).

Assim, apesar do alerta de Briquet (2016, p.42) quanto às barreiras que podem atrapalhar a troca de mensagens, causando mal-entendidos, como, (a) físicas; (b) culturais; (c) pessoais e (d) psicossociais, que se refere “ao status e o papel social que os sujeitos envolvidos na relação comunicacional atribuem uns aos outros” e de Minicucci (2015) quanto aos ruídos, que representam mensagens distorcidas ou mal interpretadas, e aos bloqueios, que ocorrem quando a comunicação é interrompida, às quais deve o mediador se atentar, o fundamental é que ao se sentirem ouvidos, os mediados passam a ouvir, ao se sentirem validados em seus sentimentos, eles passam a se conectar empaticamente com as emoções do outro e, dessa forma, suscitam, por si mesmos, qual a solução mais adequada à sua demanda. Conclui-se, desse modo, que o processo de empoderamento da parte pelo reconhecimento do outro, à partir das histórias narradas, induzem, inevitavelmente, ao acordo pois primariamente, se restabeleceram as relações humanas.

Considerações finais

Os métodos autocompositivos de resolução de conflito, como a negociação, a conciliação e a mediação, diferem-se dos heterocompositivos, como a arbitragem e a jurisdição estatal, pelo protagonismo das partes da resolução da demanda. Este trabalho teve como foco a mediação, conjugando os modelos direcionados à relação, quais sejam, Modelo Transformativo, de Bush e Folger, e Modelo Circular-narrativo, de Sara Cobb, apesar de se reconhecer a importância do Modelo Tradicional –Linear de Harvard.

O Modelo Transformativo pauta-se em duas premissas: empoderamento e reconhecimento com vista à autodeterminação, por meio de escutas e perguntas de esclarecimento ou de contextualização, incentivando que cada um seja protagonista de sua própria história, inclusive para assumir as consequências das suas escolhas. O Modelo Circular-narrativo, por sua vez, funda-se na desestabilização ou desconstrução das narrativas iniciais. Entende-se a mediação como um processo de narração de histórias, por meio da qual o diálogo e a integração tendem a modificar as relações. Pela conversa, ou seja, pela narração e pela escuta de narrativas pode-se adquirir novos aprendizados.

Contudo, esse gerenciamento de emoções é complexo, sobretudo na prática. Por vezes, as partes não conseguem, sozinhas, identificar seus reais interesses, apegando-se a posições que não saciam verdadeiramente suas reais necessidades. Pela correta aplicação das técnicas disponíveis e das habilidades interpessoais necessárias ao ofício, o mediador pode auxiliá-las a compreender o outro e a si mesmas.

Inicialmente, acolhe-se as partes e escuta-se, ativamente, empaticamente, o que elas têm a dizer. Sem julgamentos, preconceitos, constrangimentos ou atribuição de culpa. Por fim, ampara-se os mediados para que eles construam uma comunicação construtiva, colaborativa, não-violenta. Dessa maneira, ao se sentirem ouvidas, elas passam a ouvir. Ao se sentirem validadas em seus sentimentos, elas passam a reconhecer as emoções do outro e, dessa forma, suscitam, por si mesmas, qual a solução mais adequada à sua demanda.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos**. 2. ed. São Paulo: Dash, 2016.

BRASIL. COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. **Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias**. Brasília, DF, jun. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010. **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Arbitragem**. Brasília, DF, set. 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 out.2017.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador**. Petrópolis: Vozes, 2016.

- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005.
- CABALLO, Vicente E. **Manual de Avaliação e Treinamento das Habilidades Sociais**. Rio de Janeiro: Gen/santos Editora, 2016.
- CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- COBB, Sara. *Speaking of Violence: the politics and poetics of narrative in conflict resolution*. New York: Oxford University Press, 2013.
- LEITE, Rodrigo Corrêa. **O Poder da Escutatória: feedback genuíno para transformação pessoal e construção de relações duradouras**. São Paulo: Évora, 2016.
- MINICUCCI, Agostinho. **Relações Humanas: Psicologia das Relações Interpessoais**. 6. ed. São Paulo: Gen/atlas, 2015.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação: guia prático da autocomposição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PRETTE, Almir del; PRETTE, Zilda A. P. del. **Psicologia das Relações Interpessoais: vivência para o trabalho em grupo**. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.
- PRETTE, Almir del; PRETTE, Zilda A. P. del. **Psicologia das Habilidades Sociais: diversidade teórica e suas implicações**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 4. ed. São Paulo: Ágora, 2003. Tradução de: Mário Vilela.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**: normas e técnicas. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

URY, William; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. Tradução de: Ricardo Vasques Vieira.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos**: e práticas restaurativas. 5. ed. São Paulo: Gen/método, 2017.

A atuação do advogado na audiência de conciliação e suas implicações: Uma análise da advocacia cooperativa na Justiça Federal, subseção de Juiz de Fora/MG.

Rafael da Silva Liberano e Geovana Faza da Silveira Fernandes

Introdução

Com o objetivo de concretizar o acesso à Justiça, a grande maioria dos Estados adotaram movimentos denominados por Cappelletti (1988) como “Ondas Renovatórias”, sendo elas, em ordem cronológica, a “Assistência Judiciária”, que visa proporcionar a representação jurídica gratuita para os hipossuficientes; a “Representação Jurídica para os Interesses Difusos” que abrange, diferentes grupos e classes como, por exemplo, os consumidores e os preservacionistas; e, o “Enfoque de Acesso à Justiça”, o qual possui abrangência maior

que as duas primeiras ondas, já que que visa a reflexão acerca do sistema judiciário, o que, por sua vez, proporciona uma gama de possibilidades de reforma e criação de alternativas, como a conciliação e mediação, sem abandonar as inovações desenvolvidas nas outras ondas.

Não obstante a primeira Constituição do Império, promulgada em 1824, já ter previsto em seu texto⁸¹ a tentativa prévia de conciliação, somente em meados de 1980, com o advento do Juizado Especial de Pequenas Causas, Lei 7.244/1984, e da Constituição de 1988, seguindo a “Terceira Onda Renovatória”, é que houve, conforme aduz Luchiarri (2012, p.67), “verdadeira revolução no Direito Processual, ampliando o acesso ao Poder Judiciário e valorizando a conciliação como forma de solução de conflitos”.

Desde então, o Estado, através de suas decisões políticas, da postura do Poder Judiciário, e do incentivo à pesquisa e à utilização dos meios autocompositivos, tenta afastar a falta de profissionalismo no exercício da atividade conciliatória, seja por meio de inovações legais, como as ocorridas no Código de Processo Civil de 1973, na Lei 9.099/95 que instituiu os Juizados Especiais, no Código de Ética e Disciplina da OAB de 1995 e na Lei 10.259/01, a qual dispõe acerca dos Juizados Especiais Federais, seja através de aprimoramentos, como os advindos da Resolução nº 125 de 2010, do CNJ, da Lei 13.105/15, criadora do atual CPC, e da Lei 13.140/15 que dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição no âmbito da administração pública.

Apesar do amplo desenvolvimento legal e de pesquisas voltadas à utilização de métodos de Resolução Adequada de

81. Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

Disputas (RAD), até o presente momento a atuação dos advogados não obteve a mesma atenção do que aquela dispensada na “Terceira Onda Renovatória” aos terceiros imparciais incumbidos de facilitar a resolução do conflito.

Diante desse cenário, ao que parece, a atuação dos advogados em audiências de conciliação ainda se dá sem o completo domínio de técnicas de negociação e de procedimentos referentes às RAD’s, o que impede que se alcancem seus principais objetivos: a pacificação social, o reestabelecimento da comunicação e a compreensão entre as partes, mesmo sem a celebração de um acordo.

Para solucionar esse problema, partimos das seguintes metodologias: bibliográfica, jurisprudencial, quantitativa e qualitativa, cuja amostragem advém da observação da atuação de 51 (cinquenta e um) advogados em 40 (quarenta) audiências de conciliação na Justiça Federal, Subseção de Juiz de Fora/MG, realizadas no período compreendido entre 03/08/2017 a 14/08/2017, além da realização de entrevista com dois magistrados da subseção citada.

A presente pesquisa tem como objetivo verificar a qualidade da atuação dos advogados nas audiências de conciliação da referida Subseção para, assim, identificar as dificuldades enfrentadas por tais profissionais para o exercício qualificado da advocacia nos procedimentos adotados em RAD no âmbito da Justiça Federal.

1. Panorama das audiências de conciliação na justiça federal e da subseção de juiz de fora/mg

Com competência estipulada pela Constituição Federal de 1988 para julgar ações que envolvam, de um modo geral, a União, suas entidades autárquicas e empresas públicas federais, tais como a Caixa Econômica Federal (CEF) e a Em-

presa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a Justiça Federal, segundo o art.106, CF/88 e o caput, art.3º, Lei 5.010, de 30 de maio de 1966, é composta por juízes federais e por 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais.

Ao todo, a Justiça Federal conta com 10.044.143 (dez milhões, quarenta e quatro mil e cento e quarenta e três) processos pendentes e 3.801.911 (três milhões, oitocentos e um mil e novecentos e onze) de novos processos de acordo com o Relatório do CNJ de 2017, Justiça em Números, referentes ao ano de 2016.

O mesmo relatório também indica que o tempo médio que um processo leva para ser baixado, em todas as regiões da Justiça Federal, varia de 2 (dois) anos e 7 (sete) meses a 7 (sete) anos, e 5 (cinco) meses na Justiça Comum; e, de 4 (quatro) meses a 1 (um) ano e 7 (sete) meses nos Juizados Especiais.

Destaca-se, ainda, que as matérias mais demandadas, segundo o Justiça em Números são, em ordem decrescente, Direito Previdenciário, com 1.008.248 (um milhão, oito mil e duzentos e quarenta e oito) processos; Direito Tributário, com 740.682 (setecentos e quarenta mil e seiscentos e oitenta e dois) processos; e Direito Administrativo, com 261.726 (duzentos e sessenta e um mil, setecentos e vinte e seis) processos.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), possuidor de um acervo de 3.241.897 (três milhões, duzentos e quarenta e um mil e oitocentos e noventa e sete) de processos pendentes e de 1.198.752 (um milhão, cento e noventa e oito mil e setecentos e cinquenta e dois) de novos processos, abrange as Seções Judiciárias do Distrito Federal e de 13 (treze) unidades da federação, dentre elas a do Estado de Minas Gerais, a qual possui, conforme dados apresentados pelo relatório do Conselho da Justiça Federal, 779.976 (setecentos e setenta e nove mil, novecentos e setenta e seis) processos em tramitação, contabilizados até o último dia útil do ano de 2016.

O Estado de Minas Gerais, ainda, conta com 5 (cinco) Subseções na região da Zona da Mata, sendo uma delas implantada na cidade de Juiz de Fora⁸² há 30 (trinta) anos e subdivida em 5 (cinco) varas, sendo a 1ª e 5ª Juizados Especiais Federais e, da 2ª a 4ª, Varas Cíveis e Criminais; além de uma Turma Recursal e uma Câmara Regional Previdenciária⁸³.

Na Subseção Judiciária de Juiz de Fora, em agosto de 2017 tramitavam 62.773 (sessenta e dois mil e setecentos e setenta e três) processos, de acordo com o relatório, Transparência em Números, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Esse mesmo relatório demonstrou que 5.748 (cinco mil, setecentos e quarenta e oito) processos foram julgados e que 7.892 (sete mil, oitocentos e noventa e dois) foram arquivados.

Tais dados corroboram para aquilo que há tempos tem sido denominado de “Crise do Judiciário” com fundamento não apenas na sobrecarga dos Tribunais devido à alta litigiosidade presente na cultura brasileira, que por sua vez gera morosidade da prestação jurisdicional⁸⁴, como também na “falta de instrumentos processuais efetivos” (AZEVEDO, 2003, p. 168), diante do fato de que “o processo busca a verdade de maneira fetichista em detrimento muitas vezes dos interesses das partes e do próprio Estado” (BARBOSA, 2003, p. 245).

Em decorrência desses fatores, segundo Souza (2016), mesmo ao receber integralmente os pedidos postulados em

82. Segundo o IBGE, a cidade de Juiz de Fora/MG possui cerca de 563.769 (quinhentos e sessenta e três mil, setecentos e sessenta e nove) habitantes de acordo com pesquisa realizada em 2017, com área territorial de 1.435,749 (mil e quatrocentos e trinta e cinco inteiros e setecentos e quarenta e nove milésimos) Km², sendo, portanto, uma cidade de porte médio.

83. Destaca-se que a jurisdição da Subseção Judiciária da cidade em tela abrange um total de outros 39 (trinta e nove) municípios circundantes.

84. Conforme afirma Cappelletti (1988, p. 20/21), uma “Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

juízo, a parte ainda se sente insatisfeita ao final do processo, mesmo sendo “vencedora” do litígio. Essas constatações fizeram com que surgissem vários questionamentos acerca do uso da máquina estatal para a resolução de conflitos.

É neste cenário que, desde a década de 80 (oitenta) do século passado, a “Terceira Onda Renovatória” apresentada por Cappelletti se desenvolve no Brasil, em que se tem “investido em novos estímulos a processos autocompositivos que busquem atender satisfatoriamente à expectativa do jurisdicionado de ter, no Estado, um catalizador de relações interpessoais e, por conseguinte, fortalecedor do tecido social” (CARDOZO, 2013, p. 9).

Nessa linha, o Código de Processo Civil de 2015 consagra, segundo Didier (2016), uma Política Pública de Solução Consensual de Litígios, em que respalda legalmente a Resolução nº 125, CNJ, de 29 de novembro de 2010, ao determinar que o Estado promova a solução consensual do conflito e que os operadores do Direito estimulem sua adoção.

Com o objetivo de promover a solução consensual dos conflitos, a Subseção de Juiz de Fora/MG conta com um Centro Judiciário de Conciliação⁸⁵ responsável pela realização e promoção da conciliação entre as partes, seja na fase pré-processual ou processual, “independentemente da natureza, da alçada ou da forma de apresentação do conflito” (art.1º, Resolução Presi/TRFnº31/2015).

Para o CEJUC são remetidos processos da Justiça Comum (Varas) e dos Juizados Especiais Federais (JEFs), sendo tratadas nas audiências de conciliação, em sua maioria, matérias relativas a benefícios por incapacidade, com a participação do INSS, dano material e moral, com a participação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Caixa Eco-

85. Nome dado pelo §1º, art.2º, Resolução Presi/TRF nº31/2015.

nômica Federal, sendo esta última também participante de matérias de financiamento habitacional e cumprimento de contrato de empréstimo.

Para a condução das audiências, preponderantemente utiliza-se o Método de Harvard, ou comumente chamado de Modelo Linear ou Tradicional, com uma abordagem ampla⁸⁶ pelo fato de se desenvolver uma negociação por princípios e interesses para se alcançar um acordo satisfatório para ambas as partes. Com essa metodologia, já se realizaram 1.405 (mil e quatrocentos e cinco) audiências de conciliação no ano de 2017, obtendo-se até setembro de referido ano, 903 (novecentos e três) acordos com suas consequentes homologações.

2. Atuação dos advogados nos métodos de resolução consensual de conflitos

2.1 O Papel dos Advogados nos Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos

Com o aumento dos direitos e de sua proteção advindos da Constituição de 1988, o Estado Juiz passou a ser cada vez mais requisitado, pois para Coitinho e Mazzardo (2013, p. 4) “A evolução da sociedade faz com que a demanda judicial se eleve, o que intensifica a crise estrutural que congestionava o Poder Judiciário”.

Por outro lado, a abertura política também proporcionada pela Constituição permitiu que o Estado buscasse meios

86. No CEJUC, Subseção de Juiz de Fora/MG, regularmente se aplica as técnicas do Modelo de Harvard em conjunto com técnicas de outros modelos, sejam eles Transformativo, Circular Narrativo ou Avaliativo, a depender da necessidade posta à mesa de negociação. Isso porque, conforme destaca Luchiani (2012, p.30), “[...] cada modelo tem o seu valor e, com as suas técnicas, mostra-se mais adequado para determinado tipo de conflito que se apresenta”.

de assegurar o efetivo acesso à Justiça para definitivamente materializar a previsão constitucional do inciso XXXV, art.5º, CF/88. Assim, passou-se a propor medidas que democratizaram não só o próprio acesso ao Poder Judiciário, como também a tomada de decisão que por vezes sai das mãos dos juízes e volta para as mãos dos litigantes e, conseqüentemente, para os seus advogados, quando instituídos.

Enquanto o Estado brasileiro adotava a solução consensual de litígio como política pública somente com a Resolução Nº 125, CNJ, de 29 de novembro de 2010, o Código de Ética e Disciplina da OAB, já em 13 de fevereiro de 1995, estabelecia em seu inciso VI, Parágrafo Único, art.2º, como dever dos advogados, “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

A partir daí, passou-se a exigir dos advogados não somente a preocupação de disponibilizar ao seu cliente o conhecimento do ordenamento jurídico vigente e quais as estratégias tomar diante de um clássico litígio instaurado em sede jurisdicional, como também, como aduz Luchiarì (2012, p.85),

[...] com a litigiosidade remanescente, ou seja, aquela que, em regra, persiste entre as partes mesmo depois de encerrado o processo heterocompositivo, em virtude da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial, seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada, seja por não ter sido aventada a matéria perante o Estado. Também deve se voltar a um modelo preventivo de conflitos, informando as partes sobre técnicas de negociação e mediação, a fim de que componham seus conflitos, conduzindo-se, portanto, como instrumento de pacificação social.

Assim, os advogados passaram a ter que executar outras tarefas além do estudo minucioso do direito dos seus clientes (tarefa essa intrínseca ao exercício da advocacia), como é exemplificado por Schmitz (2003, p. 94):

Negociar acordos que incorporem processos de resolução de disputas; Delinear processos para clientes; Servir como ‘arquitetos e engenheiros na resolução de disputa’ [...]; Aconselhar clientes sobre RAD; Preparar clientes e casos para a mediação; Representar clientes em sessões de mediação [...]; Promover representação de pós-mediação com respeito a acordo ou preparação para a próxima fase da resolução da disputa [...].

Nesse sentido, percebe-se que a advocacia, em todas as suas especializações, passa a englobar outras fontes científicas que, somadas ao Direito, fazem com que tal profissional passe a exercer seu ofício com maior qualidade e eficiência. Exemplificativamente, certas áreas do conhecimento humano tais como Psicologia Cognitiva, Matemática Aplicada (Algoritmos), Economia (Teoria dos Jogos e Equilíbrio de Nash) são englobadas por técnicas de negociação que devem fazer parte do conhecimento do advogado contemporâneo, para que o amadorismo em qualquer tipo de negociação seja substituído por uma competente atuação advocatícia.

2.2 Análise da atuação dos advogados na Justiça Federal, Subseção de Juiz de Fora/MG

Com a presente pesquisa, buscou-se examinar quantitativa e qualitativamente como tem se dado a atuação prática dos advogados nas audiências de conciliação na Justiça Federal, Subseção de Juiz de Fora/MG. Para tanto, verificou-se a

necessidade de se desenvolver uma adaptação do modelo de Pesquisa de Satisfação de Mediação e do Formulário de Avaliação dos Conciliadores, ambos desenvolvidos pelo CNJ.

No formulário adaptado, cada item a ser preenchido na avaliação variava entre “Não se Aplica”; “1-Péssimo”; “2-Ruim”; “3-Regular”; “4-Bom”; e, “5-Excelente”. Importante ressaltar que a não realização de acordo não influenciou a abordagem qualitativa do desempenho do advogado, até mesmo porque o resultado final da audiência não é assunto principal do presente trabalho.

Para a avaliação, foram analisados os seguintes itens:

2.2.1 Avaliação da atuação do advogado

Inicialmente, procurou-se avaliar a atuação dos advogados mediante a necessidade do seu auxílio na compreensão do caso e daquilo que de fato foi prestado por ele em audiência. Nesse ponto, a pesquisa demonstrou que 27% dos advogados tiveram um excelente desempenho; 29% tiveram um bom desempenho; 15% regular; 14% ruim; 4% péssimo; e, 11% não se aplicam.

Tais dados nos mostram que a atuação clássica dos advogados, em que são exigidos conhecimentos jurídicos para o entendimento do caso, são, em mais de 50% das vezes, exercidos com excelente qualidade.

O que levou a avaliação a alcançar 18% de mau desempenho se dá pela falta de envolvimento e preocupação em esclarecer aquilo que deveria ser posto na mesa de negociação para que, mesmo sem a conclusão de um acordo, as partes pudessem sair da audiência com a comunicação restabelecida e com o entendimento do motivo que levou à instauração do processo.

Pelo fato de um dos polos do processo sempre ser formado por pelo menos uma pessoa jurídica de direito público,

não raras vezes a atuação dos advogados se torna extremamente necessária para a compreensão de termos técnicos e dos direitos que são negociados, o que faz com que a conciliação alcance todo o seu potencial.

É exatamente por esse motivo que o CEJUC não se limita a utilizar exclusivamente o Modelo de Harvard, pois mesmo que não seja possível alcançar um acordo, abre-se a oportunidade dos litigantes se compreenderem e, conseqüentemente, passarem a prevenir o surgimento de novos conflitos, principalmente daqueles que são objeto do próprio litígio.

2.2.2 Avaliação geral dos advogados em audiência de conciliação

Nesse ponto, a pesquisa atingiu a seguinte implicação: 21% da atuação dos advogados atingiu qualidade considerada excelente; 21% uma atuação considerada boa; 32% regular; 14% ruim; 6% péssimo; e, 6% não se aplicam.

Para se aferir esse resultado, buscou-se verificar como o advogado atuou na audiência em relação à própria proposta da conciliação. Para se chegar à avaliação geral dos advogados em audiência de conciliação, foram utilizados três critérios de observação: 1) demonstração de conhecimento do advogado acerca da Justiça Federal e dos procedimentos e técnicas utilizados em audiência de conciliação; 2) ajuda dada para aperfeiçoar as propostas e alcançar um acordo; e, 3) atenção, zelo e preocupação em atender bem a todos.

No primeiro critério, a avaliação chegou aos seguintes resultados: 19% dos advogados demonstraram excelente conhecimento acerca da Justiça Federal e dos procedimentos e técnicas de negociação; 16% tiveram bom desempenho; 25% regular; 21% ruim; 10% péssimo; e, 9% não se aplicam.

Ao compararmos esses dados com os do subcapítulo anterior, podemos observar uma inversão da qualidade da atuação dos advogados. Enquanto que na avaliação da atuação a maior parte dos advogados teve um desempenho de alta qualidade, aqui a avaliação demonstrou um desempenho contraproducente em que somente 35% da amostra atingiu resultado “Excelente” e “Bom”.

Referida diferença de desempenho se deve, primeiramente, ao fato de que o estudo de técnicas de resoluções pacíficas de conflitos ainda não é valorizado pelos cursos de direito e nem mesmo pelo Ministério da Educação (MEC), como demonstra suas Diretrizes Curriculares do Curso de Direito ao ignorar a importância de uma disciplina voltada à RAD, o que faz com que o acadêmico de Direito seja levado a compreender o conflito somente da perspectiva adversarial.

Além disso, os estudantes e advogados enfrentam um outro problema educacional que se refere à pouca produção científica de materiais voltados ao exercício da advocacia em RAD, como demonstra Schmitz (2003, p.99):

Apesar do fato de que a maioria dos estudantes achar-se-á mais frequentemente no papel de advogado representante do que no papel de mediador, a maneira que os autores apresentam o material enfatiza o papel do mediador em vez de representante. Os textos necessitam enfocar estes papéis da advocacia de forma que os estudantes apreciem a sua importância.

Assim, não poderia ser diferente que os advogados, em audiência de conciliação, tenham mostrado um maior conhecimento do ordenamento jurídico do que os que envolvem resolução pacífica de conflitos. Durante a pesquisa, ob-

servamos que os erros mais cometidos se deram na aplicação das técnicas de negociação baseada em princípios⁸⁷:

É comum ver a atuação profissional em Audiência de Conciliação como se estivesse numa audiência de instrução e julgamento. Os advogados avaliados normalmente apresentaram um foco voltado a discussões que envolviam questões de mérito ou produção de ata que continha carga probatória tendente a demonstrar responsabilidade da outra parte e até mesmo confissão, intenções essas que confrontam princípios básicos da audiência de conciliação e mediação como é o da informalidade e o da confidencialidade (art.166, §1º, CPC/15 e arts. 2º, IV, VII e 30, §1º, II, da Lei 13.140/15).

Da mesma forma, durante a pesquisa notamos falha na comunicação dos advogados com os seus clientes, com os conciliadores, e com a outra parte e seu patrono. Por diversas vezes o advogado assume uma postura verbal agressiva, replicando a linguagem polarizada de seu cliente, o que, por sua vez, inibe a construção de um ambiente conciliatório, abrindo espaço para a criação e desenvolvimento de espirais de conflito, baseadas em reação à agressão precedida.

Outro dado importante que corrobora para o entendimento de que, aos advogados ainda falta o aprofundamento do conhecimento de técnicas de negociação e dos procedimentos de RAD, se refere à mudança de desempenho dos advogados que foram avaliados mais de uma vez. Dos 51 (cinquenta e um), 10 (dez) foram avaliados mais de uma vez e apenas 02 (dois) tiveram uma média de atuação com qualidade “excelente” ou “bom”.

Noutro giro, apesar de não ter relação com aplicação de técnicas de negociação, os advogados também têm ignorado

87. Os pontos fundamentais da negociação baseada em princípios são: separar pessoas do problema; focar nos interesses; gerar opções de ganhos múltiplos; e, utilizar critérios objetivos.

a possibilidade de envolver “Lides Sociológicas” que abordam questões não tuteladas juridicamente ou, até mesmo tratem de assuntos que se refiram a outros processos ou que ainda não foram demandados.

É nesse ponto que o segundo critério relativo a ajuda dada para aperfeiçoar as propostas e alcançar um acordo sofre uma queda na qualidade da atuação dos advogados. Os resultados foram: 11% com excelente atuação; 10% com boa atuação; 15% regular; 23% ruim; 10% péssimo; e, 31% não se aplica.

Essa diminuição se deve à preocupação exclusiva, por parte dos advogados, com questões jurídicas. Diversas vezes, essa atitude atrapalha e até mesmo impede que um acordo seja realizado. A audiência de conciliação é o momento no qual os advogados e jurisdicionados têm a oportunidade de serem realmente ouvidos e entendidos para, então, conseguirem desenvolver saídas para o problema enfrentado. É esse um dos fatores mais importantes para que se resolva a litigiosidade remanescente e se alcance efetivamente a pacificação social.

O último erro observado se dá com relação às expectativas criadas pelos advogados e, conseqüentemente, pelas partes. A pesquisa demonstrou que em 46% das amostras a expectativa da parte pública tem sido atendida; 23% tem sido parcialmente atendida; e 31% das vezes não tem sido atendida. Já com relação à parte privada, 40% tem sido atendida; 13% parcialmente atendida e 47% não atendida.

Outro dado importante se dá com relação ao estado do processo: da amostra colhida, 32% dos processos já haviam sido sentenciados contra 43% sem sentença. 25% obtiveram acordos que, por consequência, já havia sido homologados e transitados em julgado.

Essa diferença tem se dado pelo fato dos procuradores das instituições relacionadas à União terem uma atuação cotidiana na Justiça Federal. A depender da matéria, pedidos e pro-

vas carreadas aos autos, tais procuradores realizam projeções de possíveis condenações. Por outro lado, muitas das vezes os advogados das partes privadas não costumam ter uma atuação tão ativa na Justiça Federal – da amostra colhida apenas 2 (dois) advogados de parte privada, dos 51 (cinquenta e um) avaliados, participaram de mais de uma audiência.

É neste ponto que o CEJUC adota a Metodologia Avaliativa, pois diante de uma expectativa acima daquilo que é praticado, cabe aos conciliadores levarem informações que coloquem a realidade no âmbito do diálogo criado em audiência, mesmo que haja uma resistência por parte dos advogados que criam uma expectativa muito grande.

Um dos temas mais controvertidos se refere às condenações por dano moral. Muitos dos advogados que dão suporte jurídico às partes privadas esperam uma proposta da instituição pública na média de R\$3.000,00 (três mil reais) a R\$5.000,0 (cinco mil reais), sendo esses valores praticados em sentença ou em grau de recurso, não havendo razão para que a instituição pública feche um acordo neste patamar, quando o mais importante é alcançado: o restabelecimento da comunicação entre as partes e a compreensão mútua.

Interessante destacar que apenas dois dos advogados analisados que não fecharam um acordo tinham consciência da média das condenações, mas, diante do interesse do cliente, o advogado tentaria alcançar a satisfação completa do assessorado em grau de recurso.

Na amostra colhida, 14% das condenações em primeira instância chegaram ao patamar máximo de R\$7.000,00 (sete mil reais); 29% tiveram como condenação valores entre R\$1.000,00 (mil reais) e R\$3.000,00 (três mil reais); e, 57% dos processos tiveram tais pedidos julgados improcedentes.

Do mesmo modo, a jurisprudência das Turmas Recursais do TRF1 varia as condenações de acordo com a comple-

xidade dos temas enfrentados e das provas contidas nos processos. Em regra, as condenações se dão da seguinte forma: improcedência pela ausência de demonstração de dano sofrido ou o entendimento de que o dano sofrido se enquadra em mero dissabor⁸⁸ e condenações de R\$1.000,00 (mil reais) a R\$5.000,00 (cinco mil reais) para questões que envolvam, em ordem crescente de gravidade: extravio de correspondência, erros em procedimentos administrativos, agressão verbal em agência bancária e negativação irregular sem que envolva fraudes ou outras questões tão complexas quanto⁸⁹.

Ao pesquisarmos os entendimentos quanto ao não cabimento do dano moral por ausência de provas ou pelo enquadramento como mero dissabor e até mesmo quais são os valores praticados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais com a finalidade de compararmos tais entendimentos, verificamos que os parâmetros são os mesmos⁹⁰. É claro que existem exceções nos dois Tribunais quanto aos valores aqui demonstrados para as hipóteses listadas, mas condenações em valores maiores só ocorrem, como regra, em casos mais complexos.

Já acerca do último critério – atenção, zelo e preocupação em atender bem a todos – a pesquisa chegou ao seguinte re-

88. Vide processos n^{os} 00026655320074013500, 00391735120144013500, 0000678852008401410, 00085641420074013700, 00022071020064013811, 00712021620034013800, 00219307220114013800.

89. Vide processos n^{os} 00024939120104013602, 00026156220134013000, 00331974120114013800, 00030572320124013304, 00007255120054013200, 00034927520094013700, 00183959320054013300, 00046336120074014101, 00022676920084013307, 00019325720124013809, 00006941720084013300, 00180816820064013800.

90. Vide processos n^{os} 1.0479.14.008808-5/001, 1.0145.13.069333-9/001, 1.0126.12.001992-5/001, 1.0433.13.046251-1/001, 1.0625.13.012269-4/001, 1.0105.12.034216-4/001, 1.0024.14.225878-9/001, 1.0049.15.001505-2/001, 1.0024.14.048309-0/001, 1.0290.15.000766-1/001, 1.0079.13.074702-9/002, 1.0003.13.004699-2/001, 1.0694.12.000575-6/001, 1.0629.12.002341-7/002, 1.0557.13.001432-6/001.

sultado: 44% dos advogados avaliados tiveram um excelente desempenho; 19% tiveram um bom desempenho; 27% regular; 8% ruim; e, 2% péssimo, o que demonstra que, em regra, os advogados têm atuado com urbanidade nas audiências de conciliação.

Portanto, observa-se que a atividade advocatícia em conciliação deixou de apresentar um desempenho de excelência pela falta de aplicação de técnicas de negociação e pela ausência de disposição em trabalhar a criação e o aperfeiçoamento das ideias e propostas colocadas à mesa durante as audiências.

Conclusão

Uma mudança do paradigma adversarial para o cooperativo se tornou indispensável para que o advogado exerça sua profissão com maior qualidade, o que o faz capaz de consolidar o preceituado no caput, art.2º, Código de Ética e Disciplina da OAB, tornando-se efetivamente defensor da cidadania e da paz social, além de indispensável, não só às necessidades dos seus clientes, como também da administração da justiça.

Como descrito por Cappelletti (1988), a “Terceira Onda”, além de voltar sua atenção a todo o sistema jurídico, se concentra também na reforma da própria advocacia, seja ela extrajudicial, que engloba a prevenção de conflitos e a litigiosidade remanescente, seja ela judicial, própria do cotidiano dos advogados.

