

CONFLITOS E FORMAS DE SOLUÇÃO

PEMBROKE COLLINS

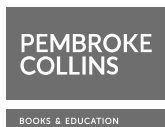
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO, FERNANDA BRAGANÇA,
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA E MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA

CONFLITOS E FORMAS DE SOLUÇÃO



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

**Copyright © 2020 Adriano Moura da Fonseca Pinto, Fernanda Bragança,
Larissa Clare Pochmann da Silva e Marcelo Pereira de Almeida (orgs.)**

DIREÇÃO EDITORIAL: Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO: Felipe Asensi
REVISÃO: Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA: Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO: Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

C748

Conflitos e formas de solução / Adriano Moura da Fonseca Pinto,
Fernanda Bragança, Larissa Clare Pochmann da Silva e Marcelo
Pereira de Almeida (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke
Collins, 2020.

682 p.

ISBN 978-65-87489-21-6

1. Conflito internacional. 2. Solução de conflito.
3. Restabelecimento da paz. 4. Direito. I. Pinto, Adriano Moura da
Fonseca (org.). II. Bragança, Fernanda (org.). III. Silva, Larissa Clare
Pochmann da (org.). IV. Almeida, Marcelo Pereira de (org.).

CDD 327.16

SUMÁRIO

ARTIGOS.....15

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA VIABILIZAÇÃO DO
PRECEITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....17

Alessandra Bentes Teixeira Vivas
Marcelo Pinto Chaves

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
INCONGRUÊNCIAS E DISCUSSÕES ATUAIS NO QUE DIZ RESPEITO A
SUA EFETIVIDADE.....32

Mario Vitor MagalhãesAufiero
Anne Caroline Queiroz de Oliveira
Tainá Bueno Vieira

EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: OS
IMPACTOS DA ADOÇÃO DE MEIOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS
ONLINE NO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO DIREITO BRASILEIRO 47

Maria Angélica de Oliveira Santos Alves

MITIGAÇÃO DA TAXATIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO:
ANÁLISE DOS RECURSOS ESPECIAIS 1.704.250/MT E 1.696.396/MT.....63

Thaís Oliveira Onety
Mario Vitor Magalhães Aufiero

A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO FGTS PARA
QUITAZÃO DE DÍVIDAS EM PROCESSOS DE EXECUÇÃO: ESTUDO
PAUTADO NA APLICAÇÃO E REINTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
MENOR ONEROSIDADE PARA O EXECUTADO.....81

Hélio Costa Nascimento
Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha

A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NAS AÇÕES COLETIVAS E A SEGUNDA ONDA REFORMISTA DE CAPPELLETTI.....	101
<i>Dalton Max Fernandes de Oliveira</i>	
ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: LIMITES E CONSIDERAÇÕES A PARTIR DE UMA VISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O PROCESSO.....	115
<i>Ivanna Santana Rodrigues Lopes</i>	
<i>Wagner Wilson Deiró Gundim</i>	
A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DO CEJUSC: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA.....	133
<i>Caio Oliveira dos Santos</i>	
SERIA O AGRAVO DE INSTRUMENTO O VERDADEIRO VILÃO NA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL?.....	146
<i>Marcelo Pinto Chaves</i>	
<i>Maurício Gomes Magno</i>	
JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO E (DES) CABIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA.....	170
<i>Adelmo José Pereira</i>	
A CONFORMAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO	188
<i>Anne Victoria Oliveira Guimarães</i>	
<i>Thiago Braga Dantas</i>	
A PRIORIDADE DA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL NA ADOÇÃO ESPECIAL....	204
<i>Thayline Estevam Soares</i>	
CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM EPISÓDIO DE CONSERVADORISMO DINÂMICO.....	220
<i>Leonardo Melo de Carvalho</i>	
<i>Thiago Braga Dantas</i>	
MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTO LEGAL E VIABILIDADE.....	236
<i>Inês da Trindade Chaves de Melo</i>	

SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA E SUA INTERVENÇÃO NA JURISDIÇÃO CIVIL.....	255
<i>Fabiola Lottermann Lemos</i>	
DECISÕES ESTRUTURAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS.....	273
<i>Jorge Luiz Rodrigues Campanharo</i>	
A REMESSA NECESSÁRIA E O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO À LUZ DO ARTIGO 190 DO CPC.....	286
<i>Maria das Graças Cabral Canivello</i> <i>Lucia Frota Pestana de Aguiar</i>	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO COERCITIVO ATÍPICO NA EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	312
<i>Luis Felipe Ferreira Klem de Mattos</i> <i>Rogerio Borba da Silva</i>	
A PUBLICAÇÃO DE ATOS DO PROCESSO ARBITRAL E SUAS EXCEÇÕES LEGAIS.....	325
<i>André Peralva Barbirato de Assis</i>	
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: É POSSÍVEL SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO PENAL?.....	341
<i>Renata Gabrielle Silva de Lima</i>	
GARANTISMO PROCESSUAL E A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE DOS SALÁRIOS: A EXPANSÃO JURISPRUDENCIAL DO ROL DE EXCEÇÕES EXPLICITADAS NO ART. 833, §2º DO CPC/15.....	350
<i>Luan Carlos Andrade Costa</i>	
A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW NORTE AMERICANO NO NOVO SISTEMA DE PRECEDENTES À LA BRASILEIRA.....	368
<i>Felipe Moretti Laport</i>	

OS IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E SUAS CONTRIBUIÇÕES NA TRANSAÇÃO PENAL.....	386
<i>Hellen Caroline Lopes de Almeida</i>	
<i>Ygor Felipe Távora da Silva</i>	
<i>Denison Melo de Aguiar</i>	
O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO DAS PARTES NO ÂMBITO PROCESSUAL CIVIL COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO CENÁRIO DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA.....	402
<i>Luciane Mara Correa Gomes</i>	
REFLEXÕES SOBRE A EFICÁCIA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA COMO INSTRUMENTO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E NO ACESSO À JUSTIÇA - DA ORIGEM ATÉ O CORONAVÍRUS.....	415
<i>Katia Regina Monteiro</i>	
JUSTIÇA RESTAURATIVA: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	432
<i>Euller Xavier Cordeiro Soares</i>	
OS DESAFIOS DO PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE.....	447
<i>Amanda de Lima Vieira</i>	
AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E O QUESTIONAMENTO SOBRE O AGRAVO DE INSTRUMENTO, À LUZ DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	463
<i>Carlos Augusto Gomes de Moraes Salles</i>	
PERCEPÇÕES EMPÍRICAS SOBRE OS ATORES NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....	477
<i>Marcelo Pereira de Almeida</i>	
ADOLESCÊNCIA, JUSTIÇA RESTAURATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS: CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DE ESTIGMAS E DA CONFLITUOSIDADE.....	523
<i>Renan Cauê Miranda Pugliesi</i>	
AS (NOVAS) MEDIDAS EXECUTIVAS E AS LIMITAÇÕES DE SUA APLICAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA.....	539
<i>Nicole Fontes Pinheiro de Lima</i>	
<i>Taís Batista Fernandes Braga</i>	

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO.....	555
<i>Liane Isoldi Linhares</i>	
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: CPC/1973 VS. CPC/2015: A EMENDA SAIU PIOR DO QUE O SONETO?.....	568
<i>Fabiana Marcello Gonçalves Mariotini</i>	
DIREITO E BIG DATA: OS LIMITES E GARANTIAS DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS.....	587
<i>Fernanda Bragança</i>	
MEDIAÇÃO E DIREITO CONTRATUAL.....	599
<i>Fernanda Bragança</i>	
O ACESSO À JUSTIÇA, AS ONDAS RENOVATÓRIAS E OS DILEMAS DA JUSTIÇA ESTADUAL: UMA ANÁLISE DA CONCILIAÇÃO CONSIDERANDO O RELATÓRIO DA JUSTIÇA EM NÚMEROS.....	613
<i>Gabriella Barbosa Pereira Ribeiro</i>	
<i>Hilza Maria Feitosa Paixão</i>	
<i>Marília Torres Martins</i>	
<i>Sebastião Fonseca Silva Júnior</i>	
O DIREITO SISTÊMICO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SERVIÇO DE ACOLHIMENTO.....	630
<i>Vânia Maria do P. S. Marques Marinho</i>	
<i>Millena Karen Gonçalves Viana</i>	
UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DA RECLAMAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 A PARTIR DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 24.417/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	644
<i>Larissa Clare Pochmann da Silva</i>	
<i>Marcelo Pereira de Almeida</i>	
RESUMOS.....	655

A IMPORTÂNCIA DO NÚCLEO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA COMO AUXILIAR DA DEFENSORIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSOS NA CIDADE DE FRUTAL/MG.....	657
<i>Brenda Maria Silveira Fuini</i>	
A QUINTA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA E OS NOVOS RUMOS PARA OS OPERADORES DO DIREITO: COOPERAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	660
<i>Leonardo Oliveira Silveira Santos Martins</i>	
A JUSTIÇA NEGOCIADA COMO INSTRUMENTO DE CONCORRÊNCIA PREDATÓRIA E A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO NO PROCESSO.....	666
<i>Omar José Amazonas Ferreira</i>	
A CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO EM SUPERENDIVIDAMENTO DE CONSUMIDORES	672
<i>Lilia Nunes Silva</i>	
A TEORIA DOS JOGOS APLICADA NO SISTEMA MULTIPORTAS DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL DE 2015.....	675
<i>Ailana Silva Mendes Penido</i>	
CONTROLE DAS PRÁTICAS PERIFÉRICAS: ENTRE NORMAS LEGAIS E PLURALIDADES.....	678
<i>Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo</i> <i>Walkyria Chagas da Silva Santos</i>	

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

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

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- 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 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de peer review com double blind, o que resultou na publicação dos 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Sara Santos Moraes e Ícaro Argolo Ferreira sob o título “Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)”.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA VIABILIZAÇÃO DO PRECEITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Alessandra Bentes Teixeira Vivas

Marcelo Pinto Chaves

1. Introdução

O acesso à justiça é assegurado na Constituição da República do Brasil como preceito constitucional, podendo ser encarado inclusive como um dos aspectos dos objetivos da República, na medida em que é essencial para que se assegure o amplo e irrestrito equilíbrio entre os poderes, que são também caracterizadores dos regimes democráticos.

Contudo, apenas a positivação dentro da Constituição da República de 1988 não é suficiente para que possa se considerar efetivo o acesso à justiça. Ao contrário, trata-se de tema que merece um amplo e aprofundado estudo a fim de conceituá-lo, posicioná-lo, delimitá-lo e constatar sua evolução em consonância com a evolução da sociedade em que se insere, comparando-se e bebendo de outras fontes constitucionais democráticas, como se tratasse de um organismo vivo que evoluísse com as relações sociais. Dentro de um sistema de justiça que se pretenda democrático, é imprescindível que o Estado assegure o acesso amplo e irrestrito, não só a decisões judiciais justas, mas também a todo o arcabouço de aconselhamento, educação em direitos, assistência extrajudicial e principalmente defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Contudo, na sociedade contemporânea, já ultrapassamos as ideias de que apenas aqueles que têm condições de arcar com os altos custos do processo judicial e extrajudicial podem se valer do sistema. Inúmeras reflexões têm sido feitas há algumas décadas sobre os meios pelos quais pode-se chegar ao melhor conceito de acesso à justiça, assim como qual seria a real constatação da efetividade dos resultados para que sejam individual e socialmente justos.

Por outro lado, os mais recentes estudos acerca do tema levam a questões que envolvem educação em direitos e movimentos sociais, além dos já estudados modos de resolução extrajudicial e judicial de conflitos, individuais e coletivos.

2. Considerações sobre o acesso à justiça na Constituição da República e no Processo Civil brasileiro

Inicialmente o que deve ser levado em conta é o conceito de acesso à justiça, na medida em que este não pode representar apenas a possibilidade de propositura de ações judiciais ou defesa em processos judiciais e extrajudiciais em andamento. Tal afirmativa se justifica uma vez que a mera positivação do acesso ao sistema de justiça não assegura que esta seja universalmente alcançada por aqueles que dela dependam. Isto porque o próprio conceito do que é justiça é bastante relativo, sendo necessária uma análise crítica acerca de todo o sistema de justiça.

Por sistema de justiça, há que se entender os órgãos e instituições envolvidos na dinâmica das soluções de conflito. Não significa dizer que a única maneira de se buscar a Justiça no caso concreto seja através de Poder Judiciário. As formas extrajudiciais de resolução de conflitos também integram o conceito de justiça, independente de serem exercidas ante a existência de atuação judicial. Toma-se aqui o conceito de justiça baseado na concepção aristotélica de justiça como virtude de distribuição e retificação, ou seja, no conceito de dar a cada um o que lhe é devido. Constitui-se a base do sistema de retribuição, podendo ainda ser entendida a justiça como instituição, ou seja, como a própria realização da sociedade justa que leva à conclusão de que no momento em que os envolvidos entendem que cada um deles é responsável por

práticas que permitam se alcançar o que lhes é devido, chega-se à ampla perspectiva do que é de fato o acesso à justiça.

Sendo assim, uma vez alcançando-se a premissa que não se faz imprescindível a existência de jurisdição para que se alcance a justiça e especialmente de acordo com o entendimento de que o conflito é precedente do consenso, esse consenso pode e deve ser buscado de maneiras autônomas, restando ao Poder Judiciário a apreciação residual, quando não se façam mais possíveis quaisquer negociações diretas entre os envolvidos, ou mesmo com a intervenção de terceiros, através de técnicas específicas. Isso dá legitimidade aos envolvidos em solucionar suas questões sem a intervenção de terceiros, mesmo em se tratando de pessoas jurídicas, que podem se inserir mais abertamente no contexto comunitário de suas operações para cumprir o princípio da boa-fé objetiva.

A Escola de Florença é o principal norteador a respeito dos estudos relativos ao tema, trazendo um profundo estudo histórico a respeito da evolução das populações às soluções de litígios dos Tribunais, analisando diversas metodologias existentes e sugerindo algumas outras maneiras de se pensar o acesso à justiça. O que se pretende dizer é que para se conceber uma sociedade efetivamente justa é imprescindível que se valorize e permita o acesso de todos os indivíduos aos Tribunais, não somente ao processo judicial, mas sim a todas as formas de solução extrajudicial, bem como à educação em direitos e proteção dos direitos fundamentais. Além disso, a justiça e todos os instrumentos a ela inerentes deve ser viabilizada a todos aqueles que necessitam e não somente aos que tiverem capacidade de pagar os custos inerentes a todo esse processo.

A possibilidade do manejo dos instrumentos determinados em lei para que se efetive o acesso à justiça pode sugerir que se cumpriu o ditame constitucional a respeito do tema. Entretanto, somente com o conhecimento e o aprofundamento do que possa ser considerado acesso à justiça é que permitirá ser considerada assegurada a garantia.

No Brasil, a introdução da obrigatoriedade de realização de audiência de mediação ou conciliação antes da resposta do réu pelo novo Código de Processo Civil (art. 334 da Lei 13.105/2015), considerando ainda que o réu é citado para comparecer a tal audiência, funciona no

mesmo espectro do art. 3º, que dá ênfase ao estímulo dos métodos judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos, demonstrando que além dos preceitos constitucionais formais que asseguram o acesso à justiça, medidas evolutivas do direito vêm sendo pensadas a fim de tornar mais amplo o que se considera como acesso à justiça.

Porém, não se trata somente desse escopo. Alguns sistemas de justiça estão mais abertos ao que se denomina “litígios de direito público” ou “class action”, o que no Brasil corresponderiam aos litígios envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e que se justificam por terem a ver com um maior número de pessoas, bem como com uniformidade de decisões e diante de uma especialização mais profunda sobre os temas envolvidos. Nesse sentido, para que tais práticas sejam estimuladas e cresçam firmando-se no cenário jurídico de resolução de conflitos, se faz importante a criação de mecanismos tais como o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, quando admite a figura do consumidor por equiparação, ampliando a legitimidade para além da correlação clássica entre relação jurídica e relação processual, o que é uma experiência que segue a linha de abertura e fortalecimento de demandas coletivas e/ou extrajudiciais.

Uma das maneiras de dar ênfase à criação de sociedades mais justas e igualitárias seria estimular a atenção a pessoas comuns, ou seja, propiciar instrumentos para que essas pessoas possam enfrentar organizações fortes e burocracia governamental. Esses instrumentos podem ser fóruns efetivos onde os indivíduos possam reivindicar seus direitos.

No Brasil, por exemplo, existe a ferramenta denominada “Consumidor.gov”, que possibilita acesso direto aos fornecedores com a supervisão do Ministério da Justiça - <https://www.consumidor.gov.br>, que por ser ferramenta oficial, serve como fonte de dados oficiais. Há ainda a prática do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no âmbito dos Juizados Especiais, de realizar conciliações pré-processuais através de endereços eletrônicos específicos de empresas credenciadas - <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual/proj-pre-proc>).

O acesso à justiça precisa em um primeiro momento englobar ambas as formas de processo, ou seja, demandas judiciais e demandas extrajudiciais, sendo necessário mais do que cortes especializadas e sim

um novo enfoque do processo civil, até se levando à reflexão dos limites do princípio processual da inércia, na medida em que se admitem, como é o caso das conciliações pré-processuais dos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, a existência de atuação judicial antes da jurisdicional. O questionamento que se faz, portanto, é o de que até onde ferem ou não a atuação jurisdicional. Não há como ser exclusivamente do Poder Judiciário o monopólio estatal de solução de conflitos entre as partes, porque os litígios crescem vertiginosamente e outras soluções, legítimas e legais, se fazem necessárias como maneiras de tornar o processo, aqui entendido como meio de solução de demandas, mais efetivo e reconhecido pelo direito interno.