Desse modo, o profissional em tela, para exercer seu ofício com qualidade e eficiência, precisa ter conhecimento do direito material, bem como das técnicas de negociação, natureza e procedimentos dos métodos utilizados em RAD, sendo assim, torna-se imperioso a capacitação para identificar e articular interesses subjacentes, motivos e metas, além da capacidade de verificar as vantagens e desvantagens de cada modelo de resolução pacífica de conflito.

Segundo demonstrado pela pesquisa, a ausência de aplicação de técnicas de negociação e de conhecimento das diversas metodologias aplicadas em RAD prejudicaram, por diversas vezes, os próprios jurisdicionados, seja através do tempo que o Poder Judiciário leva para proferir uma decisão final, seja pelo risco do processo (tanto de uma decisão im procedente quanto na quebra da expectativa criada por uma das partes), seja pela necessidade de recorrer ou mesmo de se defender de um recurso.

Apesar do avanço, ainda há a necessidade de maior atenção e estímulo por parte das instituições acadêmicas, governamentais e não-governamentais, em relação às Resoluções Adequadas de Disputa, além de um enfoque maior na figura do advogado cooperativo, aplicador das técnicas de negociação e dos procedimentos de resolução pacífica de conflitos.

Ao advogado, cabe a busca incessante de conhecimento acerca dos métodos de RAD e de suas inovações, pois somente a ele é dado a possibilidade de aconselhar juridicamente seus clientes e indicar quais estratégias devem ser adotadas por eles.

Referências

ARAÚJO, Marcos. **Subseção Judiciária Federal de JF completa 30 anos.** *Tribuna de Minas*, Juiz de Fora, 21 jun. 2017. Disponível em: <<http://tribunademinas.com.br/opiniaio/tribuna-livre/21-06-2017/subsecao-judiciaria-federal-de-jf-completa-30-anos.html>.> Acesso em: 02 out. 2017.

AZEVEDO, André Goma de (Org). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Vol.2.

BRASIL. (Constituição 1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5010.htm> Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm#art97> Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 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 28 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados**: Escrito por advogados. Brasília/DF. 2014

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Estatísticas Processuais. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/transparencia/estatisticas-processuais/estatistica-processuais.htm>.> Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Transparência em Números. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/TPNUM_WEB/.> Acesso em: 02 out. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHACUR, Rachel Lopes Queiroz; COELHO, Bruno;

NAGAFUGI, Juliane. **O Papel do Advogado na Solução de Conflitos:** Mediação, conciliação e arbitragem. Disponível em: <https://www.academia.edu/26674374/O_PAPEL_DO_ADVOGADO_NA_SOLU%C3%87%C3%83O_DE_CONFLITOS_MEDIA%C3%87%C3%83O_CONCILIAC%C3%87%C3%83O.> Acesso em: 28 set. 2017.

COITINHO, Viviane Teixeira Dotto; MAZZARDO Luciane de Freitas.

A Crise do Judiciário Como Justificativa para o Empoderamento dos Atores Sociais na Resolução de Conflitos—Revista da UNISC, Santa Cruz do Sul, ago. 2013. ISSN 2318-4094.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Observatório da Estratégia.**

Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/observatorio/>.> Acesso em: 02 out. 2017.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Código de Ética e**

Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://www>.

oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina.> Acesso em: 28 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: CNJ, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

JUNIOR, Alfredo Martins Rodrigues; ROSA, Vilcemar Chaves da. **Mediador, Advogado e Mediando: Alternativa de resolução de conflito e acesso à justiça**. Santa Maria: FAMES. 2016.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

IBGE (Brasil). **Cidades e Estados do Brasil**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/juiz-de-fo-ra/panorama>> Acesso em: 02 out. 2017.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial: Análise da Realidade Brasileira: Origem e Evolução Até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Org). **Negociação, Mediação e Arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

URY; William. **Como Chegar ao Sim com Você Mesmo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

Poder judiciário e mediação: A cultura consensual como novo paradigma de acesso à justiça

Júlia Nery Tavares

Introdução

A aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos é um dos temas mais relevantes sustentados pelas normas processualistas na defesa da Constituição. Isto porque, se busca a prevalência do direito fundamental de acesso à justiça através dos meios mais adequados, de acordo com a natureza e peculiaridade do caso concreto.

A busca ao efetivo acesso à Justiça sempre foi um problema a ser enfrentado pela estrutura judiciária. Ao longo da história e das mudanças sofridas com a modernização, e o consequente aumento da litigiosidade, observa-se uma obstrução do Judiciário com o crescimento desenfreado de ações judiciais. Se, por um lado, estamos diante de um sistema cada vez mais congestionado, por outro, os custos, o

formalismo e a morosidade processual são fenômenos que acentuam a insatisfação dos cidadãos ao Poder Judiciário enquanto instituição.

Nesse cenário de crescente litigiosidade, a inserção da mediação no panorama atual revela a preocupação e a busca de uma tutela efetiva, célere e pacífica. Destaca-se a importância da abordagem do tema, pela mudança gradual da mentalidade processual, que passa de uma cultura de composição de conflitos, enraizada na figura do estado-juiz, para uma participação de terceiros imparciais devidamente capacitados, e pelas próprias partes, na pretensão de um resultado pacífico qualitativo para ambas.

Embora tenha ganhado força e notoriedade nas últimas décadas do século XX, o processo de mediação mostra-se como prática tradicional dentro da história da humanidade, mesmo utilizadas de modo intuitivo. Essa trajetória nos leva ao cenário atual, com as crescentes inovações e disposições legais.

Nesse sentido, o presente estudo visa analisar os principais pontos desse processo, vislumbrando de que forma a mediação foi inserida no contexto do ordenamento pátrio e os seus reflexos no cenário atual.

No primeiro capítulo, a atenção é dada ao Poder Judiciário e sua autonomia vislumbrada pós Constituição de 1988, demonstrando, em seguida, como o deslocamento do centro de decisões a esse poder cumulado com a dinamização das relações sociais e a globalização foram cruciais para o cenário de crise de acesso instalado, propiciando o florescimento dos métodos consensuais de resolução de conflitos, em especial, a mediação. No segundo capítulo, serão demonstrados aspectos conceituais e as bases normativas da mediação: Resolução n.º. 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, o Novo Código de Processo Civil e a Lei 13.140.

Por fim, demonstrada as inovações legislativas referentes à mediação, no terceiro capítulo, serão analisados os desafios que se apresentam e que precisam ser rechaçados para a implementação efetiva da mediação.

1. Da ascensão do poder judiciário à mediação: Um estudo voltado ao acesso à justiça

A nova ordem constitucional adotada a partir da Constituição de 1988 redefiniu o papel exercido pelo Poder Judiciário, dando grande visibilidade a autonomia e independência deste poder. Essa mudança substancial se deu pela inserção de direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico, direcionando a atuação do Estado-juiz à proteção e concretização desses direitos.

A ascensão do Judiciário na vida social fica demonstrada tanto pela prestação jurisdicional, quanto pelo caráter eminentemente político assumido quando da incapacidade dos poderes Executivo e Legislativo absorverem as demandas sociais do Estado de Bem-Estar (AQUINO, 2016). Para Streck (1999), a inércia do Executivo e a falta de atuação do Legislativo, no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, propiciaram um sensível deslocamento do centro de decisões destes poderes ao Judiciário.

Nesse sentido, da leitura do inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição⁹¹, extrai-se o Princípio da inafastabilidade da jurisdição, que assegura o direito fundamental de ação como instrumento de proteção ao direito material dos jurisdicionados, não podendo o magistrado dispensar a apreciação da demanda. Essa distribuição de justiça através do processo ju-

91. Constituição Federal/1988. Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. (BRASIL, 2017).

dicial ficou reconhecida como “forma tradicional de resolução de conflitos” (SILVA; LEITE, 2008, p. 20), que acabou por potencializar a tendência adversarial da sociedade.

Tão logo, como conseqüência a constitucionalização de direitos, aliada ao crescente desenvolvimento da sociedade e ao dinamismo das relações humanas, instalou-se um cenário de litigiosidade excessiva no país. A ordem jurídica dogmática e ritualizada, organizada no convencionalismo de sua racionalidade formal, não conseguiu acompanhar o ritmo crescente de transformações aceleradas por que passa a sociedade (FARIAS, 2016).

Exemplificando, os dados estatísticos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números de 2017, relativo ao ano-base de 2016, revelam que “o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva” (BRASIL, 2017). Isso significa que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no referido ano e, mesmo que houvesse a paralisação do Poder Judiciário sem o ingresso de novas demandas, mantendo a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para aniquilar o volume. (BRASIL, 2017).

Fundamentalmente, a centralização da jurisdição na figura do magistrado, bem como a burocratização dos procedimentos seguida da formalidade desmedida, foram fatores que auxiliaram a deflagrar esse quadro de instabilidade do Poder Judiciário. Cappelletti e Bryant (1988) apontam algumas barreiras de acesso que justificam este cenário de crise, tais como os altos custos, em especial àqueles relativos às causas relativamente pequenas, a lentidão processual e o desco-

nhecimento das partes em relação a seus direitos e a forma como ajuizar uma demanda.

Nesse sentido, importante se faz os ensinamentos de Grinover (2008):

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão de seus poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais.

Por isso, visando minimizar esse cenário de instabilidade, a Reforma do Judiciário se fez necessária no sentido de dar maior eficiência ao sistema. A promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 representou um importante passo no caminho da modernização e da efetividade judicial. Dentre as medidas adotadas, foi assegurada a assistência jurídica gratuita, a simplificação de procedimentos, através da instituição dos Juizados especializados e da criação de novos instrumentos de representação em juízo para os interesses difusos, bem como a promoção da celeridade processual como direito e garantia fundamental.

Embora tenha sido uma importante iniciativa para as modificações constitucionais processualistas, a EC 45/04 não se mostrou suficiente para resolver o problema do volume exa-

cerbado de demandas e a falta de estrutura enfrentada. O que se observa é que, na atual conjuntura em que se encontra a sociedade, o Poder Judiciário não está mais conseguindo corresponder aos seus anseios. Imprescindível é a abertura de formas diversificadas de tratamento dos litígios (WUST, 2014).

A ideia de que o ente estatal, na pessoa do juiz, é o único responsável por dirimir de forma definitiva através de uma sentença é uma noção ultrapassada e antidemocrática de justiça, pois torna a sociedade estagnada (WUST, 2014). A decisão de mérito nem sempre se mostra eficaz a extinguir de forma definitiva o conflito, o que, de certa forma, acaba por fomentar ainda mais a desigualdade e o litígio ao estabelecer as posições de “vencedor” e “vencido”. Nesse sentido, Ferraz (2006, p. 26):

A vida forense diária ensina que a melhor sentença não tem maior valor que o mais singelo dos acordos. A jurisdição, enquanto atividade meramente substitutiva, dirime o litígio, do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas na imensa maioria das vezes, ao contrário de eliminar o conflito subjetivo entre as partes, o incrementa, gerando maior animosidade e, em grande escala, transferência de responsabilidade pela derrota judicial: a parte vencida dificilmente reconhece que seu direito não era melhor que o da outra, e, não raro, credita ao Poder Judiciário a responsabilidade pelo revés em suas expectativas. O vencido dificilmente é convencido pela sentença e o ressentimento, decorrente do julgamento, fomenta novas lides, em um círculo vicioso.

Mostra-se necessário ampliar o conceito de acesso à Justiça vinculando-o às finalidades básicas⁹² asseguradas por Cappel-

92. Para Cappelletti e Bryant (1988, p.3): “A expressão acesso à justiça é

letti e Bryant e aproximando a uma “ordem jurídica justa” (WATANABE, 2011), com procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva (MARINONI; ARENHAR; MITIDIERO, 2015).

A Resolução nº. 125, de 29 de Novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, deu início a mudança da cultura jurídica no País. Isto porque, institucionalizou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que traz como justificativa o acesso a jurisdição, através da solução dos litígios pelos meios mais adequados de acordo com a natureza e peculiaridade, viabilizando a utilização dos mecanismos alternativos. Preconiza o direito de todos jurisdicionados serem orientados desses meios de solução, demonstrando a preocupação pela qualidade e propagação desses serviços.

De igual modo, o novo Código de Processo Civil de 2015 dissemina uma “radical transformação” (DIDIER JR.; ZANETI JR; 2016) em direção ao acesso à justiça coexistencial, em que a solução adjudicada passa a ser *ultima ratio* ((MARINONI; ARENHAR; MITIDIERO, 2015), a ser ministrada apenas se adequado ao caso. Este novo modelo processual exprime o conceito elaborado por Frank E. A. Sande de um Sistema Multiportas, segundo o qual analisam-se as diferentes formas de resolução de conflitos e a melhor adequabilidade ao caso concreto, considerando características como custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, dentre outros (AZEVEDO, 2016).

reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Uma via alternativa é aquela que se põe como opção a uma anterior. Dessa forma, a palavra “alternativa” não significa “sucessão”, “substituição”, tampouco uma “solução de menor importância” (WUST, 2014). Não há que se falar em supressão da atividade jurisdicional clássica pela alternativa, mas em meios voltados a interação e a complementaridade desta tutela. Nota-se a preocupação do legislador ao reafirmar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, bem como de adequar à mentalidade de composição amigável, sempre que possível, a atividade estatal.

Por outro lado, importa destacar que, a expressão Resolução Alternativa de Disputas foi por muito tempo criticada por “não guardar precisão técnica e histórica considerável” (CALMON, 2007). Originalmente, este conceito servia como denominação conjunta dos métodos alternativos ao julgamento pelo Judiciário. Atualmente, tem se adotado a expressão Resolução ‘Adequada’ (ou mesmo ‘Amigável’) de Disputas para denotar uma escolha consciente de um processo ou método de resolução (AZEVEDO, 2016).

A adoção de mecanismos complementares serviu, em um primeiro momento, como resposta a crise da prestação jurisdicional; contudo, o verdadeiro motivo para a invocação desses métodos deu-se pelo anseio da sociedade em ver seus conflitos realmente tratados pela fuga do binário “perdedor-ganhador” (WUST, 2014). Para Spengler (2010), essas práticas passam a observar a singularidade de cada participante no conflito, conferindo maior compreensão e reconhecimento, haja vista a opção de “ganhar conjuntamente”, construindo em comum as bases de um tratamento efetivo.

É sob esse ponto de vista que observa o incentivo a uma nova postura jurídica, voltada à aplicação dos meios auto-compositivos, em especial a mediação. Prestigia-se a solução consensual, através da participação e cooperação, bem como

da retomada do diálogo entre as partes, possibilitando uma composição pacífica dos conflitos.

Destacam-se enquanto instrumentos consensuais a negociação, arbitragem, conciliação e a mediação. O que se denota, é que tais instrumentos tornam-se eficazes porque consistem em aliviar o congestionamento do Poder Judiciário, diminuir os custos e a demora no trâmite dos casos, facilitando o acesso à justiça e assegurando uma abordagem qualitativamente melhor dos conflitos (CALMON, 2007). A partir de então, reverencia-se o estudo da mediação como método autocompositivo efetivo de tratamento dos litígios.

2. Mediação judicial no cenário atual: Aspectos conceituais e bases normativas

A busca ao efetivo acesso à Justiça sempre foi um problema a ser enfrentado pela estrutura judiciária. Ao longo da história e das mudanças sofridas com a modernização, e o consequente aumento da litigiosidade, observa-se uma obstrução do Judiciário com o crescimento desenfreado de ações judiciais. Se por um lado estamos diante de um sistema cada vez mais congestionado, por outro, os custos, o formalismo e a morosidade processual são fenômenos que acentuam a insatisfação dos cidadãos ao Poder Judiciário enquanto instituição. Neste cenário contemporâneo de crescente litigiosidade, os métodos consensuais de resolução de conflitos aparecem como forma de alcançar a efetividade da tutela jurisdicional.

A partir da segunda metade do século XX, a promoção aos estudos e aplicação da mediação demonstram uma mudança gradual na mentalidade processual, que passa de uma cultura de composição de conflitos, enraizada na figura do Estado-juiz, para a participação das partes e de terceiros imparciais capacitados, na busca de um resultado pacífico e qualitativo.

Conceitualmente, a mediação é um processo autocompositivo de resolução de conflitos, através do qual duas ou mais pessoas, envolvidas em uma contenda real ou potencial, recorrem a um profissional imparcial, em busca de espaço para criação de uma solução consensual e amigável, de modo célere e custos razoáveis (FARIAS, 2016). Em verdade, seu objetivo não se restringe apenas a resolver as contendas: busca-se desarmar as partes envolvidas, através do restabelecimento da comunicação interrompida, da criatividade e da intercompreensão, a fim de que encontrem a melhor maneira de solucionar a controvérsia sem que uma delas saia prejudicada ou insatisfeita com o resultado alcançado (WUST, 2014).

Este olhar interdisciplinar da comunicação das partes frente ao conflito judicial é muito bem observado por Spengler (2012) que delimita como uma dificuldade real, e também paradoxal numa época em que a mídia conhece um extremo desenvolvimento, a enorme dificuldade de se restabelecer o liame perdido. A mediação surge para responder tal demanda.

Nesse sentido, Warat (2001) define a mediação como a forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos, cujo intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Esta cooperação e a promoção a cultura do diálogo é representada pela figura de um terceiro mediador, que é a pessoa a quem se franqueia a palavra, o tempo e a autoridade para intervir. Tecnicamente, ele se encontra entre as duas partes – não sobre, mas entre elas – razão pela qual não tem nenhum poder, além da mencionada autoridade concedida (WUST, 2014). Exerce um caráter pedagógico, não no sentido de propor soluções, mas de auxiliar no processo de construção do consenso.

Conforme Didier (2016):

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Acredita-se que, a condensação desse modelo consensual se deu, particularmente, por se tratar de um instrumento voluntário e sigiloso, em detrimento a publicidade do procedimento judicial. Ademais, a redução dos custos e da duração razoável foram fatores atrativos que corroboraram para a credibilidade do instituto pelos jurisdicionados, fomentando o “sentimento de justiça no âmbito das pessoas” (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Contudo, insta salientar que, embora reconhecido recentemente pelo Poder Judiciário, a mediação sempre existiu dentro da lógica da resolução dos conflitos, sendo empregada de forma intuitiva. Após a devida teorização deste processo, o cenário é de constante desenvolvimento e disseminação pelo mundo. Espalhou-se por diversos países como Canadá, França, Argentina, Portugal, Espanha e Inglaterra, tomando distintas formas e procedimentos, ante a sua característica de adaptabilidade frente ao contexto econômico, social e jurídico de cada país (FARIAS, 2016 apud LIMA; ALMEIDA, 2010). No Brasil, esta mudança de paradigma foi importada

à cultura nacional em virtude, sobretudo, da crise instaurada no Poder Judiciário. O panorama atual é o da produção de bases normativas, delimitando um marco legal da mediação, cruciais para oferecer maior segurança jurídica ao procedimento, conforme se verificará a seguir.

É evidente que, tendo a mediação à incumbência de tratar o conflito por inteiro, tende a oferecer respostas mais humanas, plausíveis e eficazes, que se coadunam com as expectativas e desejos das partes. Torna-se, dessa maneira, um procedimento mais próximo do cidadão, podendo resolver os conflitos por um viés simples, direto e participativo, em detrimento ao modelo distante e frio da jurisdição tradicional (WUST, 2014).

2.1. Um olhar panorâmico sobre a Mediação Judicial no direito pátrio

Embora o processo de mediação seja uma prática tradicional dentro da história da humanidade, apenas há pouco tempo foi reconhecido como mecanismo adequado pelo Poder Judiciário. Dentro da tendência mundial de incentivo aos meios consensuais de resolução, a mediação permite observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando a opção de “ganhar conjuntamente”, construindo em comum as bases de um tratamento efetivo e colaborativo (SPENGLER, 2010).

Vivencia-se atualmente no Brasil o momento de marco legal da mediação, a partir de da produção de bases normativas. Estas objetivam regulamentar o processo de mediação, oferecendo maior segurança jurídica; estabelecer diretrizes capazes de estabilizar uma política pública de disseminação no Poder Judiciário; e fomentar sua utilização em diferentes espaços públicos (FARIAS, 2016).

Para Ada Pellegrini Grinover, fala-se hoje em um minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos⁹³, formado pela Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 e pela Nova Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), os quais serão analisados brevemente nas linhas seguintes.

2.1.1. A Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Em 29 de Novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo no reconhecimento e inserção dos métodos consensuais de resolução de demandas estabelecendo a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, por meio da Resolução n.º 125/2010. Demonstra-se a preocupação com o acesso à ordem jurídica justa, através da adequação da solução do litígio de acordo com a natureza e peculiaridade do caso.

Como inovação normativa, atualiza o conceito de acesso à justiça, não o restringindo ao mero acesso aos órgãos judiciais, mas ampliando seu sentido ao de uma ordem jurídica justa, preconizando o direito de todos os jurisdicionados a orientação e utilização desses meios cooperativos de solução, de forma qualitativa (WATANABE, 2011). Isto significa que, valoriza-se a satisfação do jurisdicionado em relação ao resultado final do processo ao simples acesso ao Poder Judiciário (AZEVEDO, 2016).

Nas lições de LUCHIARI (2011):

93. GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades, Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-eevolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017.

Depreende que a política pública de tratamento adequado de conflitos centra-se no acesso à Justiça qualificado ou “acesso à ordem jurídica justa”, conforme ensina o Professor Kazuo Watanabe, que é possível através da condução efetiva do processo pelo juiz (gerenciamento do processo e gestão cartorária) e da utilização do modelo de unidade judiciária (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), responsável não só pelo trabalho com os métodos consensuais de solução de conflitos (tendo como parâmetros os Setores de Conciliação e Mediação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Tribunal Multiportas do direito norte-americano), mas também por serviços de cidadania e orientação jurídica, que conduzem à pacificação social, com o abrandamento da morosidade da justiça, a diminuição do número de processos e de seus custos, como consequências reflexas. E isso porque o acesso à Justiça qualificado exige não só efetividade, celeridade e adequação da tutela jurisdicional, mas uma tenção do Poder Público, em especial do Poder Judiciário, a todos que busquem solução a qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses.

Neste ínterim, dispõe sobre a obrigação dos Tribunais na criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, voltados ao planejamento e fomento de políticas internas e capacitação da equipe técnica, bem como da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pelo funcionamento das câmaras de administração de conflitos. Estabelece, também, os princípios da mediação no âmbito judicial e um conteúdo detalhado do programa de formação de mediadores e conciliadores judiciais. (FARIAS, 2016).

Como evidenciado, a Resolução significou uma reestruturação do Judiciário e a mudança na mentalidade dos operadores do Direito e das partes ao disciplinar institutos, a exemplo da mediação, como forma efetiva de garantir o acesso à justiça e alcançar a pacificação social, em complementaridade ao processo judicial. Contudo, por se tratar de uma resolução interna do Judiciário, e não uma lei federal, nem todos os Tribunais aplicaram essas atualizações, apresentando forte resistência à tendência consensual idealizada.

2.1.2 Lei de mediação: lei nº. 13.140

Por considerável tempo, a ausência de marco legal para a mediação causou inquietação no meio jurídico. Se, por um lado, entendia-se que a mediação caminharia melhor sem amarras legais, à luz da informalidade, por outro, a falta de previsões causava certa insegurança em relação ao uso do instrumento (TARTUCE, 2016).

A Lei 13.140 surge como resposta à expectativa da sociedade em disciplinar com exatidão o instituto da mediação – por via judicial ou extrajudicial – como meio simplificado e rápido de solução de conflitos. Regula, também, a possibilidade da Administração Pública resolver as suas próprias demandas através dos métodos autocompositivos, o que, em um primeiro momento, aparenta ser uma grande conquista frente ao número de demandas que envolvem o Estado.

A norma estabelece que “poderão ser solucionados por meio da mediação os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, que admitam transação. Aplica-se, especialmente, quando exista uma relação jurídica pré-existente ao conflito” (FARIAS, 2016). O mediador, enquanto terceiro imparcial e facilitador do diálogo, é o responsável por evidenciar os anseios das partes e permitir que entendam o pe-

dido uma das outras, na tentativa de uma solução conjunta e benéfica para ambas.

Outrossim, a relevância do tema se dá, em especial, às figuras dos mediadores judiciais e extrajudiciais. A lei estabelece diretrizes sobre a capacitação, técnicas e os critérios utilizados para qualificação destes facilitadores. Até 2015, “os mediadores atuantes junto ao Poder Judiciário tinham seu Código de Ética definido pela Resolução n. 125 do CNJ e os mediadores privados não contavam com uma norma oficial apta a regular sua atuação” (TARTUCE, 2016).

Cumprе ressaltar que, aos moldes do disposto na Resolução em comento, a nova lei delimita a realização das audiências de mediação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, quando realizada por entes públicos, ou em Câmaras Privadas, se realizadas por entes privados. A grande inovação é no sentido de sua realização pela internet ou por outro meio que permita transação à distância, sendo necessária a anuência de ambas as partes.

A implementação de um Marco Legal demonstra a preocupação à tendência consensual atual, acreditando haver uma expansão da utilização da mediação com maior segurança jurídica. “Deve-se cuidar para que, na medida que proporcione a expansão, não o faça a respeito de uma “nova” faceta, ritualizada, engessada e padronizada, mas sim, que efetivamente, fortaleça o instituto em sua essência.” (FARIAS, 2016).

2.1.3. Valores consensuais no Novo Código de Processo Civil

Diante da necessidade de reforma e adequação do procedimento civil brasileiro, o Poder Legislativo reformulou o Código de Processo Civil de 1973, por meio da Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Esta inovação legislativa institucionalizou a mediação judicial com o objetivo de garantir maior

celeridade à tramitação dos processos, através da simplificação dos procedimentos processuais.

O novo Código de Processo Civil legitimou os ideais da Resolução n.º 125/10 e dispôs sobre os métodos consensuais de solução de conflitos, dando grande estímulo ao seu uso, considerando que este seria o grande viés para a transformação de uma sociedade estritamente litigiosa para de uma “cultura de paz”, como disseminado pelo Conselho Nacional de Justiça.

De tal modo, nota-se a preocupação do legislador ao reafirmar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, bem como de adequar à mentalidade de composição amigável, sempre que possível, a atividade estatal. Vejamos:

Art. 3º NCPC. 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.

A nova lei processual estabelece a criação obrigatória de Centros de Solução de Conflitos, onde serão realizados programas de auxílio e orientação ao cidadão que busca a solução do seu litígio, como também, as audiências de conciliação e mediação propriamente dita. No âmbito administrativo, fica a cargo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a instituição facultativa de Câmaras Administrativas para resolução consensual dos litígios. Em ambos os casos, a atividade

de administração de conflitos será realizada pela figura dos conciliadores e mediadores judiciais, considerados por esta lei como auxiliares de justiça.

É necessário observar o que dispõe o NCPC para a atividade dos mediadores. Tem-se como princípio basilar a confidencialidade, que deve “recair sobre todas as informações transmitidas para que as partes tenham segurança de que nada que seja dito poderá ser utilizado contra elas em outras esferas” (FARIAS, 2016). No mais, não podem ter qualquer interesse no conflito, devendo atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, podendo recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento (DIDIER, 2016).

Ainda em relação à audiência, deve-se utilizar entre as partes um discurso simples e acessível, uma vez que a oralidade e a informalidade orientam as sessões, dando a este processo mais “leveza”, sem o ritual e a simbologia próprios da atuação jurisdicional (DIDIER, 2016).

Importa destacar que, embora muitas vezes haja na prática forense confusão na aplicação dos institutos, a nova lei processual delimita bem o papel da conciliação e mediação, determinando expressamente a distinção destes nos parágrafos §§2º e 3º do art. 165 do NCPC⁹⁴. Para Filpo e Mirza (2014), enquanto a conciliação tem por escopo a extinção de um processo, a mediação, por sua vez, prioriza restabelecer

94. Art. 165 NCPC. § 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

o entendimento entre as partes, permitindo que os litigantes compreendam as razões do seu adversário, mesmo que não venham a atingir um denominador comum. As diferenças são evidentes tanto do “ponto de vista conceitual, quanto metodológico e teleológico”.

Outra questão que merece atenção, diz respeito à audiência de mediação e conciliação do art. 334 do Novo Código de Processo Civil. A lei inovou ao instituir uma audiência prévia, anterior à contestação, destinada exclusivamente à tentativa de solução consensual. No caso de anuência de uma das partes ou ambas, o processo é remetido para o Centro de Solução de Conflitos ou, da sua falta, a audiência é realizada pelo juízo responsável da causa. Nessa situação, é indispensável à presença de um advogado ou defensor público junto às partes.

Quanto à obrigatoriedade da audiência, insta salientar que, muitos questionamentos surgiram nessa temática. Em um primeiro momento, o art. 166, §4º do NCPC estabelece a autonomia da vontade como regra da mediação, por outro lado, do art. 334 extrai-se a necessidade de realização de uma audiência, com força obrigatória, logo após a citação. Nesse sentido, muitos doutrinadores entendem que a imposição feriria o princípio da autonomia das partes, princípio corolário da liberdade, aspecto importante da mediação. Na visão de Santos e Gadenz (2015), a nova lei processual sacrificou um dos princípios mais caros tanto para a mediação quanto para a conciliação.

O que se observa é uma espécie de obrigatoriedade mitigada para a realização da audiência preliminar, somente sendo possível a dispensa da mesma pelo desinteresse mútuo dos litigantes. Os autores Santos e Gadenz (2015) demonstram, magnificamente, a posição do Procurador Federal Rodrigo Matos Roriz, que enuncia que a imposição de procedimento específicos em nada contribui para a marcha célere do processo, pelo contrário, teria sim, efeito contrário:

Talvez fosse mais adequado, visando favorecer a prática da conciliação, sem, contudo, retardar o andamento do processo, retirar a previsão de uma audiência autônoma de conciliação, para incluir a oportunidade de resolução do conflito por meio de transação no âmbito da audiência de instrução, como logopreliminar do ato consecutivo, isto é, a produção da prova oral, quando frustrada a tentativa inaugural da autocomposição. Parece paradoxal, mas creio que aqui tem vez o clichê às vezes o menos é mais. De qualquer forma, é preciso ter em conta que a solução para o problema da judicialização exacerbada, depende, em larga escala, de uma mudança cultural dos jurisdicionados e de determinados agentes de setores da sociedade, tais como as instituições financeiras, as operadoras de plano de saúde, as companhias telefônicas, e, mesmo, em alguns casos, o próprio Estado.

Importante lembrar que, todas as inovações legislativas introduzidas no nosso ordenamento jurídico demonstram a preocupação ao incentivo aos métodos consensuais de composição. Deve-se destacar o instituto da mediação, que assume grande importância no cenário atual, promovendo a harmonização dos interesses conflitantes e a inclusão social através de práticas democráticas, consensuais e autônomas, sendo o acordo mera consequência destas (WUST, 2014).

3. Dos desafios da implementação efetiva da mediação

A proposta da Política Nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição representa uma contribuição para crescimento e mudança social, para vencer

a crise da justiça e consolidar um sistema de efetiva resolução dos conflitos (CALMON, 2008). Como demonstrado nas inovações legislativas, embora seja uma conquista muito representativa no cenário atual, novos desafios se apresentam e precisam ser rechaçados para garantir que a mediação seja aplicada com a efetividade que se espera.

A primeira questão a ser levantada diz respeito à cultura jurídica da sentença. Atualmente, o mecanismo predominante utilizado para resolução de conflitos é o da solução adjudicada, segundo o qual o magistrado profere sentença, podendo ter sua decisão reformada mediante recurso. Durante muito tempo, acreditou-se que esse mecanismo seria a única forma segura e efetiva de alcançar a justiça ou resultados práticos satisfatórios.

Por essa razão, avançar nos estudos do equilíbrio entre o contencioso e consensual é, hoje, um dos paradigmas e maiores dificuldades sociais. Isto porque, como se sabe, todo processo de mudanças implica em gradual aceitação e uma série de adaptações para construção de uma nova mentalidade. Nesse ponto, é importante desenvolver ações e programas voltados à orientação e incentivo a utilização dos meios consensuais, demonstrando os benefícios, a curto e longo prazo, da prática.

As escolas de Direito podem e muito contribuir para a mudança dessa mentalidade se seus programas de ensino forem pautados em propostas pedagógicas direcionadas à formação de profissionais para operar sob duas concepções, a adversidade que permeia os processos judiciais e a não adversidade que particulariza a mediação e outros meios alternativos de conciliação e pacificação social (CAMPOS; MAGALHÃES, 2016).

Importante salientar que, essa mudança da mentalidade deve ser definida tanto pelas partes, quanto pelos operadores do direito, que deverão estar prontos para estabelecer os métodos consensuais como modelo proficiente de justiça. Se-

gundo Tartuce (2016), a experiência revela, porém, que infelizmente alguns juízes, ao encontrarem óbices ao consenso, buscam removê-los fazendo prognósticos ameaçadores. Essa situação compromete negativamente a credibilidade do Poder Judiciário e gera desconfianças em relação à utilidade e à vantagem de se valer dos meios consensuais.

Segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, no Relatório Justiça em Números de 2017, relativo ao ano-base de 2016, apesar de o novo código de processo civil tornar obrigatória a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação, a resolução de casos por meio de conciliação ainda apresenta desempenho tímido, sendo que das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11,9% foram homologatórias de acordo - crescimento de menos de 1 ponto percentual em relação ao ano de 2015. (BRASIL, 2017).

Por isso, outro ponto que precisa ser trabalhado é sobre a participação dos advogados. Muitos destes profissionais ainda são muito resistentes a participar deste processo ou recomendá-lo aos clientes, por acreditar ter perdido seu espaço, ante a ausência do litígio (FARIAS, 2016). Para tanto, “fundamental se revela o envolvimento da Ordem dos Advogados do Brasil no fomento da advocacia da mediação.” (SANTOS, 2008).

Outro ponto que merece atenção é a “manifesta desorganização dos Tribunais” (FARIAS, 2016). Os prazos estabelecidos para a implantação dos Centros Judiciários de Solução de conflitos foram curtos, o que demonstra que muitas comarcas continuam a funcionar sem CEJUSCs. Em muitos desses casos, o que se nota, é a “ausência de investimento e de adequação da estrutura física necessária” (FARIAS, 2016), como também, a falta de profissionais para realizar as audiências.

Quanto à qualificação dos profissionais, Farias (2016) demonstra a preocupação no que estabelece a Resolução n.º 125, estipulando a quantidade de quarenta horas e um esta-

gio de acompanhamento de apenas dez sessões. Aparentemente, o que se nota é que, tais recomendações são ínfimas para capacitação dos mediadores, implicando na qualidade das audiências realizadas. Para a autora, “corre-se o risco de profissionais estarem mantendo e realizando conciliações, mas as apresentarem erroneamente, por imperícia ou negligência, como mediações.”

Com efeito, “difícilmente muda-se a cultura apenas com a lei” (TARTUCE, 2016), o que se impõe é a busca de uma mentalidade consensual, pela adoção de uma nova postura jurídica. Acredita-se que “o relativo declínio da litigiosidade civil, longe de ser o início de diminuição da conflitualidade social e jurídica, é antes o resultado do desvio dessa conflitualidade para outros mecanismos de resolução, informais, mais baratos e expeditos, da sociedade” (SANTOS, 1997).

Conclusão

Por todo o exposto, é evidente que, a sociedade na era da globalização e da facilidade de informações está cobrando mais eficiência do Poder Judiciário. Com a evolução da sociedade e a dinamização das relações humanas, o número de litígios aumentou justificadamente, determinando o insustentável crescimento de ações judiciais. A ideia de que o ente estatal, na pessoa do juiz, é o único responsável por dirimir de forma definitiva através de uma sentença é uma noção ultrapassada e antidemocrática de justiça, pois torna a sociedade estagnada (WUST, 2014).

A proposta de política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição representa uma contribuição para crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e consolidar um sistema de efetiva resolução dos conflitos, reforçando a comunicação entre seus envol-

vidos, transformando o papel do Estado de extremo intervencionismo para o de incentivador e supervisor do diálogo, culminando com o fortalecimento do escopo maior, a pacificação social (CALMON, 2008).

Nesse contexto, a aplicação da mediação torna-se tendência no cenário atual por oferecer respostas mais humanas que se coadunam com as expectativas e desejos das partes. Torna-se um procedimento mais próximo do cidadão, podendo resolver os conflitos por um viés simples, direto e participativo, em detrimento ao modelo distante e frio da jurisdição tradicional (WUST, 2014).

Por essa razão, deve-se incentivar essa mudança da mentalidade, de forma que, tanto as partes quanto os operadores do direito deverão reconhecer os métodos consensuais como modelo proficiente de justiça.

Referências

- AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. *CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESOLUÇÃO CNJ n° 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira a solução dos conflitos de interesses?*. 2016. 313 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e-55f6d32e64c96f0645d.pdf>>. Acesso em 02/12/2017.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de Mediação Judicial*. Azevedo, André Gomma de (Org.). 6ª Edição. Brasília: CNJ, 2016.

- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FARIAS, Juliana Guanaes S. de C. . *Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal*. Direito UNIFACS, v. 1, 2016.
- FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação Judicial: discursos e práticas*. Rio de Janeiro: Mauad: Faperj, 2016.
- FILPO, K. P. L. ; MADURO, F. M. . *Mediação e Conciliação em Juízo: alguns aspectos práticos*. In: LEITE, Rosimere; CRU, Luana; PIMENTEL, Alexandre. (Org.). *Processo e Jurisdição I*. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. I.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Revista da Escola Nacional de Magistratura, v. 2, n. 5 , abr. 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*, Disponível em: < <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-eevolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. *A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta*. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*. Volume 2. São Paulo: RT, 2015.

- MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- RORIZ, Rodrigo Matos. *A Conciliação no Código de Processo Civil Projetado*. Conteúdo Jurídico, 721 Abr. 2013.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, ago. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 10 dez. 2017.
- SANTOS, Saulo do Nascimento e GADENZ, Danielli. *A conciliação e a mediação no novo código de processo civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes?*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 18 dez. 2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SILVA, Antônio Hélio; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- TARTUCE, Fernanda. *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro*. 2016. Disponível em <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em 18 dez. 17.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. 2015. Disponível em <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>>. Acesso em 18 de dez. 2017.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001
- WATANABE, K. *Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. In: RICHIA, M. A.; PELUSO, A. C. (COORD.) *Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Reflexões sobre as ideias do utilitarismo e o protagonismo do judiciário no Brasil

Marcelo Pinto Chaves e Adriana Vinha

Introdução

O objetivo do presente ensaio é apresentar algumas notas sobre os estudos realizados pelos ingleses Jeremy Bentham e John Austin e seus reflexos sobre a interpretação do Direito, notadamente em relação ao brasileiro.

O presente exame ganha especial relevância considerando o atual momento de convergência entre os modelos da *Common Law* e da *Civil Law*.

Acrescente-se que no direito brasileiro, tradicionalmente baseado na *Civil Law*, é visível a inserção de institutos jurídicos próprios da *Common Law*, especialmente quanto à valorização dos precedentes judiciais.

A confluência dos modelos impõe aos intérpretes e aplicadores do direito importante desafio conceitual e quanto aos limites de atuação, bem como trazem ao debate a ques-

tão tormentosa do ativismo judicial e da infundável discussão acerca dos limites entre direito e moral.

O propósito é tão somente favorecer o debate com elementos históricos e conceituais a fim de viabilizar discussões sobre o tema.

1. Jeremy Bentham

Jeremy Bentham nasceu em 1748 e faleceu em 1832, tendo se graduado na Universidade de Oxford. Sua intensa produção intelectual – mais de 40 livros – perpassa por Economia, Administração, Filosofia e Direito, com evidente influência dos trabalhos de John Locke, Thomas Hobbes e Adam Smith em seu pensamento iluminista, sendo considerado um dos principais representantes da escola utilitarista, juntamente com John Stuart Mill e James Mill.

No livro *An Introduction to the Principles and Morals and Legislation*, publicado em 1789, discorre acerca do princípio da utilidade, no sentido de que as ações motivadas pelo desejo de prazer estão corretas quando criam felicidade ou utilidade para o indivíduo e, conseqüentemente, para a sociedade. Em livre tradução: “*A natureza colocou a humanidade sob o governo de dois senhores soberanos, dor e prazer. E somente eles apontam o que devemos fazer, bem como determinam o que faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o certo do errado, e por outra, a cadeia de causas e efeitos*”⁹⁵

Estendeu a aplicação da teoria utilitarista a vários ramos do conhecimento, sempre sob o norte da otimização do

95. “Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne.” (BENTHAM, 1789)

bem-estar por meio da minoração do sofrimento, sobresaindo de sua obra a tentativa de sistematizar métodos para análise de dados.

Em um desdobramento da teoria utilitarista, entendia que o governo possuía mecanismos de promoção da felicidade, através de punição e recompensa, desde que primasse pela razão e pela lei.

Sua conhecida exposição do panótipo traduz seu conhecimento em direito penal, sistema penitenciário, sociologia, psicologia, pedagogia, estatística e controle social.

“O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. (...) O dispositivo do panótipo organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente.” (FOUCAULT, 2009, p. 190)

O dispositivo do panótipo, conforme expõe Michel Foucault, automatiza e desindividualiza o poder – uma vez que a permanente visibilidade assegura o funcionamento automático do controle.

Em sua contribuição mais importante para o tema ora em estudo, Jeremy Bentham, que se contrapunha ao jusnaturalismo e criticava o modelo da *Common Law*, atuava fortemente em defesa da codificação do Direito.

“(…) a obra de Bentham é permeada por uma grande preocupação em torno da elaboração da lei. Essa postura tem origem numa posição de crítica frente ao Direito da Common Law. A razão está na atenção extrema que Bentham dedicava à questão da certeza e do conhecimento do Direito. Ora. Esses requisitos, na sua concepção, não existiam no Direito inglês, que se caracterizava, em essência, um Direito de leis não escritas. Como as leis devem ser conhecidas – este é um tema particularmente caro a Bentham –, essa circunstância tornaria impossível a ciência do Direito pelo cidadão. De fato, Bentham contesta a ideia de que o juiz apenas se limite a declarar regras já existentes. Para ele, o Direito inglês nasceria após o fato, razão pela qual seria essencialmente incerto e imprevisível. Em sendo assim, explica-se a razão de Bentham ser um tenaz defensor da codificação, que deveria abranger todos os ramos do Direito.” (SIEBENEICHLER DE ANDRADE, 1997, p. 66)

Consta do prefácio de *An Introduction to the Principles and Morals and Legislation*, em livre tradução⁹⁶:

O corpo principal do tecido legal em todos os países é constituído pelo que na Inglaterra é chamado de

96. The main body of the legal fabric in every country is made up of what in England is called ‘common law’, and might aptly be called ‘judiciary law’ everywhere, namely that fictitious composition that has no known person for its author, and no known assemblage of words for its substance. It is like that imagined ‘ether’ that ‘supposedly’ fills spaces where there is no perceptible matter. Every nation’s legal code is made up of shreds and scraps of real law tacked onto that imaginary backboard. What follows? That anyone who for any reason wants an example of a complete body of law to refer to must begin by making one (BENTHAM, 1789, p. 4/5)

“common law”, e pode apropriadamente ser chamado de “direito judiciário” em todos os lugares, ou seja, aquela composição fictícia que não tem pessoa conhecida por seu autor, nem um conjunto de palavras para a sua substância. É como aquele “éter” imaginado que supostamente preenche espaços onde não há matéria. O código legal de todas as nações é composto de retalhos e fragmentos de lei real colados a esse quadro imaginário. O que se segue? Que qualquer um que por qualquer motivo queira um exemplo de um corpo completo de leis para se referir, deve começar fazendo um. (BENTHAM, 1789, p. 4/5)

Norberto Bobbio discorre sobre os cinco defeitos que Bentham identificava em sua crítica ao modelo da *Common Law* em *An Introduction to the Principles and Morals and Legislation*, aqui pontuados resumidamente nos aspectos: a) da incerteza; b) da retroatividade; c) da ausência de fundamento no princípio da utilidade; d) da ausência de conhecimento de todos os campos regulados pelo direito por parte do magistrado; e) da impossibilidade de o povo controlar a produção do direito por parte dos juízes.

Defendia que o sistema da *Common Law* não satisfazia a principal exigência da sociedade, qual seja, a segurança jurídica. Isto porque com a ausência de legislação escrita, não é possível ao cidadão a previsibilidade das conseqüências de suas ações, ao argumento de que a adoção ou não de um precedente não observa qualquer critério objetivo e sim o livre arbítrio do julgador.

A possibilidade de retroatividade da lei, especialmente a penal, poderia ocorrer quando o juiz cria um novo precedente, ou seja, quando se está diante de uma situação em que não seja possível o julgamento com base na jurisprudência

existente. Em tal situação, o caso resolver-se-ia com uma nova norma aplicada ao comportamento anterior a ela.

A aplicabilidade do princípio da utilidade é a principal característica que distingue Bentham da concepção tipicamente positivista da atividade judiciária, uma vez que entendia ser tarefa do julgador exercer a sua função em observância aos interesses “efetivamente em jogo”. Sua ideia diferenciava-se da jurisprudência dos interesses (*Interessenjurisprudenz*) no fato de que tal avaliação não poderia ser feita pelo juiz quando do julgamento das questões que lhe fossem submetidas e sim previamente pelo legislador.

O dever de o juiz ter de resolver qualquer questão que lhe fosse submetida também afligia Bentham. Entendia ser impossível a qualquer ser humano o conhecimento sobre todos os assuntos regulados pelo direito. Por outro lado, a produção legislativa do direito não sofreria tal mácula, na medida em que o processo de elaboração de leis submeter-se-ia a vários indivíduos, com multiplicidade conhecimentos.

O último elemento nocivo apontado era o de ilegitimidade do julgador. O direito legislativo seria a verdadeira expressão da vontade popular, posto que aqueles que elaborariam as leis são escolhidos pelo povo, o que não ocorre com os juízes.

Estas críticas de Bentham ao direito comum são importantes, porque fazem conhecer quais eram os motivos que impeliam o movimento iluminista a polemizar contra o sistema de direito então vigente e propugnar pela codificação. (BOBBIO, 1995, p. 99)

Chamado de *Newton da Codificação*, Bentham acreditava que a positivação do direito nos ramos civil, penal e constitucional, em exposição clara, precisa, completa, racional e sistematizada dos comandos favoreceria à ética objetiva, em suma, seria útil em proporcionar bem-estar à sociedade.

[Bentham acreditava] no fato empiricamente verificável de que cada homem busca a própria utilidade: a ética se torna assim o complexo das regras segundo as quais o homem pode conseguir a própria utilidade de modo melhor.

Toda obra de Bentham é guiada pela convicção de que é possível estabelecer uma ética objetiva. É precisamente esta convicção que justifica sua fé no legislador universal, na possibilidade, portanto, de estabelecer leis racionais válidas para todos os homens. (BOBBIO, 1995, p. 92)

Apesar disso, entendia que a codificação não poderia ser objeto de uma comissão de juristas, em razão de que estes poderiam ter interesses na manutenção do *status quo*. A codificação do direito somente atenderia aos seus objetivos (simplicidade e coerência) na medida em que fosse a obra de uma só pessoa.

2. John Austin

John Austin nasceu em 1790 e faleceu em 1859. Em 1826 tornou-se professor na London University, tendo sido fortemente influenciado por Jeremy Bentham, além de Thomas Hobbes e David Hume. Sua maior preocupação era o estudo da jurisprudência, dividindo-a em geral e particular.

Enquanto Bentham se ocupava principalmente da ciência da legislação, Austin se interessava, em vez disso, pela jurisprudência, que subdividia em jurisprudência geral e jurisprudência particular. Enquanto a segunda estuda as características próprias de um ordenamento jurídico específico, a primeira

estuda os princípios, as noções e os conceitos que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos, isto é, a todo direito positivo possível (ou, para ser mais exato, ao direito positivo de qualquer sociedade que tenha atingido um certo grau de civilidade, excluindo-se, assim, os ordenamentos dos grupos sociais primitivos). (BOBBIO, 1995, p. 102)

Oportuno para o presente estudo destacar a definição do Autor acerca do objeto da jurisprudência, em livre tradução⁹⁷:

A questão da jurisprudência é o direito positivo: direito, simples e estrito; ou lei estabelecida por superiores políticos para inferiores políticos. Mas a lei positiva, simples e estritamente assim chamada, é muitas vezes confundida com objetos com os quais se relaciona por semelhança e com objetos aos quais está relacionada à maneira da analogia; com objetos que também são significados, apropriadamente e impropriamente, pela lei de expressão vaga.

Sua produção literária, sensivelmente menor do que a de Bentham, compreende as coletâneas póstumas: *The Province of Jurisprudence Determined*, 1861 e *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 1863. É considerado o fundador da escola analítica de direito e um dos expoentes do positivismo jurídico do século XIX.

97. The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called; or law set by political superiors to political inferiors. But positive law, simply and strictly so called) is often confounded with objects to which it is related by resemblance, and with objects to which it is related in the way of analogy; with objects which are also signified, properly and impropriately, by the large and vague expression law (AUSTIN, conferência I).

Da coletânea das dez primeiras palestras de seu curso na London University apresentada em *The Province of Jurisprudence Determined* é possível extrair os quatro principais elementos de sua explicação sobre o conceito de direito positivo, conforme exposto por PULIDO (2013):

- 1) Toda lei é um comando;
- 2) Um comando é a expressão de um desejo de que alguém realize ou se abstenha de certa ação;
- 3) Toda lei positiva é estabelecida por uma pessoa soberana, ou um conjunto de pessoas soberanas;
- 4) Uma pessoa ou um conjunto de pessoas é soberano se três condições são cumpridas. Primeiramente, essa pessoa ou conjunto de pessoas deve ser determinada e constituir um superior comum ao restante da sociedade. Em segundo lugar, deve haver um hábito geral de obediência a ela ou a elas, é dizer, o restante da sociedade deve ter o hábito de obediência e submissão a ela ou a elas. E em terceiro lugar, a pessoa ou grupo de pessoas que é superior não pode ter o hábito de obediência a qualquer outro superior humano.

Desta forma, os conceitos de comando e obediência ao soberano são basilares em seu trabalho, como requisitos ao reconhecimento de uma sociedade, conforme consta *An Introduction to the Principles and Morals and Legislation* (p. 201/202) em livre tradução⁹⁸:

98. In order that a given society may form a society political, the generality or bulk of its members must be a habit of obedience to a determinate and common superior.

In case the generality of its members obey a determinate superior, but the obedience be rare or transient and not habitual or permanent, the relation

Para que uma determinada sociedade possa formar uma sociedade política, todos ou a maior parte de seus membros, deve ter por hábito a obediência a um superior determinado e comum.

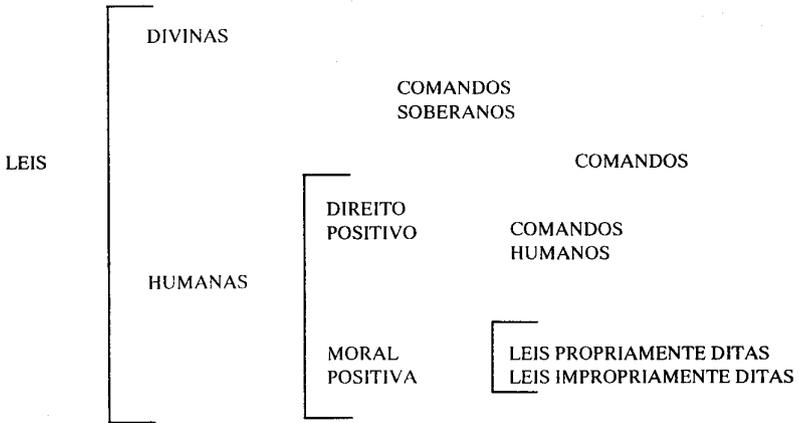
Caso a maioria de seus membros obedeça a um determinado superior, mas a obediência seja rara ou passageira, e não habitual ou permanente, a relação de soberania e sujeição não é criada entre aquele certo superior e os membros daquela sociedade. Em outras palavras, aquele determinado superior e os membros daquela dada sociedade não se tornam, assim, uma sociedade política independente.

Não é despiciendo assinalar que um comando é muito mais do que a expressão de um desejo. Este não é dotado de qualquer caráter coercitivo, ou seja, a não submissão ao desejo de outra pessoa não causa qualquer mal. Por outro lado, a desobediência a um comando gera, necessariamente, uma sanção.

Já a soberania implica no preenchimento de dois requisitos: a obediência habitual de um conjunto de indivíduos a um superior comum e que este superior comum não se subordine ou obedeça a nenhum outro superior humano.

No desenvolvimento do direito positivo Austin trabalha com os conceitos de comando e sanção para diferenciar a lei do costume. BOBBIO (1999) esquematiza tais distinções quanto à lei.

of sovereignty and subjection is not created thereby between that certain superior and the members of that given society. In other words, that determinate superior and the members of that given society do not become thereby an independent political society (AUSTIN, conferência V).



Da preocupação de Austin com os conceitos de lei, jurisprudência, direito judiciário (produzido pelos juízes) e direito legislativo (produzido pelo soberano) sobressai seu interesse em racionalizar o sistema jurídico como mecanismo de validação, em última análise, do próprio Estado.

Aponta como a melhor forma de diferenciar o direito legislativo do direito judiciário na análise do modo como são produzidos e não em suas fontes. O direito legislativo é constituído de normas gerais e abstratas, enquanto que o direito judiciário constituído de normas emitidas para a resolução de um caso concreto.

Defende a superioridade do direito legislativo em relação ao direito judiciário, refutando, contudo, as objeções de que o direito judiciário não é passível de controle pela comunidade e de que não há critérios objetivos na aplicação dos precedentes.

Entende que o controle da comunidade não depende da natureza do direito (judiciária ou legislativa) e sim da estrutura do Estado. Quanto à arbitrariedade do direito judiciário, esclarece que a atividade do juiz na aplicação dos precedentes não é subjetiva, posto que está submetida a múltiplos controles.

Reconhece a existência de problemas na codificação, especialmente no fato de que qualquer código é incompleto diante da impossibilidade de o legislador antever toda conduta humana que pudesse vir a ser praticada. Todavia, ainda que incompleto, o código é menos lacunar que o direito judiciário.

No tocante as críticas de inalterabilidade e menor maleabilidade dos códigos, respondia que o direito judiciário padecia de maior dificuldade de alteração pois no sistema de precedentes a regra era fundada em uma decisão de época anterior e que a rigidez da codificação não seria um inconveniente e sim uma vantagem, qual seja, a segurança jurídica.

A defesa pela codificação consistia na ideia de que um direito conciso e sistematizado é muito melhor do que outro disperso. Ao contrário de Bentham, entendia que este procedimento não seria possível ser obra de uma só pessoa. Aceitava que a redação inicial pudesse ser feita por um único jurista, mas posteriormente deveria se submeter a uma comissão para eventuais ajustes.

3. A aproximação entre os sistemas da common law e da civil law e seus reflexos no direito brasileiro

O sistema da *Common Law*, pertence à tradição anglo-saxônica, sendo encontrado para além da Inglaterra, e dos Estados Unidos (exceto Louisiana), nos países membros da *Commonwealth* (exceto Malta e a Escócia), como Irlanda, Canadá (exceto Quebec), Austrália, Nova Zelândia e África do Sul, por exemplo, construído a partir dos precedentes - evolução histórica do entendimento aplicado na interpretação da lei e da Constituição.

Cabe, neste ponto, trazer o alerta exposto por MARI-NONI (2008) quanto à equivocada ideia de baixa produção legislativa na *Common Law*:

A suposição de que, nos Estados Unidos, a produção legislativa do direito é baixa, que impõe sua criação pelos juízes, não só é falsa, como produz enganos em termos de direito comparado. É provável que um estado típico dos Estados Unidos tenha tanta legislação quanto um país europeu ou latino-americano, a qual obviamente deve ser aplicada e interpretada pelos juízes. (...) Na *Common Law*, a autoridade da lei é superior das decisões judiciais e não o contrário. De modo que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios inúteis para distinguir os sistemas da *Common Law* e *Civil Law*.

Em contrapartida, o sistema da *Civil Law*, de concepção romano-germânico, é o mais difundido no mundo, e considera a organização do direito a partir da codificação, no qual a jurisprudência não consta no elenco das fontes de direito.

No Brasil, vivia-se certa quietude na aplicação do direito em razão da ilusão trazida pelo positivismo no Estado Liberal de que a norma genérica criada resolveria todos os problemas concretos, através do processo de subsunção da lei ao caso. Não era permitido ao magistrado qualquer flexibilidade no julgamento das causas que lhe fossem apresentadas.

Com o fim da Segunda Grande Guerra e os efeitos causados ao mundo pelo regime nazista, o juspositivismo sofre profundo abalo. Percebe-se mundialmente que a norma jurídica por si traduziria apenas o aspecto da legalidade, mas, nem sempre, o de justiça, razão pela qual haveria a necessidade da criação de um modelo que pudesse proteger a huma-

nidade de regimes totalitários e arbitrários, valorizando-se o conteúdo das normas jurídicas. Em outras palavras, o reconhecimento de “direitos” acima de leis.

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética, não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnava o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. (BARROSO, 2010, p. 327/328)

Acrescente-se a isso que, especialmente nos últimos anos, percebemos a aceleração do processo de transformação de nossa sociedade. Os valores sociais estão permanentemente em mutação, impondo-nos o dever de rápida adaptação. Muito do que se considerava como princípio basilar está completamente alterado. Aquilo que já foi considerado como imoral, ilegítimo ou indevido, hoje é visto de forma diametralmente oposta.

Ocorre que a mudança legislativa, como regra, não tem o condão de atualizar-se na mesma velocidade em que a sociedade muda, cabendo ao operador do direito responder à tais anseios.

Por outro lado, esta resposta dada pelo Poder Judiciário à sociedade gera uma série de indagações. Gozariam de legitimidade para tomar decisões que extrapolem o texto legal magistrados que não são eleitos pelo povo? Não causaria violação ao princípio da separação entre os Poderes?

Em relação a primeira pergunta, nos parece que a resposta é negativa. Apesar das críticas que surgem em relação ao movimento de expansão dos poderes e liberdades do juiz não ser dotado de legitimidade, o nosso modelo constitucional e processual civil refletem a democracia participativa (APPIO, 2008).

O devido processo legal é alcançado por meio de um processo justo, sendo este observado quando há reconhecimento da legitimidade no exercício da jurisdição, a qual se alcança ao efetivar os direitos fundamentais com a participação de todos os envolvidos na demanda, concretizando os ideais da democracia participativa.

Melhor sorte não resta às críticas relativas a mácula ao princípio da separação entre os poderes, notadamente em razão de não existir mais espaço no novo constitucionalismo para uma visão estanque de separação dos poderes tal como conceituado por Montesquieu.

Atualmente, não se discute mais a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e

atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo. (ZANETI JR, 2013, p. 48)

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, ao lembrar Dalmo Dallari, discorre sobre a evolução histórica do papel Estatal, asseverando que:

A teoria (separação dos poderes) foi consagrada em um momento histórico – o do liberalismo – em que se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual. Era o período da primeira geração de direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de abster-se, para que o cidadão fosse livre de fruir de sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal preocupou-se, com exclusividade, em proteger o indivíduo da ingerência do Estado.

Esse estado de coisas, alterou-se com o fenômeno histórico da Revolução Industrial, em que as massas operárias assumem relevância social, aparecendo no cenário institucional o primeiro corpo intermediário, porta-voz de suas reivindicações: o sindicato.

A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do

corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um *dare, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. (DALLARI, *apud* GRINOVER, 2010).

De fato, o neoconstitucionalismo provoca a releitura dos valores consagrados nas constituições, bem como na própria estrutura de separação dos poderes.

Neste ponto é importante assinalar que, enquanto no sistema da *Common Law* a ideia de refundação do Estado e da ordem jurídica a partir do poder constituinte confronta com o respeito às tradições históricas, o sistema da *Civil Law* consagra a absoluta ausência de limites do poder constituinte originário na inauguração de uma nova ordem.

No Brasil, a Constituição de 1988 cria uma nova ordem política e jurídica, representada na expressão Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado de Direito Constitucional, na qual o modelo de Estado Social de Direito supera o de Estado Liberal, mediante o reconhecimento de amplos direitos econômicos e sociais, através dos quais, segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2017, p. 114-124) se busca “*criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana*”.

O modelo de Estado fundado na dignidade da pessoa humana dirige a forma de governo ao cumprimento dos objetivos expostos na Constituição em prol do bem da coletividade e da redução das desigualdades.

Aqui é oportuno assinalar remissão a Bentham e ao princípio da utilidade, também chamado de princípio da felicidade.

O norte de garantia de bem-estar e desenvolvimento do indivíduo é traduzido em um modelo de Estado que consolida os direitos fundamentais de primeira (liberdades negativas), segunda (liberdades positivas), terceira (direitos difusos e coletivos) e quarta (direito à participação nas decisões políticas) dimensões. Tanto é assim que pela primeira vez apresenta um elenco de direitos coletivos, dentro do título de direitos e garantias fundamentais.

Em consequência da Constituição de 1988, que ratificou e ampliou fortemente o sistema de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário ganhou protagonismo. De fato, Ada Pellegrini Grinover, citando Tércio Sampaio Ferraz Junior, afirma que:

O objetivo do Estado liberal era o de neutralizar o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Mas, no Estado democrático de direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. (GRINOVER,2010).

É imperioso ressaltar que a assertiva que se cunhou para a atitude proativa do juiz - ativismo judicial - não traz consigo qualquer incoerência com a própria atividade do Poder Judiciário que é caracterizada pela inércia da jurisdição. Isto porque o Poder Judiciário só age quando provocado, ou seja, na medida em que é instado a apresentar uma solução justa e adequada ao caso concreto.

Como é cediço, nosso ordenamento jurídico sempre foi baseado no sistema da *Civil Law*, no qual a jurisprudência

não é fonte de direito, mas sim as normas regularmente positivadas. Contudo, como dissemos anteriormente, o fenômeno da globalização tem influenciado nosso sistema jurídico, em especial, com a introdução de institutos análogos aos existentes em países da *Common Law* (recursos especiais repetitivos da controvérsia, incidentes de resolução de demandas repetitivas e obrigatoriedade da observância da súmula vinculante).

O *Civil Law* e o *Common Law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas.

O *Civil Law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei.

Não obstante as transformações que se operaram no *Civil Law* – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei –, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *Common Law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes. (MARINONI, 2008)

4. A atuação do poder judiciário no Brasil

Neste cenário de protagonismo do Poder Judiciário verifica-se, ainda, o crescimento de demandas de massa à reboque da maior percepção por parte da população de seus direitos, bem como de mecanismos facilitadores do acesso à justiça.

Trata-se de desafio à concretização do princípio da isonomia, que orienta o tratamento desigual em busca da igualdade material, e garante que a interpretação do texto constitucional ultrapasse a esfera normativa.

Como resultado da busca da igualdade e da segurança jurídica é possível identificar a introdução de institutos análogos aos existentes em países da *Common Law* em nosso ordenamento jurídico.

Por ausência de norma regulamentadora é possível elencar a relevância dos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal dos casos que: liberaram utilização de células tronco em pesquisas científicas, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510; na permissão de aborto de feto anencéfalo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54; no reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Acerca da legitimidade constitucional do controle e intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas o *leading case* é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, da qual é oportuno transcrever a exortação realizada pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento publicado no DJ em 04/05/2004:

ADPF 45 - EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDA-

MENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. (...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre 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.

Neste cenário de desafios e em busca de maior segurança jurídica e racionalidade foram introduzidos no ordenamento a sistemática dos julgamentos repetitivos, através da Lei nº 11.672/2008.

A iniciativa foi ampliada com a promulgação da Lei nº 13.105/15 (novo código de processo civil brasileiro), que utiliza institutos análogos aos existentes em países da *Common Law* notadamente quanto à vinculação aos precedentes judiciais.

Acrescente-se que a cooperação, constante no artigo 6º do Novo Código de Processo Civil, compreende a coparticipação de todos os envolvidos na relação processual, possuindo correspondência ao contraditório vinculada aos princípios da informação, diálogo e influência na construção da decisão judicial.

Conclusão

Os estudos críticos realizados por Jeremy Bentham e John Austin sobre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* mantém sua contemporaneidade diante de sua premissa ética consequencialista.

Vivemos um período de convergência entre os sistemas supramencionados em nosso ordenamento jurídico. A legislação processual pós Constituição da República de 1988 tem procurado valorizar o sistema de precedentes judiciais.

Por outro lado, esse fortalecimento da jurisprudência gera, necessariamente, um papel de destaque do Poder Judiciário na efetivação de direitos. Tal protagonismo tem como consequência uma série de críticas que envolvem desde a sua missão institucional até a legitimidade com que atua.

Apesar de tormentosa, a questão relativa aos limites do “ativismo judiciário”, entendemos que o Poder Judiciário, quando provocado, não pode fugir de sua missão de aplicar ao caso concreto a decisão que melhor se amolde às normas principiológicas previstas no texto constitucional.

Entendemos que o ativismo deve se pautar na soma da participação efetiva e colaborativa das partes, para que atenda a finalidade processual (resolução da lide), tornando-as, portanto, corresponsáveis pelo processo e o Juiz, que atua, inclusive, como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a mero fiscal de regras e atos burocráticos.