No Brasil, as causas de até 20 salários mínimos e que tratem de menor complexidade, ou seja, não tratem de relações familiares, sucessão ou que demandem análise mais aprofundada de provas, ou mesmo que não demandem citações editalícias ou representação processual por legitimidade extraordinária podem ser levadas ao Poder Judiciário sem a necessidade de presença de advogado, o que foi introduzido pela amplamente conhecida Lei 9.099/99. A rigor, o próprio interessado pode elaborar relato ao Juízo sobre a situação da qual pretende solução e o processo deve ser inaugurado.

Ocorre, porém, que mesmo os juízos como competência para causas de menor valor (Juizados Especiais), têm enfrentado críticas em razão da excessiva formalidade dos advogados e julgadores, que se recusam a abandonar o estilo formal e reservado, como por exemplo, a indicação de que as causas demandam perícia e não poderiam ser julgadas pelo Juizados Especiais Cíveis, quando na verdade se trata de complexidade de prova e não necessariamente perícia.

Muitas das vezes os envolvidos que procuram os Juizados Especiais sem advogado ou Defensor Público são pessoas que desconhecem o ambiente do Poder Judiciário e com isso se sentem às vezes inibidos com a formalidade e com a falsa impressão de que a presença de um advogado como ex adverso pode implicar na inadmissão de seu direito material. O desafio que se faz é criar foros atraentes para que as pessoas busquem essas soluções, não só do ponto de vista econômico, mas também do ponto de vista psicológico e físico, sentindo-se à vontade para utilizá-los, não se intimidando com a excessiva formalidade dos

envolvidos ou com o linguajar técnico exacerbado. Dentro da ideia de que a função jurisdicional abrange também a obrigação de assegurar que o acesso à justiça não seja meramente formal, mas consubstanciado na busca por decisões justas, há que se levar em consideração uma atuação mais ativa do juiz nos Juizados Especiais visando minimizar a diferença entre partes que possuam assistência de advogados e as que não possuem.

Além disso, verifica-se o grande número de revelias nos tribunais nacionais e acredita-se que tal ocorra em razão do desconhecimento de parcela significativa da população sobre a possibilidade de ter assistência jurídica ou mesmo ser aconselhado quanto ao direito a ser defendido, seja por ausência do profissional indicado seja por mero desconhecimento da necessidade de constituir ou aconselhar-se com advogado.

Outro ponto relevante a ser destacado é a educação em direitos, que permite aos envolvidos saberem, não somente quais os direitos legitimados em suas demandas, mas também como acessar meios e métodos de solução dessas demandas ou mesmo órgãos públicos ou privados que possam auxiliá-los. Aliar a educação em direitos aos instrumentos formais de acesso pode tornar a garantia muito mais eficaz, uma vez que não se trata de somente possibilitar o acesso irrestrito ao Poder Judiciário e a toda máquina estatal ou privada de solução de conflitos, mas tornar legítima a atuação das partes como exercício de cidadania, o que também é objetivo do Estado.

Alguns escopos devem ser identificados do que poderia caracterizar o acesso amplo à justiça, englobando também o acesso ao direito, tais como:

- a) Acesso à educação sobre direitos básicos;
- b) Acesso a aconselhamento com profissional especializado;
- c) Acesso a propositura e defesa em processo judicial mesmo para aqueles que não possuem condições de pagar as custas judiciais e os honorários advocatícios;
- d) Acesso a instituições que promovam a defesa dos direitos humanos fundamentais, individual ou coletivamente;

e) Acesso aos meios alternativos de resolução de conflitos, tais quais, mediação, conciliação e arbitragem, pela via extrajudicial ou judicial;

f) Acesso ao processo judicial e à ordem jurídica justa, através de sentenças que resolvam os conflitos dentro de um prazo razoável. A amplificação de um sistema de justiça que possa abranger todos os escopos, deve levar em consideração instituições claramente estabelecidas e cooperativismo entre tais instituições e os membros da própria sociedade, de maneira que isso possa consubstanciar liberdade de escolha e exercício da cidadania, não só para cobrar do Poder Público a posição legal quanto aos direitos, mas também para que o acesso aos tribunais e as soluções que não passam pelo judiciário sejam admitidas dentro do sistema de reconhecimento de direitos.

A Constituição da República do Brasil traz como fundamento em seu art. 1º os princípios da cidadania e a dignidade da pessoa humana e como objetivo no inciso I do art. 3º a construção de uma sociedade justa. Na mesma linha de raciocínio, o art. 5º, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, discorre em vários de seus incisos a respeito do que se poderia dizer como acesso à justiça, seja de maneira judicial e mesmo extrajudicial. Na própria descrição de direitos no artigo 5º, elencados como direitos fundamentais, somente seriam assegurados efetivamente aos indivíduos e à coletividade se os instrumentos de acesso também fossem considerados garantias fundamentais. Por esta razão, não se pode negar ao indivíduo o acesso ao Poder Judiciário consubstanciado no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, conforme exposto no inciso XXV do art. 5º da Constituição, porém, há que ser considerados instrumentos que assegurem os acessos administrativos e extrajudiciais, seja pelo direito a receber informações dos órgãos públicos (inciso XXXIII), seja pelo direito de petição aos órgãos públicos (inciso XXXIV), exemplificadamente. O que se conclui é que a Magna Carta delimitou apenas que não se pode prescindir da jurisdição para a solução do conflito, porém não impediu que os conflitos sejam resolvidos por outras fontes, podendo se sugerir ainda que o Poder Judiciário ficaria com uma função residual em alguns aspectos, quando não se pudesse so-

lucionar as contendas diretamente, sem jamais retirar dele a possibilidade de solução se suscitado pelas partes.

Ante a uma análise sistemática da Constituição da República, observa-se algumas divisões e subdivisões importantes. O Título I trata dos princípios republicanos fundamentais, enquanto o Título II vai falar sobre os direitos e garantias fundamentais, passando ao Título III com a organização do Estado e ao Título IV com a organização dos poderes, dentro de categorias interligadas de dispositivos legais e que têm a importância de estabelecer a concreta divisão de poderes dentro do sistema de freios e contrapesos. Seguindo esse raciocínio, os capítulos nesse Título começam com o Poder Legislativo, passando para o Poder Executivo e chegando ao Poder Judiciário no capítulo III, que é sucedido pelo Capítulo IV, tratando das Funções Essenciais à Justiça, donde se inserem o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública. Tal demonstra que a importância que se dá às funções essenciais da justiça é a mesma que aos demais poderes da República e isso não pode significar, portanto, uma exclusividade para a solução de conflitos no Poder Judiciário, conforme anteriormente explanado.

Realizado esta breve análise, pretendemos aqui discorrer acerca do acesso à justiça sob o prisma da criação da Defensoria Pública enquanto instituição responsável por assegurar o amplo e efetivo acesso ao aludido preceito constitucional, notadamente aos vulneráveis e àqueles que não dispõem de condições de custear a orientação com advogado ou os ônus de um processo judicial.

Não é despiciendo assinalar que no processo penal, a garantia de assistência por profissional qualificado existe em quaisquer hipóteses financeiras, haja vista a garantia da ampla defesa ao acusado de cometimento de crime.

3. Ondas renovatórias do acesso à justiça

A vida em sociedade cria inúmeras relações sociais que, eventualmente, podem culminar em conflitos de interesses. Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram trabalho conhecido como “Projeto de Florença”, analisando as situações que envolvem o acesso à justiça por meio de “ondas do acesso à justiça”.

Os principais obstáculos e soluções podem ser dispostas em três etapas: a primeira relacionada à assistência judiciária, a segunda atinente à representação jurídica dos interesses coletivos e a terceira aprofundando os temas anteriores, conhecida como “enfoque de acesso à justiça”

Em apertada síntese podemos assinalar que a primeira onda renovatória se preocupou com a ampliação de acesso ao judiciário aos economicamente desfavorecidos, concedendo-se a assistência jurídica aos mesmos com o escopo de se contornar as barreiras econômicas. Assim, o aspecto econômico é visto por Cappelletti e Garth como o grande opositor ao acesso à justiça, uma vez que a ausência de recursos impede que o jurisdicionado chegue ao Judiciário ou prossiga em seu processo, ante as despesas que são necessárias até o deslinde da causa na última instância judicial, notadamente em um sistema processual burocrático e oneroso. Acrescente-se na problemática econômica do processo a necessidade de ser patrocinado por advogado (função essencial a justiça) para o exercício de seu direito, com o consequente pagamento de seus honorários.

O escopo desse sistema é ofertar o mesmo tipo de representação com as habilidades jurídicas de um advogado particular para outro onde seus honorários fossem suportados pelo Estado.

O segundo sistema mencionado por Cappelletti e Garth é o modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos, tendo sua origem no programa de serviços jurídicos do *Office of Economic Opportunity*, de 1965 – a vanguarda de uma “guerra contra a pobreza”, onde a luta é pelos necessitados vistos com o enfoque de classe.

No Brasil, a primeira onda renovatória de acesso à justiça foi tratada com a entrada em vigor da Lei 1.060/50 que estabelecia normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, trazendo a figura do advogado dativo que tem lugar onde não há atendimento da Defensoria Pública.

A terceira onda, a qual ainda estamos passando por processo de desenvolvimento, é marcada pela instrumentalidade do processo que segundo os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco “*mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa*

ou doutrinária e jurisprudencial". A busca de uma maior efetividade, com o aperfeiçoamento do serviço judiciário e a distribuição da jurisdição para uma pronta entrega à população.

Não é despendendo assinalar que trabalho proposto por Kim Economides, pesquisador e professor do Departamento de Direito da Universidade de Exeter na Inglaterra inaugura uma quarta onda de acesso à justiça. No ensaio "Lendo as ondas do movimento de acesso à justiça: epistemologia versus metodologia?" é levantada a necessidade de se pensar de maneira inovadora para fornecer soluções jurídicas eficazes a resolver não só os litígios, mas as relações humanas que estão por trás de cada um posto que o problema não necessariamente passa pelo acesso dos cidadãos à justiça, e sim naqueles que a pleiteiam.

4. O modelo brasileiro de Defensoria Pública e seu papel de agente fomentador do acesso à justiça

O modelo adotado pelo legislador brasileiro quanto a assegurar que todos tenham acesso à justiça foi o de criar instituição própria, autônoma, independente, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, que cumpra o papel de orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e defesa em todos os graus de jurisdição, judicial e extrajudicial e nas modalidades individuais e coletiva para aqueles que não disponham de capacidade financeira, conforme estatui o artigo 134 da Constituição da República.

Ainda sob o ponto de vista legal, a Defensoria Pública se organiza em Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios e Defensorias Públicas Estaduais, atendendo as normas gerais prescritas na Lei Complementar 80/94 em especial com as inovações trazidas a ela pela Lei Complementar 132/99, e ainda as leis estaduais que disciplinam as atribuições em cada unidade própria da federação.

O que se observa no contexto da Lei Complementar 80/94 com as mudanças introduzidas pela Lei Complementar 132 é, a grosso modo, a ampliação da atuação da Defensoria Pública na defesa e orientação de direitos, haja vista que o artigo 4º daquela lei detalha todas as funções institucionais, o que, se levado à risca e considerando a estruturação necessária para atuação, poderá representar de fato um enorme avanço no sentido de traduzir o verdadeiro sentido do acesso à justiça.

A importância do advento da lei complementar se verifica na consolidação da institucionalização da Defensoria Pública como o compromisso do Estado Brasileiro em assegurar a efetivação do acesso à justiça em todas as suas vertentes. Trata-se do sistema de acesso à justiça conhecido como *salaried staff model*, sistema através do qual se institui órgão estatal autônomo, composto por defensores públicos concursados e que possuem independência funcional de atuação para os fins de prestar a assistência judicial e extra-judicial, individual ou coletivamente aos vulneráveis de todos os gêneros, entendidos estes como aqueles que respondem a um processo criminal, àqueles que não dispõem de condições financeiras de arcar com os custos de um processo ou de um aconselhamento judicial e ainda aqueles que possuem alguma condição que importe em vulnerabilidade coletiva, como os idosos, crianças e adolescentes, indígenas, consumidores, população de rua etc. Se faz diferente do sistema *judicare* adotado por alguns estados, através do qual o estado paga a profissionais privados para exercerem esse *munus*, sem um viés institucional, e que pode ser eventualmente, na falta de defensor público, adotado de maneira extraordinária para assegurar as garantias da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário.

Para tanto, assegurou a autonomia e a independência da instituição e de seus membros, quando elencou garantias no exercício de suas funções. Dentre tais funções, é imprescindível citar alguns dos incisos do artigo 4º da Lei Complementar 80, tais como: prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus, promover prioritariamente solução extrajudicial dos litígios, promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, promover ação civil pública e todas as espécies de ações na tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar um grupo de pessoas hipossuficientes e promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais.

A ênfase dada pelo legislador para que a Defensoria Pública possa atuar também na fase extrajudicial objetiva a mudança da cultura de judicialização das demandas, o que possibilita que as partes cheguem por si a consenso, tornando-se protagonistas das soluções. Tais medi-

das representam um avanço na busca pela pacificação e harmonização social. Nesse sentido, aponta Cleber Alves (2006):

Essa missão institucional deve ser destacada, na medida em que a Defensoria não pode se omitir no desempenho do importante papel de contribuir de modo decisivo para a mudança da mentalidade, digamos, “judicialista” ainda marcante no âmbito das profissões jurídicas. A atuação preventiva e a busca de meios alternativos de solução de conflitos deve ser a tônica da atuação da Defensoria Pública. (p.318)

Dentre a maior parte dos modelos que buscam cercar todas as hipóteses de acesso à justiça, a existência de instituição autônoma, com profissionais qualificados, com estrutura adequada e com o conhecimento da população sobre sua atuação e funções tornará, quando implementada em todo o país, efetiva a garantia constitucional do acesso à justiça. Isso demonstra que, no caso do Brasil, os ônus de custeio e fortalecimento institucional quando adotado o modelo *judicare* não são suficientes para englobar as crescentes vertentes do acesso à justiça, que evoluem conforme as demandas sociais, já tendo passado pela atuação coletiva, pela atuação nas fases pré-processuais através de mediação e conciliação e hoje chegando a garantia dos direitos fundamentais através da promoção da educação em direitos e do apoio jurídico aos movimentos sociais e a grupos individualizados de vulneráveis.

É de se notar que, em um mundo ideal, as próprias partes deveriam ter a capacidade de solucionar seus conflitos autonomamente. Todavia, dada a realidade brasileira onde se desconhece sequer quais sejam os direitos fundamentais do indivíduo, imprescindível que haja instituição que viabilize o acesso e a orientação jurídica como um todo, especialmente para aqueles que não possuem condições de arcar com o aconselhamento de advogados privados.

Como forma de cercar todas as hipóteses em que o acesso à justiça deva ser respeitado e em consonância ainda com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, é possível que a atuação do defensor se dê independentemente da situação econômica do eventual beneficiário, como acontece em questões que en-

volvem direitos indisponíveis (citando-se, por exemplo, a liberdade na esfera criminal).

É de curial importância destacar ainda que, apesar de órgão independente dentro do aparelhamento estatal, a Defensoria pode, por expressa disposição legal, acionar também os órgãos estatais de qualquer dos poderes em nome de seus assistidos, bastando que sejam preenchidos os critérios de atribuições funcionais.

Vale notar que, a atuação da Defensoria Pública no Brasil hoje não mais se restringe somente ao aconselhamento jurídico e ao acompanhamento processual judicial individual e entre particulares. A abrangência da atuação visa abarcar diversos aspectos do acesso à justiça, obedecendo sua natural vocação e os ditames legais. Nesse sentido, é possível a abertura de procedimento investigatório preliminar de ação coletiva, ingresso em juízo através de ação coletiva, inclusive em face do poder público e atuação em fases pré-processuais, dentre outras atribuições. Porém, o que se quer trazer à baila são dois aspectos importantes dessas novas atuações: a promoção da educação em direitos e a dispensabilidade da observância da capacidade financeira dos agentes nos casos de violação de direitos difusos fundada, não na hipossuficiência econômica, mas sim na vulnerabilidade, tal qual já acontece com a garantia constitucional de atuação nas hipóteses de processo criminal.

5. Considerações finais

As reflexões trazidas no presente trabalho dão conta de que o acesso à justiça deve ser visto não de maneira estanque, mas com novos entendimentos e acatando a evolução de seus conceitos na medida em que isso se torna necessário para que ele seja efetivo e amplo.

Em sendo garantia fundamental, o acesso à justiça demanda que seu manejo seja possível a um maior número de indivíduos que necessitem recorrer a meios de solução de conflito. Contudo, a positivação da garantia, a existência de poder da República autônomo e aberto e a criação de instituição que possa viabilizar o acesso ao Poder Judiciário não são os únicos caminhos para que o acesso à justiça possa ser alcançado. O que se pretende dizer é que os conceitos sobre acesso à justiça hoje ultrapassaram as perspectivas iniciais trazidas pela Escola

de Florença, da mesma maneira como avançaram em relação à divisão entre soluções judiciais e extrajudiciais, bem como não se limitam a demarcação entre questões individuais ou coletivas. Há que se pensar em novas perspectivas que possam realmente trazer os atores envolvidos para uma posição central de solução do litígio, mas que de fato só é possível acontecer a partir do conhecimento.

Sendo assim, a vertente da educação em direitos é essencial dentro do processo de solução de conflitos na medida em que o indivíduo possa se colocar como parte do problema, solucionando-o para si e para a coletividade. Isso está inserido na preservação e promoção dos direitos humanos, assim como o fortalecimento de movimentos expressivos na própria sociedade permite que os cidadãos se sintam mais legitimados a pleitear por si e por seus representantes mais próximos, consubstanciados pelos movimentos sociais, dando novos escopos de reconhecimento da garantia, seja através de diferentes caminhos mas sempre em busca da pacificação social.

Referências

ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para Todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

_____. GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

_____. BAPTISTA, Barbara Gomes Lupetti. **O novo regime constitucional da Defensoria Pública no Brasil**. In: I Encontro de internacionalização do Conpedi. Organizadores: Nestor Eduardo Araruna Santiago, Karine de Sousa Silva. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, vol.5.

ALVES, Franklyn Roger. ESTEVES, Diogo. **O modelo brasileiro de assistência jurídica estatal gratuita**. Rio de Janeiro: Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-04/tribuna-defensoria-modelo-brasileiro-assistencia-juridica-estatal-gratuita#top>. Acesso em 09/04/2019

BOBBIO, Norberto; Tradução Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Nova Editora, 1992.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

KELSEN, Hans. Tradução João Baptista Machado. **Teoria Pura do Direito**; São Paulo: Martins Fontes, 2018.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

Regras de Brasília sobre acesso à justiça de pessoas em situação de vulnerabilidade. XIV Conferência Judicial Ibero-Americana. Brasília. 2008. Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtk/site/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>

I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública : um estudo empírico sob a ótica dos “consumidores” do sistema de justiça. Coordenação José Augusto Garcia de Sousa. – Brasília : ANADep, 2013. Disponível em https://www.anadep.org.br/wtk/site/I-RELAT_RIO-NACIONAL.pdf

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: INCONGRUÊNCIAS E DISCUSSÕES ATUAIS NO QUE DIZ RESPEITO A SUA EFETIVIDADE

Mario Vitor Magalhães Aufiero

Anne Caroline Queiroz de Oliveira

Tainá Bueno Vieira

INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscar apresentar os requisitos e efeitos da suspensão de processos pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. São inseridas discussões acerca da aplicabilidade e necessidade da suspensão, uma vez que consta como regra geral para utilização do incidente. Entretanto, questiona-se o seu caráter absoluto, já que tratar do incidente em questão é delicado e deve ser utilizado com cautela, no que diz respeito tanto aos princípios e garantias que emergem da legislação, quanto a sua modulação interpretativa.

Num primeiro momento, objetiva-se fazer uma análise histórica quanto ao processo de formação da ideia de demandas repetitivas, como eram lidadas antes da instituição do IRDR e quais as influências para se ter o incidente que existe na atualidade, com destaque para a Constituição de 1988. Não se exime deixar de acrescentar um comparativo, um tanto quanto singelo, dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, haja vista que estão ocorrendo mudanças signifi-

cativas quanto ao tratamento dado ao litígio e as demandas repetitivas em geral.

Posteriormente, faz-se necessário citar aspectos de seleção dos princípios que hoje regem o nosso ordenamento jurídico. Dentre eles o direito a celeridade processual, acesso à justiça e dignidade da pessoa humana, os quais, assim como o texto constitucional, foram essenciais para construção das diretrizes do incidente. Toda essa contextualização foi necessária para se entender como está o tratamento atual para os IRDRs no Brasil, a partir de casos concretos, jurisprudências já formuladas e entendimentos doutrinários em diversos aspectos da suspensão.

1 Breve contextualização do judiciário brasileiro

O processo civil clássico, abarcado no contexto do Estado liberal, visualizado notadamente no CPC/1973, era pensado como um instrumento de tutela de direitos estritamente individuais e com aspecto nitidamente patrimonialista, atendendo apenas à pequena parcela da população que possuía vultosos bens econômicos, enquanto afastava os demais da tutela jurisdicional.

Porém a ampliação dos direitos a partir da denominada segunda geração de direitos fundamentais, advinda com a Carta Magna em 1988, fez emergir uma realidade totalmente diferente, pois por possuir caráter mais social, permitiu que o país comesse a dar mais espaço aos titulares de direitos pertencente a uma classe mais hipossuficiente, por meio da assistência judiciária gratuita – sendo esse um dos motivos que causou o aumento de demandas ao Poder Judiciário, tendo em vista que se notou uma explosão de litigiosidade nunca vista antes no Estado Brasileiro, aumentando exponencialmente o número de demandas no país cada vez mais.

Para exemplificar esses números, o Conselho Nacional de Justiça, ao lançar o anual relatório “Justiça em Números 2018”, constatou que no período de 2009 a 2017, a taxa de crescimento médio do estoque foi de 4% ao ano. O crescimento acumulado no período 2009–2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos, embora já existisse no Brasil a Lei da Ação Popular desde a década anterior (Lei n. 4.717/1965) e da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), até aquele momento, a doutrina ainda não havia voltado as suas atenções com afinc

para o estudo de demandas repetitivas e da sua tutela em juízo como contrapartida para o crescimento impulsionado, assim como também como para permitir eficiência e adequação aos interesses de milhares em uma ou várias técnicas processuais.

Diante desse fato, o Código de Processo Civil de 1973, por ser tão tradicional e individualista, tendo como objeto central a lide, não se mostrou ser adequado para tutelar tais situações, dado que não houve uma reflexão completa sobre tal fenômeno, em razão de não ter se desenvolvido uma ideia adequada e específica para essas técnicas diferenciadas. É interessante que o ilustre processualista brasileiro, BARBOSA MOREIRA (1991, p.187), já havia previsto tal fenômeno, explicando se nos seguintes termos:

As características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações que, longe de achar-se em jogo o direito ou interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?

Então tal acontecimento no ordenamento jurídico brasileiro alertou o legislador para o congestionamento que vem ocorrendo no Judiciário, que inclusive vem trazendo obstáculo para o cumprimento de princípios processuais basilares – celeridade, eficiência e economia processual, pois embora as ações coletivas tenham representado um significativo avanço, não demonstraram ser suficientes para a resolução das lides: “(...) demandas individuais de massa são aquelas que contemplam situações jurídicas homogêneas, ou seja, identidade de tese jurídica (...)” (ZANFERDINI, 2014, p. 190).

Pertinente anotar, outrossim, que ações de massa não se limitam àquelas causas que versam sobre direitos individuais homogêneos.

Assim, visando desafogar o judiciário brasileiro, o CPC/2015 trouxe um procedimento de destaque para resolver o congestionamento de demandas: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (arts. 976 a 987 do CPC/2015), o qual é utilizado como técnica de tratamento de litígios repetitivos, criando um microsistema processual de demandas repetitivas e de técnica para julgamento de casos que se tornaram demandas recorrentes no judiciário. Neste sentido, REZENDE (2014, p. 102-125):

A sua importância para os ordenamentos surge por causa da sua dupla finalidade: solucionar as demandas individuais de maneira coletiva (resolvendo os problemas decorrentes da cognição judicial pulverizada) e ser uma alternativa para a solução das demandas coletivas (atuando em paralelo ao microsistema da tutela coletiva).

2 Generalidades

Como já se sabe, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi uma das grandes inovações do Código de Processo Civil de 2015. Um dos aspectos do microsistema de casos repetitivos é que este representa uma válvula de escape para a quantidade de processos no Judiciário, possibilitando seu desafogamento.

Através do IRDR, identificam-se demandas que se repetem em quantidades significativas de processos com os mesmos fundamentos e discussões, os quais são expressivos dentro da competência de um determinado tribunal. Ao ser admitido, o IRDR suspenderá todos os processos que versam sobre a circunstância que está sendo discutida, isso dependendo sempre da competência do tribunal ao qual o IRDR fora instaurado.

É importante entender como funciona a suspensão de processo pelo IRDR e seus efeitos nos mais diversos âmbitos. Como já foi descrito, tal suspensão somente poderá ser concedida na admissão do IRDR pelo tribunal, não somente na sua instauração. Partindo daí, pode-se visualizar a associação com alguns princípios processuais, como a duração razoável do processo, que será explorado mais à frente.

Ocorrendo a suspensão de todos os processos que versem sobre a matéria do IRDR, autores como TEMER (2016, p. 121), entendem pela necessidade de intimação das partes acerca da suspensão, como bem está disposto no art. 1037, § 8º, do CPC, pelos seguintes motivos: a) dar a parte a chance de demonstrar que o seu caso não se refere a mesma matéria que o IRDR; e b) dar a parte conhecimento acerca do IRDR, em respeito ao princípio do contraditório. É que a suspensão errônea pode acarretar sérias consequências às partes, de modo que é essencial a previsão deste mecanismo, haja vista a possibilidade de revogar a suspensão.

Ao tratar da suspensão de processos, existem algumas críticas já abordadas pela doutrina, como no caso de processos em que há mais de um pedido, e estes são independentes. O Código de Processo Civil, no seu art. 327, permite a suspensão parcial de processos, de modo que que parte deles terá seu curso normal e outros serão suspensos pela admissão do IRDR.

Alguns autores como DIDIER (2016, p. 636) acreditam ser inútil tal determinação de suspensão parcial, principalmente no que diz respeito à instrução probatória, se esta servir para ambos os pedidos. A instrução acabará por se tornar um ato processual sem utilidade, comprometendo a duração razoável do processo, que comprometerá a resolução da tutela jurisdicional requerida pelo cidadão, ferindo uma garantia processual que serve até de justificativa para a utilização do IRDR, ocorrendo, em tese, um efeito inverso.

Além disso, TEMER (2016, p. 117), comenta acertadamente que o IRDR também suspenderá os processos que estão em curso nos juizados especiais, apesar de não estar claramente prevista a suspensão desses processos, pois seria incoerente que não houvesse tal suspensão. Nesse sentido, formulou-se o enunciado nº 93 do Fórum Permanente de processualística civis:

Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.

Tudo isso visa a garantir umas das principais funções e utilidades do IRDR que seria manter a uniformidade acerca do entendimento de determinada matéria que seja repetidamente vista por um determinado tribunal, seja no aspecto regional ou até mesmo nacional.

3 Suspensão e a dignidade da pessoa humana correlacionada com a duração do razoável do processo

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República. É por meio dele que todos os direitos fundamentais se derivam. Conforme descreve BARROSO (2010, 251): “a dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materiais e representa o núcleo essencial de cada um deles (...)”.

Assim, nota-se que o medidor para considerar qualquer tipo de relação como aceitável é a garantia de uma vida minimamente decente. Assim, tal pensamento é tão essencial que o Código de Processo Civil de 2015 reiterou a norma em seu dispositivo, ao estabelecer que o juiz deve resguardar e promover a dignidade da pessoa humana no decorrer do processo:

Art. 8º, CPC/15: Ao aplicar o Ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a publicidade e eficiência.

Ademais, um dos princípios norteadores da ação, o da duração razoável do processo, foi inclusive incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro desde o Pacto de São José da Costa Rica, tendo como objetivo assegurar aos litigantes que a demanda terá período proporcional, consoante Art. 8º, I, da Convenção Americana, cuja fonte normativa foi espelhada tanto na Carta Magna (Art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) quanto no CPC (art. 4º).

O referido princípio deriva da observação a um tratamento minimamente respeitável, garantindo a celeridade da tramitação da demanda no texto constitucional; todavia, a doutrina diverge quanto à her-

menêutica da norma. O processualista DIDIER (2016) alega que “não existe um princípio da celeridade: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”. Contudo, a eficiência na tramitação do processo tem como consequência a celeridade, fazendo com que o cumprimento deste gere segurança ao demandante, assim como também a coletividade.

Porém, apesar de toda essa reflexão principiológica, a suspensão dos processos em razão da admissão do IRDR tem causado preocupação nos juristas e nos jurisdicionados de modo geral, tendo em vista que é muito comum que o julgamento de um caso repetitivo, em qualquer tribunal, gaste incontáveis anos para serem realizados. Inclusive, vários ministros observam essa demora, como exemplificado no RE 566.622/RS, apontando que houve um processo que ficou 02 (duas) décadas só no STF.

Embora seja verdade que pode ser concedida tutela provisória em tais situações, a suspensão pode gerar certa resistência na concessão de tutelas provisórias por parte de um juiz que tenha hierarquia funcional inferior, dado que o magistrado com receio de errar e decidir de modo contrário ao futuro padrão, por estar ciente de que o processo está suspenso e seu mérito está sendo discutido em tribunal superior, pode se retrair e indeferir a medida cautelar/antecipada.

Conforme se verá mais a frente, a sistemática existente em Lei disciplina o lapso temporal em que, a rigor, devem os processos ficar suspensos e até mesmo em quanto tempo deve o IRDR ser decidido, mas isso traz complicações próprias, inclusive na parte prática.

De todo modo, tais fatos corroboram com o entendimento de que a suspensão dos processos – seja territorial ou nacional – pode causar ainda mais congestionamento, além de principalmente, não respeitar a dignidade humana das partes, contrariando a ordem de prioridade mencionada por MORAES(2006, p.115-116): “as coisas têm preço; as pessoas, dignidade”.

3.1 IRDR no Amazonas

Diante das disposições e critérios gerais acerca da aplicabilidade da suspensão do IRDR, passa-se à casuística. A experiência acerca do

IRDR ainda está em fase de formulação, então se entende como necessária a análise de casos concretos para entender como tem se dado os seus efeitos.

No âmbito do Estado do Amazonas, encontra-se como destaque a instauração do IRDR pelo processo nº 0004232-43.2018.8.04.0000 no TJAM, por iniciativa da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, que trata sobre a cumulação de ritos na execução de alimentos (VALENTE, 2019).

Por ser fato notório a grande quantidade existente de processos de execução de alimentos, bem como por ser a Defensoria atuante em grande parte desses processos e observar que havia uma dissonância muito grande entre os juízes acerca da cumulação de ritos, acabou por suscitar a instauração do IRDR. Alguns dos fundamentos foram a celeridade processual, risco à isonomia e a segurança jurídica, além do iminente prejuízo ao alimentando.

O presente incidente foi admitido pelo TJAM (Tema 4), no qual o voto do relator teve grande relevância na sua admissão, justificando os graves riscos da não cumulação: “Este [dano grave] resta patente, haja vista se tratar de cumprimento de sentença que concede alimentos essenciais, pois, para atender as necessidades mais básicas do ser humano que deles necessita”, voto este que foi acompanhado pela maioria.

Outra importância do IRDR em questão para a presente discussão foi a não ocorrência da suspensão dos processos que tratam da mesma matéria, regra geral do incidente, uma vez que sua natureza alimentícia não pode ter o seu prosseguimento comprometido, mesmo que temporariamente, já que é algo essencial para a subsistência e sobrevivência do menor. Portanto, foi requerida uma tutela provisória para garantir o andamento dos processos que versam sobre tal matéria juntamente com o IRDR.

É possível imaginar a dimensão dos efeitos de uma suspensão no presente caso, no sentido de prejuízo e total comprometimento da situação dos alimentandos, que afetaria uma condição básica do ser humano, o seu mínimo existencial, violando um direito que se considera inviolável e previsto constitucionalmente. Talvez jamais seria possível reparar um dano dessas proporções.

Diante desse caso, percebe-se que certamente terá grandes efeitos não só para o judiciário amazonense, mas com grandes chances de abrir uma discussão nacional acerca do tema e dos seus critérios de suspensão. Além disso, acaba por se confirmar o entendimento acerca da adequação a suspensão do IRDR aos casos concretos e a viabilidade da sua aplicação, visando sempre a não violação de direitos.

Um tempo depois da criação do IRDR, já começou a discussão acerca da preocupação com relação à suspensão obrigatória de processos que tenham matéria de demandas repetitivas. Conhecendo a dinâmica do Judiciário brasileiro, teve que se pensar nos efeitos da suspensão obrigatória em todos os casos que versassem sobre tema de IRDR ou recursos repetitivos. Alguns autores entendem que o critério de 1 ano, com prorrogação deveria ser alterado para a análise do caso concreto à luz da Constituição (VIANA, 2019).

Se um dos objetivos construídos a partir dos microsistemas seria justamente a garantia de princípios e direitos já constituídos pelo nosso ordenamento jurídico, não faria sentido utilizar-se do mesmo e acabar comprometendo a sua aplicação.

Atento a esse contexto, o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas não determinou a suspensão estadual dos processos, julgando a questão submetida a julgamento, aprovando a tese vanguardista de que “é possível a cumulação, nos mesmos autos, dos ritos da prisão e da expropriação para o cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 531, §2º, do Código de Processo Civil”.

3.2 Tempo de duração

Como está determinado em lei, o prazo para julgamento do IRDR é de um ano, com início na publicação da decisão do relator. Entretanto, existe a possibilidade de prorrogação de tal prazo por decisão do relator, obviamente fundamentada: “é preciso que o relator decida fundamentadamente e anuncie antes do término do prazo, pois a cessação da suspensão é automática e decorre da previsão legal” (CABRAL, 2015, p.1435).

Um incidente de resolução de demandas repetitivas, como se bem sabe, é instaurado a partir de critérios importantes como a efe-

tiva repetição de processos que versem sobre um mesmo tema, risco de violação à segurança jurídica e à isonomia e inexistência de outro recurso repetitivo nos Tribunais Superiores; então, sua utilização está diretamente relacionada com aperfeiçoamento do aparato jurisdicional. Apesar de tal aspecto, vemos que a incidência desse critério de prorrogação fica um pouco em aberto. Então o que coloca como preocupação seria a delimitação de um limite para esse mecanismo, haja vista o incidente ter por si só uma matéria que deveria ser julgada com maior rapidez e prioridade.

A partir de consulta feita no site oficial do Tribunal de Justiça do Amazonas, existem cinco processos de IRDR no Estado, sendo que quatro já foram julgados dentro do prazo de um ano, e apenas um está aguardando julgamento, também ainda no prazo de um ano. Certamente, tal fato revela que o TJ-AM tem seguindo regularmente o prazo estipulado em lei e tal comportamento reflete diretamente na efetividade da instauração do IRDR.

É importante argumentar sobre o aspecto do tempo de duração da suspensão de processos pelo IRDR, porque o referido instrumento acaba por se tornar garantidor da efetividade da utilização do incidente. Não haveria utilidade nem razoabilidade em utilizar este meio de resolução de demandas repetitivas, se para julgá-lo não houvesse prazo específico para a suspensão dos processos que versem sobre a mesma matéria. Direitos poderiam ser violados de forma irrecuperável.