Neste contexto, a contextualização do atual momento jurídico brasileiro com as obras de Jeremy Bentham e John Austin mostra-se ferramenta relevante para a busca de soluções na efetivação de direitos e, conseqüentemente, na concretização dos fins do Estado Democrático.

Referências bibliográficas

AUSTIN, John. **THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED**, 1832. London: Jonh Murray, 1861. Acessível em: https://books.google.com.br/books?id=Lm__im02ewsC&printsec=front-cover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

BENTHAM, Jeremy. **AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEG-**

ISLATION, 1789 - Copyright © Jonathan Bennett 2017. Acessível em: <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **NOTAS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, pp. 551/571, jan./jun., 2015.

APPIO, Eduardo. **CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**. Juruá. Curitiba, 2008.

AVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS**. São Paulo, Malheiros. 2007. 7ª edição.

BARROSO, Luis Roberto. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (*versão eletrônica*)

_____. **INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**. São Paulo, Saraiva. 2010..

_____. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. Revista Atualidades Jurídicas. http://www.direito-franca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/Artigo-Barroso_para_Selecao.pdf

BOBBIO, Norberto. **POSITIVISMO JURÍDICO – LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO**, São Paulo, Cone Editora, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Colab. GARTH, Bryant. **ACESO À JUSTIÇA**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1998

DALLARI, Dalmo de Abreu. **ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DO ESTADO**, 2007 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO (<https://pt.scribd.com/document/100919742/O-con-trole-de-politicas-publicas-pelo-Poder-Judiciario-ADA-PELLEGRINI-GRINOVER>). Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010

FOUCAULT, Michel – **VIGIAR E PUNIR: NASCIMENTO DA PRISÃO**; tradução de Raquel Ramalhe. 36 ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2009.

MARCONDES, Danilo. **TEXTOS BÁSICOS DE FILOSOFIA DO DIREITO: DE PLATÃO A FREDERICH SHAUER**/Danilo Marcondes. Noel Struchiner – 1 ed. – Rio de Janeiro : Zahar, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **APROXIMAÇÃO CRÍTICA ENTRE AS JURISDIÇÕES DE CIVIL LAW E DE COMMON LAW E A NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NO BRASIL**. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008

PEREIRA, Ana Leonor. **A INSTITUCIONALIDADE CONTEMPORÂNEA E A “UTOPIA” DE BENTHAM**. Revista de História. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra. Disponível em: [[http://ler.letras.up.pt/site/default.aspx?qry="id04id1230id2238&sum=sim](http://ler.letras.up.pt/site/default.aspx?qry=)].” Acesso em: 10.04.2018.

PULIDO, Carlos Bernal. **AUSTIN, HART E SHAPIRO: TRÊS CONCEPÇÕES SOBRE O DIREITO COMO ENTIDADE FUNDADA EM UMA PRÁTICA SOCIAL.** Revista Brasileira de Estudos Públicos. Belo Horizonte. N. 107, pp. 43-98. Jul./dez. 2013.

SLONIAK, Marcos Aurélio. **ACESSO A JUSTIÇA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO E DO GARANTISMO PROCESSUAL.** Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?co-d=3312a1d297ed261e.

ZANETI JR, Hermes. **A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: FUNÇÕES DE GOVERNO E FUNÇÕES DE GARANTIA IN O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.** Ed. Gen/Forense. 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2013,.

_____. **O VALOR VINCULANTE DOS PRECEDENTES – TEORIA DOS PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES.** 2 Ed. Ver. E Atual. – Salvador : jus-PODVM, 2016.

O processo eletrônico e os meios de solução de conflitos sob a perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais brasileiros

Mariana Lima Menegaz

Introdução

As relações humanas estão em constante modificação. No passado, a utilização da tecnologia e dos aparelhos eletrônicos era imensuravelmente menor, assim como o acesso a tais aparelhos e a internet.

Com o desenvolvimento tecnológico e o aumento da globalização, a sociedade pode se relacionar com maior velocidade, sem que a presença física fosse necessária para uma comunicação perfeita. Desse modo, a internet e os meios eletrônicos ganharam espaço entre as relações sociais existentes, o que afetou também o poder judiciário.

Após as variadas inovações tecnológicas, os sistemas eletrônicos adentraram ao meio processual de maneira gradati-

va. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 11. 419/06, o processo eletrônico passou a ser aplicado em todo o poder judiciário, trazendo grandes inovações à sistemática dos processos e aos procedimentos.

O processo eletrônico possui, entre seus objetivos, a função primordial de assegurar que o processo seja célere, com inovações, como a realização de carga processual pelas partes para só então ter acesso completo aos autos, sendo agora concedida a oportunidade por lapso temporal maior do que aquele proporcionado nos balcões das secretarias.

Ademais, o processo eletrônico confere a possibilidade dos advogados exercerem suas funções em todo o território brasileiro, sem que seja necessária a presença física deles para movimentarem, peticionarem, ou mesmo acessarem os autos dos processos.

Nesse sentido, é evidente que esta é uma modificação que também auxilia na utilização dos Meios de Solução de Conflitos, como a Mediação e a Conciliação, que podem ser realizadas também via internet, conforme art. 46, Lei 13.140/15.

Entretanto, outros aspectos devem ser observados, como a realidade digital vivenciada pela sociedade brasileira, que não garante acesso à internet e a computadores para todos. Nesse ponto, faz-se necessário a análise se realmente o princípio do acesso à justiça está sendo assegurado.

Os direitos fundamentais e individuais devem ser garantidos a toda a sociedade, ainda que o processo eletrônico tenha sido implementado no território brasileiro. Além disso, o princípio do devido processo legal também deve ser observado quando se aplica o processo eletrônico, sob pena de nulidade.

Desse modo, o escopo deste trabalho versa sobre a verificação da Lei 11.419/06 e dos direitos fundamentais do indivíduo, que deverão ser assegurados mesmo que o processo seja

eletrônico, e não mais físico, como verificado anteriormente. Por fim, são feitas reflexões acerca de melhorias para o aprimoramento do processo eletrônico no Brasil.

1. Direitos fundamentais amparados pela constituição federal de 1988

O Brasil possuiu sete Constituições Federais, que foram aprimoradas conforme a globalização expandiu e, com isso, maior a interação entre as sociedades. Desse modo, direitos que não eram considerados importantes nas Constituições anteriores, passaram a ser, e grandes inovações ocorreram no texto legal.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a Constituição de 1934 incorporou ao seu ordenamento, vários direitos sociais, como o direito à subsistência, à assistência aos indigentes, além da possibilidade da Ação Popular.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, também chamada de “Constituição Cidadã”, foi responsável por garantir vários direitos que antes eram despercebidos pela sociedade, como os dispostos no Título II deste ordenamento, cujo nome “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” já ressalta a proteção que lhes é devida, assim como suas importâncias.

Ressalta-se, dentre os direitos e garantias protegidos por este ordenamento, a proteção aos direitos trabalhistas, a ampliação de liberdades civis e direitos individuais, além de alterações quanto à ordem econômica e ao sistema tributário.

Ademais, a legislação referente à assistência social e a seguridade também podem ser destacadas como inovações deste ordenamento jurídico, caracterizando assim, a nova ótica do judiciário que pretende acompanhar a aproximação e o desenvolvimento da sociedade globalizada, em pleno século XXI.

1.1 Acesso à justiça garantido pela constituição federal

Dentre os vários direitos e garantias destacadas pela Constituição Federal de 1988, verifica-se o direito ao acesso à justiça, disposto no artigo 5º, XXXV.

Segundo este ordenamento, o Poder Judiciário deverá apreciar toda e qualquer ameaça ou lesão a direito. Desse modo, entende-se que a sociedade poderá, sempre que se sentir lesionada ou ameaçada, recorrer ao judiciário, sendo que este último possui o dever de atendê-la.

As formas de acesso à justiça foram ampliadas, conforme a globalização aumentou e as relações humanas se estreitaram.

A Constituição Federal de 1934 (BRASIL, 1988) já previa em seu texto legal a possibilidade de assistência judiciária gratuita para os necessitados, direito este que se enquadrava nas garantias individuais:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Posteriormente, a atual Constituição (art. 5, LXXIV) também prevê a assistência jurídica gratuita e integral àqueles que comprovem não possuírem recursos econômicos suficientes para arcarem com as custas processuais.

Os Juizados Especiais auxiliam a ampliação do acesso à justiça. Tanto na esfera criminal, como na cível, nos âmbitos

estaduais e federais, os processos tramitam com maior celeridade do que nas varas comuns, na maioria das vezes. Ademais, a Defensoria Pública, tanto a Estadual, como a Federal, realiza importante função para garantir o acesso à justiça.

Conforme dados extraídos do ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos) e do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), no ano de 2013, a Defensoria Pública estava presente apenas em 754 (setecentos e cinquenta e quatro) das 2.680 (duas mil seiscentas e oitenta) comarcas distribuídas em todo o país (BRASIL, 2017), o que evidencia a carência de amparo jurídico por parte das Defensorias Públicas nos processos judiciais.

1.2. A celeridade processual

Além da garantia de acesso à justiça, outro direito assegurado pela Constituição Federal é a celeridade processual.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 incluiu à Magna Carta, em seu artigo 5º, LXXVIII, a garantia de que a tramitação de todo processo tenha duração razoável, preservando a celeridade.

Esta garantia está reforçada também no Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), que em seu artigo 4º determina que: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”.

Desse modo, ainda que o dispositivo não tenha definido o que é considerado “razoável” para a duração de um processo, sendo que a definição disto é eminente subjetiva (MASCARENHAS, 2010, p.84), é evidente que o legislador busca meios de assegurar às partes que auferam respostas em um lapso temporal aceitável, preservando todos os demais direitos a eles inerentes, além de garantir o devido processo legal (Art. 5º, LIV e LV, da CF).

Entretanto, é necessário destacar que a celeridade processual não pode ser sobreposta a análise cautelosa e detalhada do processo em trâmite. As partes possuem o direito de terem suas demandas verificadas com a cautela devida para que a solução, através da prolação da sentença, seja justa e legal. Nesse sentido, destaca Daniel Amorim (2016, p. 305) que:

É natural que a excessiva demora gere um sentimento de frustração em todos os que trabalham com o processo civil, fazendo com que o valor celeridade tenha atualmente posição de destaque. Essa preocupação com a demora excessiva do processo é excelente, desde que se note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional.

Portanto, caso verifique-se ser necessário maior estudo sobre o processo, atuação mais minuciosa e detalhada dos juízes, advogados, servidores, e que seja naturalmente mais demorada a solução do caso, é natural e aceitável que o lapso temporal de finalização do processo seja maior, sem que haja violação de qualquer princípio ou direito.

No tocante ao devido processo legal, nota-se que a legislação brasileira está sendo modificada para acompanhar, ou tentar acompanhar, todas as inovações geradas como consequência da globalização e interação das relações humanas, além do desenvolvimento tecnológico.

O Código de Processo Civil de 2015 objetivou também tornar possível a efetivação do que já era garantido pela Constituição Federal e que fora apontado acima. Para que a tutela jurisdicional seja rápida, adequada e eficiente, o novo ordenamento jurídico inovou em alguns aspectos, como na

aplicação da Lei nº 11. 419/2006, que disciplina o processo eletrônico no poder judiciário brasileiro.

Desse modo, é possível vislumbrar dispositivos legais acerca da utilização do processo eletrônico, substituindo o processo físico comumente utilizado, como nos artigos 193 a 199 do Código de Processo Civil, que disciplinam a prática eletrônica dos atos processuais, além do artigo 246, V, deste mesmo ordenamento, que determina a citação por meio eletrônico (“Art. 246. A citação será feita: V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.”).

É justamente na busca do acesso à justiça, além de todos os fatores ressaltados acima, que o processo eletrônico tornou-se parte importante da atuação do advogado brasileiro em todo território nacional. Haja vista que tais mudanças ocorreram de forma acelerada, faz-se necessário o estudo aprofundado do processo eletrônico e das garantias dos direitos fundamentais dos indivíduos, sendo este o escopo deste artigo.

1.3. Reflexos do processo eletrônico nos meios de solução de conflitos

Várias inovações jurídicas foram verificadas recentemente, estando, entre elas, a positivação dos Meios de Solução de Conflitos que atuam alternativamente ao Poder Judiciário, sendo chamado de Modelo de Justiça de Multiportas.

O Poder Judiciário passa a ser, então, mais uma opção ao cidadão que se encontra com uma situação de violação de direito, havendo também a Mediação e a Conciliação.

Ambos os institutos estão positivados no Código de Processo Civil de 2015, na Resolução nº 125/10 (BRASIL, 2010), sendo que a Mediação possui lei específica, qual seja a Lei 13.140/15 (BRASIL, 2015), que em seu artigo 46 determina que a Mediação possa ser utilizada também via in-

ternet, desde que ambas as partes concordem com tal feito (NEVES, 2016).

Entre os Princípios que regem ambos os mecanismos citados acima, alguns que merecem destaque são: o Princípio da Autonomia da Vontade e o Princípio da Voluntariedade, que dispõe sobre a necessidade de aceitação das partes tanto para que a aplicação do Mecanismo ocorra, quando para que o acordo seja firmado exatamente nos moldes em que eles concordarem (TARTUCE, 2016, p. 190).

Desse modo, juntamente com o Princípio da Informalidade, percebe-se o reflexo positivo da utilização do Processo Eletrônico nos processos judiciais atuais, haja vista que a mediação ou a conciliação judicial poderão ser feitas por advogados, com a participação das partes, em qualquer local do território nacional, desde que todos estejam de acordo com isso, e que existam meios eletrônicos capazes de efetivar tal procedimento, como computadores, internet e até mesmo aplicativos que facilitem a comunicação das partes em sessão de Mediação ou Conciliação.

2. A substituição do processo físico pelo processo eletrônico no século xxi

As relações humanas foram sempre baseadas nas interações que ocorriam através de conversas, do contato físico, seja para demonstrar sentimentos bons ou ruins, tudo foi transmitido no momento, através das interações físicas, inclusive os conflitos.

Para que uma pessoa iniciasse um processo judicial contra outra, era necessário realizar a petição inicial escrita, primeiramente manuscrita, e, posteriormente, através da utilização dos computadores, digitada, impressa e anexada aos autos do processo.

Os processos em trâmite poderiam ser visualizados apenas nos cartórios das varas e nas secretarias, as cargas eram necessárias e tidas como única opção caso a parte quisesse verificar o processo cuidadosamente em seu escritório.

Entretanto, com o desenvolvimento das tecnologias e dos meios eletrônicos, tornou-se possível a ampliação do acesso ao poder judiciário por meio do processo judicial eletrônico (Lei nº 11. 419/2006), que vem sendo comumente chamado de e-process.

O processo eletrônico é considerado um avanço no meio judicial em vários aspectos, como na eliminação da formação dos autos físicos, além da maior agilidade em visualizar os processos, na possibilidade de atuação em todo território nacional, sem que o advogado tenha que se deslocar fisicamente para cada comarca, o que influencia também na duração razoável do processo.

Segundo o artigo 193, *caput*, do Código de Processo Civil, os atos processuais poderão ser realizados total, ou parcialmente, pelo meio digital. Os documentos, que antes eram anexados fisicamente ao processo, poderão ser escaneados e enviados, através da internet, para os sistemas que cada Tribunal adotar.

Ademais, é de conhecimento geral que a assinatura, a partir desta nova Lei, passou a ser digital.

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;

III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;

b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Desse modo, conforme artigo 1, §2, III, da Lei 11.419/06, a assinatura eletrônica é a forma de identificação do signatário, que poderá ser realizada através de certificado digital (requerido pelo advogado inscrito na Ordem dos Advogados Brasileiros – OAB – e concedido, após pagamento de taxa previamente estipulada), ou mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, de acordo com o que for disciplinado pelo órgão respectivo.

2.1. O processo eletrônico como garantia dos direitos fundamentais

Conforme exposto acima, a Lei 11.419/06 trouxe inúmeras alterações quanto ao processo no poder judiciário brasileiro, haja vista que é aplicada no âmbito cível, criminal e trabalhista.

Esperava-se que com a aplicação desta Lei, juntamente com os artigos do Código de Processo Civil de 2015, que vários seriam os problemas solucionados, como a morosidade

do judiciário e a ampliação do acesso à justiça, assegurando princípios constitucionais. Entretanto, tais idealizações não foram efetivamente realizadas por completo.

É evidente que o processo eletrônico deve estar em consonância com os princípios constitucionais, estando subordinado às mesmas formalidades do processo tradicional. Destarte, é necessário observar o princípio do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, publicidade, igualdade e celeridade processual, sob pena de nulidade (ALVIM, 2008, p.40).

As modificações propostas repercutiram na questão procedimental, entretanto, não houve alteração significativa no âmbito da celeridade processual, haja vista que fatores externos às questões jurídicas, mas inerentes à utilização do processo eletrônico, interferem diretamente na sua utilização.

É de conhecimento de todos que para que o processo eletrônico funcione, ele deve estar conectado com a internet. Tal fato é considerado positivo no tocante ao acesso ilimitado dos advogados, partes, juízes e servidores, que podem verificar documento, assim como anexá-los, independente do horário e de sua presença física nos Fóruns.

Porém, este mesmo fato que na teoria traria apenas benefícios aos seus usuários é questão recorrente de reclamações daqueles que utilizam tais sistemas.

Os relatos giram em torno da dependência existente entre o acesso ao processo à conexão com a internet. Desse modo, caso a parte, ou mesmo o advogado, não tenha condições de possuir computador e internet, estará privado de vislumbrar seu processo e documentos anexados a ele (PUARARI, 2012), além de ter o acesso ao poder judiciário limitado ao uso dos computadores disponibilizados em algumas OABs espalhadas pelo território brasileiro.

Neste aspecto, cabe a análise minuciosa do Princípio da Igualdade que várias vezes é esquecido ao aplicar-se o processo eletrônico.

Pesquisas realizadas no ano de 2015 aprontam que 58% (cinquenta e oito por cento) dos brasileiros possuem acesso a internet. Conforme mesma pesquisa, o número aumentou 5% (cinco por cento), comparado com o ano de 2014 (BRASIL, 2016).

É notório que o fato do número de pessoas com acesso a internet aumentar é positivo também para o âmbito jurídico, entretanto, verifica-se que 42% (quarenta e dois por cento) da população brasileira não possui esta mesma condição.

Tendo em vista que o acesso à justiça é garantia constitucional, o que implica sua aplicação à todo indivíduo, sem distinção alguma, faz-se necessária a cautela para que a limitação ao processo eletrônico não proporcione prejuízos às partes que não possuem acesso a internet e que, na maioria das vezes, possuem condição financeira mais baixa do que comparado às outras, valendo-se de justiça gratuita, defensoria pública, entre outros meios que o legislador disponibilizou para essas situações.

Percebe-se, portanto, a fragilidade existente na utilização do processo eletrônico no sistema brasileiro, que na teoria funciona perfeitamente, porém, na prática, vislumbra ineficiência e dificuldades de adesão por parte da sociedade.

No tocante a garantia de acesso à justiça, respaldada pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que ainda há um longo caminho a ser perseguido, haja vista que não são todos os brasileiros que possuem acesso ao computador e a internet, dificultando a utilização do processo eletrônico e o acompanhamento dos trâmites de suas demandas, impossibilitando que o acesso à justiça seja amplo e indistinto.

3. Possíveis alterações na aplicação do processo eletrônico brasileiro

O processo eletrônico é responsável por várias mudanças na forma de atuação dos advogados, juízes, partes e servi-

dores brasileiros, sendo necessário o constante estudo acerca dos pontos a serem modificados e das dificuldades existentes, para adequação deste novo modelo aos princípios basilares do direito brasileiro.

Conforme artigo 8º da Lei 11.419/06, os órgãos do Poder Judiciário possuem autonomia para desenvolverem os seus sistemas eletrônicos próprios de processamento:

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

Desse modo, estão em uso, atualmente, vários sistemas diferentes como o E-proc, Pje, PROJUDI, entre outros.

Ocorre que a autonomia destinada para cada órgão criar seu próprio sistema eletrônico faz com que existam vários deles e que não são padronizados, havendo áreas de navegação digital diferentes, complexas e que possuem o risco de estarem inoperantes e inacessíveis, dependendo do momento, em razão da conexão com a internet (GUNTHER, 2010, p. 84-113).

Ademais, faz-se necessário destacar que cada um desses sistemas é criado independentemente do outro, sem haver relação entre seus dispositivos e seu modelo de funcionamento e operação.

Em virtude dos fatos mencionados, a melhor solução para esta questão é a padronização dos sistemas eletrônicos

de processamento, para que assim, unifiquem todas as plataformas dos Tribunais de todas as instâncias, o que facilitaria tanto para os usuários dos sistemas (como advogados, servidores e juízes), como para as partes, que utilizam os sistemas para acompanhamento de suas demandas.

Outra preocupação constante, e que é passível de mudanças, é a interligação dos sistemas eletrônicos também com os outros órgãos além do poder judiciários, como as delegacias, o que aperfeiçoaria ainda mais o processo eletrônico (BARROSO, 2014).

Levando-se em conta tais aspectos, é possível notar que ainda há muito que ser feito para que o processo eletrônico brasileiro seja utilizado da melhor maneira possível a fim de alcançar o que está previsto na Lei 11.419/06 e garantir a efetividade de todos os direitos fundamentais inerentes à sociedade.

Considerações Finais

As interações humanas foram modificadas substancialmente no decorrer dos anos, principalmente com o desenvolvimento e avanços das tecnologias, sendo também consequência o aumento da globalização.

As alterações e inovações também alcançaram o âmbito judicial, principalmente com a entrada em vigor da Lei nº 11.419/06, que disciplina o processo eletrônico judicial.

É evidente que o processo eletrônico, ainda que se distinga do processo tradicional, deve observar todos os princípios constitucionais assegurados, como o devido processo legal, a celeridade processual e a garantia de acesso à justiça, entre outros, sob pena de nulidade.

Ao aplicar na prática a legislação acerca do processo eletrônico, verificam-se falhas e lacunas presentes que ainda devem ser modificadas.

A realidade digital brasileira é um dos aspectos que merece atenção e deve ser alterado, haja vista que não há totalidade da população com acesso a internet, ou mesmo com interação com as tecnologias, entre elas computadores e celulares, para entrarem em contato com os seus processos em trâmite, o que também é obstáculo para garantia do acesso à justiça amplo e irrestrito.

Desse modo, não se pode pensar em acesso à justiça amplo e irrestrito se nem mesmo há condições reais e efetivas para que todos os indivíduos do território brasileiro tenham acesso à internet, seja através do celular ou mesmo por computadores e notebooks.

Ademais, os próprios advogados são atingidos diretamente pela falta de padronização de sistemas, haja vista que cada Tribunal pode desenvolver a sua própria plataforma online para utilização eletrônica. Assim, vislumbrando todos os problemas e obstáculos enfrentados pelos usuários dos vários sistemas de processo eletrônico em todo o território brasileiro, acredita-se que a unificação de todos os sistemas seria a melhor solução a ser implementada no país.

Inclusive, discute-se a possibilidade da unificação ir além do poder judiciário, alcançando também delegacias, defensorias públicas e ministério público, almejando assim, maior eficiência ao processo e, principalmente, maior facilidade de manuseio do sistema para os advogados e servidores.

Destaca-se que o presente trabalho não possui o escopo de esgotar o tema, nem mesmo trazer soluções prontas e definitivas para os problemas aqui destacados, mas sim ser meio de análise e reflexão acerca da utilização do processo eletrônico nos Tribunais e da necessidade de observância dos direitos fundamentais.

Dessa forma, conclui-se que os desafios ainda são vários e que apenas com a utilização das plataformas e dos sistemas

criados para efetivação do processo eletrônico é que as melhorias e alterações poderão ser feitas, lembrando sempre que devem estar de acordo com o devido processo legal e assegurar todas as garantias individuais e fundamentais.

Referências Bibliográficas

ALVIM, J.E. Carreira; JÚNIOR, Silvério Luiz Nery Cabral. Processo Judicial Eletrônico. Curitiba: Juruá, 2008. p. 40.

BARROSO, Marcos Patrick Chaves. Processo judicial eletrônico: Lei 11.419/06. Desafios em sua implantação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15289>. Acesso em: 23 mar 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 mar 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 24 mar 2017.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm >. Acesso em: 24 mar 2017.

BRASIL. Mapa da Defensoria Pública no Brasil. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria>>. Acesso em: 23 de março de 2017.

BRASIL, Portal Brasil. Pesquisa Revela que mais de 100 Milhões de Brasileiros Acessam a Internet. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2016/09/pesquisa-revela-que-mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 24 mar 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. O Processo Eletrônico e os Direitos Fundamentais. R. Jurídica, Curitiba, n. 25, Temática n. 9, p. 84-113, 2010-2.

MASCARENHAS, Paulo. Manual de Direito Constitucional. Salvador, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PUARARI, Adriano Farias; ISAIA, Cristiano Becker. Processo Eletrônico, Garantias Constitucionais do Processo e a Realidade Digital do Brasil. Congresso In-

ternacional de Direito e Contemporaneidade. 30, 31
mai e 01 jun / 2012- Santa Maria / RS.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São
Paulo: Método. 2016.

A tutela provisória antecedente do novo código de processo civil: Um estudo crítico acerca de sua estabilização

Samantha Caroline Ferreira Moreira e Geraldo Da Silva Vieira

Introdução

O processo é um instrumento destinado à vontade da lei, devendo, na medida do possível, desenvolver-se mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional seja oportuna, sendo certo que a tempestividade e a efetividade da referida tutela são elementos primordiais para se determinar o grau de eficiência dos tribunais.

O Poder Judiciário desempenha a relevante função de assegurar a efetiva aplicação da justiça, sendo que a administração judiciária eficaz é fundamental até para aquele que perde a demanda, já que, sob o enfoque psicológico e econômico, a

espera demorada e desnecessária da jurisdição causa descrédito na legislação e no próprio Poder Judiciário.

Desse modo, o novo diploma processual, CPC/2015, enfatiza a noção da prestação jurisdicional como **serviço público adequado e eficiente, bem como demonstra a** concepção de um novo formalismo, cujo objetivo é buscar a “solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, em “prazo razoável” (art. 4º).

Ademais, a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXXIV, assegura o direito de petição aos Poderes Públicos, a obtenção de certidões em repartições públicas e a gratuidade das taxas judiciárias; assim como em seu inc. XXXV, onde se afirma taxativamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, consagra o direito a jurisdição. (BRASIL, 1988).

A efetividade e celeridade no Novo Código de Processo Civil de 2015, são objetivos precípuos, conforme enfatizado no texto de apresentação do seu projeto:

“É que; aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”. (BRASIL, 2010)

Destarte, os processualista¹⁰⁰ sempre se preocuparam com um valor fundamental ínsito à tutela dos direitos, qual seja: a

99. É difícil precisar em que momento iniciou e em que fase atualmente

imprescindibilidade da efetividade do processo como instrumento de realização da justiça.

Com o advento da Lei n. 8.952/94, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da “antecipação dos efeitos do pedido” (que ficou popularmente conhecido como “tutela antecipada”) não faltaram proferimentos exagerados de êxtase e idolatria ao instituto (MARINONI, 2008, p. 20-21).

Pontue-se, que era comum a alusão, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, reformado, de que vivenciamos há muito uma mudança do perfil da aplicação de tutela em nosso país. (NUNES e JÚNIOR, 2015, p. 103).

Destarte, as normas legais devem ser reinterpretadas em face da nova Constituição. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (BARROSO, 1996, p. 67/68).

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil Brasileiro em março de 2016, é possível verificar várias modificações relevantes na estrutura dos procedimentos cíveis, bem como alguns novos institutos processuais foram criados, e deno-

encontra-se a reforma do processo civil brasileiro. Algumas correntes sustentam que o marco inicial foi no ano de 1985 com a introdução ao sistema de diversos instrumentos destinados a tutelar direitos de natureza coletiva (ZAVANSCKI, 1997, p. 173-178), outras afirmam que as reformas somente tiveram início no ano de 1992, a partir da promulgação da Lei 8.455 que alterou os dispositivos referentes à prova pericial (WAMBIER, 2015). Independente de ser a primeira ou a segunda fase das reformas deste cenário, ao final do ano de 1994 por meio das Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953 e, novamente, no ano de 1995 com as Leis 9.099, 9.139 e 9.245 apresentam-se no país as primeiras alterações com o objetivo de aperfeiçoar e ampliar os mecanismos até então existentes no sistema processual vigente (ZAVANSCKI, 1997).

ta-se relevante e muito comentado pela comunidade jurídica a significante alterações dos procedimentos das tutelas provisórias de urgência, como por exemplo a unificação dos requisitos da denominada “tutela antecipada” com o “processo cautelar”.

Assim, no presente artigo pretende-se apontar algumas considerações e reflexões especificamente sobre os contornos da tutela antecipada antecedente e seus efeitos no que concerne à coisa julgada, especificamente quanto à estabilização da referida tutela confrontando com o modelo constitucional de processo já normatizado pela Carta Magna de 1988.

1. Tutelas diferenciadas e sua divisão

Tutela jurisdicional significa proteção e resposta Estatal a uma provocação dos jurisdicionados por meio da propositura de uma ação e se trata de uma garantia constitucional proclamada no Art. 5º, inc. XXXV da CF, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não há dúvida de que nessa disposição constitucional se assenta o denominado “direito constitucional de ação”, ou ainda a “garantia da inafastabilidade da jurisdição”.

Destarte, é possível considerar que nem sempre a prestação buscará solucionar uma lide necessariamente, mas sempre haverá um objeto da ação que, por vezes, pode não ter como se sujeitar ao trâmite natural de uma demanda, já que essa demora processual pode gerar ou agravar um dano.

Cumprе ressaltar que o sistema de tutela provisória no novo CPC prevê uma primeira grande subdivisão: tutela da urgência e tutela da evidência: art. 294, caput. A tutela da evidência resta estabelecida no art. 311 e representa um aperfeiçoamento do conteúdo normativo previsto no art. 273, II, CPC/73, ampliando-se seu espectro com o acréscimo de novas hipóteses. E a tutela de urgência vem regulada nos arts. 300 a 310 do novo CPC.

As tutelas de urgência são caracterizadas pelo *periculum in mora* e decorre de fatores de: natureza procedimental e extraprocessual, e tem escopos minimizarem os danos decorrentes da excessiva demora na obtenção da prestação jurisdicional, seja ela imputável a fatores de natureza procedimental, ou mesmo extraprocessuais, relacionados à precária estrutura do Poder Judiciário, como a insuficiência de juízes e funcionários e a má distribuição de competências.

A tutela diferenciada não segue o procedimento padrão, de cognição completa, ela se realiza mediante a cognição sumária, com aptidão para desde logo “realizar o direito afirmado pelo litigante qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao procedimento comum” (SOARES, 2000, p. 136,141).

Em síntese, a sumariedade da atividade cognitiva realizada pelo magistrado para fins de prolação de sua decisão é a principal nota característica da denominada tutela jurisdicional diferenciada, seja com relação aos provimentos provisórios, seja ainda quanto aos provimentos judiciais definitivos ou finais (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 15).

A cognição exauriente, pressupõe a completa realização prévia do contraditório e por isto se permite às partes a ampla discussão da causa e produção das provas, com o que, conseqüentemente, o juiz, na decisão final, pode promover aprofundado, mediante o pleno debate processual, o exame dos fatos, permitindo à decisão maior perspectiva de acerto quanto à solução do mérito, desaguando-se na imutabilidade da solução pela formação da coisa julgada. (ANDRADE, NUNES, 2015, p. 5).

BEDAQUE, (2006, p. 120), indica que o juízo emitido nestas condições é de alta probabilidade: No processo de cognição plena e exauriente, o provimento judicial é posterior à realização do contraditório, o que possibilita o

conhecimento completo dos fatos pelo juiz. Em razão dessa atividade cognitiva, o juízo emitido é de certeza, não de probabilidade. Nessa linha, o provimento tende a tornar-se imutável, em virtude da coisa julgada.

Já no que concerne à cognição sumária, Andrade, Nunes (2015, p. 5) afirmam que:

cognição sumária, ao contrário, impõe limitação no debate e na investigação dos fatos da causa pelo juiz e pelas partes: o exame dos fatos e o debate são superficiais, razão pela qual, normalmente, a decisão judicial aqui não formaria a autoridade da coisa julgada material. Este tipo de cognição é utilizado, no direito brasileiro, em sede da chamada tutela de urgência, tradicionalmente prevista no âmbito do processo cautelar (art. 798 do CPC/73) e da tutela antecipada (art. 273 do CPC/73).