1.3. A problemática da suspensão nacional

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ, alegou que a suspensão de processos repetitivos (IRDR) a nível nacional só pode ser aceita pelo STJ quando as cortes locais de segunda instância – TRF'S, TJ'S – admitirem previamente o incidente e mandarem paralisar o andamento dos processos sobre o tema no estado ou na região.

Tal fundamento foi lançado por meio da rejeição de um pedido de Suspensão do IRDR n. 2016/0326409-9, que tentava suspender em todos os tribunais brasileiros as demandas acerca da capitalização mensal de juros. A negação ocorreu porque o Ministro entendeu que

o tema ainda não havia sido admitido no Tribunal de Justiça local, qual seja, o Tribunal de Sergipe.

Em sua decisão, o Ministro Sanseverino alegou que a competência atribuída ao STJ para suspender processos em curso no território nacional que tratem de questão idêntica ao incidente já em curso foi estabelecida pelo CPC como uma antecipação à possibilidade de interposição de recurso especial contra julgamento de mérito do IRDR:

Nesse contexto, é imprescindível que o incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado no Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal seja admissível para viabilizar o seu efetivo julgamento, permitindo, assim, a interposição de eventual recurso especial”, apontou o ministro.

O ministro relata que extrai tal entendimento do art. 982, § 3º, do CPC:

Art. 982. Admitido o incidente, o relator: [...] § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Assim, argumenta que apenas cabe ao presidente do STJ analisar pedido de suspensão de processos em todo o território nacional decorrente de IRDR após a admissão do incidente pelo tribunal de segunda instância, caso a matéria discutida seja da competência do tribunal.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 não deixa explícito se a suspensão nacional realmente só pode acontecer após o juízo de admissibilidade pelo Tribunal local, com a devida suspensão local, ou se precisa apenas do pedido de instauração do incidente. Conforme se verifica no art. 982, a palavra chave “instaurado” não esclarece totalmente a questão:

Qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já **instaurado**.”

Dessa forma, por ser um instituto que atinge milhares de requerentes, é necessário consolidar qual entendimento o mais acertado, isto é, a) se é necessária a admissão do incidente pelo tribunal local para que seja efetivado o pedido de suspensão em todo o território nacional; ou b) se apenas o pedido de instauração do incidente, antes da admissibilidade, pode ser suficiente para requerer suspensão nacional ao Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, a depender do caso.

O entendimento exarado pelo Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ no processo sob análise parece ser o mais acertado, de modo que a suspensão nacional de processos, conforme indicado no artigo 982, § 3º, do CPC, somente pode ser possível após a admissão do IRDR no tribunal de origem e desde que este tenha determinado a suspensão local dos processos.

CONCLUSÃO

Exploraram-se no presente artigo, a partir dos requisitos e critérios de aplicação da suspensão dos processos pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, as incongruências e discussões atuais no que diz respeito a sua efetividade. Primeiramente, em relação aos processos que ficam suspensos e as consequências para as partes, visando o respeito aos princípios e garantias processuais adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se identificar diante do estudo realizado que a suspensão tem forte influência para alcançar objetivo nuclear do IRDR, tendo em vista que sua finalidade é trazer celeridade e segurança jurídica, elementos primordiais para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

De todo modo, é importante se ter em mente que não se falar em suspensão de processos de forma absoluta sem a devida interpretação legal e análise principiológica. Somente diante dessa perspectiva será possível garantir a concretização do incidente.

Não obstante existam posicionamentos diversos acerca da matéria, considerando a sua atualidade, verifica-se que sempre será necessário um olhar macro que alcance a totalidade das diretrizes estabelecidas na formação do Estado Brasileiro para solucionar o litígio em congruência com a norma. Assim, a suspensão ligada ao IRDR, como inovação processual, deve seguir tais diretrizes. Destarte, brilhantemente leciona BARBOSA MOREIRA (1991): “Não temos a ingenuidade de supor que seja fácil modificar o mundo com puros instrumentos jurídicos. (...) É em todo caso, imprescindível; mas do que isso, insubstituível; e algumas vitórias permitem-nos acreditar que não tem sido, nem será, totalmente inútil”.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, Jan, 1991, p.187, versão digital.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. Ed. – São Paulo. Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Institui Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília-DF*, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20.02.2019
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. IRDR 0326409-9/SE. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 12.06.2016. STJ, 2016. <<https://www.conjur.com.br/dl/sirdr.pdf>> Acesso em: 16.02.2019.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566622/RS, Rel. Marco Aurélio Mello. DJ: 30.06.2016. STF, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2565291>>
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BRASIL. Lei nº 4717 (1965). Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm> Acesso em: 17.02.2019
- CABRAL, Antonio do Passo. “Comentários ao art. 982”. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisasjudiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 15.02.2019.
- DIDIER, Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil.v.3.13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NUNES, Dierle; VIANA, e Antônio Aurélio de Souza. *Suspensão integral de processos em recursos repetitivos preocupa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-31/opiniao-suspensao-integral-processos-repetitivos-preocupa>>. Acesso em: dia 05 de março de 2019;
- REZENDE, Caroline Gaudio. O contraditório (ou a sua ausência) no Musterverfahren brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11916/9328>>. Acesso em: 10.02.2019.

TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. 1^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Valente, F. (27 de fevereiro de 2019). Conjur.com.br. Fonte: Conjur: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-26/tj-am-uniformiza-cumulacao-sentenca-pensao-alimenticia>>

VALENTE, Fernanda. TJ-AM uniformiza cumulação de sentença para cobrança de pensão alimentícia 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-26/tj-am-uniformiza-cumulacao-sentenca-pensao-alimenticia>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2019.

Viana, D. N. (05 de 03 de 2019). Conjur.com.br. Fonte: Conjur: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-31/opinioao-suspensao-integral-processos-repetitivos-preocupa>>

ZANFERDINI, Flávia de Almeida M.; GOMES, Alexandre G. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: análise das regras vigentes e daquelas inseridas no CPC projetado. Revista de Processo, São Paulo, 2014.

EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: OS IMPACTOS DA ADOÇÃO DE MEIOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ONLINE NO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Maria Angélica de Oliveira Santos Alves

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, inicialmente, analisa o acesso à justiça, apontando sua importância no contexto do Estado Democrático de Direito e abordando os vários impeditivos para a sua concretização, como a questões econômicas, sociais e culturais.

Logo em seguida foi destacado a atuação dos equivalentes jurisdicionais, componentes do sistema de justiça multiportas, apontando suas características, espécies e função como mecanismo de acesso à justiça.

Ao final, destacaremos algumas características, objetivos, vantagens e desvantagens e o contexto brasileiro a respeito das Resoluções de Disputas Online utilizada para melhorar o acesso à justiça e aumentar a pacificação social, adequando a atuação jurídica à evolução tecnológica.

2. DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

A Justiça e o acesso a ela passaram a ser axiomas primários para a concretização da cidadania, tendo em vista a inaptidão material e estrutural do Estado na busca para solucionar os conflitos que surgem na sociedade.

Nessa conjuntura o debate a respeito do acesso à Justiça torna-se indispensável na busca da concretização do proclame de igualdade jurídico-formal estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil.

A Lei Maior dispõe o acesso à Justiça como um direito fundamental, definido no artigo 5º, XXXV, no qual preceitua: “A lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Diante da amplitude de significações que a expressão acesso à Justiça é submetida é mister salientar que o presente trabalho é signatário do que defende Horácio Vanderlei Rodrigues, ao definir dois sentidos distintos a termo: em primeiro lugar, de maneira mais restrita, o acesso à Justiça é utilizado como equivalente ao acesso ao Poder Judiciário. Como segundo sentido “o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais amplo, engloba no seu significado o primeiro” (RODRIGUES, 1994, p. 28).

Do conceito abordado acima é possível concluir que a questão do acesso à Justiça atravessa a simples concepção de possibilidade de a população usufruir do Poder Judiciário. No dizer sempre expressivo de Coppelenti e Garth, apesar de difícil definição, o acesso à Justiça determina duas finalidades principais: a primeira trata-se da busca de um sistema acessível para todos, ou seja, procura-se garantir a isonomia. A segunda é a obtenção de soluções justas, tanto individualmente, quanto socialmente (COPPELENTTI; GARTH, 1988, p. 8).

Para que se possa afirmar que existe um sistema que possibilite o efetivo acesso à justiça é necessária a verificação de diversos pressupostos, os quais nem todos eles dizem respeito ao direito processual. Portanto, a questão deve ser analisada sobre uma perspectiva multidisciplinar.

Em virtude dessas considerações é indispensável a presença de um legítimo direito material com enfoque em buscar justiça social, com

uma administração que busca a solução das disfunções sociais e alcance da realização do Direito, em um Poder Judiciário que esteja preparado para atender os litígios da população, bem como, a promoção de um sistema de multiportas de solução de conflitos que possibilitem que este trabalho seja feito de modo extrajudicial, de maneira mais eficiente e célere (CUNHA, 2018, p. 614).

É sobretudo importante salientar que o acesso à Justiça configura-se principalmente pelo compromisso de se superar obstáculos que dificultam ou impedem que parcela expressiva da população tenha oportunidade de alcançar uma ordem jurídica justa.

Caracterizado como um direito elementar do cidadão, o acesso à Justiça, através do exercício dos direitos humanos, possibilita o Estado democrático de direito. Porém, não é suficiente a mera indicação do direito no texto legal, necessário se faz a sua efetividade.

O cidadão deve ter contato com um canal que possibilite a submissão das problemáticas à ordem legal. Dessa forma, a solução dos litígios deve ser possibilitada por métodos de qualidade, de maneira tempestiva e efetiva, com o intuito principal a pacificação social (ZANFERDINI, 2012, p. 245).

Impende observar o que ensina Joel Dias Figueira Junior:

Não basta para o jurisdicionado envolvido numa lide judicial que o Estado diga o direito; torna-se imprescindível que esse direito seja conferido materialmente a quem tem razão, isto é, que a pretensão se efetive através do instrumento colocado à disposição do vencedor e que esteja em sintonia com os princípios constitucionais processuais. Para tanto, faz-se mister que o acesso à justiça (entenda-se aqui a expressão como meios diversos de pacificação de conflitos) seja amplo e irrestrito, assim como a ordem jurídica oferecida deve necessariamente ser justa (capaz de oferecer mecanismos hábeis à consecução rápida, segura e justa de uma pretensão resistida ou insatisfeita (FIGUEIROA JUNIOR, 1999, p. 8).

Tal efetividade deve ser buscada principalmente em países periféricos, nos quais o acesso à justiça tende a não abranger a totalidade dos

agrupamentos sociais, assim, pessoas se tornam excluídas da sociedade e sofrem violações aos seus direitos sem a possibilidade de se defender, criando uma “ordem legal paralela à oficial”, conjuntura que macula o Estado democrático de direito (GOMES NETO; PORTO, 2008, p. 134).

Posta assim a questão, é de se dizer que o Estado tem o dever de assegurar o acesso à Justiça a toda a população com o escopo de garantir a estabilidade as ordens jurídicas, sendo uma função fortemente ligada ao fomento da cidadania, centro de um autêntico processo de democratização (MACHADO, 1981, p. 21).

Um dos grandes problemas a respeito da inefetividade ao acesso à Justiça é a ausência de recursos econômicos vivenciada por grande parcela populacional para custear os gastos decorrentes de uma demanda judicial. O fator econômico mostra-se limitante diante da própria duração do tramite das ações, o que eleva as despesas das partes e desvaloriza o valor a ser recebido (CESAR, 2002, p. 95).

Ademais, a questão social também se mostra um empecilho. Tendo em vista que a discriminação social atinge até mesmo o acesso à Justiça, já que trata-se de um fenômeno complexo que envolve condicionantes econômicas, sociais e culturais, que, são produtos: “de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar” (SANTOS, 2003, p. 171).

É sobretudo importante assinalar que o fator cultural corrobora com o distanciamento do acesso à Justiça. É de crença popular que o Judiciário defende interesse de poucos, pessoas tidas como ricas e cultas.

Convém ponderar, outrossim, que apesar do ordenamento jurídico partir do pressuposto de que lhe é de conhecimento de todos, conforme se compreende da máxima “a ninguém é dado desconhecer a lei”, levando em consideração o Brasil, país com grande número da população analfabeta e expressiva parcela que não encontra acesso à informação é irreal afirmar que todos os cidadãos têm consciência de seus direitos e condições para os reivindicar.

É bem verdade que o Brasil ao longo dos anos comprometeu-se em implementar Políticas públicas com o fito de eliminar empecilhos ao acesso à Justiça. À grisa de exemplo fora criado juizados especiais,

o benefício da justiça gratuita, a utilização da justiça itinerante e a virtualização dos processos. Porém, o país ainda se encontra distante de atingir o acesso de forma absoluta.

3. EQUIVALENTES JURIDICIONAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A organização judiciária caracteriza-se por um complexo de normas e princípios que estabelecem a estrutura e a administração do Poder Judiciário no Brasil (LISBOA, 1999, p. 18). Dessarte, tal função, o Judiciário atua de forma imprescindível no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, promovendo a resolução de conflitos e assegurando a ordem social em busca de uma sociedade mais justa.

Porém, o Poder Judiciário vem enfrentando, enquanto órgão responsável pela manutenção da paz social, proeminente crise decorrente da grande quantidade de demandas judiciais que não encontram na estrutura judiciária eficiência suficiente para o processamento de sua quantidade exorbitante, o que acaba por gerar inacessibilidade, alto custo no processual e morosidade (GRIONOVER, 2007, p. 4).

São centenas as causas da morosidade do Poder Judiciário. Como exemplo pode-se citar o aumento do número de processos em decorrência da extensão da cidadania, o excesso de formalismo estabelecido pelas normas processuais, a grande quantidade de recursos meramente protelatórios, a falta de uma estrutura adequada para conseguir atender todos os litígios, entre outros inúmeros fatores (VELLOSO, 1998, p. 75).

Em virtude dessas considerações destaca-se que há necessidade de se superar a “cultura da arena”, cedendo espaço a um ambiente de alteridade, constituindo uma atmosfera disciplinada pelo diálogo e tolerância, considerando e respeitando a diversidade (FREITAS JUNIOR, 2014, p. 18).

Nesse contexto, o monopólio estatal exercido a partir do Judiciário não se mostra como única possibilidade de se promover o acesso à Justiça e resolução dos litígios. Em certos casos, o processo judicial não é a melhor via para se pleitear a concretização de direitos. Há, portanto, a necessidade de dar ao cidadão, em nome do princípio democrático, o

poder de escolha sobre outros meios que sejam legítimos para atender seus anseios.

Os “meios alternativos de resolução de conflitos” mostra-se como termo que, na visão de Leonardo Carneiro Cunha já fora superado – uma vez que não se trata de alternativa e sim de melhor adequação, estabelecendo um sistema de justiça de multiportas. (CUNHA, 2018, p. 614).

Trata-se de mecanismos que se apresentam como uma nova possibilidade a ser traçada em busca da acessibilidade e pacificação social. Como estrutura que pluraliza o direito, os agentes de solução de litígios a margem do controle estatal apresentam-se como meio de democratização do acesso à Justiça.

Os principais meios apresentados como componentes do modelo de sistema de justiça multiportas são: autocomposição, mediação, conciliação e arbitragem.

A autocomposição, soluciona o conflito entre as partes, não necessitando da utilização da intervenção de outros agentes. Apresenta-se como um processo de pacificação da controvérsia promovido pelas partes, onde, um indivíduo, ou ambos, abrem mão do seu interesse para resolver o conflito (DELGADO, 2002, p. 664).

Apresentando-se como um ajuste de vontades entre as partes, a autocomposição tem como justificativa o altruísmo e a crença de que a solução encontrada pelas partes pode ser melhor que a de um terceiro. Porém é válido destacar que tal equivalente jurisdicional somente poderá ocorrer em relação a conflitos que versem sobre direitos disponíveis, salvo na hipótese de transação adesiva.

As modalidades de autocomposição são as seguintes: renúncia, aceitação (resignação/submissão) e a transação. A primeira consiste em dar início à proteção do Direito lesado ou ameaçado de lesão, e desistir de protegê-lo. A aceitação consiste na submissão a resolução de conflito oferecido pela parte contrária. Por fim, a transação consiste na troca equilibrada e recíproca entre as partes.

Outro equivalente jurisdicional é a mediação. Concerne à método consensual de solução de conflitos, onde terceiro estranho à lide atua como um facilitador do diálogo, colaborando para que as partes compreendam as questões e os interesses em conflito, possibilitando

que elas mesmas identifiquem uma solução consensual (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 276).

Tendo natureza contratual, a mediação baseia-se na manifestação da vontade das partes, criando, modificando ou extinguindo direitos. Essa forma de solução de conflitos, rege-se, portanto, pelos princípios da livre decisão das partes e da voluntariedade, possuindo como características a privacidade, a economia de tempo e financeira, a busca pelo equilíbrio das relações entre as partes, a oralidade e a autonomia das decisões.

Com o fito de possibilitar o protagonismo das partes na elaboração de acordos estabelecidos a partir do diálogo com o intuito de se alcançar pacificação durável, a mediação é altamente indicada para resolução de conflitos oriundos de relações continuadas, pois permite o restabelecimento dos laços.

Em consonância com o acima exposto, Christopher W. Moore (1998, p. 28) destaca que: “além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e danos psicológicos”.

A arbitragem também anuncia-se como uma das hipóteses do sistema de justiça multiportas. Atuando através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebam seus poderes de uma convenção privada, cuja a decisão assumira a mesma eficácia da sentença judicial.

Dentre as vantagens da arbitragem sobre o processo judicial, destacam-se a especialização na matéria objeto do litígio, tornando as decisões mais consistentes e economizando tempo e dinheiro em relação a promoção de determinadas perícias. A celeridade, a confidencial – na qual as partes podem evitar a publicidade negativa que pode advir do litígio e, por fim, a irrecorribilidade, cabendo apenas pedido de esclarecimento a respeito de alguma obscuridade (SCAVONE, 2011, p.19).

Finalmente, a conciliação pode ser conceituada como:

um processo de informação com a participação de um terceiro interveniente que atua como instrumento de ligação e comunicação entre as partes, tendo por finalidade conduzi-las a um

entendimento, através da identificação dos problemas e possíveis soluções (LIMA FILHO, 2003, p. 263).

A conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Nessas duas hipóteses o objetivo é induzir as próprias partes em conflito a articular a solução para a sua pendência. O conciliador objetiva uma transação entre as partes, a submissão de um à pretensão do outro, ou a desistência da pretensão (CINTRA; PELLEGRINI; DINAMRA-CO, 2010, p.34).

Conforme já apontado, o monopólio da Justiça pelo Poder Judiciário encontra-se em crise ante o aumento da complexidade e da quantidade de litígios. Em virtude disso o modelo de sistema de justiça multiportas mostra-se como procedimentos democráticos, que muitas vezes se apresenta como melhor alternativa do que seria a justiça estatal.

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015 traz como uma de suas funções, a de incentivar os equivalentes jurisdicionais para a resolução de conflitos, dando maior dinâmica aos institutos. Isso porque, como bem observa Luiz Flávio Gomes (1997, p. 177): “não existem recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, em parte nenhuma do mundo, que suportem os gastos do modelo clássico de Judiciário”.

Com o crescimento da utilização das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) impõe-se transformações primordiais na forma como o Sistema de Justiça evolui, bem como a maneira que as normas jurídicas afetam o espaço cibernético. Como a digitalização do processo, impulsionou-se o uso de métodos de solução de conflitos no ambiente virtual, funcionando como alternativa ao monopólio estatal e possibilitando o acesso à Justiça de forma efetiva, que serão analisados no tópico seguinte.

4. RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ONLINE

Conforme dados extraídos de pesquisa realizada pelo TIC Domílios cerca de 70% dos brasileiros tiveram acesso à internet em 2018, o que equivale a 126,9 milhões de pessoas. A pesquisa também aponta que, no mesmo ano, 43,7 milhões de pessoas adquiriram produtos ou

serviços pela internet no Brasil, o que corresponde a 34% do total de usuários da rede. Outro dado que merece destaque é que o celular equivale ao principal dispositivo para conexão dos brasileiros, sendo utilizado por 97% dos usuários (LAVADO, 2019).

À proporção que o uso da Internet se amplia, tornou-se indispensável elaborar estruturas eficientes para resolver conflitos online, visto que os mecanismos tradicionais, onde se recorre ao Estado para tanto, podem consumir muito tempo, apresentar custos altos e causar problemas jurisdicionais. Em relação aos conflitos offline, essa visão mais tecnológica desempenharia um papel de complemento à resolução judicial de litígios.

Em decorrência do crescente uso dos meios eletrônicos em todo o mundo, as disputas que acontecem na Internet estão em significativa ascensão. Embora poucos, alguns sites já tomaram a frente no que se refere a facilitar a solução de disputas na Internet, bem como na resolução de conflitos que ocorrem offline.

Impende observar que as resoluções de disputas online nascem baseada nos no modelo de sistema de justiça multiportas, analisado anteriormente, que promovem a solução extrajudicial, a partir de práticas de mediação e arbitragem, por exemplo.

Os equivalentes jurisdicionais na solução de conflitos, nesse cenário digital, ganham mais destaque e se mostram estratégias viáveis para o desenvolvimento de um meio cada vez mais eficaz para a resolução de disputas. Além disso, a resolução de disputas online desenvolve mecanismos próprios, como ocorre com o julgamento simulado, que será melhor abordado no decorrer do trabalho.

Por tais razões, o que se espera dos mecanismos de resolução de disputas online é a facilitação do acesso à justiça e, conseqüentemente, a resolver alguns dos problemas relacionados ao uso de meios de resolução de disputas offline.

4.1. ORIGEM HISTÓRICAS DA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ONLINE

Apesar da invenção da internet ser datada no final dos anos 1960, a utilização do meio virtual como forma de solucionar conflitos tem

sua origem mais recente, começando a ser elaborada a partir dos anos 1990. É sobretudo importante salientar que a difusão restrita ao uso da internet acabou por dificultar seu acesso e reduzir seu impacto na resolução de divergências.

A utilização dos métodos de Resolução de Disputas Online (Online Dispute Revolution), se desenvolveu com base na elaboração de uma plataforma de conciliação virtual pelo Website E-bay por meio de colaboração como o site SquareTrade.com. Diante de tal iniciativa restou claro que, numa perspectiva comercial, ao se adotar ferramentas de solução de conflitos de maneira online construía-se uma relação de confiança entre o cliente e a empresa (KATSH, 2012, p. 24).

Convém destacar que desde o começo da discussão a respeito das resoluções de conflitos online fora apontado a necessidade de dois grupos diferentes. O primeiro deles utilizava-se de ferramentas computacionais com participação humana (através de um terceiro imparcial facilitador). O outro grupo apresenta sistema automatizado, empregado na resolução de conflitos mais objetivos, valendo-se, para tanto, de conhecimentos multidisciplinares. Nesse contexto, o próximo tópico tem como objetivo a análise dos principais aspectos da Resolução de Disputas Online.

4.2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ONLINE

Cumprido observar preliminarmente que com a influência do ambiente virtual nas relações humanas é possível identificar uma crescente necessidade de adaptação dos meios tradicionais de resolução de divergência, principalmente levando em conta suas desvantagens econômicas e relacionadas ao tempo, bem como a ausência de jurisdição em casos cercados de aspectos tão atuais.

Oportuno se torna destacar que a aplicação do formato de resolução de disputas online apresenta-se como hipótese viável tanto nas relações conflituosas que se originaram online, quanto as divergências oriundas de relações offline.

Consoante noção cediça é notório que a conveniência, a celeridade e a facilidade de acesso tendem a ser as maiores vantagens que as Resoluções de Divergências Online fornecem.

Mister se faz ressaltar que os meios eletrônicos de comunicação, como e-mails e plataformas específicas para resolução de conflitos, podem ser respondidos ou postados a qualquer momento, sendo extremamente conveniente para as partes definirem seus horários.

Além disso, um outro benefício de solucionar disputas online é que tal escolha pode proporcionar economias substanciais quando comparadas com litígios tradicionais, que podem ser extremamente.

Ainda, a utilização de meios virtuais pode se apresentar como a única opção viável para pessoas incapazes de se deslocar em longas distâncias ou para aqueles envolvidos em disputas de comércio eletrônico por preços baixos quantidades.

De modo geral, a questão ambiental também é elemento favorecido pelas por esse tipo de resolução. Com a utilização da tecnologia para promover a comunicação à distância entre as partes, as sessões e audiências físicas tendem a diminuir, dispensando o deslocamento e diminuindo, conseqüentemente, a emissão de carbono na atmosfera. A diminuição de papel também representa expressiva mudança.

Também não se pode negar que a possibilidade de se utilizar a comunicação escrita viabiliza a melhor elaboração das respostas, o que decorre da possibilidade de as partes lerem e editarem a própria mensagem antes de enviá-la.

Como desvantagens é possível apontar a impessoalidade da comunicação, a exclusão digital, a ausência de legislação específica sobre a matéria e, por fim, a utilização indevida dos dados obtidos em sede de Resolução de Disputas Online.

Um dialogo feito eletronicamente não se apresenta de maneira equivalente a capacidade de comunicação cara a cara. Valores tidos como importantes, como a interpretação corporal e o fortalecimento da empatia entre as partes podem ser comprometidos em uma comunicação à distância.

Outrossim, a exclusão digital da população, seja referente a ausência de recursos financeiros, seja pelo não conhecimento técnico, acaba por impedir o acesso de número significativo de pessoas à distribuição de soluções em plataformas online.

A ausência de legislação específica para regulamentar as resoluções de disputas online é elemento desfavorável a prática e se mostra

de maneira complexa, visto que grande parte dos conflitos oriundos do ambiente virtual envolvem pessoas de diferentes nacionalidades. Porém, no caso do Brasil, a utilização de legislações já existentes, como o caso do Marco Civil da Internet e o Código Civil de 2015, acabam por suprir tal lacuna.

Por fim, a confidencialidade também deve ser elemento de preocupação. Enquanto os meios tradicionais não criam registros físicos, a Resolução de Disputas Online emite registros eletrônicos. Tal registro possibilita a divulgação por uma parte, sem autorização da outra, violando a confidencialidade e gerando desconfiança.

4.3. PERSPECTIVAS NO CONTEXTO BRASILEIRO

É necessário haver uma virada cultural. As transformações tecnológicas evoluem rapidamente ao passo que as mudanças da sociedade contemporânea devem refletir no direito.

A utilização da Resolução de Disputas Online apresenta-se como uma direção concreta para soluções de litígios e com o escopo de catalogar informações valiosas na prevenção de conflitos futuros, atuando como uma verdadeira medida profilática.

No dizer sempre expressivo de Richard Susskind (2017, p. 112) é possível vislumbrar que o futuro dos serviços judiciais será em um contexto virtual, a partir de um sistema de justiça multiportas online.

No Brasil, a resistência a adoção da tecnologia como auxiliar para resolução de conflitos tende a diminuir com o passar do tempo. Entretanto, há um movimento de modernização nos órgãos judiciais. À guisa de exemplo podemos citar a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, em 2016, anunciou o Sistema de Mediação Digital, previsto no prevista no artigo 18, da Resolução nº 125.

A consumidor.gov é uma plataforma brasileira de natureza pública pensada para resolução de conflitos de caráter consumerista, fornecendo ambiente virtual propício para a negociação como mecanismo de resolução de controvérsias. O site, estima-se aproximadamente 80% das reclamações registradas são solucionadas com acordo.

Na experiência privada o mercado jurídico brasileiro vem conhecendo uma ebulição de empresas cujo objetivo é a resolução de diver-

gências online. Tais empresas são acolhidas pela Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs.

5. CONCLUSÃO

Diante do cenário de desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário, foi possível constatar no presente trabalho que há grande necessidade de se garantir o acesso efetivo à justiça, aqueles que dela necessitam. O acesso à ordem jurídica justa constitui proporcionar a todas as pessoas o direito de solucionar seus conflitos da forma mais adequada possível – seja através da tutela jurisdicional ou de seus equivalentes.

Em virtude de os métodos tradicionais de resolução de divergência não atenderem às necessidades crescentes e complexas da população, os próprios indivíduos passaram a buscar, com mais frequência, meios consensuais para solucionar seus conflitos. Assim fala-se na formação de um modelo de sistema de justiça multiportas – em que cada tipo de controvérsia teria uma forma de solução adequada. Porém, tais meios refletirem significativo avanço eles não acompanham por completo a evolução tecnológica e seus impactos sociais.

A difusão em massa dos métodos de Resolução de Disputas Online funcionará, conforme apontado no presente estudo, como instrumento que dá possibilidade de se resolver disputas de forma céleres e com custos reduzidos utilizando plataformas eletrônicas para tanto, mostra-se evidente que a tecnologia pode operar em benefício dos cidadãos para ampliar o acesso à justiça.

O Brasil já vem apresentando instrumentos – tanto nas políticas públicas, tanto no mercado jurídico privado de adequação do sistema judicial à realidade social e as novas tecnologias. A tendência é o aumento cada vez mais expressivo de tais práticas.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH. Bryant. **Acesso à Justiça – trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

- CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: Ed. UFMT, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CUNHA. Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 15. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro**. São Paulo: Revista LTr, 2002.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307**, de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. **Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito in Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP.
- GOMES, Luís Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES NETO, José Mario Wanderley; PORTO, Julia Pinto Ferreira. **Análise Sócio Jurídica do acesso á justiça: As Implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem-jurídica justa**.in : GOMES Neto, José Mario Wanderley , org.**As dimensões do acesso à justiça**. Bahia, Juspodvm, 2008.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conci-
liativa in Mediação e gerenciamento do processo: revolu-
ção na prestação jurisdicional: guia prático para a instala-
ção do setor de conciliação e mediação / Vários colaboradores.**
São Paulo: Atlas, 2007.
- 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.
- LAVADO, Thiago. **Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da
população está conectada.** G1. São Paulo, 28 de ago. de 2019.
Disponível em: < <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70percent-da-populacao-esta-conectada.ghtml> >. Acesso em: 02, fev. de 2020.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os meca-
nismos extrajudiciais de solução de conflitos.** Porto Alegre:
Fabris, 2003.
- LISBOA, Carlos. **Manual do árbitro.** São Paulo: Saraiva, 1999.
- MACHADO, Mario Bockmann. **Comentário sobre cultura ju-
rídica e democracia:** publicado em Bolívar Lamounier et alii,
orgs., **Direito cidadania e participação.** São Paulo, T.A. Quei-
roz editor, 1981, p.21-29.
- MOORE, Christopher W. **O processo de Mediação.** Tradução de
Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- RODRIGUES, Horácio Vanderlei. **Acesso à justiça no Direito
Processual brasileiro.** São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o
político na pós-modernidade.** São Paulo: Cortez, 2003.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: Me-
dição e Conciliação.** 5° Ed.2011.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers – An Introduction to Your Future*. 2ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Do poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas**. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 7-26, 1998.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça**. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>. Acesso em 03.01.2020.

MITIGAÇÃO DA TAXATIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: ANÁLISE DOS RECURSOS ESPECIAIS 1.704.250/MT E 1.696.396/MT

Thaís Oliveira Onety

Mario Vitor Magalhães Aufiero

INTRODUÇÃO

O recurso do agravo de instrumento esteve presente em todos os diplomas processuais civis após 1939, contudo, o seu manejo realizou-se de diversas formas.

No CPC/39 a regra imposta era a da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, com vistas principalmente a destravar o judiciário, a exceção eram as hipóteses previstas do artigo 842 e dos casos previstos em legislação extravagante.

O diploma posterior, CPC/73, percebendo a distância entre o que pretendeu o legislador anterior e o cotidiano forense adotou como regra a livre recorribilidade de decisões interlocutórias.

No atual código, em uma primeira análise percebe-se o retorno ao sistema de irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, com exceções daquelas previstas no artigo 1.015.

Ocorre que em 5 de dezembro de 2018, a corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos fixou a tese da taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC/2015.

O presente artigo tem como objetivo analisar a mencionada decisão em conjunto com o restante do diploma civil e sob a ótica dos valores constitucionais.

1. Evolução histórica

Até 1937, legislar sobre matéria processual era competência da União e dos Estados. Com a Constituição Federal daquele ano foi dado o monopólio à União para legislar sobre direito processual e sobreveio o CPC/1939, cuja exposição de motivos dispõe que os recursos de despachos interlocutórios eram responsáveis por tumultuar e prolongar o processo, além de estabelecer uma confusão no seu curso. Afirma também que na sua generalidade versavam de matérias puramente processuais só se justificando em sistemas processuais concebidos de maneira rígida, os quais devem estrita observância a normas técnicas, desconsiderando o mérito e a finalidade.

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador em tornar o processo mais célere e prestigiar o mérito e finalidade desse a normas processuais e técnicas. Seguindo na exposição de motivos é possível analisar a distinção feita entre decisões que afetam materialmente as partes e que, por sua natureza, influem no julgamento proferido, as quais deviam ser permitidas a reforma, em face de decisões que, ainda que possuam erros, não são capazes de influenciar substancialmente o julgamento proferido e que, portanto, não necessitam de um recurso imediato – defende-se que a livre recorribilidade a pretexto de ser benéfica traria consequências negativas como o recursos protelatórios, excesso de recursos e aumento de despesas.

A partir dessas ideias o CPC/39 optou por eleger um rol exaustivo de decisões interlocutórias que poderiam ser agravadas, constantes de seu artigo 842, além dos casos previstos em legislações extravagantes. Ressalta-se que o CPC/39 também pretendeu limitar as hipóteses de cabimento do agravo de petição e do agravo nos autos. Consagrou-se assim o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.

Contudo tal sistemática do CPC/39 foi criticada por haver hipóteses que se não se enquadravam em nenhuma modalidade recursal ou

que se encaixavam em mais de uma. Consequente disso; fruto, também, do natural inconformismo das partes em relação a decisões interlocutórias, foi a criação de diferentes meios para atacar decisões não previstas nas hipóteses do CPC/39. Tais meios chamados de sucedâneos recursais são institutos que fazem as vezes de recursos propiciando a anulação, reforma ou ineficácia de uma decisão judicial. A exemplo do procedimento das correções parciais, expediente de caráter administrativo destinado a corrigir ato judicial.

Também o mandado de segurança fora utilizado como se recurso fosse, o que desviava a real função desse remédio constitucional, além de sobrecarregar ainda mais o poder Judiciário, pois o mandado de segurança inaugura uma nova relação jurídica, possui prazo de impetração próprio, promove a notificação da autoridade coatora para prestar informações.

Em decorrência da experiência frustrada em relação ao diploma anterior no que diz respeito à recorribilidade de decisões interlocutórias, o CPC/1973 demonstrou preocupação, em sua exposição de motivos, em alinhar-se à realidade prática, qual seja, a da utilização de expedientes estranhos ao sistema recursal para atacar decisões não agraváveis. Portanto preferiu o projeto admitir o agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias adotando como regra a recorribilidade das decisões interlocutórias. Ainda da análise da exposição de motivos do CPC/73:

Convém, ainda, tecer alguns comentários sobre a nomenclatura do Código vigente. Os recursos de agravo de instrumento e no auto do processo (artigos 842 e 851) se fundam num critério meramente casuístico, que não exaure a totalidade dos casos que se apresentam na vida cotidiana dos tribunais. Daí a razão por que o dinamismo da vida judiciária teve de suprir as lacunas da ordem jurídica positiva, concedendo dois sucedâneos e recurso, a saber, a correção parcial e o mandado de segurança.