Vale lembrar que pressuposto lógico e prático da decisão é a cognição, pois o juiz conhece dos fatos, do direito e das provas, para só então decidir. Daí por que, quando se fala em sumariedade (em sentido amplo) ou em restrição à atividade cognitiva, o que se pretende é afirmar que haverá exame de alguma forma restrito, quanto aos elementos que devem ser examinados pelo magistrado para formar sua convicção e então decidir.

Em outras palavras, a expressão tutela diferenciada¹⁰¹ serve como referência tanto para os casos de tutela provisória

100. O tema das tutelas jurisdicionais diferenciadas passou a ser objeto do debate da ciência processual a partir do trabalho de Proto Pisani publicado em 1973, partindo-se, como pressuposto óbvio, da necessidade de diversidade de técnicas processuais para as diversas hipóteses de direito material a ser aplicado e analisando que a questão somente poderia ser devidamente colocada em discussão a partir daquele momento histórico em face da

(as liminares, no jargão forense), como ainda para a categoria por vezes referida pela doutrina como “ações sumárias”, em que se obtém provimento definitivo sem que haja cognição completa por parte do juiz (CHIOVENDA, 1965, p. 234 et seq.; SILVA, 2000, p. 212,219,222).

Proto Pisani, uma divisão para a temática processual, que não se confundiam, quais sejam: a) as formas típicas de tutela sumária (cautelar, satisfativa interinal: antecipatória, específica); ou, b) em outra perspectiva, a expressão poderia se referir à predisposição de vários procedimentos de cognição (plena e exauriente ou não), alguns dos quais modelados sobre categorias individuais de situações substanciais controversas (no Brasil, por exemplo, a consignação em pagamento, prestação de contas, entre outros)

Ademais, a adoção da medida sumária de caráter provisório, representam duas importantes garantias: a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição, não implica o completo afastamento do contraditório, esse apenas é realizado em momento posterior, em razão das exigências apresentadas pela relação de direito material.

2.1 Espécies de Tutelas Provisórias de Urgência

No novo diploma processual também encontram-se expressamente estabelecidas as tutelas de urgência antecipatória e cautelar.

A tutela antecipatória possui natureza satisfativa, uma vez que o juiz profere decisão interlocutória no curso de um pro-

viabilidade de pensar uma quebra do modelo neutro e único de processos ordinários de cognição plena, presumidamente predispostos a permitir o julgamento de qualquer caso. PROTO PISANI, Andrea. Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. Studi di Diritto Processuale del Lavoro. Milano: Giuffrè, 1977. p. 65 et seq.

cesso de conhecimento cujo teor consiste na antecipação dos efeitos que só seriam alcançados com a sentença.

A tutela cautelar apresenta natureza instrumental, não possuindo, pois, cunho satisfativo e tem por escopo assegurar provisoriamente a utilidade de uma ação principal, antes ou mesmo durante a sua pendência, justificando-se apenas enquanto subsistirem as razões que a determinaram.

Insta registrar que a possibilidade de concessão de tutelas antecipadas e cautelares já era prevista desde o Código de Processo Civil de 1973. Não obstante, a sua regulamentação sofreu profundas alterações com o advento no novo diploma processual, especialmente tendo em vista a possibilidade de estabilização das tutelas de urgência, conforme será demonstrado a seguir.

3. Breves considerações sobre as tutelas de urgências provisória no novo cpc

O novo CPC traz várias novidades e inovações, inseridas no Livro V, da Parte Geral, denominado “tutela provisória”. Inicialmente, imprescindível registrar que foi extinto o processo cautelar autônomo, sendo que no CPC/73 era regulado três processos, conforme art. 270 do CPC (conhecimento, execução e cautelar). Já o novo CPC, na Parte Especial, prevê apenas o processo de conhecimento (Livro I) e o processo de execução (Livro II); e no Livro III da Parte Especial trata do processo nos tribunais e meios de impugnação de decisão judicial.

Andrade e Nunes (2015, p. 5) destacam que o Novo CPC, consolida o modelo procedimental sincrético, com possibilidade de convivência de duas ou mais atividades procedimentais numa mesma estrutura procedimental.

Destarte, não há que se falar em eliminação do procedimento cautelar ante a patente necessidade de regulação de

medidas que precisam ser deferidas com celeridade em situações de urgência.

A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano à parte que tem razão. (JÚNIOR, 2002, p. 7-8).

A tutela de urgência cautelar ou antecipatória, pode ser de forma incidental ou antecedente, dependendo do momento em que essa é pleiteada. A tutela antecedente ou preparatória ocorre quando a tutela é requerida antes da instauração do processo principal, é reconhecida como antecedente ou preparatória e se encontra disciplinada nos art. 301 e 302 do CPC. Já a tutela incidental é requerida já no curso do processo principal, e encontra previsão nos art. 303 a 308 do CPC.

A tutela antecipada adquiriu significado diferente daquele anteriormente conhecido pelos estudiosos do Direito. Segundo Fredie Didier Jr. (2014, p. 13), antes da aprovação do novo Código, a tutela antecipada servia para conferir eficácia imediata aos efeitos da tutela definitiva e possuía caráter provisório, sendo necessariamente substituída, em momento posterior, pela tutela definitiva que a confirmasse, revogasse ou modificasse.

Não obstante, o objetivo do instituto permanece o mesmo, qual seja, a neutralização dos potenciais riscos ou danos oferecidos pelo tempo de duração do processo até que se chegue à tutela definitiva.

O doutrinador MARINONI, (2015, p. 306), faz crítica ao Código de 2015 por conservar a expressão tutela provisória, ainda que tenha aplicado as “técnicas antecipatórias como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, ligando-se tanto à urgência como à evidência” Segundo o doutrinador a terminologia conservada “obscurece a relação entre técnica processual e tutela do direito, turvan-

do os pressupostos que são necessários para prestar diferentes tutelas mediante a técnica antecipatória” (2015, p. 306).

O CPC/2015 altera a sistemática do CPC/73 ao unificar os requisitos para a concessão das tutelas cautelares e de urgência, uma vez que para a tutela cautelar exigia-se *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e para a tutela antecipada exigia prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No atual diploma processual, ambas as tutelas de urgências estão sujeitas, conforme se extrai do art. 300 do novo CPC ao estabelecer que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Nota-se que o critério distintivo deve estar na linha da satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas.

Quando o julgador recebe uma ação que contém uma tutela de urgência satisfativa, este enfrenta uma delicada disjuntiva. Pois, por um lado deve proteger o direito de um devido processo (ou, de um processo justo) do demandado, como bem se sabe, até o limite de sua inafectabilidade, pois, por outro lado deve optar por uma atuação imediata e irreversível da jurisdição. (JÚNIOR, 2015, p. 18).

Denota-se que a decisão de antecipação de tutela é denominada de provisória, porque poderá ser substituída por outra decisão, contudo, insta reconhecer que ela produz efeitos desde já e esses efeitos subsistirão até que sejam eventualmente revogados por outra decisão posterior.

Assim, a tutela de urgência se perfaz em um processo cognitivo sumário, provisório, mas que não depende de posterior julgamento do pedido principal para que se confirme o provimento satisfativo-emergencial.

Nesse sentido, quanto aos efeitos da tutela, Andrade e Júnior (2015, p. 12) consideram que a modalidade de tutela ur-

gência tem uma espécie de efeito natural que é a sua ampla executividade e eficácia para resolver o direito material litigioso, de forma imediata, com aplicação das medidas de execução provisória (art. 297 e par. único, CPC-2015), e assim afirmam:

A eficácia da decisão permanece mesmo depois de extinto o processo com sua estabilização, pois a ideia do instituto é que tal decisão provisória, dotada de ampla executividade, continue produzindo seus efeitos mesmo após a extinção do procedimento preparatório, e mesmo na ausência da propositura da ação principal (art. 304, §3º, novo CPC). Os efeitos serão conservados enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o referido art. 304, em seu § 2º. (art. 304, § 3º).

Nessa linha, após extinto o feito, a tutela de urgência somente poderá ser desconstituída na ação de cognição plena a ser ajuizada pelo interessado.

4. A estabilização da tutela antecipatória antecedente no cpc/2015

O novo CPC, ao tratar do procedimento da tutela de urgência antecipatória postulada em caráter antecedente ao pedido principal, estabeleceu a possibilidade de estabilização da tutela, quando não for interposto recurso em face da respectiva decisão, nos termos do art. 304 do CPC.

Aponta-se uma sobrevivência da medida antecipatória, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena e exauriente. (ANDRADE, NUNES, 2015, p. 13).

A Tutela Antecipada Antecedente apresenta-se como uma inovação processual e revela uma substituição da “cautelar preparatória” do CPC/1973. Trata-se de tutela provisória de natureza satisfativa antecedente a propositura da ação, através da qual se possibilita manejar o pedido, tão somente, para a antecipação da tutela satisfativa, expondo o direito que se busca e demonstrando o perigo da demora.

Nesse caso, a petição inicial limitar-se-á ao requerimento da tutela antecipada, expondo amplamente seus fatos e fundamentos, com apenas a indicação do pedido de tutela final, vinculado o valor da causa ao valor do pedido final, sendo necessário que não se tenha o nexo de causalidade entre a tutela provisória e a tutela final.

Portanto, a estabilização da tutela antecipatória refere-se à possibilidade do sistema processual ao permitir que se conserve a medida antecipada sua eficácia independentemente de confirmação por decisão posterior de mérito, resolvendo de forma definitiva a lide submetida à análise jurisdicional. (Torres, 2015 p. 35).

Insta assinalar que no CPC/1973 a tutela antecipada, estabelecida no artigo 273, condicionava-se ao julgamento do pedido principal, não passando de um acessório, cujo destino ficava sempre vinculado a decisão futura.

4.1. O prazo do aditamento da petição inicial e a inobservância da celeridade e economia processual

Uma vez concedida a tutela, o autor terá o prazo de 15 (quinze) dias, ou outro maior que o juiz fixar, para aditar sua inicial, complementando e explanando seu pedido final, sob pena, na inobservância deste prazo, de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 303, § 1º e 2º).

Na nova sistemática do código, uma vez deferida a tutela antecipada, o réu será citado e intimado para audiência de conciliação ou mediação (artigo 334), iniciando seu prazo de defesa a partir da realização desta. Assim, após aditamento da inicial, o réu será citado nesses termos, e não havendo auto-composição, inicia-se seu prazo para contestação (artigo 335).

Ocorre que o art. 303, § 1º, I, do CPC estipula o prazo de 15 dias para o autor aditar a inicial, sendo que sua contagem se inicia com o deferimento da tutela.

Considera-se uma falha legislativa, pois não se coaduna com os pressupostos de efetividade e celeridade, pressupostos, do novo Código processual, haja vista que, conforme alhures exposto, uma vez, torna-se estável a decisão que não impugnada por recurso.

A concomitância dos dois prazos (de aditamento e de recurso) que a lei aparentemente prevê oferece uma dificuldade de interpretação, já que as consequências de ambos devem ser sucessivas e prejudiciais entre si, de forma que mesmo se não interposto o recurso, o autor será obrigado a realizar o aditamento, sob pena de ter seu processo extinto, o que vai de encontro com a economia processual.

Não se sabe se o réu interporá o agravo de instrumento ou não da decisão concessiva da tutela antecipada, e, portanto, não haverá como saber se a audiência ocorrerá ou não, se haverá estabilização da decisão ou não.

Para evitar tal deficiência legislativa, o legislador deveria ter estabelecido que o termo *a quo* prazo para a realização do aditamento começasse somente após a intimação da ciência de interposição do recurso, já que uma vez não realizado o recurso ocorre a estabilização da tutela concedida. Assim, os dois prazos em análise (o de aditamento e o de recurso) só poderiam ser aplicados sucessivamente e nunca simultaneamente.

Destarte, entende-se que sem o recurso do réu, não há aditamento algum a ser feito pelo autor, haja vista que nesse caso, o processo se extingue conforme art. 304 § 1º do novo CPC.

Nesse caso, não se poderá cogitar de aditamento da inicial, já que a sua função seria dar sequência ao processo no tocante à busca da solução final da pretensão de mérito. Exigir, do autor a tomada de providência somente compatível com a não estabilização da medida provisória, seria uma incongruência, seria forçar o andamento de uma causa cujo objeto já se extinguiu. (Junior, p. 94, 2016)

De toda forma, sob pena de patente prejuízo para a parte autora, deverá seu respectivo procurador, observar estritamente o disposto no novo diploma processual e considerar o prazo inicial para a apresentação do aditamento a partir do deferimento da tutela.

Por fim, importante consignar que o novo CPC trás a possibilidade das partes manifestarem o desinteresse pela audiência de conciliação ou mediação, devendo o autor fazê-la na própria exordial, e o réu através de petição apresentada com 10 (dez) dias de antecedência da data da audiência (art. 334, § 5º).

4.2. Apontamentos quanto ao trânsito em julgado da tutela estabilizada

Em que pese torna-se estável a tutela antecipada em que não foi interposto recurso da decisão o legislador não conferiu para a referida decisão o status de coisa julgada, conforme disposto no § 6º do art. 304 do novo CPC.

Cumprir registrar, que “o processo torna-se extinto” (art. 304, § 1º) pela sentença proferida de acordo com o art. 302 § 1º, e se a sentença não transitou em julgado materialmente, a mesma poderá ser revista por ação autônoma conforme o

art. 302 § 2º. Contudo, a melhor técnica processual a ser utilizada neste diapasão deveria ser a impugnação, assim mais profusão teria para com os princípios basilares do processo na contemporaneidade, sendo eles: a economia a razoabilidade do processo a sua celeridade, efetividade e a eficiência da tutela jurisdicional. (ANDRADE, NUNES, 2015, p. 18)

Com escopo de oferecer segurança jurídica, bem como não eternizar a possibilidade de rediscutir a decisão estabilizada, o legislador estabeleceu um prazo de 02 anos para apresentação da ação autônoma de cognição exauriente, e o mesmo vem a se extinguir em dois anos, contados da ciência da sentença que extinguiu o processo satisfativo (art. 304, § 2º cumulado com § 5º) do novo CPC.

Afirma Andrade e Nunes, (2015, p. 20) que:

Sem embargo, o legislador brasileiro optou por solução distinta, na linha, inclusive, de sugestão da doutrina italiana¹⁰¹, e fixou prazo específico para o direito de as partes buscarem a tutela de cognição plena e exauriente, de dois anos, conforme se extrai do art. 304, §5º, do novo CPC: “§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º”. Ao que tudo indica, tal prazo será tratado como prazo decadencial e, se não ajuizada a ação em tal prazo, ter-se-á a estabilização definitiva da decisão sumária, mas mesmo assim sem formar a coisa julgada.

101. Conferir QUERZOLA, La Tutela Antecipatoria fra Procedimento Cautelare e Giudizio di Merito, p. 216.

Ressalta-se que cabe a ambas as partes, e não somente ao réu, o direito de “rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada e o mesmo vem a se extinguir em dois anos.

Ademais, importante assinalar que no caso da tutela antecipada antecedente estabilizada em conformidade com o artigo 303 novo CPC, não pode o juiz de ofício revogar a mesma a qualquer tempo, neste caso não se aplica o art. 295, pois passou-se o prazo incorrendo em decadência do direito de propor ação revocatória, ou seja, sobrevirá efetivamente os efeitos da coisa julgada.

Destarte, a decisão não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. (art. 304, § 6º). (ANDRADE, NUNES, 2015, p. 5).

A coisa julgada, assegurada na Constituição (art. 5º, XXXVI), tradicionalmente implica, a imutabilidade da decisão de mérito, baseada no processo de cognição exauriente e não de cognição sumário como ocorre nas tutelas provisórias de urgência. MACHADO (2015, p. 14).

Ressalta-se que, no caso a decisão acobertada como regra, somente pode ser desconstituída a coisa julgada no âmbito de uma ação especial, a ação rescisória, nas hipóteses e prazos indicados pelo legislador (arts. 485 e 495, CPC/73; arts. 966 e 975, novo CPC).

Entende-se que antes de findados os dois anos¹⁰² para ação autônoma alhures mencionada, não terá os efeitos da coisa julgada, contudo, após ultrapassado os dois anos, defende-se que passa a ser imutável, ante a impossibilidade de ser revista ou anulada, pois nesse caso o magistrado rejeitará

102. Enunciado n. 33 do **Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC)**: Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência.

a pretensão com fundamento na decadência do respectivo direito, surtindo nesse caso, a mesma proteção inerente das decisões transitadas em julgado.

Contudo, de acordo com a literalidade do diploma processual, o legislador, mesmo considerando a hipótese do art. 304, §5º, CPC-2015, expressamente indicou logo a seguir, no §6º, que tal decisão de cognição sumária não faz coisa julgada.

MITIDIERO (2015, p. 09) afirma que tal entendimento é baseado não apenas em interpretação literal ou na posição “topográfica” do dispositivo (art. 304, §6º, novo CPC), mas doutrina e experiência tanto na França¹⁰³ como na Itália em que os respectivos legisladores não reconhecem a coisa julgada para a tutela sumária.

4.3 Impugnação da tutela - poderia não haver a estabilização se o réu não interpusse o agravo de instrumento mas contestasse o procedimento?

A decisão, deferida sob a forma de tutela antecipada em procedimento antecedente se não impugnada com o recuso

103. Conferir: QUERZOLA, La Tutela Antecipatoria fra Procedimento Cautelare e Giudizio di Merito, p. 35/36: (...) si afferm che sia corretto parlare di mancanza di giudicato, qualunque sia la definizione preferita di cosa giudicata: se essa si identifica con l'efficacia di accertamento della decisione, si pu parlare di giurisdizione contenziosa senza giudicato perché i provvedimenti in questione non producono alcun accertamento nel senso vero di questa parola; se invece si pensa che la cosa giudicata debba essere riferita alla immutabilità degli effetti del provvedimento, si pu parlare di assenza di giudicato perché l'efficacia esecutiva dei provvedimenti non è irrettabile, potendo vivere solo sino al momento in cui una sentenza di cognizione piena non giunga a eliminarli e VUITTON; VUITTON, Les référés, p. 198: L'absence d'autorité de la chose jugée au principal est inhérente à l'ordonnance de référé, indépendamment de son contenu.

próprio, no caso agravo de instrumento será, em princípio, estabilizada.

O questionamento que ora se faz, é se somente Agravo, ou por exemplo, de apresentação de pedido de suspensão de liminar previsto em lei especial (como é o caso de suspensão de liminar prevista nas Leis 8.437/92 e 9.494/97) ou de reclamação (art. 988, novo CPC)?

Daniel Mitidiero, (2015, p. 23) defende no sentido de que a contestação ou manifestação no sentido da realização da audiência de conciliação/mediação, no prazo do recurso, surtiria o mesmo efeito de impedir a estabilização da tutela antecipada.

Contudo, ao contrário do que sugere o texto, parece que a estabilização não pode resultar simplesmente da não interposição de recurso contra a liminar concessiva do provimento antecipatório, mas também do não oferecimento de contestação dentro do prazo referido. (ANDRADE, NUNES, 2015, p. 26).

Alguns autores defendem que não recorrendo da liminar, o réu, citado, se defende, o direito à tutela jurisdicional efetiva, e as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos XXXV e LV da CF) lhe asseguram a possibilidade de que a revogação seja determinada, caso acolhida a sua defesa.

Contudo, numa análise inicial, a tendência dos autores é optar pela impugnação somente através do recurso próprio.

Destarte firma-se o entendimento de que, semente a interposição de recurso, no caso, agravo de instrumento é passível de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Considerações finais

No que diz respeito à tempestividade e busca pela eficiência da prestação jurisdicional, é possível observar gran-

des avanços, no âmbito das tutelas provisórias de urgência do novo Código de Processo Civil Brasileiro (CPC/2015).

O novo CPC unificou em seu art. 300, os requisitos para a concessão ambas as tutelas de urgência, o que demonstra uma ruptura definitiva com o anterior sistema vigente, CPC/1973.

Denota-se que as tutelas são provisórias, mas possui ampla e geral executividade enquanto não revistas.

A estabilização da tutela de urgência antecipada, na modalidade antecedente, é inovadora e bem vinda ao ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, , portanto registra-se a crítica concernente a concomitância dos prazos para realização do aditamento e do recurso, uma vez que não se coaduna com os pressupostos de efetividade e celeridade, pressupostos, do novo diploma processual. Entende-se que, uma vez não interposto o respectivo recurso, não há mais se falar em aditamento da petição inicial.

Contudo, sob pena de trazer efetivos prejuízos para a parte autora, deverá seu respectivo procurador, observar o prazo processual e realizar o referido aditamento para não ter seu processo extinto.

Acertou o legislador em estabelecer o prazo de 02 anos para que as partes possam requerer através de ação autônoma a modificação ou revogação da tutela estabilizada, haja vista que, o prazo para as referidas pretensões não podem ser eternizadas.

No caso de ocorrência da estabilização da tutela antecipada, também resta plausível a impossibilidade de reconhecimento da coisa julgada, por tratar-se de procedimento de cognição sumária, procedimento este que não percorreu o amplo e devido processo legal.

Destarte, insta reconhecer que, uma vez ultrapassado o prazo de 02 anos, a contar da estabilização da tutela, o juiz deverá rejeitar qualquer pretensão da parte em modificar ou revogar a tutela antecipada estabilizada, com fulcro na deca-

dência, surtindo dessa maneira os mesmos efeitos da imutabilidade da coisa julgada.

Em suma, as tutelas diferenciadas de fato sofreram significativas alterações com o CPC/2015 e, por tal motivo demanda especial atenção e reflexão da doutrina, dos magistrados e dos operadores do direito de modo geral.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a cultura da transgressão. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 47, n. 267, p. 5-12, jan. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 67/68.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>.

br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 3 jan. 2018.

BRYCH, Fabio. O ideal de justiça em Aristóteles. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 36, jan. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1613>. Acesso em: 3 jan. 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no Novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 2012, v. 208, p. 275-293, jun. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual, civil e penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9 Ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER, Fredie. **Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei.** Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 236, p. 327, 2014.

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Novo CPC deve mudar cultura de litigância excessiva. **Conjur**, 16 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-16/codigo-processo-civil-mudar-cultura-litigancia-excessiva>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário.** 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012.

HANSMANN, Henry. The Current State of Law and Economics Scholarship. **Journal of Legal Education**, v. 33, p. 218, 1983.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, n. 3859, Dec. 13th 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel. **Novo Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, p. 17; in <http://www.mflp.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39> (consulta em 23.04.2015).

MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC: Que coisa julgada é essa? Revista Jota. Cf. <http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>. Acesso em: 3 jan. 2018.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **Ineficiência da prestação jurisdicional nos litígios empresariais à luz da Análise Econômica do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade Fumec, Belo Horizonte, 2016.

NALINI, José Renato. Incapaz de resolver conflitos, brasileiro alimenta cultura do processo. **UOL Notícias**, 19 fev. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/02/19/incapaz-de-resolver-conflitos-brasileiro-alimenta-cultura-do-processo.htm>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

NETO, João Francisco. A Tragédia dos Comuns. **Blog do ARF**, 2015. Disponível em: <<http://blogdoafr.com/articulistas/joao-francisco-neto/a-tragedia-dos-comuns>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 35, n. 189, nov. 2010.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199, set. 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Novo Código de Processo Civil impacta diretamente no Direito Comercial. **Conjur**, 23 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-23/direito-civil-atual-codigo-processo-civil-impacta-direito-comercial>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

SANTOS, Paulo Márcio Reis; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. A eficiente solução de litígios: uma proposta a partir da análise econômica do direito e dos meios alternativos de solução de conflitos. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., Aracaju/SE. **Anais...** Aracaju/SE: CONPEDI, 3 a 6 de junho de 2015. p. 86-106. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/619jk46k/Wjh-892jI24G6VsA1.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

SANTOS, Paulo Márcio Reis; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. (In)Efetividade da tutela jurisdicional e tempo econômico: um estudo com base na Análise Econômica do Direito. In: CONPEDI, 23, 2014, João Pessoa/PB. **Anais...** João Pessoa/PB: CONPEDI, 5 a 8 de novembro de 2014. p. 25-49. Disponível

em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?co-d=02f83d35779d1914>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1395288/SP 2013/0151854-8. Relatora: Min. Nancy Andriqui. Terceira Turma. Julg.: 11/02/2014. Publ.: **DJe**, 02/06/2014 Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301518548&totalRegistros=PorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20. fev. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Academia Brasileira de Processo Civil**, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. Revista de Processo. vol. 157. p. 129-146. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. Novo CPC: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro: No Limiar do Novo Século. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7/8.

TORRES, Artur. Anotações aos artigos 1º a 12. In: MACEDO, Elaine Harzheim; MIGLIAVACCA, Carolina

Moraes (Coords.). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Porto Alegre: OAB RS, 2015. p. 22-33.

Ética, valores morais e o princípio da imparcialidade na atuação do mediador

Fernanda Bragança e Laurinda Fátima da Fonseca Pereira Guimarães Bragança

Introdução

Esta investigação tem como objetivo a compreensão de como a ética e os valores morais interagem com o princípio da imparcialidade no atuar do mediador. A proposta consiste em primeiramente, apresentar o que se entende por ética e moral do indivíduo, para em seguida, trabalhar como eles permeiam o ofício do terceiro facilitador na condução da mediação à luz da imparcialidade.

A metodologia empregada consistiu na análise de artigos nacionais sobre a ética, moral e princípio da imparcialidade, com destaque para as obras de Diogo Almeida, Fernanda Pantoja e Juliana de Andrade; Tânia Lobo Muniz; Jean François Six e José Luís Bolzan de Moraes. E da

análise da legislação sobre o tema como o Código de ética do Conselho Nacional para Instituições de Mediação e Arbitragem - Conima, lei 13.140/2015 e resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Este estudo está inserido na proposta do Laboratório Fluminense de Estudos processuais da Universidade Federal Fluminense de estudo da administração do conflito em uma perspectiva multidisciplinar. No Brasil, a atividade de mediador, inclusive, não exige uma graduação específica, sendo portanto aberta à profissionais de todas as áreas do conhecimento.

O artigo inicia então com a apresentação do que consiste a ética e como o código do Conima dispõe sobre o agir ético do mediador. Ele elenca os princípios fundamentais desta legislação e destaca o da imparcialidade. São trazidas as contribuições de dois autores, Jean François Six e José Luís Bolzan de Moraes, que têm trabalho específico sobre a ética na mediação e demonstra-se como o uso de algumas ferramentas podem contribuir para o facilitador permanecer imparcial ao mesmo tempo em que garante a igualdade entre as partes.

Prosseguindo quanto aos valores morais, foram examinadas a lei geral de mediação, a 13.140/2015 e a resolução nº 125 do CNJ. Os professores Diogo Almeida, Fernanda Pantoja, Juliana de Andrade e Tânia Lobo Muniz se dedicaram propriamente à esta questão da influência das percepções pessoais sobre o mediador e algumas de suas análises foram aqui destacadas. Foi proposta uma distinção com a neutralidade e também um esclarecimento sobre os vícios de parcialidade que o mediador pode apresentar de acordo com o Código de Processo Civil.

1. Ética na mediação

A ética origina-se da expressão grega *ethos*, que significa costumes, hábitos ou formas de agir. Em uma noção preliminar, pode ser definida como a *ciência dos costumes*¹⁰⁴(SOARES, 2011, p. 150). São normas de conduta que guiam o convívio do homem na sociedade de uma maneira geral. Visam, portanto, a um direcionamento exterior do indivíduo nos ambientes em que ele transita, sem cogitar da sua compreensão interna sobre a questão.

Para a mediação foi elaborado um Código de Ética¹⁰⁵ pelo Conselho nacional para instituições de mediação e arbitragem – Conima e que deve ser seguido por todas as instituições a ele filiadas. Há alguns outros diplomas regionais que concernem à mesma matéria, mas em linhas gerais, são bastante coincidentes entre si¹⁰⁶. Como em qualquer ativi-

104. Os costumes são práticas sociais, que se desenvolvem na existência concreta, tanto particular como coletiva. É certo que, por serem práticas sociais, resultam da intersecção de inúmeros fatores de influência (religiosos, morais, políticos, econômicos, culturais, jurídicos, científicos, etc.), contudo nunca se originam do movimento singular de uma dessas dimensões. Isto é, os costumes nunca são determinados apenas economicamente, ou apenas pela religião, ou mesmo apenas pelo direito.

105. O Código de ética do Conima pode ser acessado em < http://www.conima.org.br/codigo_etica_med > acesso em 10 de abril de 2018.

106. Os mediadores devem pautar suas condutas no processo de mediação pelo Código de Ética da Mediação de Conflitos. Cada instituição de mediação possui um código de ética próprio ou se orienta por outros códigos de ética de instituições mais antigas. Percebe-se, no entanto, analisando algumas determinações éticas em diferentes instituições e até em diversos países, que a maioria dos princípios éticos é coincidente. Com base, portanto, em alguns códigos de ética, especificamente na regulamentação do Estado da Flórida (pelo fato de a Flórida ser um Estado – exemplo na mediação de conflitos), nos Estados Unidos, no Código de Mediação do Centro nacional da Mediação (CNM), na França, e nos Códigos de Ética para Mediadores do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) e Centro de Mediação e Arbitragem de Pernam-

dade profissional, foi necessário estabelecer um conjunto de padrões de comportamento a serem observados pelos que exercem o ofício de mediadores (MUNIZ, 2009, p. 106)¹⁰⁷.

O Código de ética do Conima¹⁰⁸ elenca como princípios fundamentais à conduta do mediador: imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade diligência. A primeira, objeto de análise deste estudo, é conceituada como uma condição fundamental à condução do procedimento. Não pode haver conflito de interesse ou relacionamento que possa comprometê-la. A compreensão da realidade dos fatos dos mediados deve ocorrer sem valorações, preconceitos e julgamentos.

Para que o mediador seja crível, deve trabalhar de forma independente, franca e coerente. A confidencialidade, por sua vez, diz respeito ao sigilo que rege todo o procedimento de mediação. O que for dito pelos participantes não pode ser comentado ou exteriorizado em outro ambiente, nem mesmo em um processo judicial, salvo nas hipóteses previstas

bucos – CEMAPE, no Brasil, encontrou-se a orientação ética adequada para o processo de mediação (SALES, 2004, p. 97).

107. Neste sentido, Muniz assevera que se faz “necessária a formulação de padrões de comportamento práticos e éticos, essenciais para modelar e estruturar essa área da administração de conflitos e, para estabelecer um parâmetro, uma fundação para a atividade profissional da mediação.”

108. O Código de Ética é instrumento de grande valor, pois, favorece um ambiente propício para a realização da mediação, de forma a desenvolver a comunicação com boa qualidade e rendimento, alargando-se a solução dos conflitos mediados e dos acordos obtidos, aumentando a satisfação das partes envolvidas no processo, através da ampliação do acesso à justiça. O referido Código tem o dom de criar nos envolvidos maior sensibilidade na busca do bem-estar de todos, além de “[...] estimular o comprometimento e consolidar a lealdade de todos os envolvidos na mediação, ocasionando uma maior proteção aos interesses de todos os que contribuem para a mediação, favorecendo a inclusão e pacificação social”. (MUNIZ, 2009, p. 105).

pela lei¹⁰⁹. Por fim, a diligência, que revela o zelo pela qualidade e regularidade do procedimento.

Jean François Six (2001, p. 153), ao analisar a dinâmica da mediação, discorre sobre os deveres do mediador no seu agir ético. Segundo o autor, este profissional deve pautar-se com coragem, justiça e prudência. A coragem estaria relacionada a não exercer qualquer tipo de coerção sobre os mediandos para

109. Lei 13.140/2015: Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1o O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2o A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3o Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4o A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do [art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966](#) - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

A íntegra da lei está disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm> acesso em 11 de abril de 2018.

firmarem o acordo. As partes são os atores do procedimento e qualquer solução só pode ser por elas oferecida. Também se refere à uma postura ativa para coibir qualquer forma de discriminação ou agressividade entre os participantes. Já a prudência está associada à escuta, mas sem de modo algum ser sinônimo de passividade; ainda está relacionada ao avanço, mas sem intervenção. Destaca Six (ob. cit., p. 243) que são raros os mediadores dotados de um “olhar de águia” para perceberem a longo prazo e em profundidade, os eventos e as evoluções que estão por vir e que os permita agir preventivamente.

O professor José Luís Bolzan de Moraes (1999, p. 153) afirma que cabe ao mediador, como preceito ético, a manutenção do desenrolar processual, de forma justa e fiel aos princípios que regem seu trabalho e o instituto. Em certa medida, isso passa por um senso de justiça em relação às alternativas propostas pelas partes. É preciso estar atento àqueles situações muito onerosas ou que as coloquem em situação de vulnerabilidade.