A experiência demonstrou que esses dois remédios foram úteis, corrigindo injustiças ou ilegalidades flagrantes, mas representavam uma grave deformação no sistema, pelo uso de expedientes estranhos ao quadro de recursos.

É verificada a preocupação dada as lacunas referentes as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento anteriormente presentes e o reconhecimento da eficácia da utilização de sucedâneos recursais para evitar injustiças, contudo é ressaltado não serem meios idôneos por não se encaixarem na categoria de recursos. Logo, verifica-se o intuito do CPC/73 de evitar a utilização desses sucedâneos ao prever a livre e imediata impugnação de decisões interlocutórias.

Entretanto, destaca-se, que o mandando de segurança continuou a ser utilizado com essa função, mas agora com a finalidade de atribuir efeito suspensivo as hipóteses agraváveis não contempladas com possibilidade de concessão de efeito suspensivo, pois o CPC/73 arrolou taxativamente essas, quais sejam, prisão de depositário infiel, adjudicação, remição de bens e levantamento de dinheiro sem caução.

Salienta-se que esse modelo sofreu diversas modificações. A lei 9.139/1995 passou a prever a interposição do agravo de instrumento diretamente no Tribunal bem como o processamento desse nessa instância, antes interposto e instruído no 1º grau, além de estender a possibilidade de concessão de efeito suspensivo em quaisquer casos desde que, segundo artigo 558, CPC/73: “...possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”.

Sobreveio a lei 11.187/2005 que tornou como regra o agravo retido e atribui a excepcionalidade ao agravo de instrumento, cabendo apenas quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

Portanto verifica-se, após as diversas modificações legais, a redução da abrangência do cabimento do agravo de instrumento em relação ao previsto originariamente no texto do CPC/73.

2. O agravo de instrumento no diploma processual civil atual

Com o CPC/2015, diploma atualmente vigente, tem-se em seu artigo 1.015 que são decisões passíveis de agravo de instrumento aquelas

que versarem sobre: tutelas provisórias, mérito do processo, rejeição da alegação de convenção de arbitragem, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, exibição ou posse de documento ou coisa, exclusão de litisconsorte, rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio, admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373. Além de outros casos expressamente referidos em lei e de decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário (BRASIL, 2015).

As situações não abrangidas pelas hipóteses acima apresentadas, disciplina o CPC/2015, deverão ser suscitadas em preliminar de contestação ou contrarrazões, nos termos do art. 1.009, § 1º, e não estarão sujeitas à preclusão.

Da exposição de motivos do CPC/2015 consta:

Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.

(...)

O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência; para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa.

Examinando o dispositivo legal e o texto acima transcrito da exposição de motivos do código processual vigente verifica-se a opção legislativa em prever as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento consagrando, à primeira vista, o retorno ao princípio da incorribilidade em separado as decisões interlocutórias, em regra.

Entretanto, surgiram embates doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade do manejo do agravo de instrumentos para hipó-

teses fora do rol do artigo 1.015, cujas posições variam de aceitar o referido rol como absolutamente restritivo; taxativo, mas suscetível a interpretações extensivas ou analógicas, ou exemplificativo.

2.1. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob a ótica das diferentes correntes doutrinárias.

A corrente doutrinária restrita, a qual defende a taxatividade do artigo 1.015 do CPC/2015, entende que a enumeração prevista fora uma opção consciente do legislador, além de que pela segurança jurídica as partes não poderiam ser surpreendidas por não recorrerem imediatamente da decisão interlocutória por confiança na taxatividade do referido rol.

Seguindo essa corrente Gajardoni, Machado e Roque defendem a taxatividade do referido rol afirmando ser fruto de deliberação no processo legislativo, os autores admitem a pertinência dos argumentos que criticam tal taxatividade, mas frisam que existe “um limite interpretativo para a academia e a jurisprudência. O CPC/2015 não pode ser entendido como gostaríamos que ele fosse” (Agravo de instrumento e seu rol: em defesa da segurança jurídica)

O Superior Tribunal de Justiça chegou a adotar tal entendimento em alguns julgados, como o seguinte:

Observa-se que as decisões relativas à competência, temática discutida nos presentes autos, bem como discussões em torno da produção probatória, estão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015. 4. Por outro lado, não é a melhor interpretação possível a tentativa de equiparação da hipótese contida no inciso III (rejeição da alegação de convenção de arbitragem) à discussão em torno da competência do juízo. 5. Recurso Especial não provido. STJ. Segunda Turma. REsp 1700308/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 17/04/2018.

Já corrente diversa entende que o rol do artigo 1.015 admite interpretações extensivas ou analógicas tendo em vista a insuficiência desse em amparar a realidade fática, essa é a corrente majoritária.

Para essa corrente, a taxatividade do mencionado artigo não é impeditiva da realização de uma interpretação analógica ou extensiva.

Alexandre Câmara leciona que apesar de o cabimento do agravo de instrumento constar em um rol taxativo, é admissível realizar interpretações que se afastem da sua literalidade. Contudo não é possível, a pretexto dessas, inserir situações no rol de decisões agraváveis que, claramente, não o integram, como o valor da causa e competência. O autor liga tal motivo à segurança jurídica tutelada constitucionalmente (CÂMARA, 2018, p.530).

Fredie Didier e Leonardo da Cunha também defendem a compatibilidade entre a taxatividade e a interpretação extensiva, a qual lecionam ser uma das interpretações corretivas utilizadas quando existe uma divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático de uma norma. Salientam ainda que não adotar uma interpretação extensiva seria reavivar o uso anômalo e excessivo de mandado de segurança contra atos judiciais o que seria negativo em termos de política judiciária e congestionaria os tribunais com mandados de segurança, cujo prazo é bem mais elástico (DIDIER, CARNEIRO DA CUNHA, 2016, 209-211).

Daniel Amorim Assumpção aponta, também, como a melhor doutrina a que defende a interpretação ampliativa do rol do artigo 1.015 sem comprometer a razão de ser do dispositivo legal. Ele critica a técnica legislativa utilizada acusando que o legislador deveria ter discriminado de forma pontual as hipóteses de não cabimento do agravo de instrumento, pois pela técnica empregada diversas situações ficaram de fora do rol do artigo 1.015 sem se saber se essa era a real intenção legislativa. Além de criticar o cerceamento do direito de defesa a pretexto de desafogar o Judiciário (ASSUMPÇÃO, 2016, 2.762-2.764).

Diferente parcela da doutrina entende ser o rol do artigo 1.015 do CPC/2015 meramente exemplificativo, ou seja, o manejo do agravo de instrumento seria possível mesmo em situações não previstas ou que não fossem possíveis ser extraídas por meio de interpretação extensiva ou analógica.

José Rogério Tucci leciona que há matérias, principalmente de ordem pública, as quais não poderiam ser adiadas para julgamento em apelação sob pena, inclusive, de vulnerar o princípio constitucional do

devido processo legal, por exemplo ao relegar para momento posterior o processamento de nulidades absolutas ou questões determinantes para a extinção do processo (TUCCI, 2018).

A partir da análise dos posicionamentos doutrinários acima, verifica-se, na corrente majoritária, a convergência no sentido de entender que as hipóteses arroladas no artigo 1.015 do CPC/2015 são insuficientes.

2.2 Posicionamento STJ: Resp 1.704.250/MT e 1.696.396/MT.

Diante do intenso embate doutrinário e de diversos posicionamentos, o Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais 1.704.250/MT e 1.696.396/MT pela sistemática de recursos repetitivos, em ambos os processos havia decisão interlocutória apreciando a competência do Juízo e no último ainda apreciando o valor da causa, e no dia 5 de dezembro de 2018, sob relatoria da ministra Nancy Andrighi, manifestou-se acerca da taxatividade do artigo 1.015 do CPC. Sobre a tese recursal discutida:

O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

O voto da relatora, inicialmente, salienta a necessidade de se realizar uma interpretação constitucional do artigo 1.015 do CPC/2015, o qual não pode ser visto como fechado em si. Analisa a ministra que o legislador optou conscientemente pela restrição do manejo do agravo de instrumento decidindo por enumerar as situações nas quais o reexame deveria ser realizado de imediato pelo Tribunal. É lembrado no referido voto as duras críticas realizadas ao CPC/39, que pela irrecorribilidade imediata de hipóteses imprevistas suscitou o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança.

Aduz a relatora que o norte para qualquer interpretação ligada ao artigo 1.015 do CPC/2015 deve ser a urgência, a qual tem a sua razão de ser na inutilidade de uma futura decisão examinada apenas quando do julgamento da apelação.

São citados exemplos no voto como o indeferimento do segredo de justiça, que destaca ainda ser tal hipótese desamparada pela realização de uma interpretação extensiva ou analógica (defendida por parcela considerável da doutrina), como a questão da competência ou da estrutura do procedimento.

É enfrentado no voto a problemática da restrição quando da realização da interpretação extensiva ou analógica, pois, conforme a relatora, além de não haver parâmetro minimante seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato, cita o exemplo do indeferimento do segredo de justiça como prova cabal desse fato.

Preocupa-se, também, a relatora em destacar que a tese proposta de se analisar o cabimento do agravo de instrumento sob o requisito objetivo da urgência não afronta a vontade do legislador de restringir o manejo desse recurso, pois alinha-se ao interesse legislativo subjacente à norma jurídica, qual seja, a interposição do agravo de instrumento em casos que não podem aguardar julgamento futuro em eventual recurso de apelação. Ao final é reconhecido o rol do artigo 1.015 do CPC/2015 como de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, que assegura o cumprimento de normas fundamentais do CPC/2015 e protege as partes de sofrerem sérios prejuízos. A tese proposta pela relatora venceu por sete votos a cinco. Os Recursos Especiais 1.704.250/MT e 1.696.396/MT transitaram em julgado no dia 22/02/2019.

2.3. Análise crítica da mitigação da taxatividade do rol do artigo 1.015.

Analisando o referido julgamento em conjunto com o restante do diploma processual civil, em especial as normas fundamentais da apli-

cação das normas processuais dispostas no capítulo I, e com os valores e normas constitucionais não poderia outra ser a conclusão se não a de que a Corte Especial do STJ posicionou-se acertadamente ao proferir a mencionada decisão.

Do exame das evoluções e transformações sofridas pelo agravo de instrumento em cada diploma processual é possível realizar conclusões.

O legislador, ao longo do tempo, com vistas a desafogar o Judiciário e primar pela economia processual preocupou-se em delimitar as situações passíveis de cabimento do agravo de instrumento. Entretanto, a história mostra que quando esse legislador pretende prever as hipóteses de recorribilidade imediata ele falha; não poderia ser diferente, pois a realidade, suas conseqüentes transformações e diversas possibilidades suplantam seu imaginário. Contudo a esse pretexto sérios prejuízos são causados às partes e, também, à atividade judiciária. Como bem suscitado por Yarshell:

Ao pretender esgotar as hipóteses de cabimento do agravo o Legislador, ainda que com boas intenções (das quais, diz a sabedoria popular, um certo lugar que consta ser quente está cheio), acabou sendo irrealista e ignorou hipóteses relevantes e que, mesmo à ordem pública, interessa conhecer desde logo do tema: o caso da competência e do valor da causa (na sua dimensão de base de cálculo de taxa judiciária) são disso exemplos eloquentes.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º estabelece rol de direitos e garantias fundamentais, os quais têm eficácia irradiante e devem a todo momento ser observados, dentre eles está o direito ao contraditório e a ampla defesa, inciso LV.

Esse contraditório, antes analisado apenas sob o aspecto formal, deve ser material, ou seja, deve possibilitar as partes efetivamente participarem do processo e influírem em seu julgamento. Conforme leciona Theodoro (2016, p.86) indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado.

Ao admitir o rol do artigo 1.015 do CPC/2015 como taxativo os princípios acima referidos podem sofrer sérias violações. Exemplo citado por Didier, Carneiro da Cunha (2016, p. 2.763) é o indeferimento de prova pericial cuja parte não poderá agravar e deverá esperar o julgamento da apelação para alegar o cerceamento de defesa.

Acrescenta-se, ainda, que caso reconhecido pelo tribunal o cerceamento de defesa alegado pela parte outros princípios restam-se violados: o da razoável duração do processo e da economia processual.

Com *status* constitucional, fruto da Emenda Constitucional nº45/2004, é consagrado o princípio da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, art. 5º, LXXVIII, CRFB/88. Outro princípio fundamental do processo é a economia processual que preza por uma justiça rápida e efetiva devendo-se com o mínimo de atividade processual atingir um maior resultado; justiça tardia, é segundo a consciência geral, justiça denegada (THEODORO, p.65).

Caso reconhecido pelo tribunal o cerceamento de defesa acima mencionado, a sentença será anulada e os autos retornarão ao primeiro grau. Além dessa violação ao direito das partes a um processo célere, houve todo o movimento da máquina do Judiciário, que já é sobrecarregada.

Um dos objetivos do Legislativo ao optar pela taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 foi reduzir o número de recursos interpostos diariamente, entretanto, o que se verifica é o retorno ao uso do Mandado de Segurança chamado de substitutivo, o que foi tão criticado no passado que, em 1963, deu origem a súmula número 267 do Supremo Tribunal Federal “ Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” (BRASIL,1963). Além da previsão na Lei n. 12.016/2009, a qual disciplina, em seu artigo 5º, inciso II, que não se concederá mandado de segurança “de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”.

Portanto, tumultua-se o Judiciário com a impetração do mandado de segurança substitutivo de recurso, o qual os próprios tribunais, acertadamente, já não vêm mais admitindo.

Em críticas à taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do CPC/2015, Machado, Duarte, Gajardoni e Roque comentam:

Somos o país que possuiu o maior número de processos judiciais, onde os juízes mais produzem decisões e os agravos são uma parte desse sistema, que se retroalimenta. A restrição do agravo, mesmo gerando algumas injustiças, reduziu os casos em que os tribunais eram chamados para decidir imediatamente, especialmente aquilo que poderiam-eventualmente- decidir depois e em conjunto com a –quase sempre- interposta apelação (O ativismo do ativismo do ativismo: STJ e revogação judicial do art. 1.015 do CPC) (GRIFO NOSSO)

Da leitura do texto, percebe-se o reconhecimento de que algumas injustiças são geradas em sacrifício de um suposto desafogamento do Judiciário. Confronta diversos valores constitucionais e normas fundantes do processo essa ideia de sacrificar a justiça em prol de uma alegada economia processual, pode-se citar a isonomia (art. 5º, caput, CRFB/88), o devido processo legal (art. 5º, inciso, LIV, CRFB/88), a dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III, CRFB/88), a efetividade (art. 6º, CPC/2015), a razoabilidade e proporcionalidade (art. 8º, CPC/2015).

Ora, o Estado ao assumir o monopólio da jurisdição tomou para si o encargo de garantir o efetivo direito à Justiça e o dever de proferir uma decisão justa, não podendo, a vistas de combater a sobrecarga no Poder Judiciário, admitir injustiças.

A doutrina sempre demonstrou preocupação também com a segurança jurídica caso fossem admitidas hipóteses de manejo do agravo de instrumento fora do rol do artigo 1.015 do CPC/2015; pois, como exposto acima, as decisões não agraváveis ficam imunes à preclusão, temporariamente, devendo ser suscitadas em preliminar de contestação ou em contrarrazões.

Daniel Amorim Assumpção, apesar de um defensor da interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, mostra receio quanto aos efeitos dessa ampliação:

Para evitar que a impugnação de decisão interlocutória por mandado de segurança se popularize em demasia, a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento...

Mas mesmo essa interpretação mais ampla das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento tem uma consequência funesta: a insegurança jurídica. Basta imaginar uma parte que deixa para impugnar a decisão interlocutória na apelação ou contrarrazões e tem sua pretensão recursal rejeitada com o fundamento da preclusão temporal por não ter agravado de instrumento contra a decisão. Até os tribunais definirem os limites dessa interpretação a insegurança jurídica imperará. (ASSUMPÇÃO, p. 2.764)

Alexandre Câmara, também, ao defender uma interpretação ampliativa firma seu entendimento de que essa interpretação não pode incluir hipóteses estranhas ao rol do artigo 1.015 sob pena de causar “uma tremenda insegurança jurídica”, ressaltando a diferença entre o regime de preclusão de decisões agraváveis e não agraváveis concluindo que:

Pois aí está exatamente o problema: caso se considere impugnável por agravo de instrumento uma decisão que não consta do rol do artigo 1.015, será preciso também considerar, no caso de o agravo não ter sido imposto, ter-se formado a preclusão. (CÂMARA, 530)

Na mesma esteira Machado, Duarte, Gajardoni e Roque, em matéria sobre o agravo de instrumento, ressaltam a confiança das partes na taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 e temem que a interpretação para além das situações previstas no referido artigo altere o regime de preclusões causando grave insegurança jurídica:

Exemplificando: a parte que não interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeitou a alegação de incompetência relativa (porque não compreende tal matéria em nenhum dos incisos do artigo 1.015), não pode ter obstada tal discussão na fase de apelação (artigo 1.009, § 1o, do CPC), sob o argumento de que deveria sim ter agravado com base no inciso III do artigo 1.015, sob o fundamento da interpretação extensiva. (Agravo de instrumento e seu rol: em defesa da segurança jurídica)

Essa preocupação doutrinária é legítima e se revela muito importante, pois as partes têm direito a segurança jurídica. Interpretações extensivas ou analógicas, como defendido pela doutrina majoritária, de certo levariam a uma certa instabilidade jurídica, pois os limites quanto à interpretação não se mostram bem delineados. Exemplo desse fato é o caso da competência.

Didier e Carneira Cunha posicionam-se no sentido de que realizando uma interpretação extensiva do artigo 1.015, inciso III (agravo contra as decisões interlocutórias que versarem sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem), inclui-se como hipótese de agravo decisões que tratem de competência, absoluta ou relativa. Argumentam que, por exemplo, o foro de eleição é negócio jurídico da mesma forma que a convenção de arbitragem é, sendo que ambos dizem respeito à competência. (CARNEIRO CUNHA, DIDIER, p.8, 2015).

Já Alexandre Câmara, igualmente defensor de uma interpretação ampliativa, posiciona-se no sentido de não ser possível agravar decisões que tratem de competência. Para ele não se pode incluir hipóteses que claramente não integram o rol do artigo 1.015 como “decisão que versa sobre competência, ou a que resolve algo relacionado ao valor da causa” (CÂMARA, 2018).

Contudo, ressalta-se que com a tese jurídica fixada pelo STJ da taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC/2015 fora imposto como requisito objetivo a urgência, baseada em inutilidade do julgamento de futura apelação, não havendo que se falar em ampliação das hipóteses de preclusão imediata; pois a situação é hipótese excepcional, a qual antecipa o prazo de recurso e exige uma postura ativa da parte, que deve solicitar e demonstrar a urgência de sua situação, e do Tribunal, que julga se a situação apontada pela parte justifica-se urgente ou não. Caso não constatada urgência pelo Tribunal tem-se por inadmitido o recurso e a matéria retorna ao estado de letargia podendo ser suscitada novamente em preliminar de contestação ou contrarrazões. Portanto, a questão da segurança jurídica suscitada pela doutrina não resta violada.

CONCLUSÃO

Conforme mostrado da análise da história processual, a evolução do agravo de instrumento não se deu de forma simples, linear, pois ora a regra era a recorribilidade apenas em hipóteses previstas, ora a regra

era a recorribilidade livre e, assim, os diversos embates doutrinários sempre se fizeram presentes.

Com o julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, é verificado a verdadeira efetivação do direito à justiça, pois ao admitir o rol do artigo 1.015 como de taxatividade mitigada tem-se o respeito ao interesse subjacente da norma, qual seja, restringir o agravo a situações cuja discussão futura seja inútil.

Essa inutilidade do julgamento futuro foi fixada como sendo o requisito objetivo da urgência. Como se vê, a decisão da Corte Especial veio concretizar princípios fundantes do processo civil e obedecer a mandos constitucionais, pois o processo civil não deve ser visto como um microsistema fechado em si mesmo, mas sim interpretado de forma sistêmica.

Quer isso dizer que o referido julgado veio garantir que a decisão além de justa seja efetiva, respeitando as garantias constitucionais. Defender o contrário, ou uma interpretação restrita, seria enfraquecer tais valores além de representar um verdadeiro retrocesso na história.

Há de se ressaltar que tal julgado no Superior Tribunal de Justiça, por se ligar ao regime de recursos repetitivos (tema 988, STJ), gera precedente obrigatório nos termos do artigo 927, III, CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

_____. Decreto-lei n° 1.608, de 18 de setembro de 1939. Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 01 de outubro de 2019.

_____. decreto-lei n° 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil (1939). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2019.

- _____. Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 01 de outubro de 2019.
- _____. Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil (1973). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2019.
- _____. Lei n° 11.187, de 19 de outubro de 2005. Altera a Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2019.
- _____. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (2015). Exposição de motivos. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2019.
- _____. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015_2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2019.
- _____. Lei n° 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.700.308. Relator: Herman Benjamin. Data de julgamento: 17 de abril de 2018, Data de publicação: 23 de maio de 2008.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.704.250. Relatora: Nancy Andrihi. Data de julgamento: 5 de dezembro de 2018, Data da publicação: 19 de dezembro de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 267. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2464>.

CÂMARA, alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4ª. Edição, São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais**. 13ª edição Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. **Revista de Processo RT 242/275-284**. 2015.

MACHADO, Marcelo; DUARTE, Zulmar; GAJARDONI, Fernando; ROQUE, Andre. Agravo de instrumento e seu rol em defesa da segurança jurídica. **O Jota**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agravo-de-instrumento-e-seu-rol-em-defesa-da-seguranca-juridica-12032018>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.,

MACHADO, Marcelo; DUARTE, Zulmar; GAJARDONI, Fernando; ROQUE, Andre. O ativismo do ativismo do ativismo: stj e revogação judicial do art. 1015 do cpc. **O Jota**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ativismo-ativismo-stj-revogacao-judicial-art-1015-cpc-05122018>. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª. Edição Salvador: Juspodivm, 2016.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. **Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssima reflexão sobre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no CPC/2015. **Carta Forense**. 2017. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/brevissima-reflexao-sobre-as-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-no-cpc15/17957>. Acesso em: 19 de outubro de 2019.

A POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO FGTS PARA QUITAÇÃO DE DÍVIDAS EM PROCESSOS DE EXECUÇÃO: ESTUDO PAUTADO NA APLICAÇÃO E REINTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O EXECUTADO

Hélio Costa Nascimento

Kelda Sofia da Costa Santos Caires Rocha

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa discutir sobre a possibilidade de flexibilização da utilização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para quitação de dívidas em processos de execução consoante estudo pautado na aplicação e reinterpretação do princípio da menor onerosidade para o executado.

Seguindo o esteio da temática proposta cabe questionar se a flexibilização da utilização do FGTS para fins de quitação de dívidas em processos de execução seria viável no contexto nacional tendo em vista o que já existe de precedentes no judiciário brasileiro. Pode-se considerar que a utilização desses recursos ofende ou protege o interesse das partes? O executado seria lesado ou não?

Para isso percebeu-se que em resposta a insatisfação popular de ver recursos próprios restritos a algumas possibilidades de utilização esparsas, o Poder Legislativo começou a atuar em prol de tornar o acesso ao recurso mais facilitado, todavia, encontra entraves relacionados aos fundamentos legais que ensejaram a criação do FGTS e sua própria função.

Concluiu-se a pesquisa pela observação de que em sede de processo judicial existe a possibilidade de penhorar nos termos do Código de Processo Civil de 2015 as contas do FGTS do executado o que permite a satisfação da legislação processual, contudo, tendo em vista a própria existência do fundo possuir objetivos diversos do que somente retirar a inadimplência, deve-se observar com cautela sua utilização e eventual reforma legislativa nesse sentido.

2 VIABILIDADE JURÍDICA DE MOVIMENTAÇÃO DO FGTS PARA FINS DE QUITAÇÃO DE DÍVIDAS

O FGTS é impenhorável sendo admitidas as hipóteses de saque apenas em casos excepcionais, tratando-se, tais normas, de dispositivos estatuídos na Lei 8.036/1990, que atualmente regulamenta esse fundo.

Entretanto, nenhuma delas prevê a possibilidade de uso das contas vinculadas ao FGTS para fins de pagamento ou amortização de dívidas, seja de qual natureza for. Aliada a essa ausência, tem-se o crasso problema de inadimplência registrada entre os brasileiros.

Por conta de todo esse contexto, discute-se e, exatamente por isso, congressistas brasileiros apresentaram alguns projetos de lei visando à flexibilização das hipóteses de movimentação das contas do FGTS para fins de quitação de dívidas.

Disso, extrai-se a possibilidade jurídica do saque do FGTS para quitação de dívidas sob três aspectos distintos, quais sejam, a legalidade diante do sistema normativo vigente, a possibilidade mediante alteração na legislação que compõe esse sistema e a pertinência diante dos objetivos e do papel econômico-social do FGTS.

2.1 A taxatividade das hipóteses de movimentação do FGTS

O FGTS é regulado por Lei Ordinária, cuja previsão encontra-se insculpida no inciso I, art. 7º da Constituição Federal de 1988. Ins-

ta frisar que esse inciso fala em “indenização compensatória”, o que permite a conclusão de que o FGTS é o único sistema de indenização compensatória vigente, tendo em vista que o inciso III do mesmo art. 7º da Constituição estendeu o FGTS a todos os trabalhadores.

Desse modo, como o sistema de indenização compulsória da CLT era uma alternativa ao sistema do FGTS e, com a superveniência da Constituição de 1988, esse fundo deixou de ser optativo e passou a ser Direito dos Trabalhadores Urbanos e Rurais, a doutrina é uníssona com relação a derrogação da indenização estatuída no art. 478 da CLT e consequente unicidade do sistema, do qual o FGTS passou a ser a única opção disponível. Segue esse entendimento, Cassar (2014, p. 1245), a saber:

O art. 7º, I, da CRFB, determinou, nos termos da lei complementar, o pagamento de indenização compensatória devida ao empregado em caso de despedida arbitrária. Esta indenização compensatória deve ser considerada, até que seja promulgada a lei complementar, ao percentual incidente sobre o FGTS nos casos de despedida arbitrária ou nos demais casos legais. Este equivalia inicialmente a 10% (Lei nº 5.107/66), mais tarde foi elevado a 40% incidente sobre o saldo do FGTS constante na época da terminação do contrato, independente de saques – art. 10, I, do ADCT c/c art. 18, § 1º, da Lei nº 8036/90 c/c art. 9º, § 1º, do Decreto nº 99.684/90. Logo, a antiga indenização por tempo de serviço (art. 478 da CLT) hoje foi substituída pela indenização compensatória incidente sobre o FGTS.

Destarte, não havendo atualmente Lei Complementar que disponha acerca dessa indenização compensatória, funciona como norma provisória para fins de indenização, a Lei Ordinária nº 8.036/1990. Neste ponto, um destaque que merece ser observado: O FGTS, muito embora tenha natureza similar à poupança (daí o porquê de muitos o conceituarem como “poupança forçada) com ela não se confunde, sendo totalmente regido, o FGTS, pelo diploma normativo retro-mencionado.

Exatamente por conta dessa especificidade, não se aplicam na integralidade às disposições previstas no Código de Processo Civil de

2015 relativas à poupança (mais especificamente a questão da impenhorabilidade relativa), vigendo, portanto, para o FGTS, o regime da impenhorabilidade absoluta prevista na Lei 8.036 de 1990.

Esclarecida a natureza jurídica da Lei que disciplina o FGTS, incube ainda mencionar que, na Constituição, o FGTS é mencionado apenas em um único dispositivo, justamente no art. 7º, I, cujo texto constitucional apenas dispõe que se trata de direito devido a todos os empregados de modo indistinto.

Disso se extrai que quaisquer outras disposições que regulamentem o FGTS que não conflitem com o texto constitucional estão revestidas de constitucionalidade.

Desse modo, não há de se falar na inconstitucionalidade, por exemplo, da impenhorabilidade ou das hipóteses de movimentação das contas do fundo, pois o que se encontra em comento são normas de natureza infraconstitucional, dotadas de natureza ordinária, tratando-se de Lei especial, portanto, a qual só cabe a ela regulamentar. Diante disso, as normas prescritas na Lei 8.036/1990 estão revestidas de plena legalidade.

Nesse diapasão, não pode ser outra a conclusão de que, ao se fazer uma interpretação restrita a essa norma especial, poder-se-ia concluir que o sistema normativo pátrio não permite a penhora das contas do FGTS, tampouco permite a movimentação da mesma pelos seus respectivos titulares, ressalvadas as hipóteses previstas em Lei.

2.2 A mitigação da taxatividade face à impenhorabilidade relativa estatuída no CPC de 2015

Na aplicação das normas ao caso concreto, o hermenauta não leva apenas em consideração a interpretação literal da Lei. Existem muitos outros métodos de interpretação que consistem em processos adotados visando a determinar o alcance e o sentido da norma, tais como “[...] a interpretação histórico-evolutiva, teleológica, sistemática, doutrinária e jurisprudencial” (CASSAR, 2014, p. 159).

Nessa esteira, há uma tendência clara, como a seguir será demonstrado, tanto no sentido de mitigar a questão da impenhorabilidade das contas vinculadas ao FGTS, quanto permitir a expansão das hipóteses

de movimentação e/ou saques, não se tratando aqui de uma arbitrariedade ou ilegalidade do Poder Judiciário, mas, ao contrário, dentro do seu exercício jurisdicional de dizer o direito com base no sistema normativo no qual se insere o caso sob *judice*, adotando os mais variados métodos hermenêuticos.

Dito isso, atualmente se percebe uma crescente tese, capaz de formar jurisprudência, em que se disserta a ampliação das hipóteses de saque ou movimentação além daquelas previstas expressamente na Lei 8.036/1990.

Trata-se da hipótese de saque do FGTS com vistas ao pagamento da pensão alimentícia onde vem se admitindo, inclusive, a possibilidade de penhora, a despeito do que preconiza a literalidade da Lei 8.036/1990 e a doutrina especializada.

Nesse sentido, manifesta-se Barros (2011, p. 799), afirmando que as contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis com fulcro no § 2º do art. 2º da Lei n. 8.036/90.

Todavia, os Tribunais pátrios vêm mitigando essa ideia de impenhorabilidade absoluta, entendendo que se pode lançar mão do importe financeiro depositado na conta vinculada do obreiro para quitação da pensão alimentícia.

Seguindo esse entendimento, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), que, nos autos do Processo nº 0009332-33.2004.4.03.6110/SP decidiu pela retenção de 25% do FGTS, diante da demissão do trabalhador, a fim de garantir a pensão alimentícia do filho menor de idade (BRASIL, 2017).

Inicialmente, no juízo de 1º grau, tratou o pedido de concessão de alvará de levantamento do saldo existente em conta vinculada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tendo em vista que fora retido 25% do fundo para fins de pensão alimentícia, em favor de menor, por força de acordo homologado por sentença em Ação de Alimento, por isso o autor sustentou a ilegalidade de tal acordo, já que no próprio acordo nada consta a respeito dos ganhos do FGTS para fins de pensão alimentar. O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, sob fundamento de que, apesar de não incidir sobre o FGTS, que tem caráter indenizatório, o seu bloqueio se justifica como forma de garantir o pagamento da verba alimentar (BRASIL, 2017).

O autor apelou, onde sustentou a reforma da sentença por falta de amparo legal. Destarte, o Juízo *ad quem* negou provimento ao recurso de apelação, para manter a sentença em seu inteiro teor sob o fundamento de que é justificável a retenção de 25% (vinte e cinco por cento) da conta fundiária do apelante a fim de garantir a continuidade do pagamento da pensão alimentícia a que faz jus a sua filha menor, parte hipossuficiente na relação jurídica estabelecida, enquanto seu genitor não se recoloca no mercado de trabalho, utilizando-se, portanto, o relator, do método de interpretação finalística da norma, ou seja, não se atendo à mera gramática da normas, mas atendo às suas finalidades. Citou, ainda, decisões semelhantes proferidas no âmbito do STJ e do TRF1 para embasar o indeferimento da apelação (BRASIL, 2017).

Merece destaque que já existe jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça que propugna pelo bloqueio de contas do FGTS:

1. O entendimento pretoriano é pacífico no sentido do caráter indenizatório do FGTS, sobre ele não incidindo o percentual fixado sobre o salário a título de alimentos, sendo admissível o bloqueio apenas na hipótese de pactuação expressa ou de circunstâncias concretas (v.g despedida), para garantir o pagamento da verba alimentar. 2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso especial não conhecido. (RESP 337.660/RJ - Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES - Quarta Turma - j. 06.11.2003 - DJ 01.12.2003 - pg. 358). (BRASIL, 2017, p. 1).

No âmbito da Justiça Federal, já existe entendimento firmado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) no sentido de que, apesar da Lei 8.036/90, que trata dos casos em que o dinheiro pode ser sacado, não definir que o dinheiro do FGTS deve ser utilizado para pagamento de pensão, a necessidade de garantir alimentos é assegurada pela Constituição. Assim, a obrigação alimentícia está devida pelo correntista do FGTS a seus dependentes, sob os auspícios dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana (RICHTER, 2014).

De grande alvitre destacar que a mesma TNU em questão submetida a julgamento de saber se é taxativo o rol de hipóteses de le-

vantamento de valores de FGTS, firmou o entendimento de o rol de hipóteses de levantamento dos valores de FGTS é meramente exemplificativo, comportando, inclusive, saque para quitação de imóvel não financiado pelo SFH (BRASIL, 2012).

Na mesma senda, o Superior Tribunal de Justiça:

(...) 3. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma. (...) (REsp 1004478/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 30/09/2009)”. 13. Incidente de uniformização. (BRASIL, 2009, não paginado).

Essa mitigação das hipóteses de penhora já ocorria na vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, com a redação do *novel* CPC de 2015, desapareceu do sistema jurídico nacional a ideia de impenhorabilidade absoluta. Isso porque dispõe o CPC de 2015: Art. 833. São impenhoráveis: [...] em contraposição à literalidade do CPC de 1973: Art. 649. São absolutamente impenhoráveis. (BRASIL, 2015; 1973).

O CPC de 2015 em seu art. 833 fixou algumas hipóteses em que certos bens são considerados impenhoráveis. No entanto, o CPC de 2015 no mesmo artigo nos parágrafos 1º ao 3º do art. 833 e art. 834 fixou expressamente três hipóteses em que se permitiria a penhora de alguns desses bens mencionados, o que denota a relativização da impenhorabilidade.

Destarte, são mitigações à impenhorabilidade: 1) Quando tratar-se de dívida relativa ao própria bem, 2) nos casos de pagamento de verbas alimentícias quando tratar-se de salário e congêneres e 3) frutos e rendimentos dos bens inalienáveis.

De grande alvitre destacar que, tais dispositivos, diferentemente do que se possa imaginar, não são novos, pois já na vigência do CPC de 1973 foram feitas algumas ponderações com a promulgação da Lei nº 11.382, de 2006 nos termos do art. 649 do CPC/73. Contudo não se inclui expressamente nas hipóteses prevista no CPC a penhora de contas do FGTS.