Nestes casos, o princípio da imparcialidade deve ser ponderado com o princípio da igualdade. O mediador, diante de tais situações de flagrante injustiça, dispõe de algumas ferramentas para sinalizar à parte e deve utilizá-las. Por exemplo, pode fazer uma reunião privada com o advogado e perguntar se este informou devidamente seu cliente sobre o direito; ou um *caucus*¹¹⁰ com mediando para indagar se está aconselhado juridicamente sobre a questão e se sente seguro sobre o acordado.

Nesse sentido, importante salientar que o mediador não se torna parcial quando não negligencia que as pessoas estão inseguras de firmar o acordo ou quando assumem um compromisso extremamente gravoso de suportar. É preciso que esteja atento se o que está sendo aventado será efetivo e exe-

110. Caucus é o outro termo utilizado para sessões privadas.

quível, não bastando que o conflito se resolva no plano hipotético. Convém cogitar e constantemente confirmar com as partes se o que está sendo proposto por cada uma delas está dentro das suas possibilidades para o devido cumprimento. Isso reflete o zelo do mediador pela justeza e coerência do seu ofício, ou seja, um agir ético.

2. Os valores morais na mediação

Valores morais são a carga subjetiva do ser humano. São qualidades relacionadas ao caráter, à personalidade e ao plano íntimo de cada um no que diz respeito ao que é certo e errado. Costumam ser moldados pela família e outras pessoas próximas que de alguma maneira também participam da formação do sujeito. Parte do interno para o externo, ou seja, a partir da forma como o indivíduo compreende a questão em si mesmo vai repercutir na sua interação com a sociedade. Se assemelham com o direito¹¹¹ na medida em que compõem um sistema de condutas.

Mesmo em um processo judicial, em que se pretende uma fundamentação objetiva, ficam evidentes os valores que norteiam o juiz quando este realiza, sobretudo, uma ponderação de princípios¹¹². Seria descabível cogitar, portanto,

111. Os sistemas jurídicos costumam estar repletos de formulações normativas que funcionam como regras, se levadas a sério. A pretensão é que o direito seja capaz de gerar um modo especial de raciocinar sobre questões práticas. As razões mais frequentemente invocadas a favor de uma argumentação tipicamente jurídicas são: certeza, previsibilidade e segurança (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 141).

112. Struchiner e Shecaira (ob. cit, p. 138) definem princípios como normas gerais e vagas (vagas em virtude dos conceitos morais que incluem) inscritas no texto constitucional. Portanto, não significam normas derivadas de uma leitura moral da história institucional de um sistema jurídico; não são as normas que melhor explicam e justificam as regras constitucionais formais

que na mediação o aspecto moral passaria indiferente. Tanto mediadores quanto mediados levam para as sessões tudo aquilo que os molda e isso de alguma maneira faz parte do procedimento autocompositivo.

Quanto ao mediador, isso é mais problemático se considerarmos a exigência da imparcialidade na sua condução. É um imperativo que deriva tanto da lei que regula o instituto quanto das demais normativas, incluindo o próprio código de ética dos mediadores aprovado pelo Conima¹¹³.

O art. 2º da lei 13.140/2015 enumera os mandamentos nucleares do procedimento de mediação: o princípio da imparcialidade em relação ao mediador; os princípios da isonomia, da autonomia da vontade e da boa-fé em relação às partes; e os da oralidade, informalidade e confidencialidade no que tange à fase procedimental (ALMEIDA, PANTOJA, ANDRADE, 2016, p. 51).

Dispõe a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que ser imparcial significa um dever de agir com ausência de favoritismos, preferência ou preconceito, ou seja, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, que compreende a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aquiesce qualquer espécie de valor ou presente.

Não obstante alguns autores e legislações usem indistintamente os termos neutralidade e imparcialidade, é preciso fazer algumas ressalvas. Afirmam Diogo Almeida, Fernanda Pantoja e Juliana Andrade (ob. cit., p. 54) que o mediador sofre, inevitavelmente, a influência das suas percepções pessoais, o que fatalmente compromete a sua neutralidade. Mas

(legisladas ou jurisprudenciais) que vigoram em um sistema jurídico.

113. O código de ética pode ser encontrado em: <http://www.conima.org.br/codigo_etica_med> acesso em 5 de abril de 2018.

por força do princípio da imparcialidade, não deve permitir que isso afete o seu ofício.

Parece um contrassenso, mas não é. A neutralidade nega qualquer intromissão de categoria emocional ou razões de índole ideológica, cultural ou religiosa. Para isso, a pessoa precisaria se despir de toda a formação que recebeu ao longo da vida. Isso não nos parece razoável exigir. A imparcialidade, por sua vez, prega uma equidistância das partes, ou seja, não se deixar envolver por um ou outro lado, o que parece ser uma postura bem mais factível de ser cobrada.

No trabalho do mediador, é preciso que ao proceder à escuta das partes, não faça valorações ou julgamentos, ainda que internos¹¹⁴, pois caso assim prossiga, será natural a identificação com um dos lados. Este terceiro facilitador deve estar atento para perceber na fala dos participantes, permeada de variados sentimentos, os seus reais interesses e necessidades e aguardar o momento de tratá-los de maneira isenta.

É necessário que a sua atuação garanta oportunidades iguais de manifestação, seja nas reuniões conjuntas ou nas privadas (o mesmo tempo franqueado à manifestação de um mediando deve ser assegurado ao outro), que não faça qualquer tipo de aconselhamento e nem sugira propostas. Importante pontuar também que o mediador não avalia as alternativas criadas pelas partes. A sua tarefa consistirá em fazer perguntas reflexivas¹¹⁵ para permitir a contemplação pe-

114. Sabemos que não só com a fala o ser humano se expressa. A linguagem corporal também pode interferir muito no processo de mediação. Por exemplo, se o mediador só olha nos olhos de um dos medandos; se fica com expressão mais fechada quando um deles está com a palavra; dentre outras hipóteses podem causar uma impressão negativa e comprometer a mediação.

115. O modelo de mediação que usamos no Brasil é o linear, importado da Escola de negociação de Harvard. Neste formato o mediador prioriza pelas perguntas. As perguntas reflexivas se apresentam como uma das ferramentas da mediação e como o próprio nome indica, propõem uma re-

los próprios autores se aquilo que foi criado é consistente e se surtirá algum efeito.

Destaque-se que imparcialidade não sugere passividade, sendo certo que o mediador intervenha para tornar equilibrada a relação entre os mediandos. Assim, quando entender devido, deverá tomar medidas que para a parte que não for contemplada, poderá ser compreendida como parcial. Para ilustrar rapidamente, se um dos lados comparece à sessão munido de advogado e o outro não, algumas atitudes são recomendadas: primeiramente, deve informar a todos que pelo princípio de igualdade, se um aparece acompanhado de uma pessoa habilitada a lhe orientar juridicamente, o mesmo precisa ser assegurado ao outro. Caso a parte que esteja sozinha não se sinta confortável em continuar dessa forma, pode-se passar então à suspensão da sessão para que todos tragam seus procuradores; ou solicitação para que o defensor presente aguarde em outro local ou apenas acompanhe a sessão mais afastado de seu cliente.

A lei 13.140/2015 aponta como vícios da parcialidade do mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz (logo, remete ao CPC)¹¹⁶. Os primeiros

flexão pela parte sobre aquilo que foi falado. Para dar um exemplo, um dos mediandos sugere pagar um valor X de indenização. O mediador então poderia indagá-lo: você acredita que essa indenização vai contemplar as expectativas do outro na medida em que ele apontou tais fatos? Este seria um tipo de pergunta reflexiva.

116. DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qual-

seriam circunstâncias objetivas, ou seja, casos em que a norma presume, de forma absoluta, que há comprometimento, como por exemplo, o parentesco com alguma das partes. Já a segunda refere-se à situações de cunho subjetivo, que geram elevado grau de desconfiança ou suspeita de que o juiz/mediador não conseguirão permanecer equidistantes. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando for amigo íntimo ou inimigo de um dos participantes; quando for credor ou devedor de qualquer deles (TILKIAN, 2016, pp. 89-90).

quer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

Ressalva-se que há forte discussão doutrinária se esses vícios elencados pelo diploma processual civil seriam aplicáveis à mediação. Seria mesmo a atuação do mediador comparável a do juiz? Posição que parece ser a mais coerente é a que defende que para a mediação judicial há essa equiparação. Contudo, na mediação extrajudicial, os envolvidos, no exercício da sua manifestação de vontade, podem concordar em continuar com o mediador a despeito dos vícios que inquinam sua parcialidade. Também não se impõe a ele que renuncie de imediato ao seu ofício neste caso (ALMEIDA, PANTOJA, ANDRADE, ob. cit., p. 58).

Quanto aos mediadores, portanto, os seus valores morais devem estar guardados sob o manto da imparcialidade e não podem interferir no procedimento. Uma postura tendenciosa certamente romperá com as negociações e a própria continuidade da mediação. Convém, dessa maneira, que não fiquem evidentes ou verificando que isso é impossível, o terceiro facilitador peça seu afastamento declarando razões pessoais.

No que toca aos mediandos, a questão da moralidade é evidente e aparece nas suas respectivas falas. E aliás, este é um grande desafio do mediador, tendo em vista que quando um valor é colocado em mesa, dificilmente será transacionado. Como esperar que alguém possa transigir com a sua honra¹¹⁷, por exemplo? O facilitador precisará transformar

117. Em mediações de família, já presenciamos um caso de um homem que por ter sido traído, não queria permitir que o filho convivesse com o atual companheiro da ex esposa. E a todo momento falava aos mediadores: “e como fica a minha honra?” Verifica-se que a honra é um valor para ele e por isso é inegociável. Permaneceu intransigente nesse sentido. Os mediadores só conseguiram avançar quando focaram com ele na questão do bem estar do filho.

Outra situação recorrente se dá com casais separados que brigam, dentre outros motivos, pela educação dos filhos. É frequente, por exemplo, que divirjam acerca do colégio em que matricular a criança. Para alguns pais, a

esse valor em necessidade mas ainda assim será um ponto bastante sensível de ser tratado¹¹⁸. Em relação a esses participantes do procedimento, não há qualquer preocupação com a imparcialidade. Cada um segue na defesa de seus interesses e necessidades ainda que se abram à alternativas que visem um beneficiamento mútuo.

Conclusão

Este trabalho teve como objetivo tratar da ética e dos valores morais na atuação do mediador à luz do princípio da imparcialidade. Aqui no Brasil, o ofício de facilitador pode ser exercido por profissionais de quaisquer áreas do conhecimento, não sendo distintivo a graduação ou formação que possuem. Isso permite que um corpo bem distinto de pessoas atue na condução de procedimentos de mediação, o que despertou o interesse por examinar como essas questões permeiam seu desempenho.

A ética diz respeito à forma de agir do homem na sociedade, ou seja, são normas de conduta para os ambientes em que ele transita. As profissões regulamentadas possuem seus respectivos Códigos de ética para orientar aqueles que se dedicam à determinada atividade. São diretrizes compor-

religião é um valor, e são categóricos na opção por uma escola que ofereça este tipo de instrução. Outro ponto sensível. Os mediadores costumam explorar a questão da boa formação dos filhos e procuram auxiliar na busca por alternativas a esse ensino religioso fora do ambiente escolar, como na Igreja.

118. Durante capacitação em mediação de conflitos, mediadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro alertaram para esse quadro, dando inclusive esse exemplo da honra, que é um discurso muito presente em casos de família. Orientaram os mediadores a procurar transformar esse valor em necessidade. Para isso, é necessário que eles investiguem **o que** e **para que** o mediando se utiliza dessa fala.

tamentais para o trabalho. Para a atividade de mediação, o Código de ética mais aplicado é o do Conima, justamente pela sua dimensão nacional.

Dentre outros aspectos, este diploma elenca os princípios fundamentais à conduta do mediador e destaca a imparcialidade. Ela implica numa equidistância em relação aos mediandos e não permite qualquer tipo de valoração ou julgamento quanto ao que for dito. Não obstante, ela não se confunde com uma postura passiva, pois deve agir para coibir eventuais discriminações e agressividades que ocorram durante o procedimento.

O mediador deve pautar-se com coragem e prudência e analisar as propostas de acordo dos mediandos sob um senso de justiça. E é recomendável que utilize as ferramentas da mediação para testar se o que está sendo proposto será realmente exequível pelas partes.

Os valores morais, por sua vez, compõem a convicção íntima de cada um sobre o que é certo ou errado, que em vista disso, guia sua maneira de agir. A partir da forma como o indivíduo percebe o fato em si mesmo, pauta o seu comportamento social. Acontece que na mediação, eles precisam ser sopesados à luz da imparcialidade. Tanto a lei 13.140/2015 quanto a resolução nº 125 do CNJ advogam pela ausência de favoritismos ou demonstração de preferências em relação a qualquer dos mediandos. Isso compromete sobremaneira as negociações.

Há uma discussão na doutrina se imparcialidade poderia ser tida como sinônimo de neutralidade. A corrente que defende serem termos divergentes parece ser a mais acertada. Enquanto esta afasta qualquer influência de ordem emocional, ideológica, cultural ou religiosa; a outra propõe que esses fatores, que compõem a formação de um sujeito, sejam colocados sob o véu da imparcialidade, ou seja, o mediador reconhece e sabe que possui esses preceitos mas trabalha

para que eles não reflitam na sua formulação de perguntas e eventuais colocações que faça no decorrer do procedimento. À ele não é cabível emitir julgamentos ou dar opinião.

O papel do mediador não se confunde com o de um juiz. E isso impacta inclusive na análise dos vícios de parcialidade. Segundo a lei geral de mediação, o mediador estaria sujeito às mesmas hipóteses de impedimento e suspeição dos magistrados, remetendo aos artigos que tratam do assunto no Código de Processo Civil. Não obstante, foi verificado que alguns autores fazem uma ressalva que essa equiparação só aconteceria nos processos judiciais.

Em relação aos mediados, a questão da moralidade também se apresenta como um desafio ao mediador. Na medida em que o interessado expõe seus valores, isso dificulta a atuação do facilitador tendo em vista que são pontos muito sensíveis e colocados como inegociáveis. Novamente o uso de ferramentas adequadas que permitam transformar esses valores em necessidades serão decisivos para a sobrevivência das tratativas entre as partes.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **O marco legal da mediação no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

DIAS, Feliciano Alcides; SOUZA, Jemerson Luiz de. O mediador (perfil, atuação e ética) na resolução de conflitos. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 17, no. 34, pp. 225 - 251, jul./dez. 2013.

- MORAIS, José Luís Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. Mediação: estudo comparativo. In: CASSELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASSELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999.^[L]_[SEP]
- SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SOARES, Josemar Sidinei. A ética como critério para a mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, no 39, pp. 140-163, jul/dez 2011.
- SOUZA, Ricardo Timm de. **Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.
- TILKIAN, Rubens Decoussau. **Comentários à lei de Mediação**. São Paulo: Migalhas, 2016.

Hipoteca judicial: efeitos para o solvens e accipiens

Jefferson Corria da Rocha

“O dever obriga moralmente a consciência moral livre, e a vontade verdadeiramente boa deve agir sempre conforme o dever e por respeito ao dever” (Álvaro L. M. Valls).

Introdução

Nos primórdios das sociedades, os negócios jurídicos em as partes, não tinham pleno conhecimento da garantia real. O devedor nesse sentido não respondia pelos seus atos. Desse modo, muitas dessas sociedades tinham como escravos, os devedores e seus entes familiares.

No direito romano, reconhecia-se o direito do credor, na hipótese de não pagamento, com a possibilidade de poder optar entre ficar com a propriedade do objeto dado em garantia ou a venda. No período Constantino, proibiu-se o pacto comissório, que era simplesmente o direito do credor em ser, proprietário da coisa dada em garantia, acarretado pelo inadimplemento da obrigação por parte do devedor.

Com a evolução das sociedades, surgiu o direito real de garantia, direito esse, o qual prevalece a coisa, representando assim algo mais que a pessoa. Desse entendimento, encontra-se a modalidade de nomenclatura grega, *hypotheca*.

No ordenamento jurídico luso-brasileiro, o instituto da hipoteca, era prevista nas Ordenações Filipinas. As Ordenações consideraram o sistema romano com reduzidas diferenças, sendo que houve uma confusão de princípios, limitando especificamente o direito hipotecário.

Somente em 1843, com a Lei nº 317 conseguiu-se a regulamentação da hipoteca no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, o direito brasileiro proveu ordem assegurando dois requisitos essenciais quanto o instituto da hipoteca: a especialidade e a publicidade.

Com o Código Civil de 1916, a hipoteca, obteve maior segurança nos contratos imobiliários com a chegada da Lei dos Registros Públicos regulamentando-se assim, o registro dos contratos.

O instituto da hipoteca ficou mais elaborado, com o Código Civil de 2002, o qual com o direito real, uma garantia de crédito, proporcionou-se diversas novidades como: a garantia da hipoteca de coisa móveis, como navios e aeronaves.

Para tanto, o ordenamento jurídico pátrio, inovou quanto os tipos de hipoteca, principalmente com o Código de Processo Civil expondo, a subespécie de hipoteca judicial. A relevância desse instituto processual é reconhecida pela pacificação social, efetivando e aprimorando as decisões judiciais. Neste caso, o credor, tem assegurado por lei o ressarcimento do seu crédito junto ao devedor da obrigação.

Isto posto, a pesquisa tem por objetivo expor quais os efeitos da decisão condenatória ao *solvens* (devedor) e *accipiens* (credor) conforme as disposições do novo Código de Pro-

cesso Civil. Especificamente, demonstrar quais as principais mudanças do novo Código de Processo Civil de 2015 quanto ao Código de 1973 e as alterações de direitos ao devedor e credor. Posto que, a problemática é, se a hipoteca judicial, assentada no novo Código de Processo Civil, amplia ou reduz segurança jurídica do *accipiens*?

Para tal, este trabalho justifica-se por seu valor elucidativo, no qual, procura-se através do exame aprofundado demonstrar que, o credor pode se valer desse mecanismo processual plenamente a seu favor.

Finalmente, procedeu-se nesse estudo uma pesquisa exploratória, documental e bibliográfica, por meio da interpretação sistemática, fichamento de livros, artigos, monografias e *sites* especializados.

2. Traços fundamentais da hipoteca

A hipoteca é um direito real de garantia que recai sobre coisa imóvel ou bem disciplinado por lei, tendo posse o *solvens* ou terceiro que, havendo inadimplente, confere ao *accipiens* o direito de mover venda judicial, preferencialmente remunerada (DINIZ, 2014).

Assim para Ferreira (2017, p. 2) hipoteca é “[...] um contrato que se perfaz através do registro do gravame, o bem imóvel ou assim considerado na posse do devedor, conferindo ao credor preferencial direito de venda no caso de inadimplemento”.

Não obstante, a hipoteca, ao contrário do penhor, que é um direito real de garantia sobre bem móvel, é um direito real que afeta um objeto imóvel em cumprimento de uma obrigação. Nesta, é dispensada a tradição, pois, ao ser registrada, produz efeitos para todos. Ela é sempre indivisível e recai, somente com o cumprimento integral (JUSBRASIL, 2017).

Segundo Gonçalves (2015, p. 597) hipoteca é o direito real de garantia que tem por “[...] objeto bens imóveis, navio ou avião pertencentes ao devedor ou a terceiro e que, embora não entregues ao credor, asseguram-lhe, preferencialmente, o recebimento de seu crédito”

2.1. Quanto ao credor e devedor

Conforme Gonçalves (2014) o devedor (*solvens*) é o sujeito passivo de um vínculo obrigacional, pois, nele recai o dever de cumprir a prestação avençada. O credor (*accipiens*) tem o direito de exigir o adimplemento da prestação, pois nela, haverá a satisfação do seu interesse, por levar em consideração o cumprimento do vínculo obrigacional.

Para Menezes (2017, p. 1) “o *solvens* (devedor) é o pagador e o *accipiens* é o recebedor do pagamento”. Assim o *solvens* é o sujeito passivo de uma obrigação junto, ao *accipiens*, que é o sujeito ativo do vínculo obrigacional (MENEZES, 2017).

No caso da hipoteca, ao gravar coisa imóvel ou bem que a lei permite ser hipotecável, de posse do devedor, caso esteja inadimplente junto ao credor, dará ação a promoção de venda judiciária por parte do *accipiens* (DINIZ, 2014).

De acordo com Gonçalves (2014, p. 597) incorrendo o inadimplemento por parte do *solvens* “[...] o credor pode executá-lo, alienando-o judicialmente e tendo primazia sobre o produto de arrematação, para cobrar-se da totalidade da dívida e de seus acessórios”.

2.2. Das características formais da hipoteca

A legalidade da hipoteca sujeita-se, ao acatamento do requisito alusivo à forma de sua constituição. Neste caso, en-

volve o título constitutivo, a especialização e o Registro de Imóveis em cartório (GONÇALVES, 2015).

2.2.1 Do Título, especialização e registro

O título constitutivo é representado pelo contrato, pela lei e decisão judicial, onde este, faz conservar a declaração de vontade das partes, servindo como suporte, na aplicação do ônus real (GONÇALVES, 2015).

Conforme Gonçalves (2015) é um instrumento escrito, sendo sua forma variável, a depender do tipo de hipoteca à ser avençado, para ter a sua efetiva publicidade no Registro de Imóveis.

Quanto a titularização, no artigo 108 do Código Civil de 2002, Brasil (2015, p. 165) diz que “[...] não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem constituição, transferência, [...], ou renúncia de direitos reais sobre imóveis [...]”.

Não obstante, o artigo 1.486 do CC/02, de acordo Brasil (2015, p. 254) “Podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial”.

Segundo este artigo, o título é representativo de crédito como hipoteca, contudo, transferível por endosso, sendo este, autorizado pelo *accipiens* e ou devedor, no ato constitutivo da hipoteca previsto por lei (DINIZ, 2014).

Já a especialização fundamenta-se na identificação do credor e devedor e da obrigação (débito) a ser garantido, sendo este, condizente com uma descrição exata dos objetos imóveis e bens hipotecáveis por lei, onerosamente avençados (GONÇALVES, 2015).

A especialização, que se consolida no registro, reque-rendo a especificação do bem e atendendo os requisitos do artigo 1.424 do CC/02. O direito do credor deve recair sobre imóvel devidamente discriminados. Navios e aeronaves,

como disciplina a legislação civil brasileira, apesar de móveis, podem ser hipotecados (VENOSA, 2017).

Desse modo, a especialização da hipoteca vem a ser um conjunto de elementos que caracterizam a obrigação e o objeto dado em garantia, devendo o título constar: o crédito total; o lapso de tempo para o adimplemento da dívida; os juros, se for o caso; a descrição do bem. Caso não constem os elementos supracitados, o contrato se faz ineficaz (DINIZ, 2014).

Segundo Gonçalves (2015) na hipoteca legal, a especialização se perfaz, com a sentença, sem este não haverá registro, por consequência não garantido o ônus real. Para a hipoteca judicial, a especialização, acontece com a sentença e o Registro de Imóveis no cartório.

Por fim, a publicidade ou registro garante o direito real do contrato de hipoteca, onde, o título e a especialização são elementos preliminares para o remetido gravame do bem (GONCALVES, 2015).

É mediante ao registro imobiliário que há o direito real. Caso não seja registrada, as hipotecas são válidas e eficazes como garantia unicamente entre as partes contratantes, tendo, portanto, um alcance real limitado ou meramente obrigacional. O registro está disciplinado no artigo 1.492 do CC/02 (VENOSA, 2017).

Conforme Gonçalves (2015, p. 616) não apenas “[...] o credor e devedor, [...], podem promover o registro da hipoteca, [...] também os terceiros interessados em geral, como, [...], os credores do credor hipotecário, [...] o fiador do devedor, [...]”.

Para Diniz (2014, p. 1.125) o momento culminante da hipoteca “[...] é o seu registro; quanto não estiver assentado; não é direito real, não passará de um crédito pessoal, valendo *inter partes*”. Desta maneira, o registro oferece publicidade,

transmitindo conhecimento para todos, da presença da hipoteca sobre um objeto ou bem (DINIZ, 2014).

2.3. Dos tipos de hipoteca

A hipoteca constitui-se por: força de **contrato** no tipo convencional; por **disposição legal** na hipoteca legal e por **sentença ou decisão** na judicial. Tanto o contrato, a lei e a decisão evidenciam, por conseguinte, título ou documento perdura a declaração de vontade do *accipiens* e *solvens* (GONÇALVES, 2015).

2.3.1. Hipoteca convencional

Considerando o acordo de vontades, a Hipoteca Convencional, se materializa para a pessoa que pretende oferecer e receber o título contratual. Neste caso, é convenionada por título particular subscrito por testemunhas. Para tanto, deve observar o valor do bem, que é disciplinado no artigo 108 do CC/02, sendo este tipo o mais utilizado entre o credor e devedor (FERREIRA, 2017).

Segundo Diniz (2014, p. 1.119) o tipo de hipoteca convencional surgirá do “[...] acordo de vontades daquele que recebe o ônus real (credor hipotecário) com aquele que dá (devedor principal ou terceiro hipotecante), além [...] de testemunhas e escritura pública”.

Para Jusbrasil (2017) a hipoteca convencional resulta do ato de vontade do *solvens*, exigindo o registro, para que seja capaz de gerar, efeitos diante de terceiros. Conforme Brasil (2015) no artigo 1.484 do CC/02 demonstra a licitude da contratualização da hipoteca convencional, pelas partes.

De acordo com Gonçalves (2015, p. 617) a hipoteca convencional “[...] é aquela que se constitui por meio de um

acordo de celebrado entre o credor e o devedor da obrigação principal, [...]”. Ou seja, os efeitos são suscetíveis de ônus real, sejam elas de obrigações de dar, fazer ou não fazer (GONCALVES, 2015).

2.3.2. Hipoteca legal

Consoante a Jusbrasil (2017, p. 1) a hipoteca legal “[...] não precisa de registro, mas sim de especialização”. Tal afirmação está prevista no artigo 1.489 do CC/02, ou seja, a hipoteca legal é aquela que, a lei concede a certos *accipiens* uma proteção especial. Pois seu título constitutivo é a sentença por especialização legalmente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (DINIZ, 2014).

Para Ferreira (2017) a hipoteca legal é demandada em certas situações e de pessoas com o intuito de resguardar de possíveis prejuízos. Para esse tipo de hipoteca, não existe título, nem vontade das partes, por transparecer sua origem legislativa.

A hipoteca legal, não deriva de um contrato, como observa-se na hipoteca convencional, contudo, é uma imposição legal, que tem por finalidade proteger legitimados que estejam em determinadas condições. É desta maneira, atributo do *accipiens*, não se observando o crédito, para que se sustente a sua constituição (GONÇALVES, 2015).

2.3.3. Hipoteca judicial

Somando-se a hipoteca convencional e a legal, há uma subespécie desta última, chamada de Hipoteca judicial. Essa modalidade de hipoteca, está condicionada a uma sentença condenatória do réu (*solvens*), ao pagamento da obrigação prescricional, antes do trânsito em julgado (FERRIANI, 2017).

O resultado pretendido com esse tipo de hipoteca, segundo Gonçalves (2015, p. 621) é a “[...] imediata penhora dos bens do devedor, sem as delongas de um processo de especialização hipotecária. [...], ainda que o devedor venha alienar seus bens, em fraude à execução, tal alienação será ineficaz perante o credor, [...]”.

De acordo com Ferreira (2017) hipoteca judicial consiste em uma sentença judicial que a determine, dando ao *accipiens* o direito de ação na execução, inclusive, contra os do bem *solvens*. A sua constituição independe de requerimento e, mesmo que haja uma condenação genérica, está, será válida mesmo não resolvido o arresto de bens do *solvens* ou quando o *accipiens* promover a execução provisória.

Esse tipo de hipoteca, não foi contemplada do Código Civil de 2002, como a hipoteca convencional e legal, contudo, está disciplinada do artigo 466 do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 2015).

Gonçalves (2015) alerta que o direito de ação da hipoteca judicial, proveniente de decisão condenatória, tem efeito imediato, perdurando, após o registro, em oposição ao *solvens*. Pois, a sentença, condena o devedor a obrigação prestacional de determinado bem em espécie monetária, ou à compensação de perdas e danos. Contudo, a sentença condenatória da hipoteca judicial, não cai no patrimônio do *solvens*, mas no valor disponível do devedor que é imposta pelo julgador.

3. Da sentença condenatória

O acolhimento da pretensão do autor, firma a existência do direito e da sua maculação, resultando na disposição sancionatória equivalente à inobservância da norma vigente do conflito *inter partes* (GRINOVER, 2014).

Segundo Grinover (2014, p. 322) essa sanção “[...], consiste em possibilitar o acesso à via processual de execução forçada: proferida a sentença condenatória, passa a ser admissível o processo ou fase de execução [...]”. No ramo cível, são condenatórios os processos que imponham ao réu uma prestação obrigacional de dar, fazer ou não fazer (GRINOVER, 2014).

A sentença condenatória, tem força completa, mas a eficácia executiva é apenas efeito, substituível ou eliminável. Neste caso, consolida o direito, a sua violação e aplica a sanção executória do julgado, que informa um novo direito de ação à tutela jurisdicional executiva, se o vencido não cumpre espontaneamente a sentença (JUSBRASIL, 2017).

Conforme Câmara (2014, p. 471) considera-se a sentença condenatória o ato “[...] do juiz que põe fim ao seu ofício de julgar, resolvendo ou não o mérito da causa. [...], sentença é o ato do juiz que põe fim a um módulo processual (em primeiro grau de jurisdição), resolvendo ou não o mérito da causa”.

Câmara (2014, p. 473) diz que são sentenças definitivas “[...] aquelas proferidas com base em qualquer das hipóteses previstas no art. 267 do Código de Processo Civil”. Dessa classificação de sentença distingue-se a condenatória, da declaratória e constitutiva (CÂMARA, 2014).

O efeito da sentença condenatória é autorizar ação de execução compelido de crédito. A condenação gera, uma ordem dirigida aos órgãos estatais para execução do crédito. Quando ao seu efeito secundário, previsto no artigo 466 do CPC/73, a denominada hipoteca judicial, tem-se um importante instrumento preventivo contra fraude, pois, dá uma segurança de execução forçada com a sentença proferida (CÂMARA, 2014).

4. Resultados e discussões

Antes de iniciarmos, faz-se necessária expor que o Novo Código de Processo Civil, referente a Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, levou mais de 04 (quatro) anos em tramitação entre as casas do Senado e da Câmara de Deputados, ensejando debates, audiências jurídicas e públicas.

4.1 Hipoteca judicial: Mudanças do antigo CPC/1973 para o CPC/2015

Tratando-se do instituto do direito formal, Hipoteca Judicial, observa-se significativas modificações quando ao NCPC/2015. As alterações são evidentes quando observamos o Quadro 1 e sua disposição cronológica no diploma.

A primeira modificação é percebida na numeração romana dos capítulos, Da Sentença e Da Coisa Julgada, onde no CPC/1973 o capítulo em número romano é “VIII” e no NCPC/2015 o número romano é “XIII”. Observa-se que houve um deslocamento expressivo para os institutos processuais do antigo para o novo.

Quadro 1 – Modificação para a hipoteca
judicial no NCPC/2015.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015
<i>CAPÍTULO XIII</i> <i>DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA</i>
<i>Seção II</i> <i>Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença</i>
<p>Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.</p> <p style="padding-left: 40px;">§ 1º. A decisão produz a hipoteca judiciária:</p> <p style="padding-left: 80px;">I - embora a condenação seja genérica;</p> <p style="padding-left: 80px;">II - ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor;</p> <p style="padding-left: 80px;">III - mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.</p> <p>§ 2º. A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.</p> <p>§ 3º. No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato.</p> <p>§ 4º. A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro.</p> <p>§ 5º. Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.</p>

Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Jaques Wagner

Joaquim Vieira Ferreira Levy

Luís Inácio Lucena Adams

Fonte: elaborado pelo autor.

A segunda alteração refere-se as seções e seus títulos. No CPC/1973 a Seção é de número romano “I”, enquanto no NCPC/2015, a Seção é de número romano “II”, antecedido pela Seção I, que trata das Disposições Gerias. Outra alteração é percebida nos títulos de ambas seções, o qual, no CPC/1973 trata-se Dos Requisitos e dos Efeitos da Sentença, enquanto no NCPC/2015, o título da seção supramencionada trata Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença. Observe que a alteração é pontual, modificando-se a palavra “Requisitos” para “Elementos”.

Tratando-se dos artigos de ambos códigos, o dispositivo que se refere a Hipoteca Judicial foi alterado do artigo 466 do CPC/1973, para o artigo 495 do NCPC/2015.

Em seus *caputs*, houve a mudança da palavra “sentença” para “decisão” no NCPC/2015, assim como, a supressão das palavras “uma”, “ou em coisa” e da frase “cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos” do CPC/1973. Para tanto, no NCPC/2015 houve a inserção da frase “a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária”.

Quanto ao parágrafo único e seus respectivos incisos no CPC/1973, comparando-se com NCPC/2015, em seu § 1º e nos incisos I e II, houve, modificações pontuais de palavras e fusão

dos incisos I e II do CPC/1973, para o inciso II do NCPC/2015. De modo geral, tanto os *caputs* do artigo 466 do CPC/73 e do artigo 495 do NCPC/2015 e seus respectivos parágrafos e incisos, não tiveram modificações normativas substanciais.

Assim percebe-se que às modificações substâncias observadas com o NCPC/2015 estão dispostas no inciso III e nos parágrafos de §§ 2º a 5º do no diploma. Foram ampliados o rol de possibilidades quanto: a impugnação por recurso suspensivo; a execução do instituto da hipoteca judicial pela simples apresentação de cópia de decisão condenatória no cartório de registro, independente de ordem judicial; o prazo processual de 15 dias para o *accipiens*, informar ao juízo da realização da hipoteca, para o mesmo, intimar o *solvens* do ato executivo; dada a decisão condenatória o *accipiens* terá direito de preferência; e por fim, caso haja reforma ou invalidade da decisão condenatória, responderá a parte autora, independente de culpa, pelos danos causados.

Hipoteca judicial: ampliação ou retração de direitos do *accipiens* e *solvens*?

Como supracitado neste trabalho, o Código de Processo Civil de 1973 foi substituído pelo Novo Código de 2015. Com alterações, o instituto da Hipoteca Judicial passou por várias modificações textuais, além, da inserção de novos dispositivos. Isto posto, no Quadro 2, observaremos as principais modificações que ampliaram ou reduziram o direito do *accipiens* e do *solvens*.

Quadro 2 – Comparativo do CPC/1973 e NCPC/2015, quanto aos direitos do *accipiens* e do *solvens* na Hipoteca Judicial.

PARTE	CPC/1973	NOVO CPC/2015
Accipiens (Credor)	<ul style="list-style-type: none"> • Execução automática da sentença; • Pagamento em dinheiro ou coisa; • Registro do título judicial; • Favorável mesmo com sentença genérica; • Segurança contra fraude; • Frustração do devedor, quanto dilapidação do patrimônio; 	<ul style="list-style-type: none"> • Execução automática da decisão; • Pagamento em dinheiro ou obrigação prestacional convertida; • Favorável mesmo com sentença genérica; • Segurança contra fraude; • Frustração do devedor, quanto dilapidação do patrimônio; • Proteção da decisão condenatória contra recurso de efeito suspensivo; • Pode ser executada por cópia da decisão condenatória no cartório de registro, independente de ordem judicial ou de urgência; • Prazo de 15 dias para o juízo da causa, intimando a parte passiva do ato; • Direito de preferência quando ao pagamento.

Solvens (Devedor)	<ul style="list-style-type: none"> • O dispositivo não infere direitos explícitos para o devedor. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ciente do ato executório pelo juízo; • Caso seja reformado ou invalidada a decisão condenatória, o autor, independente de culpa, responderá pelos danos.
------------------------------	--	---

Fonte: elaborado pelo autor.

O credor ou *accipiens* da relação, tanto no CPC/1973 e NCPC/2015, referente a Hipoteca Judicial, permanecem inalterados os direitos, caso a sentença seja favorável, como: execução automática da decisão; possibilidade do pagamento em ou em obrigação prestacional; executável mesmo por sentença genérica; segurança contra fraude; e a frustração do devedor, quanto a dilapidação do patrimônio.

A novidade com o NCPC/2015 é que o rol de direitos do *accipiens* foram ampliados no artigo 495, com as inserções do inciso III (com substância modificação) e dos parágrafos §§ 2º a 5º do novo diploma.

No inciso III do artigo 495 do NCPC/2015, descreve-se que a decisão produz a hipoteca judiciária (judicial) mesmo que impugnada por recurso dotado de efeitos suspensivo. Sendo este, um típico recurso que suspende os efeitos da decisão condenatória, para a Hipoteca Judicial não haverá repercussão. Observa-se que, com a inserção deste dispositivo, dá mais força ao instituto da Hipoteca Judicial para o credor.

Quanto ao parágrafo § 2º do artigo supracitado do NCPC/2015, enseja que a hipoteca judiciária, após decisão condenatória, garantirá automaticamente que o *accipiens* realize

o registro do instituto junto ao Cartório de Registro Imobiliário, somente com a apresentação de cópia de sentença, independente de ordem judicial, declaração expressa do juiz ou urgência.

Percebe-se que o legislador no novo dispositivo ampliou a possibilidade do credor, de forma autônoma ou independente, para realizar atos que, até então, eram condicionados por autorização expressa do juízo.

No parágrafo § 3º do artigo 495 do novo diploma, o legislador além de disciplinar o lapso de tempo (15 dias da realização da hipoteca) para o credor informar o juízo da decisão condenatória. Assim, moverá de forma disciplinar o aparato jurisdicional, para que faça a intimação do *solvens*, assim como, tomar a devida ciência do ato legal. Neste sentido, o *accipiens*, dilata sua participação no processo depois sentença condenatória.

Depois da constituição da hipoteca judiciária, o *accipiens*, terá o Direito de preferência. Esse dispositivo consta também no artigo 495 do NCPC/2015, no parágrafo § 4º, que garante também ao *accipiens* o direito do pagamento, neste caso, quanto a outros credores, obedecendo assim a prioridade quanto ao registro.

Por fim, quando ao *solvens*, comparando o CPC/1973 e o NCPC/2015, houve uma singela ampliação de direitos em frente ao *accipiens*. Considerando o parágrafo § 3º, o devedor no novo diploma é considerado quanto a ciência dos atos, executados pelo *accipiens*, na forma de intimação expressa pelo juízo da causa. Percebe-se que não era explícita esse direito formal no antigo código.

Não obstante, o parágrafo § 5º do novo código, garante ao *solvens*, o direito à danos causados pela outra parte. Pois, independente de culpa, o *accipiens*, que tiver a decisão condenatória reformada ou invalidada, responderá pelo pagamento da quantia da sentença. Assim como, pelos danos causa-

dos pela constituição da garantia que a hipoteca judicial tem como efeito automático.

Considerações finais

O instituto da hipoteca judicial, como visto, tem efeito automático que, mediante decisão condenatória, garante ao *accipiens*, o pagamento de soma em dinheiro ou em obrigação prestacional convertida. Havendo a sentença ou decisão condenatória, o *accipiens*, procede a hipoteca e dará início a execução baseada no título provisório, não necessitando este, a evidência do *periculum in mora*.

Com a constituição da hipoteca judicial perante ao Cartório de Registro e Imóveis, o *accipiens*, da ação judicial, consegue o direito real de garantia, compreendendo bens de valor próximo ou igual do crédito discernido na decisão condenatória.

Para o credor, agrega a possibilidade do recebimento da soma em espécie monetária. Somando-se a este, o direito real favorecido, garante ao *accipiens*, o direito de sequela, tendo este, o privilégio de ir ao enalço do bem hipotecado, mesmo que, seu título esteja fraudado ou dilapidado pelo *solvens*.

A lei concebeu que, de modo automática, havendo a decisão de condenatória ocorre a hipoteca judicial. Isto é, tal sentença constitui instantaneamente o instituto, independentemente de qual seja seu âmago e composição. Desse modo, satisfaz que tenha a condenação por pecúnia ou obrigação prestacional.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, quanto ao instituto da Hipoteca judicial, positivada no artigo 495, mudanças substanciais quanto o artigo 466 do CPC/1973. Da ampliação de direitos do *accipiens*, confere-se um rol de novos dispositivos, que demonstram a força

do credor neste tipo de hipoteca. Claro, caso haja decisão condenatória favorável.

A primeira ampliação com o NCPC/2015, é força da hipoteca judicial contra o recurso de efeito suspensivo. Mesmo havendo a impugnação da sentença condenatória, conforme o parágrafo 1º, inciso III do novo código, esta decisão de condenação produz a hipoteca judicial.

Outra expansão favorável ao *accipiens*, é a possibilidade da ação de registro, junto ao cartório de imóveis, sem a necessidade de ordem judicial ou declaração do juiz, dando assim, uma autonomia significativa do credor em perfazer o ato somente com a cópia da sentença.

Outra alteração substancial do instituto, foi a forma como deve proceder o *accipiens*, quando da realização da hipoteca. O próprio, por assim dizer, deverá no prazo de 15 (quinze) dias informar ao juízo da causa, que por ventura, irá intimar o réu ou parte (*solvens*) do ato. Percebe-se que o rito, ficou mais claro e orientador para o credor do instituto hipotecário.

Apesar do direito de preferência não está explícito no CPC/1973, no novo diploma, além de descrever objetivamente, favorece o *accipiens* quanto a preferência do pagamento do crédito em relação a outros credos do *solvens*.

Além do NCPC/2015 ampliar o rol de direitos do *accipiens*, o *solvens*, no parágrafo § 5º do artigo 495, é assistido quanto a possibilidade da decisão condenatória da hipoteca judicial, sofrer reforma ou invalidação.

O *solvens*, por ter pago a quantia da sentença favorável ao *accipiens*, pode auferir a indenização dos danos causados pela ação, assim como, o valor da garanti constituída pela hipoteca judicial. Neste caso, o *accipiens*, independentemente de culpa, responderá pelos danos pela ação de garantia.

Por fim, o instituto da hipoteca judicial, com a edificação do Novo Código de Processo Civil de 2015, ampliou o rol

de direitos para *accipiens* (credor), que é parte ativa da relação processual. As dúvidas contidas no Código de Processo Civil de 1973, certamente foram esgotadas com o novo Código.

Certamente deve-se aguardar, as diversas interpretações que serão dadas ao novo dispositivo processual. Contudo há de se observar que, o *accipiens*, não está adstrito do ônus de reparar o *solvens*, caso a hipoteca judicial seja invalidada pelo juízo.

Referências consultadas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR's 6022, 6023, 6024, 6028 e 10520**: informação e documentação: apresentação de publicações periódicas. Rio de Janeiro, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal 1988, Código civil e Código de Processo Civil**. Organização de textos, notas remissivas e dos textos integrais das Emendas Constitucionais. *Vade Mecum*: obra coletiva. 20 ed. São Paulo: Saraiva 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRIANI, Adriano. **A hipoteca judiciária morreu?** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI148646,61044A+hipoteca+judiciaria+morreu>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

FERREIRA, Diego. **Da hipoteca: análise crítica do instituto**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/>>

portal/print/conteudo/dahipotekaan%C3%A1lisecr%-C3%ADticadoinstitutu >. Acesso em: 06 mai. 2017.

GONÇALVES, Carlos. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

JUSBRASIL. **Em que consiste a hipoteca e quais são suas espécies?** Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/234570/emqueconsisteahipotecaequaissasuasespeciesandrearussar> >. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. **Sentença condenatória**. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292248/sentenca-condenatoria> >. Acesso em: 07 jun. 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo código de processo civil: modificações substanciais**. São Paulo: Atlas, 2015.

VALLS, Álvaro. **O que é ética**. 9° ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

VENOSA, Sílvio. **Hipoteca de Imóvel com Unidades Autônomas e Terceiros Adquirentes**. Disponível em: < http://www.silviovenosa.com.br/_libs/dwns/17.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2017.

O impacto da incorporação de novas tecnologias no mercado da advocacia e o crescimento das plataformas online de solução de conflitos

Fernanda Bragança e Laurinda Fátima da Fonseca Pereira Guimarães Bragança

Resumo

Esta pesquisa se propõe a problematizar a resistência à incorporação de novas tecnologias ao mercado advocatício a partir do crescimento das plataformas online de solução de conflitos. Esses sites possibilitam uma interação ágil e eficiente entre pessoas ou entre clientes e empresas para que possam resolver suas disputas. Se em um primeiro momento isso só parece afetar uma parcela de mercado não muito lucrativo de casos pouco complexos, a tendência verificada nos EUA e no Reino Unido é que conquistem cada vez mais as

grandes organizações. Este fenômeno, que já tem notoriedade na realidade brasileira, desperta a atenção de advogados e ressalta a importância de conhecerem e estarem preparados para este novo tempo da advocacia.

PALAVRAS-CHAVES: Plataformas online de solução de conflitos; ODRs; novas tecnologias; advocacia; métodos adequados de solução de conflitos

The impact of the incorporation of new technologies on the advocacy market and the growing of online dispute resolutions

Abstract:

The present study proposes a discussion on the resistance to the incorporation of new technologies in the law market from the growing usage of online dispute resolutions. Such websites allow an agile and efficient interaction between the parts in order to solve their contends. Although at first it seems to affect only a not so profitable simple cases market share, a tendency of conquering large corporations has been observed in USA and United Kingdom. Such phenomenon, which is already noted in Brazilian reality, attracts the attention of lawyers and remarks the importance of knowing and being prepared for this new field in advocacy.

KEYWORDS: ODRs; online conflict solution platforms; new technologies; advocacy; alternative dispute resolutions.

Introdução

O interesse por essa pesquisa surgiu com a convocação de um protesto pela Ordem dos Advogados do Brasil do Rio

de Janeiro¹¹⁹ no dia 20 de março de 2018 contra o projeto do Tribunal de Justiça do estado de criar novos centros de resolução de conflitos. Para a Ordem, os centros, que poderão utilizar sistema automatizado para fazer atendimentos dos casos mais comuns, são ilegais.

Segundo a OAB-RJ, esta medida excluiria a participação do advogado na resolução de conflitos pois estes seriam analisados via internet por um robô. Apesar do Presidente da seccional do RJ, Felipe Santa Cruz, ter se reunido na véspera com o presidente do TJRJ para esclarecimentos, manteve o protesto alegando a defesa institucional dos advogados.

Em contrapartida, o presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução do Conflitos (Nupe-mec) do TJRJ, o desembargador César Cury explica que o projeto ora questionado trata-se de uma esteira de procedimentos que se iniciam por uma Câmara Privada online. É um sistema que oferece algumas possibilidades de solucionar a disputa como por exemplo, contato direto através *chat* entre demandante e demandado.

Na visão do magistrado essa proposta seria positiva na medida em que ao fazer a conexão, o usuário passaria a ter acesso a um leque de informações úteis como número de reclamações referentes a um determinado produto e número de demandas resolvidas de uma maneira específica. Isso poderia inclusive auxiliar o advogado na orientação do seu cliente sobre expectativas em relação à uma possível solução fora do Judiciário. Outra vantagem dessa conectividade seria o contato efetivo com empresas de demandas de massa, em que o atendimento presencial torna-se inviável.

Essa iniciativa, na visão de seus apoiadores, significaria a passagem de uma era analógica para digital. A ideia é criar

119. Notícia do protesto < <http://www.oabRJ.org.br/noticia/111704-oabRJ-convoaca-ato-contra-justica-sem-advocacia>> acesso em 1 de maio de 2018

um sistema de Tribunal multiportas e conseqüentemente, ampliar o acesso à justiça. No entanto, as resistências ainda são grandes à qualquer movimento de informatização e automação. Vale lembrar que na época em que foram instaurados os processos eletrônicos, que prometiam maior celeridade na tramitação, também houve muitos questionamentos.

Motivado por este acontecimento, este artigo visa analisar como o uso de novas tecnologias pode impactar nos métodos adequados de solução de conflitos e como experiências estrangeiras vêm lidando com essas questões. O objetivo é permitir uma reflexão mais profunda sobre a incorporação desses aparatos na resolução de litígios em um mercado tão arcaico quanto o jurídico.

O trabalho encontra-se dividido em duas partes: a primeira aborda a resistência à tecnologia no mercado jurídico. Discute-se sobre a postura que vem sendo adotada pela OAB em relação à proposições que visem incrementar nesse sentido e quais os desafios futuros que serão enfrentados pelos advogados à medida que ferramentas tecnológicas forem sendo implementadas, sobretudo levando em consideração o crescimento das plataformas online de resolução de conflitos. Este tópico encontra-se fortemente embasado em obras recentes do professor Benjamin Barton, reconhecido especialista em carreiras jurídicas.

Em seguida, avança-se para tratar dos sítios online de resolução de controvérsias e dos serviços que oferecem aos seus usuários. A intenção é compreender como eles funcionam, entender os tipos de conflitos que são adequados a estes métodos, investigar experiências estrangeiras e averiguar as suas vantagens e desvantagens. Para esta parte foi feito um levantamento bibliográfico particular sobre o assunto com destaque às contribuições dos professores Karolina Maia, Pablo Cortés e para obra de Klaus Hopt e Felix Steffek. Por fim, a pretensão foi antecipar os próximos passos ainda a serem dados no que diz respeito à *online dispute resolutions*.

2. A resistência à inovação tecnológica no mercado advocatício

A resistência à inovação tecnológica em alguns segmentos não é propriamente uma novidade no Brasil. Em setores tão tradicionais quanto o Direito¹²⁰, a rejeição fica ainda mais evidente. E isso fica simples de entender ao analisarmos a quantidade de advogados formados ou em curso de formação no país¹²¹. É muito grande o receio em aderir a qualquer ideia que possa minimamente comprometer a atividade dessa profissão. Ainda que apenas um pequeno percentual pudesse vir a ser atingido, isso já seria suficiente para expor muitos profissionais à instabilidade e até ao desemprego.

A entidade responsável pela defesa da classe, a OAB, atua com firmeza no sentido de frear ou inibir plataformas, sites e outros intentos que tendam a transtornar o mercado jurídico

120. Enquanto alguns ainda insistem que o Direito tem a opção de se manter distante à interferência de novas tecnologias, áreas como engenharia tratam-nas como aliadas ao seu desenvolvimento e dedicam-se a oferecer produtos e serviços cada vez mais sofisticados. Para destacar-se neste setor é necessário dominar a expertise de ponta. Os advogados precisam interagir com os engenheiros para aprimorarem sua atuação e usarem a tecnologia a seu favor. Para produzir e utilizar a inovação a benefício próprio é imprescindível que se comuniquem com esses profissionais. Para um exemplo de como essa relação pode ser rentável e vantajosa para o mercado jurídico: <<https://www.jota.info/carreira/blockchain-pode-facilitar-dia-a-dia-mercado-juridico-07052018>> acesso em 11 de maio de 2018.

121. O ensino jurídico tem tanto apelo no Brasil que o país conta com mais faculdades de Direito que China, EUA e Europa juntos. Para ver a reportagem completa sobre este assunto: <<https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>> acesso em 7 de maio de 2018. E também: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/02/Por-que-o-Brasil-tem-tantos-advogados>> acesso em 7 de maio de 2018.

nesse sentido. Recentemente, a seccional do RJ ingressou com uma ação civil pública (ACP) contra um site cujo objetivo seria capturar advogados que concordassem em assumir causas nas quais só receberiam honorários em caso de êxito. A Ordem se posicionou contra o mecanismo de “Oferta Extra” pelo qual assume a causa o primeiro advogado que atender às condições requisitadas pelo cliente.

O professor Benjamin Barton, no seu livro *Glass Half Full: the Decline and Rebirth of the Legal Profession*, trata sobre algumas vulnerabilidades da advocacia norte-americana diante das inovações tecnológicas: os escritórios de pequeno porte em geral prestam serviços padronizados a clientes pouco expressivos. Este tipo de serviço, segundo o autor, poderia ser facilmente automatizável¹²² por meio de formulários e programas simples de computador.

A partir dessa constatação, o catedrático da Universidade do Tennessee problematiza o cenário com o conceito de “inovação disruptiva” (Ibid, pp. 86-87): inicialmente um provedor de baixa qualidade ganharia o mercado mais rasteiro, que seria equivalente ao dos serviços facilmente informatizáveis. Mas, uma vez decorrido certo lapso de tempo, a tendência é que conquiste segmentos mais robustos. É aí que esses atores (*players*) podem se tornar importantes ao incorporarem a clientela de escritórios de grande porte. Para exemplificar, ele cita o caso da LegalZoom, que se apropriou de 20% de todas as novas empresas da Califórnia em 2011.

122. Esses trabalhos foram facilitados por computadores e formulários, e a especialização é mais comum agora, mesmo no nível de pequenas empresas, mas, como regra geral, esses advogados ainda ganham a vida oferecendo serviços individualizados a clientes individuais. Embora os últimos quarenta anos não tenham sido gentis com esses advogados, eles estão prestes a ver uma ruptura ainda maior à medida que a informatização se torna mais predominante (BARTON, 2015, p. 86).

Este é um importante alerta para aqueles que ainda acham que estão imunes a este tipo de impacto. A alta expertise ou capacitação diferenciada dos advogados que compõem uma banca não é mais uma barreira intransponível para a absorção de clientes pelos concorrentes informatizados.

Ciente deste quadro, a OAB-RJ, percebendo que a inovação disruptiva inicialmente domina um mercado pouco atraente mas logo em seguida é capaz de alcançar setores altamente cobiçados e lucrativos, imediatamente ajuizou a ACP e conseguiu uma liminar. A entidade alegou na petição inicial, dentre outras questões, que o site era responsável por promover um leilão dos serviços advocatícios através do qual o advogado cadastrado admitia a cobrança de quaisquer valores pelo trabalho a ser prestado, ignorando a tabela de honorários determinada pela seccional. Tal modelo de negócios feriria inúmeros dispositivos do Código de Ética da profissão.

Essa postura combativa em relação à implementação de plataformas que façam a interligação entre profissionais e interessados de forma instantânea e a baixo custo também atinge as formas consensuais de solução de conflitos, ainda que a legislação tenha previsto essa possibilidade¹²³. Neste campo, vêm crescendo com grande destaque os sites que oferecem resolução de litígios, as *online dispute resolutions* (ODRs).

As ODRs consistem na utilização da tecnologia de informação e da comunicação no processo de solução de conflitos, seja na totalidade do procedimento ou somente em parte deste. São portais eletrônicos que reúnem métodos

123. Art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil: A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

Art. 46 da Lei 13.140/2015: A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

como a mediação, a conciliação e a arbitragem; e que através de diversas tecnologias disponíveis, o usuário pode optar por qualquer um deles para resolver suas contendas. No Brasil, o sucesso do ReclameAqui e do OMediador está fazendo com que fiquem bastante conhecidos pelo público em geral. O prognóstico é que sejam cada vez mais procurados anteriormente ao ajuizamento da demanda e se consolidem inclusive como uma opção mais atraente. Para vislumbrar a escala promissora desses sites basta lembrar que a alternativa é um Judiciário extremamente moroso e caro.

Barton também apontou em seu livro que nos EUA, o volume de disputas que chegam à essas plataformas é impressionante. Sites como o eBay¹²⁴ processam mais de 60 milhões de conflitos por ano e cerca de 90% deles são solucionados diretamente pelos envolvidos sem qualquer interação humana. No Brasil, não há como apostar em um rumo diferente: robustos investimentos nessa área estão sendo realizados por intermediadores de comércio eletrônico como o Mercado Livre, por exemplo.

124. Autores como Ethan Katsh (2012, p. 41) consideram que desde 1998, se inaugura um novo momento na evolução das ferramentas de ODR e que coincidem com a popularização da internet. Segundo ele, este ano foi marcado pelo lançamento quase simultâneos do Amazon e do eBay, o que ampliou significativamente o leque de utilidades da internet e consequentemente, as possibilidades de conflito. Foi então que Percebendo a necessidade de uma ferramenta que facilitasse o tratamento de conflitos envolvendo seus usuários, o eBay pediu que o Center for Information Technology and Dispute Resolution da University of Massachusetts Amherst conduzisse um experimento, mediando conflitos envolvendo seus usuários. Em duas semanas, 200 conflitos foram mediados, o que alertou os administradores do site para a necessidade da adoção de um instrumento dessa natureza como política institucional. O site contratou, inicialmente, a start-up SquareTrade e, anos mais tarde, tomou a responsabilidade por esta ferramenta para si.

Certamente, a advocacia não passará indiferente a este fenômeno da informatização e precisará se adequar aos novos tempos. De fato, a prática legal mudou em ferramentas (computadores notavelmente) e em escopo (os grandes escritórios de advocacia americanos de hoje não têm paralelo histórico), mas não em espécie. O serviço executado permanece substancialmente inalterado. A práxis jurídica é notoriamente resistente à mudança e as escolas de direito da atualidade ainda ensinam como as do último século.

O especialista em carreiras jurídicas Benjamin Barton sinaliza que apesar dos enormes desafios há motivos para otimismo. Ele faz uma análise detalhada do mercado legal para prever como a criatividade e o empreendedorismo do advogado podem salvaguardar o emprego e a clientela. Em todo desenvolvimento aparentemente negativo, há um lado positivo. A expectativa para salários deprimidos e trabalho jurídico informatizado é muito boa para os consumidores de classe média que não conseguem arcar por muito tempo com elevados honorários de advogados.

Assinala ainda que por outro lado, o excesso de estudantes de direito (também presente nos EUA) se corrigirá à medida que se torne uma profissão menos atraente e lucrativa. Conforme questões mais simples e pontuais forem tendo experiências de sucesso com as ODRs, os advogados poderão dedicar seu tempo a um tipo de trabalho mais desafiador e inteligente¹²⁵.

125. Esta também é a opinião de Victor Cabral Fonseca (2017): “o objetivo destas tecnologias, contudo, é outro. O surgimento de ferramentas tão sofisticadas não tem como mote a substituição do trabalho de um advogado, por exemplo, e sim tornar o seu trabalho mais intelectual e especializado. A noção é que seja liberado o tempo de um profissional altamente qualificado para que este possa de fato se concentrar na realização de tarefas que exigem sua inteligência e dedicação”.

Isso contribuiu para o que os economistas Robert Frank e Philip Cook chamam de “a sociedade que leva tudo em vantagem” (BARTON, 2015^A). Os detentores dos processos computacionais que substituem os seres humanos obtêm consideráveis ganhos. O mesmo acontece com os profissionais envolvidos em trabalhos de maior complexidade ou que requeiram especialidade ou confidencialidade. Esses indivíduos estarão em alta demanda e propendem a auferir muito lucro. Já as pessoas que costumavam fazer um trabalho que foi informatizado terão que lutar em um mercado ferozmente competitivo e a tendência é que sejam remunerados com muito menos. Barton ressalva que essa “rearrumação” na advocacia não acontecerá sem transtornos sérios, mas que ao final, contribuirão para revitalizar a profissão.

lii. Plataformas online de resolução de disputas (ODRS)

A resolução de litígios online (ODR) é uma forma de solucionar conflitos que disponibiliza métodos ditos como alternativos para por fim à disputas. O termo abrange controvérsias que podem ser parcial ou totalmente resolvidas pela Internet. Na literatura sobre o assunto, os termos ADR¹²⁶ eletrônico (eADR), ADR online (oADR) e resolução de disputas na Internet (iDR)¹²⁷ são tratados como sinônimos.

Esta via constitui uma implementação de formas existentes de ADR (*alternative dispute resolution*) e oportunizam seu uso através da Rede. A principal característica desses métodos - ou seja, a presença de terceiros para auxiliar na obtenção de um acordo - permanece inalterada. No entanto,

126. ADR é a sigla inglesa para *alternative dispute resolutions*.

127. iDR é a sigla inglesa para *internet dispute resolutions*.

isso alcançou um caráter diferente sobretudo devido ao uso de formas modernas de comunicação. Atualmente, é possível tanto apresentar pedidos ou provas (como no site *Settle Today*¹²⁸), como realizar um procedimento online completo inclusive com a emissão de uma sentença ao final (é o que oferece a WIPO, *World Intellectual Property Organization*¹²⁹).

Abrangem um amplo leque de ideias e aplicativos que pretendem envolver árbitros, juízes (conforme as ODRs forem sendo instaladas nos sistemas das Cortes de Justiça), advogados, mediadores e as partes para enfrentar o problema. Estas podem comunicar-se eletronicamente e inclusive anexar documentos digitalizados. Alguns casos podem realmente ser equacionados de uma maneira muito mais simples, rápida e totalmente informatizada. Um relatório elaborado pela *Thomson Reuters*¹³⁰ que aborda o impacto das tecnologias de ODRs na resolução de disputas no Reino Unido, explica que há dois modos de analisar as tecnologias na solução de conflitos: a primeira consiste na sua utilização para apoiar processos manuais já existentes. Nesse sentido, a sua contribuição estaria relacionada fundamentalmente ao ganho de eficiência nas negociações. A segunda é a reengenharia desses processos, oferecendo novas maneiras de ocorrerem.

Nas ODRs, o aspecto tecnológico é crucial para a eficácia do serviço. Os sistemas podem ser divididos de acordo com a forma de comunicação usada. Os interessados podem se comunicar uns com os outros em tempo real por meio de

128. Para acessar a plataforma: <<https://settletoday.com>> acesso em 8 de maio de 2018.

129. Para mais informações: <<http://www.wipo.int/amc/en/>> acesso em 8 de maio de 2018.

130. A íntegra do Relatório pode ser encontrada em: <https://blogs.thomsonreuters.com/legal-uk/wp-content/uploads/sites/14/2016/10/BLC_ODRwhitepaper.pdf> acesso em 8 de maio de 2018.

ferramentas como o *Messenger* ou o *Skype*; ou por uma via menos direta como através de email e fóruns. A pesquisadora da Universidade da Cracóvia Karolina Maia (2015, p. 79) obteve dados de um estudo que apontou que esta interação indireta costuma ser a mais frequente (42%) mas que 48% dos provedores de ODRs manipulam as duas formas conjuntamente. O baixo nível de utilização de *chat* (10%), por exemplo, sugere que ainda é pouco aproveitada a exploração das possibilidades de recursos da tecnologia de informação.

A mediação online pode ocorrer de diferentes maneiras: desde uma plataforma totalmente automatizada através de um portal de bate-papo ou videoconferência (é a proposta da *TheMediationRoom.com*) até tratativas por email (como na *RisolviOnline.com*). Na primeira, as possibilidades oferecidas pelos mediados são trabalhadas pelo mediador prontamente. Já o correio eletrônico é mais comum para questões pecuniárias, em que as ofertas são enviadas pelas partes, que analisam as propostas uma da outra e avaliam tanto o valor quanto a necessidade de virem a se encontrar presencialmente.

Um modelo típico de mediação online começa quando um email é enviado para as partes contendo as informações básicas sobre a lide. Reuniões virtuais são realizadas nas chamadas “salas de bate-papo”. Estas podem ocorrer separadamente com cada parte ou simultaneamente com todas elas. As ferramentas usadas para fins de comunicação permitem maior flexibilidade e celeridade na medida em que dispensam a presença simultânea e o atendimento pessoal em um local e horário específicos.

Na mesma medida, essa dinâmica também gera preocupações por parte de alguns estudiosos do tema. Os professores Klaus Hopt e Felix Steffek (2013, p. 66) atentam que a falta de contato direto entre os participantes dificulta a criação de conexões mentais entre os envolvidos no conflito. Por isso,

na realidade virtual é necessário que os mediadores conquistem um nível ainda mais elevado de confiança dos mediados.

A opção pelas ODRs cresce no país mas ainda não há uma regulamentação específica no Brasil. Mesmo na União Europeia, a Diretiva 2008/52/CE não se refere às soluções eletrônicas e as bases legais para sua aplicação decorrem de uma interpretação das normativas em vigor (Ibid, pp. 79-80). A elaboração de um diploma legal próprio para a solução de conflitos online é necessária para garantir a credibilidade do instituto. Para dar segurança jurídica aos procedimentos e dos acordos neles firmados é imprescindível que as partes estejam amparadas por um estatuto que se refira especificamente ao tema. Esta é uma carência mundial que precisa ser corrigida.

Em países que adotam o *common law* foi possível identificar um dado interessante: as plataformas online de solução de disputas aumentaram ainda mais a procura pelos métodos alternativos ao Judiciário; e conseqüentemente, houve uma queda na interpretação e da construção de normas jurídicas pelos juízes. Nessas localidades, sobretudo em demandas que envolvem uma ou mais empresas, há uma nítida preferência por formas confidenciais. O documento da *Thomson Reuters*, através de entrevistas realizadas com membros de conselho¹³¹ de grandes organizações, sinalizou dois benefícios evidentes do uso de ODRs pelas corporações: é uma via rápida e privada que pode ser acionada anteriormente aos Tribunais; e permitem as empresas gerenciarem proativamente seus serviços e identificarem seus pontos fracos.

131. O Relatório traz uma fala de um dos conselheiros entrevistados que ajuda a compreender melhor como as ODRs estão bem valorizadas pelas empresas: “Não queremos estar em litígio com nossos clientes. O custo não é proporcional ao valor de nenhum dos nossos produtos”.

< www.wipo.int/amc/en/docs/decastroalicante.pdf >, acesso em 8 de maio de 2018.

A professora Maia (ob. cit, pp. 80–81) propôs duas importantes reflexões em seu trabalho: todas as disputas que podem ser resolvidas por métodos alternativos poderiam ser submetidas à procedimentos conduzidos eletronicamente? A realidade virtual seria capaz de afetar o resultado do processo ou nesse ponto não haveria diferença entre um ADR tradicional e uma ODR? Elementos adicionais da ferramenta eletrônica como a verificação de usuários, gerenciamento de reuniões e cronograma de audiências tendem a ser muito atraentes aqueles que querem economizar tempo e custo¹³². Mas observou que não obstante programas de computador possam aproximar pessoas e entidades geograficamente distantes, eles também podem constituir uma barreira principalmente naqueles casos marcados por forte envolvimento emocional como em questões familiares, por exemplo.

Quanto ao futuro e perspectivas para as ODRs, Pablo Cortés (ob. cit.,) aponta que elas não são mais uma mera ficção científica e já foram incorporadas com sucesso em inúmeras empresas de e-commerce. Possuem potencial para se tornarem a principal via de solução de determinados tipos de conflitos. Os próximos passos, segundo ele, deverão ser dados pelos Estados e organizações regionais, como a União Europeia, que inclusive já estabeleceu uma plataforma para solução de conflitos consumeristas transnacionais. Os grandes desafios

132. Pablo Cortés (2011), pesquisador da Universidade de Leicester, em obra que analisou as ODRs no mercado de consumo da União Européia, enumerou que quanto à economia financeira, os procedimentos online são mais baratos que as soluções off-line de conflitos por se tratar de um formato mais informal e não presencial. O autor menciona ainda que a comunicação remota possibilita uma preparação antecipada para a elaboração da melhor viável. O fato de eventual troca de mensagens ocorrer por meio de textos enviados de um para outro faz com que ambas as partes pensem de forma mais cuidadosa sobre o que enviarão, realizando, inclusive, uma autoanálise sobre as emoções que poderiam ser estimuladas pelo que está redigido.

que se impõem à frente consistem em promover o seu conhecimento pela sociedade, construir confiança e credibilidade para encorajar sua adoção por parte do Poder Público¹³³ e fomentar a elaboração de previsões legislativas sobre a matéria.

Conclusão

Este estudo pretendeu problematizar a questão da resistência à incorporação de novas tecnologias no mercado advocatício a partir das plataformas online de solução de disputas, que vêm experimentando um grande crescimento nos últimos anos e conquistando muitas empresas. Esses sites buscam promover uma aproximação entre pessoas ou entre clientes e corporações para resolver seus conflitos de uma forma mais célere e dinâmica.

No segmento das *online dispute resolutions*, a inovação tecnológica pode contribuir de duas maneiras: aprimorar os serviços já existentes incrementando as ferramentas de comunicação via rede ou fazendo a reengenharia dos procedimentos como um todo. Os investimentos feitos nesse setor aumentam sobremaneira, especialmente impulsionadas por grandes empresas que vêm a ODR como uma importante aliada. Relatório produzido pela *Thomson Reuters* no Reino Unido obteve dos líderes de prestigiadas organizações duas vantagens da sua utilização: prevenção das questões a serem judicializadas, o que diminui os custos com ações judiciais;

133. “A experiência consolidada de sistemas baseados em ODR na esfera privada oferecem subsídios importantes para sua aplicação na esfera judicial. Para além do uso de computadores, redes e da virtualização do processo, sobressai o desafio de construir uma nova experiência de tratamento dos conflitos que efetivamente se aproprie da dinâmica da interação em redes sociais e explore a popularização dos usos da internet em dispositivos móveis. Trata-se de um desafio de grande complexidade, pois implica em olhar o conflito e sua solução por um novo prisma.” (LIMA; FEITOSA, 2016, p. 67).

e possibilitam uma melhor e mais rápida identificação dos pontos fracos da empresa, o que permite que elas consigam reconstruir ou ao menos minimizar os danos no relacionamento com um cliente insatisfeito.

Essas novidades vieram para ficar e é preciso que os advogados saibam lidar com este novo cenário. Para isso, é imprescindível que a classe esteja aberta a alternativas de empreendedorismo e criem novos mercados. O que já se pode esperar? Que as ODRs se tornem ainda mais conhecidas e utilizadas. A tendência é que também sejam incorporadas aos sistemas nacionais de Justiça, como já pode ser observado na União Européia para questões consumeristas e o que a princípio parece ser o projeto do TJRJ que motivou a convocação de protestos pela OAB-RJ em março deste ano.

Referências bibliográficas

BARTON, Benjamin. H. **Glass Half Full: The Decline and Rebirth of the Legal Profession**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BARTON, B. H. Glass Half Full: The Decline and Rebirth of the Legal Profession. 2015A. Disponível em < <http://mnbenchbar.com/2015/06/glass-half-full/>> acesso em 8 de maio de 2018.

CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. New York: Routledge, 2011. Disponível em: <<http://www.oopen.org/download?type=document&docid=391038>> acesso em 8 de maio de 2018.

FONSECA, Victor Cabral. Novas tecnologias e a formação do profissional jurídico. Disponível em <<https://www>.

jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novas-tecnologias-e-a-formacao-do-profissional-juridico-21092017> acesso em 7 de maio de 2018.

HOPT, Klaus; STEFFEK, Felix. **Mediation: Principles and regulation in comparative perspective**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KATSH, Ethan. ODR: a look at history. In: WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan e RAINEY, Daniel (Eds). **Online dispute resolution: theory and practice**. A treatise on technology and dispute resolution. The Hague: Eleven International, 2012.

KATSH, Ethan; RIFIKIN, Janet. **Online Dispute Resolution: resolving conflicts in cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, pp. 53-70, set. 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>> acesso em 8 de maio de 2018.

MAIA, Karolina. Online Dispute Resolution: The future of justice. *International Comparative Jurisprudence*, V.1, Nov. 2015, pp. 76-86. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.icj.2015.10.006>> acesso em 8 de maio de 2018.

PÁDUA, Luciano. OAB-RJ protesta contra sistema automatizado de solução de conflitos. Disponível em <<https://www.jota.info/justica/oab-rj-protesta-con>

tra-sistema-automatizado-de-solucao-de-conflitos-19032018> acesso em 7 de maio 2018.

PAIXÃO, Ricardo Fernandes; COSTA, Henrique Araújo; ESTEVAM, Gabriel. O impacto das inovações tecnológicas no mercado jurídico. Por qual razão a OAB-RJ entrou com uma ação contra o site queroprocessar.com. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-impacto-das-inovacoes-tecnologicas-no-mercado-juridico-28042017>> acesso em 7 de maio 2018.

Relatório Thomson Reuters. The impact of ODR Technology on dispute resolution in the UK. Disponível em <https://blogs.thomsonreuters.com/legal-uk/wp-content/uploads/sites/14/2016/10/BLC_ODRwhitepaper.pdf> acesso em 8 de maio de 2018.

SCOCUGLIA, Livia. Blockchain pode facilitar dia a dia no mercado jurídico: para usar a tecnologia, advogados devem entender de relações contratuais e saber se comunicar com engenheiros. Disponível em < <https://www.jota.info/carreira/blockchain-pode-facilitar-dia-a-dia-mercado-juridico-07052018>> acesso em 11 de maio de 2018.

O perfil litigante do brasileiro e o instituto da estabilização da tutela antecipada

Alan Petersen Bassili Correa

Introdução.

Há muitos anos o direito processual pátrio busca uma maior efetividade da prestação jurisdicional cível, sem deixar de lado a estrita observância ao contraditório.

Durante o código de processo civil de 1973, vários foram aqueles que se valeram da morosidade do judiciário e da excessiva formalidade do processo civil, para “driblar” decisões judiciais desfavoráveis com práticas exclusivamente protelatórias, fazendo com que a tutela jurisdicional perdesse constantemente sua efetividade.

A primeira mudança legal para mudar este cenário, veio pela Lei 8.952/94, que criou o instituto da Tutela Antecipada.

Desde então, os pedidos autorais dotados de verossimilhança, e com risco de perda de efetividade da sentença pelo longo trâmite processual, passaram a ser abarcados por uma

decisão antecipada provisória de mérito, garantindo a proteção do direito até a sentença definitiva.

Mesmo assim, os processos judiciais seguiam demandando muito tempo até a decisão definitiva de mérito, levando muita insegurança jurídica às partes.

Para solucionar esta questão, o novo Código de Processo Civil inovou com o instituto da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente.

Desta forma, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a tutela antecipada poderá ser pleiteada em caráter antecedente, com a mera indicação do pedido final, e a decisão que conceder esta tutela poderá tornar-se estável, caso não seja interposto recurso desta decisão.

Neste caso, o jurisdicionado obtém uma decisão antecipatória de mérito, similar a uma decisão definitiva, sem precisar percorrer todo o martírio de anos de um processo judicial em curso, para confirmar esta decisão.

Mas, para que tal instituto seja realmente efetivo, é preciso que venha acompanhado de uma mudança de mentalidade do jurisdicionado, historicamente litigante, pois bastará que seja interposto recurso da decisão que antecipa a tutela requerida em caráter antecedente, para que o processo tome seu curso natural, adequando-se ao procedimento ordinário, e tornando a medida sem eficácia.

É sabido que a morosidade do Poder Judiciário levou a parte devedora a enxergá-lo como um meio de não cumprimento de seus deveres.

Não se pode olvidar que muitas empresas, inclusive, colocam em seu custo o não cumprimento de determinadas obrigações, pois lhes é mais lucrativo o pagamento de advogados em alguns morosos processos, em detrimento do estrito cumprimento da Lei.

Sendo assim, o novo instituto de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente não pode vir

desacompanhado de uma maior atenção com a excessiva litigiosidade do cidadão brasileiro, sob pena de se transformar em apenas mais uma boa intenção de dar celeridade e efetividade ao processo judicial pátrio, pois um simples Agravo de Instrumento em face desta decisão será suficiente para inibir todo o objetivo de celeridade do legislador. Ou seja, o remédio poderá ser tornar um veneno.

1. A natureza litigiosa do jurisdicionado brasileiro.

O sistema judicial brasileiro está abarrotado de processos, dos mais variados temas, não existindo comarca no país com um número razoável de causas, proporcionalmente ao número de servidores e magistrados.

Segundo o relatório “Justiça em Números” (BRASIL, 2015, <http://www.cnj.jus.br>), somente no ano de 2014, foram registrados, em média, 1.551 casos novos por cada magistrado no país, e 120 novos casos para cada servidor.

Assim, se somados com a carga processual já existente, o país teve em 2014 uma carga de trabalho média de 6.130 processos por magistrado, e 476 processos por servidor (BRASIL, 2015, <http://www.cnj.jus.br>).

E como grande vilão da morosidade da nossa Justiça, surge a taxa de congestionamento dos processos, que são aqueles processos que estão parados, aguardando uma providência do cartório, ou mesmo do magistrado.

No ano de 2014, a taxa de congestionamento de processos no poder judiciário foi de 71,40%, mantendo o elevado patamar dos últimos seis anos (BRASIL, 2015, <http://www.cnj.jus.br>).

Como se pode ver em uma análise mais apurada, a excessiva plenariedade do nosso procedimento ordinário não é a única responsável pela longa tramitação dos processos. Muito pelo contrário.

O poder judiciário trabalha com uma defasagem de servidores e de magistrados, contribuindo para esta excessiva taxa de congestionamento, e conseqüentemente, para o aumento do tempo de duração média de cada ação.

Há de se considerar também a alta complexidade das ações judiciais, exemplo, as ações da saúde, em que os conhecimentos ultrapassam os limites do direito, e que necessitam de auxiliares da justiça, como peritos, para esclarecimentos técnicos do caso para os magistrados.

Além disso, há poucos incentivos atraentes aos servidores, para que eles passem a realizar o seu trabalho de forma mais consistente, contribuindo para uma maior eficiência do trabalho das serventias judiciais e, conseqüentemente, para uma diminuição da taxa de congestionamento dos processos, gerando maior celeridade do poder judiciário.

Já sabedor disso, o jurisdicionado brasileiro, especialmente quando sabe que não é detentor do direito material em discussão, usa a seu favor esta morosidade do poder judiciário, contribuindo ainda mais para os números apresentados acima.

Com relação às Pessoas Jurídicas, públicas ou privadas, que são grande parte das demandadas no processo civil, a morosidade do poder judiciário já faz parte das suas planilhas de custos, que muitas vezes colocam no papel a possibilidade de não cumprimento da legislação, em proporção à quantidade de reclamações que chegarão ao poder judiciário em virtude deste descumprimento, e considerando também quais destas reclamações serão bem sucedidas de forma efetiva, em razão da lenta tramitação processual.

E esta litigiosidade começa no próprio setor público, já que as empresas públicas e autarquias orientam seu corpo jurídico a recorrer de todas as decisões, contribuindo e muito para estes números desanimadores trazidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Mesmo com relação às pessoas físicas, há uma tendência intrínseca de não aceitação da sentença proferida por magistrado de primeira instância, mesmo que muito bem fundamentada, o que também, infelizmente, conta com o incentivo de muitos advogados que atuam no país.

Isto porque, sabe-se que uma condenação proferida em primeira instância, mesmo que mantida pelos Tribunais *ad quem*, pode se tornar inexecutível por uma série de fatores, especialmente pelo longo tempo de tramitação também na nova instância processual, somada à inúmera quantidade de recursos disponíveis à parte.

Nesta linha, é importante destacar corajoso posicionamento do Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2014, <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209644,81042-Ministro+Barroso+Ha+uma+crise+de+litigiosidade+no+Brasil>), em entrevista durante a XXII Conferência Nacional dos Advogados:

“Há uma crise de litigiosidade geral no país e as instituições ainda não conseguiram, a tempo, atender toda a demanda que se formou. Vivemos o drama de uma cultura que se acostumou que todos os processos precisam chegar aos tribunais superiores, e precisamos chegar a uma cultura de que os processos se resolvam em dois graus de jurisdição.”

A esta litigiosidade excessiva deve-se somar ainda o fato de que, apenas em 2014, chegaram ao poder judiciário 23.444.096 (vinte e três milhões quatrocentos e quarenta e quatro mil e noventa e seis) novos processos. (BRASIL, 2015, www.cnj.jus.br).

Ou seja, o cidadão, além de ainda ajuizar ações em excesso, em detrimento de mecanismos extrajudiciais de soluções

de conflitos, também não se contenta com decisões de primeira, ou mesmo de segunda instância, buscando na maioria das vezes recursos a Tribunais Superiores, contribuindo para uma pouco eficiente tutela jurisdicional.

Assim, some-se a isso a elevada taxa de congestionamento de processos, com o deficiente aparelhamento do poder judiciário, e se tem um panorama mais compreensível da morosidade da nossa justiça, muito além de uma mera ordinariedade excessiva do sistema processual vigente.

A tutela provisória antecedente é, portanto, uma importante tentativa do novo código para reduzir o número destas demandas, garantindo maior celeridade e efetividade à atividade jurisdicional.

2. As Tutelas Provisórias no Novo Código de Processo Civil.

O novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, <<https://www.planalto.gov.br>>) inovou ao tratar das tutelas provisórias, cautelares e satisfativas, em livro específico.

Segundo Rodolfo Kronenberg Hartmann (2016, p. 115), a tutela provisória pode ser classificada em antecedente ou incidental:

“Será, portanto, “antecedente”, quando for pleiteada antes, ou, no mesmo momento em que se postula a tutela satisfativa, sendo endereçada ao juízo competente para se conhecer do pedido principal (art. 299).

Por outro lado, as tutelas provisórias “incidentais” são aquelas requeridas por simples petição, após já ter sido apresentada a petição inicial com a formulação do pedido principal. Nestes casos, não haverá

necessidade de o demandante recolher novo pagamento de custas (art. 295).”

E ainda com relação à classificação das tutelas provisórias, o novo código de processo civil (BRASIL, 2015, <<https://www.planalto.gov.br>>) também as diferencia em relação à sua justificativa, se de urgência ou de evidência.

A tutela de urgência pode ser usada tanto para pretensões satisfativas quanto cautelares (artigos 300 a 302 do CPC), enquanto que a tutela de evidência não é regulada muito claramente pelo CPC, que apenas esclarece em seu artigo 311 quando poderá ser deferida, pela evidência do direito ou da falta deste pelo demandante (HARTMANN, 2016, p. 116).

Já para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (2015, p. 190 e 191), a tutela de evidência ganhou sim importância no novo código de processo civil já que, além de estabelecer a possibilidade de sua concessão em diversos artigos do código, estabeleceu uma regra geral de forma ampla e clara no artigo 311. E citando o Min. Luís Fux:

“Como já se disse, há situações em que o direito invocado pela parte se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente. Nessas hipóteses, não se conceber um tratamento diferenciado pode ser considerado com uma espécie de denegação da justiça, pois, certamente, haverá o sacrifício do autor diante do tempo do processo.”

Com relação à tutela provisória de urgência, há ainda que diferenciá-la em relação ao seu objeto, se satisfativo (antecipada de mérito), ou se cautelar.

A tutela provisória satisfativa, ou antecipada, está diretamente ligada ao mérito do processo, ou seja, com o direito material nele discutido.

Já a tutela cautelar, é aquela que busca reconhecer o direito a uma cautela, tornando útil ou proveitoso um futuro provimento jurisdicional (HARTMANN, 2016, p. 116).

Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (2015, p. 198):

“A tutela cautelar e antecipatória são espécies do mesmo gênero, pois estão essencialmente ligadas à urgência, ou seja, a um perigo de dano, e justamente por isso, têm a mesma vocação de afastá-lo. Fazem-no, contudo, por métodos distintos: a cautelar por meio de uma técnica conservativa e a antecipatória por meio de uma técnica satisfativa.”

Fato é que o novo código de processo civil (BRASIL, 2015, <<https://www.planalto.gov.br> >) aproximou ainda mais as duas espécies de tutela de urgência, ao passar a tratar o processo cautelar como um procedimento de requerimento de tutela cautelar em caráter antecedente, dispondo sobre ele no mesmo livro das tutelas provisórias, e tratando das tutelas cautelares incidentais em conjunto com as tutelas antecipadas no título das Tutelas de Urgência.

Assim, a diferenciação entre as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas ou satisfativas no novo CPC (BRASIL, 2015, <<https://www.planalto.gov.br> >) restringem-se ao objeto da antecipação, se ao próprio mérito ou direito material discutido na ação (tutela antecipada), ou se a algum provimento que garanta o pleito do direito autoral (tutela cautelar).

3. A tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Após breve análise das tutelas provisórias no novo código de processo civil (BRASIL, 2015, <<https://www.planalto.gov.br> >)

gov.br>), chega-se a grande inovação da atual legislação processual, que é a possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente, e sua posterior estabilização.

Nesta linha, conforme artigo 303 do CPC, em face da urgência, poderá o autor da demanda formular uma petição inicial requerendo apenas a tutela antecipada satisfativa, limitando-se a indicar o pedido final, expondo a lide, o direito que se busca realizar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (RIBEIRO, 2015, p. 217).

Ou seja, em casos urgentes, em que a elaboração de uma petição inicial, mais longa, colocará em risco a própria parte, ou o seu direito, poderá ser apresentado um simples requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente, mais sintético, e sem observância de todos os requisitos estabelecidos para a petição inicial, desde que observado o quanto disposto no artigo 303 (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Segundo Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (2015, p. 217):

“Conquanto esta “petição inicial” tenha por objetivo veicular o pedido de antecipação de tutela, ao fazê-lo, o autor deve, desde já, identificar com exatidão o contorno do pedido principal (que será confirmado no aditamento), até para que se possa avaliar a extensão e os efeitos desta providência de urgência solicitada. Tanto assim que, nos termos do §4º, essa “petição inicial” deverá trazer, desde logo, o valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final pretendida, recolhendo-se, salvo os casos de gratuidade de justiça, as custas correspondentes.”

Assim, como forma de dirimir qualquer dúvida sobre o objetivo da petição inicial, deverá o autor indicar, expressamente, que pretende se valer do benefício da tutela antecipa-

da requerida em caráter antecedente, conforme §5º do artigo 303 (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Uma vez concedida a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o autor deverá aditar a sua petição inicial em 15 dias, complementando sua argumentação, juntando novos documentos, e confirmando o seu pedido de tutela final, nos mesmos autos, e sem incidência de novas custas processuais, nos termos do artigo 303, §1º, inciso I e §3º, tendo em vista que as custas já terão sido recolhidas com base no pedido final, que já deverá estar indicado nos termos do caput do artigo 303 (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Vale ressaltar que o autor não poderá modificar o seu pedido final, mas apenas complementá-lo, eis que já haverá sua indicação na petição que requereu a tutela antecipada em caráter antecedente (RIBEIRO, 2015, p. 216).

Se o autor não realizar o aditamento previsto o §1º do artigo 303, o processo será extinto sem julgamento do mérito, conforme §2º do mesmo dispositivo legal. Ou seja, se concedida a tutela antecipada, o autor não aditar sua Inicial, a mesma perderá seus efeitos, e o processo será extinto sem julgamento do mérito (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Caso entenda que não há elementos claros para a concessão da tutela antecipada, o juiz poderá ainda, conforme o §6º do artigo 303, determinar que o autor emende a petição inicial no prazo de cinco dias (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Por outro lado, sendo concedida a antecipação da tutela requerida em caráter antecedente, o juiz mandará citar o Réu, intimando-o para comparecimento na audiência de conciliação e mediação, conforme artigo 303, §1º, inciso II, correndo o prazo de contestação conforme o inciso III (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

E chega-se, enfim, ao grande ponto de inovações e polêmicas trazidas pelo novo código de processo civil: o artigo

304 e a possibilidade de estabilização desta tutela provisória (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Segundo este dispositivo legal, se o réu não interpuser agravo de instrumento da decisão que conceder a tutela antecipada em caráter antecedente, esta se tornará estável, extinguindo-se o processo (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Após a estabilização, qualquer das partes poderá ingressar com ação para rever, reformar ou invalidar esta decisão, no prazo decadencial de dois anos a contar da ciência da decisão, prevento o mesmo juízo, conservando a tutela os seus efeitos até então.

Esta estabilização da tutela antecipada não possui caráter de coisa julgada, mas os seus respectivos efeitos somente serão revistos ou afastados por decisão proferida na supracitada ação.

Vê-se, portanto, que a estabilização da tutela antecipada trouxe uma série de novidades, e também de contradições, já que o legislador não deu a este artigo (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>) a atenção que ele merece em relação às suas consequências.

Um primeiro ponto de divergência que surge a partir do texto do artigo 304, é com relação às tutelas provisórias antecipadas requeridas em caráter incidental, junto com a petição inicial, ou no decorrer do processo (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Isto porque, os artigos 303 e 304 do código de processo civil versam apenas sobre as tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente, ficando silentes sobre as demais hipóteses de tutela antecipada, e que possuem os mesmos requisitos para concessão, cumprindo a mesma função (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>).

Ademais, não se pode olvidar que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é medida excepcional, necessitando de uma urgência contemporânea à propositura da ação, razão pela qual, na grande maioria das vezes, a tutela antecipada

seguirá sendo requerida nos moldes tradicionais, em processo dotado de cognição plena, o que restringirá sobremaneira a incidência deste dispositivo (RIBEIRO, 2015, p. 219).

Outro ponto interessante, que merece destaque, reside na possibilidade do autor desejar o prosseguimento do feito, para julgamento de seus pedidos finais e definitivos.

Isto porque, supondo que o autor ingresse com um procedimento de requerimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, indicando como pedido final, além da confirmação desta tutela, eventual indenização por perdas e danos e, sendo esta tutela deferida, o réu não apresente o respectivo recurso, ocorrendo sua estabilização e extinção do processo.

Neste caso, deve ser indagado se não teria o autor direito ao prosseguimento do feito, para julgamento de seu pedido de perdas e danos, considerando que a tutela antecipada deferida em caráter antecedente já está sob os efeitos da estabilização.

Entretanto, não é o que indica a letra fria dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>), dispondo que, não havendo recurso por parte do réu que conteste a decisão que concedeu a tutela antecipada, o processo será extinto, razão pela qual precisaria o autor ingressar com nova ação requerendo as perdas e danos.

Tais fatos, certamente, merecerão a atenção da doutrina e da jurisprudência nos próximos anos, ante a novidade e o avanço trazidos por este novo instituto.

4. O Instituto da Estabilização da Tutela Provisória antecedente face o princípio da razoável duração do processo.

O novo código de processo civil (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>) preza pela tentativa de atribuir mais celeridade ao moroso sistema processual brasileiro, estabelecendo

novas técnicas processuais, e implementando novos institutos, como a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, e sua estabilização.

Para estes casos, o código de processo civil (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>) opta por priorizar a sumariedade em detrimento à ordinaryidade, tão presente e difundida em nossas legislações processuais anteriores.

E nesta linha, passa a atribuir mais independência e autonomia às decisões provisórias, que ao menos nos casos em que podem se tornar estáveis, se descolam das decisões definitivas de mérito, tornando definitivos os seus efeitos.

Isto contribui para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, além de uma duração mais razoável do processo, sem abrir mão da qualidade da prestação jurisdicional, já que, estando o réu insatisfeito com a qualidade da decisão, bastar-lhe-á a interposição do competente recurso, dando prosseguimento ao feito em seu caráter ordinário.

Assim, a autonomia procedimental da ação sumária permite que a decisão antecipada não fique na dependência de uma sentença final, permitindo ao juiz decidir com base na verossimilhança, pondo fim ao litígio, caso esta decisão satisfaça as partes (PAIM, 2008, p. 185).

Esta possibilidade de estabilização da tutela antecipada também desestimula o litígio, contribuindo para uma duração razoável do processo, pois também ao réu pode ser interessante a estabilização da tutela antecipada, especialmente nos casos em que a decisão é de difícil reversibilidade.

Nestes casos, aceitando a estabilidade da decisão antecipatória, o réu poderá evitar sucumbir em outros pedidos autorais, além de suas condenações acessórias, especialmente no pagamento de custas e honorários advocatícios sobre todo o pedido principal.

Em razão disso, não há que se falar sequer em ofensa ao princípio do contraditório, tendo em vista que esta tutela somente ser tornará estável, caso o réu concorde com o seu teor, omitindo-se na interposição do recurso combativo desta decisão.

Assim, resolvidos pela doutrina e jurisprudência as questões obscuras levantadas no tópico anterior, o instituto da estabilização da tutela antecipada terá muito a contribuir com um dos grandes objetivos e princípios do novo código de processo civil, que é a tramitação dos feitos em prazo mais razoável, permitindo uma maior efetividade da prestação jurisdicional.

5. A estabilização da tutela provisória antecedente em oposição à litigiosidade do cidadão brasileiro.

O instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, de fato, poderá se tornar um grande aliado dos operadores do Direito, em mais uma tentativa de se preservar a celeridade processual e a efetividade da tutela jurisdicional.

Entretanto, para que o instituto alcance sua finalidade plena, será necessária uma ampla campanha para mudança na forma do jurisdicionado brasileiro encarar um processo judicial, a começar pelos magistrados, membros do ministério público, defensores públicos e advogados.

Isto porque, como demonstrado no presente estudo, o cidadão brasileiro, especialmente o Réu, não enxerga o processo como um meio de se obter uma decisão judicial imparcial, mas sim como um mecanismo lento e burocrático, que o auxilia no descumprimento de suas obrigações.

Falta ao cidadão brasileiro entender que a solução de conflitos em fases pré-processuais, ou mesmo no início dos processos, pode lhe ser mais lucrativo do que um trâmite

processual de longos anos, que lhe consumirá tempo, energia, e honorários advocatícios.

A morosidade processual gera acúmulo de processos, que leva à injustiça, impunidade e instabilidade jurídica, o que não é bom nem para autores, nem para réus, nem para a população brasileira em geral.

Como bem ressalta Flávio Beal (2006, p. 193):

“Com a instabilidade jurídica não existe nem democracia nem Estado de direito. Esta insegurança atinge também a sociedade como um todo, as suas atividades, as suas organizações e instituições, a economia e a produção e o consumo, trazendo riscos para a existência do próprio Estado e da sociedade.”

Assim, falta ao cidadão brasileiro e, por consequência, às partes processuais, pessoas físicas e jurídicas, o entendimento e assimilação desta questão, do contrário, o instituto da estabilização da tutela antecipada correrá o risco de se tornar letra morta, antes mesmo de sua consolidação.

É preciso lidar com um país que, só em 2014, ajuizou 23.444.096 (vinte e três milhões quatrocentos e quarenta e quatro mil e noventa e seis) novos processos (BRASIL, 2015, www.cnj.jus.br).

E em um cenário, onde será o próprio Réu quem terá a decisão final se a tutela antecipada será estabilizada, mediante a interposição ou não de um simples Agravo de Instrumento, a eficácia do instituto corre sérios riscos, se esta litigiosidade excessiva do brasileiro não for combatida em todas as suas esferas.

Além do novo código de processo civil (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>), com princípios e normas cogentes que desestimulam a interposição de recursos protelatórios, será necessário estimular, de fato, as resoluções alternativas de

conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem, para que os jurisdicionados percebam os benefícios de uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, e entendam que não vale a pena discutir em juízo matéria manifestamente improcedente, única e exclusivamente pela procrastinação do processo.

A estabilização da tutela antecipada apresenta uma solução célere, sumária, e eficaz para o direito do Autor que possui um risco imediato de perecimento. E de fato, este direito seguirá protegido mesmo em caso de interposição do Agravo de Instrumento, caso lhe seja negado provimento.

Mas o objetivo da estabilização da tutela antecipada, que é o de encerrar esta discussão ainda numa fase preliminar, aliviando o poder judiciário e gerando maior segurança jurídica para a sociedade, ficará comprometido, se as partes, especialmente a Ré, não estiverem convencidas de que o encerramento da lide lhe será mais benéfico na grande maioria dos casos.

Conclusão

O Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>) trouxe grandes inovações e contribuições para uma maior celeridade e efetividade do processo judicial, dentre elas o incentivo a métodos alternativos de resolução de conflitos e uma maior limitação dos recursos judiciais.

Nesta seara, o código processualista (BRASIL, 2015, <www.planalto.gov.br>) inovou também ao criar o instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, para os casos em que a urgência do pleito da tutela provisória for contemporânea ao ajuizamento da ação.

Assim, quando a lei permitir o requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente, a petição inicial poderá limitar-se ao requerimento desta tutela, com a exposição clara do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Logo, diante de todo o acima exposto, há de se responder à seguinte indagação: “O instituto da estabilização da tutela antecipada requerida de forma antecedente será bem sucedido em contrapartida à natureza litigante do cidadão brasileiro?”.

Isto, de fato, a parte todas as controvérsias e dúvidas que surgiram com o novo instituto, poderá ser um grande fator de alívio para o abarrotado poder judiciário brasileiro, já que muitos processos poderão se encerrar antes mesmo da apresentação da contestação pelo Réu, com o deferimento da tutela antecipada, sua estabilização, e a resignação das partes com o provimento atingido para proteção do direito maior do autor.

Entretanto, para que este novo instituto alcance sua real finalidade, será preciso uma maior conscientização do jurisdicionado brasileiro, acerca dos riscos do prosseguimento de uma lide judicial, eis que será o próprio Réu, contra quem é proferida a decisão antecipatória desfavorável, quem terá a faculdade de decidir pelo prosseguimento do feito, mediante a interposição ou não do recurso competente.

Ou seja, em um país onde quase 80% das demandas da 2ª instância são compostas de recursos contra decisões de 1º grau (BRASIL, 2015, www.cnj.jus.br), o brasileiro precisará entender que por vezes pode ser vantajoso não seguir com a discussão do caso. Do contrário, a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente correrá sérios riscos de se tornar ineficaz nos seus objetivos, que é o de aliviar o poder judiciário, e contribuir para uma maior eficácia da prestação jurisdicional.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Entrevista. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209644,->

81042-Ministro+Barroso+Ha+uma+crise+-
de+litigiosidade+no+Brasil.

BEAL, Flávio. Morosidade da Justiça = Impunidade + Injustiça. 1ª Ed. OAB/SC Editora. Florianópolis 2006

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>.

BRASIL. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm.

BRASIL. Lei n. 13105, de 16 de março de 2014. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Curso Completo do Novo Processo Civil. 3ª Ed. Editora Impetus. Niterói. 2016.

PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da Tutela Antecipada. 1ª Ed. Livraria do Advogado. São Paulo. 2012.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência do CPC/73 ao CPC/2015. 1ª Ed. RT. São Paulo. 2016.

1ª EDIÇÃO *Setembro de 2018*
FORMATO *14x21cm*
MIOLO *Papel Offset 75g/m²*
CAPA *Papel Supremo 250 g/m²*
TIPOGRAFIA *Bergamo Std*
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*