Mesmo no caso previsto do Art. 805 do CPC que dispõe que: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado” (BRASIL, 1973, não paginado), o FGTS não deve ser observado como o meio mais urgente de satisfação da dívida, pois ele perpassa por circunstâncias para além do executado.

No Parágrafo único do Art. 805 do CPC é descrito o procedimento ao mencionar que “Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados” (BRASIL, 1973, não paginado). Partindo desse princípio, observa-se o disposto a seguir.

No artigo 866 do CPC aparece uma das hipóteses de substituição da penhora ao mencionar que “Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa” bem como “Art. 867. O juiz pode ordenar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel quando a considerar mais eficiente para o recebimento do crédito e menos gravosa ao executado”. (BRASIL, 1973, não paginado).

Mais uma vez, mesmo que por algum motivo o executado sustente que o FGTS deveria ser utilizado para conseguir a adimplência total de satisfação judicial, ele não perpassa pelas hipóteses legais do CPC ainda que elas sejam meramente ilustrativas.

De todo modo, ainda que tivesse, haveria um explícito conflito de normas, pois a Lei do FGTS propugna pela impenhorabilidade e como é cediço, tal norma é especial, de modo que não prevaleceria o vocábulo de que Lei posterior derroga Lei anterior, caso a Lei posterior, qual seja, o CPC dispusesse algo em contrário à Lei anterior especial, que é a Lei do FGTS.

Nesse diapasão, as regras insculpidas no CPC não abrangem as contas do FGTS com relação à impenhorabilidade, mesmo na parte de pensão de alimentícia, e, mesmo se abrangesse, haveria dúvidas quanto à revogação tácita do disposto no §2º, art. 2º da Lei 8.036.

Nesse contexto, a análise sistêmica-normativa da impenhorabilidade das contas perpassa pela extensão que os juízes dão às Leis, ou

seja, a interpretação dar-se-á em consonância com outras normas e princípios, que formam o sistema legal, cabendo ao Estado-Juiz decidir os limites das Lei ao aplicá-las ao caso concreto.

Assim sendo, as respostas quanto à possibilidade de penhora das contas do FGTS e mesmo a taxatividade das hipóteses de movimentação estão estatuídas na jurisprudência.

Como visto, a jurisprudência nacional é uníssona com relação ao uso do FGTS, até mesmo penhora, de modo a garantir o pagamento de prestação, desse modo, a medida é revestida de total legalidade.

Assim sendo, mitigando os rigores do rol de hipóteses para levantamento dos saldos do FGTS quanto do PIS, entende-se que o rol estatuído na Lei do FGTS não é taxativo (*numerus clausus*) e sim, exemplificativo (*numerus apertus*), autorizada, portanto, uma interpretação extensiva, para descaracterizar a impenhorabilidade das contas vinculadas do FGTS, com o escopo de garantir o adimplemento da dívida de alimentos e assegurar o direito à vida, com dignidade, do alimentando (SANTOS, 2014).

Seguindo esse entendimento de que o rol estatuído na Lei do FGTS é exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu como hipótese de levantamento do saldo do FGTS, o saque para a quitação de imóvel não financiado sob as regras do SFH. Nessa seara (BRASIL, 2011, não paginado) consoante ao REsp 1251566/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011.

No mesmo sentido, o Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2011, não paginado) apresenta:

(...) 2. A decisão regional encontra-se em sintonia com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o qual já assentou que o art. 20 da Lei nº 8.036/90 apresenta rol exemplificativo, por entender que não se poderia exigir do legislador a previsão de todas as situações fáticas ensejadoras de proteção ao trabalhador, mediante a autorização para levantar o saldo de FGTS (...).

Logo, tem-se com relação à possibilidade de movimentação das contas para fins de pagamento de financiamento da casa próprio fora

do SFH, jurisprudência favorável sedimentada que permite a utilização dos recursos do fundo da mesma forma que para fins de verbas de natureza alimentícia, sendo ambas essas hipóteses legais sob o ponto de vista sistemático-normativo.

3 A EXTENSÃO DAS HIPÓTESES DE MOVIMENTAÇÃO DO FGTS MEDIANTE A REINTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Outro modo, porém, menos ortodoxo de se procurar estender a aplicação dos recursos do FGTS seria por meio de uma reinterpretação do sistema normativo à luz dos princípios legais e/ou constitucionais vigentes. Tal tarefa, contudo, não se daria por meio do processo legislativo, mas através da função jurisdicional do Estado-Juiz.

Conquanto o poder seja uno, o Estado detém a mais variadas funções. Assim, enquanto a função legislativa consiste na atividade de elaboração de normas gerais e abstratas, prévias ao conflito de interesses; a jurisdicional consiste na aplicação dessas normas gerais aos casos concretos submetidos à apreciação judicial, criando-se, assim norma jurídica concreta, que vai reger o caso levado à apreciação do judiciário (CINTRA, 2012, p. 184).

Assim sendo, o Poder Judiciário, sendo a última ratio tem o poder-dever de dar a devida extensão da Lei. No caso ora em debate em que se discute a ampliação das hipóteses de uso das contas do FGTS para além daquelas dispostas em Lei, o Judiciário foi pioneiro tornando mais elástico as hipóteses muito antes das alterações advirem do Legislativo.

No entanto, as possibilidades atualmente permitidas pelo judiciário se circunscrevem aos casos de financiamento de imóveis fora do Sistema Financeiro de Habitação e nos casos de dívidas de alimentos. Nessa esteira, indaga-se, em consonância com princípios constitucionais, legais e processuais a possibilidade mais ampla dos recursos do FGTS para fins de quitação de dívidas em processos de execução, tendo em vista que a jurisprudência nacional só permite nos dois casos já citados.

Nas jurisprudências citadas, utilizou-se como base para deferimento do saque de contas do FGTS, os princípios de interpretação

constitucional da eficácia integradora e da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade em sentido estrito.

De grande relevância destacar que, muito embora no diploma normativo concernente ao FGTS se possa interpretar, por meio de uma interpretação literal da Lei, que as hipóteses para fins de saque fundo desse sejam taxativas, já se demonstrou neste ensaio que a jurisprudência nacional é assente ao apontar que, na verdade, as hipóteses de movimentação são meramente exemplificativas. Disso, o Estado-Juiz, através do uso da hermenêutica jurídica, tem margem para determinar quais são as outras hipóteses cabíveis e os seus limites, tendo como parâmetro a legislação vigente e os princípios norteadores do sistema normativo no qual ela se encontra inserida.

Destarte, para fins de extensão das hipóteses de saque do FGTS para adimplemento das mais variadas espécies executivas, além dos princípios supracitados, traz-se à baila o princípio processual da menor onerosidade em consonância com o *novel* princípio, inerente ao FGTS, da previsibilidade de saques.

O princípio processual da menor onerosidade concerne ao fato de que o juiz da execução deve encontrar, aplicando regras da razoabilidade e proporcionalidade, um “meio-termo” que evite sacrifícios exagerados tanto ao exequente como ao executado, de modo que não possa sacrificar a efetividade da tutela executiva (NEVES, 2016, p. 1599). Tal princípio está inserido no Código de Processo Civil no art. 805.

Desse modo, tal princípio consigna que o objetivo da execução civil é, tão somente, a atuação da sanção mediante a satisfação do credor. Além disso, *insta* destacar que o princípio da menor onerosidade disposto no art. 805 do CPC *supra* é um desdobramento do princípio da proporcionalidade. Pelo princípio da proporcionalidade, ensina Wambier e Talamini (2012, p. 174), “[...] sempre que houver a necessidade de sacrifício de um direito em prol do outro, esta oneração há de cingir-se aos limites do estritamente necessário”. Nessa esteira, não se busca, para fins da busca da satisfação do crédito exequendo, punição do devedor.

No mais, o dispositivo retromencionado, no seu parágrafo único, determina que “[...] é ônus do executado a indicação de outros meios que não aquele requerido e/ou determinado pelo juízo”. Nesse diapasão, é positivo o trecho em comento quando deixa expresso que o

princípio da efetividade da tutela executiva não pode ser considerado em desprezo ao princípio da menor onerosidade excessiva (NEVES, 2016, p. 1600).

Assim sendo, em cotejo com as especificidades apresentadas, é possível que em um processo ou fase de execução, o executado possa indicar, com fulcro no parágrafo único do art. 805, os saldos da sua conta do FGTS para adimplir a dívida e, assim, satisfazer o crédito devido ao exequente. De todo modo, segundo Neves (2016), cabe ao juiz, aplicando regras da razoabilidade e proporcionalidade na análise da indicação do meio executivo, deferir ou não o pedido do executado, levando-se sempre em consideração a questão da menor onerosidade, não se podendo banalizar os recursos oriundos do FGTS dada a natureza *desse sui generis* desse fundo.

Corroborando com essa ideia de possibilidade de adimplemento de quaisquer dívidas oriundas de um processo judicial executório por meio dos recursos do FGTS disponíveis em conta do trabalhador, tem-se que, com a superveniência da Lei nº 13.932, de 11 de dezembro de 2019, além de várias outras alterações, acrescentou-se na Lei do FGTS (Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990) uma nova sistemática de saques denominada de saque-aniversário, onde o correntista tem a opção de escolher sacar os recursos anualmente no mês do seu aniversário (BRASIL, 2019).

Diante disso, tem-se evidenciado o princípio da previsibilidade de saques, onde o gestor desse fundo saberá que o correntista, anualmente, poderá sacar os recursos depositados. Nessa toada, havendo manifesta opção do executado, não haveria óbice principiológico para uso do FGTS para tais fins, desde que o saque atendesse aos critérios de opcionalidade e anualidade: Opcionalidade no sentido do exequente se manifestar previamente no que concerne ao uso desses recursos e anualidade no sentido de que tal movimentação deveria ser uma vez ao ano, no limite do permitido em Lei, em atenção aos interesses e à natureza concernente ao fundo.

4 EXTENSÃO DAS HIPÓTESES DE MOVIMENTAÇÃO DO FGTS MEDIANTE PROJETO DE LEI

Conforme apontado anteriormente, diante de uma análise do sistema normativo vigente, tem-se como possibilidades de movimenta-

ção das contas do FGTS a penhora para fins de pagamento de verbas alimentícias e o pagamento de parcelas de financiamento imobiliário não integrantes do SFH. Essas possibilidades, como mencionado, decorrem da jurisprudência, pois não há previsão na Lei 8036/1990. Diante desse impasse, questiona-se a viabilidade jurídica de proceder a alteração dessa norma, alargando as hipóteses de movimentação e/ou saque do FGTS por meio de alteração na legislação.

Evidentemente, a inclusão de novas hipóteses para fins de saque do FGTS dar-se-ia por meio de alteração na Lei Ordinária 8036/1990, que regulamenta o FGTS, derogando parcialmente alguns dispositivos ou criando uma nova Lei, ab-rogando totalmente a anterior.

Nessa esteira, algumas proposições legislativas foram concebidas, dentre elas os Projetos de Lei 5166/2009 do deputado Jefferson Campos (PSD/SP), 7866/10 do deputado Paulo Bornhausen (DEM/SC), 376/2016 do Senador Ronaldo Caiado (DEM/GO) e 1518/2019 da deputada Daniela do Waguinho (MDB/RJ), todos propugnando pela inclusão de dispositivos na Lei 8.036/1990 que permitissem a movimentação de contas do FGTS com o fito de pagar dívidas. Disso se extrai que o único modo de incluir mais casos visando a estender as hipóteses de saque do FGTS é através do processo legislativo.

O termo processo legislativo, compreendido sob a óptica jurídica, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção de leis que derivam diretamente da própria constituição, visando à formação das espécies normativas previstas nesse art. 59:

Conforme nos ensina Moraes (2016, p. 478), uma das funções primordiais do exercício da iniciativa de lei é justamente através da “Apresentação do projeto de lei ordinária ao Congresso Nacional”. Segundo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹, a matéria sujeita à deliberação da Câmara é denominada de proposição. Os tipos de proposição considerados principais, visto que originam as normas descritas no art. 59 da Constituição Federal, são: Propostas de Emenda à Constituição (PEC), Projetos de Lei Complementar (PLP), Projetos de Lei Ordinária (PL), Projetos de

1 Conferir *site*: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno\[...\].pdf](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno[...].pdf).

Decreto Legislativo (PDC), Projetos de Resolução (PRC) e Medidas Provisórias (MPV).

Uma vez apresentado o projeto de lei a uma das casas do Congresso Nacional, haverá ampla discussão e votação sobre a matéria nas duas Casas, chegando-se ao fim do projeto com a sua promulgação (MORAES, 2016).

Destarte, antes de virar Lei Ordinária, há apenas uma proposição, qual seja, um Projeto de Lei que necessariamente deverá passar por deliberação das duas casas do Congresso Nacional e a essa sucessão de procedimentos dar-se o nome de processo legislativo. Exatamente neste ponto, no processo legislativo, estão as proposições que visam a incluir a possibilidade de se usar os recursos do FGTS para pagamentos de dívidas.

A questão de fundo das PLs em comento é a inadimplência dos consumidores, o que, em um contexto econômico, logo, de natureza sistêmica, ultrapassa os problemas meramente particulares, portanto, a inadimplência é um problema social que afeta, sobremaneira, a economia, desencadeando déficit nos mais variados setores, pois, com o não pagamento dos clientes, não se permite a sobrevivência financeira de empresas, as quais ficariam inadimplentes com seus fornecedores, gerando falta de lucros, que gera desempregados e assim, em um efeito cascata, os problemas econômicos vão se avolumando.

Dito isso, depreende-se que a questão do inadimplemento, trata de problemática atual do país, independente das causas em torno do mesmo, necessitando de políticas públicas para acabar com esse problema, destacando-se, nesse ponto, o uso do FGTS, como forma de adimplir as dívidas contraídas pelos trabalhadores.

Nesse contexto de necessidade de formulação de políticas públicas, um dos modos disso ser realizado é justamente por meio de proposições legislativas, como a dos PLs que citamos anteriormente.

Pois bem, não sendo a regulamentação atinente ao FGTS matéria constitucional, qualquer matéria prevista na Lei Ordinária que o regulamenta estará revestida de legalidade, havendo óbice constitucional apenas se houvesse restrição desse direito aos trabalhadores, a teor do que dispõe o art. 7º, II da CF.

Destarte, matérias como a impenhorabilidade prevista no art. 2º, bem como a extensão de hipóteses de movimentação são perfeitamente legais e constitucionais.

Importante frisar que, dos Projetos de Lei apresentados no Congresso Nacional, muito embora a maioria tenha sido reprovada nas comissões, o motivo não se deu por conta de ilegalidades ou inconstitucionalidades, a motivação fora meritória, de conveniência, levando-se em consideração os objetivos norteadores do fundo.

4 CONCLUSÃO

Embora pareça em um primeiro momento justo e interessante e, sim, passível de alterações o rol de saques, pela própria natureza do FGTS, ele não trata de um patrimônio meramente particular, ao contrário, possui uma dimensão social e econômica, não se podendo permitir banalizações do saque desses recursos, levando em consideração os objetivos do fundo, muito embora, caso seja permitido por meio de processo legislativo, perfeitamente legal.

As hipóteses delineadas em Lei são justificáveis sob o manto da necessidade premente e das políticas de Estado para o qual o fundo fora criado. O mesmo pode se dizer da extensão que o Estado-Juiz deu a norma no caso de pagamento de dívidas alimentícias e de financiamento da casa própria não integrante ao SFH.

Esse quadro nos leva a concluir que, pela sua própria natureza, o alcance do fundo deve se restrito às hipóteses já prevista, sob pena de banalização. Em um primeiro momento maiores hipóteses de saque até seriam benéficas ao trabalhador, mas vislumbra-se como saldo final, prejuízos financeiros de toda sorte, comprometendo o equilíbrio financeiro do FGTS, inviabilizando finalidades outras como investimentos em infraestrutura, saneamento básico e moradia popular para toda a população brasileira.

Dentro desse paradigma, novas hipóteses de saques que, porventura, sejam adicionadas às já existentes devem respeitar a natureza jurídica do FGTS, sob pena de desnaturá-lo, logo, PL's que visam a impor saques tão somente para pagamentos dívidas, de modo bem geral, não respeita esse equilíbrio.

Acolher proposições com essa extensão, sem adotar critérios de proporcionalidade, significa disponibilizar o FGTS para as despesas ordinárias do trabalhador, como se ele fosse apenas salário diferido, o que, como já vimos, o FGTS não é. Cabe lembrar que, mesmo nas hipóteses de aplicação do FGTS como fundo público, o usuário até pode ser o Estado, mas o beneficiário final é sempre o trabalhador.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi criado com objetivos específicos e como qualquer outro instituto legal precisa ser constantemente atualizado conforme a necessidade da sociedade que visa servir. Os tempos mudaram e as necessidades também, contudo, mesmo considerando o Código de Processo Civil de 2015 e as constantes flexibilizações que vem sendo objeto de debate do FGTS é preciso tomar cuidado para que os objetivos do legislador sejam desconsiderados e as políticas públicas comprometidas.

Para além de uma poupança, o que caberia tranquilamente eventuais penhoras em processos judiciais, o FGTS é revestido de um aspecto de solidariedade social que vai além do indivíduo. Por esse motivo, defende-se nessa pesquisa que havendo outras formas de satisfação da dívida e desde que outros direitos fundamentais sopesados não estejam se sobressaindo ao que o FGTS visa prever, não há razão para movimentar esse recurso.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2011. 1104 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição Federativa da República do Brasil. Brasília. DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. **Decreto n. 99.684, de 8 de novembro de 1990**. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, DF: Congresso Nacional, ano XLV, n. 32, 27 ab. 1990.

_____. Fundo de Garantia de Tempo de Serviço. **O que é o FGTS**. Disponível em: <http://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/o-que.aspx#section3>. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. **Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11382.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei n. 11.491, de 20 de junho de 2007**. Institui o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FI-FGTS, altera a Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11491.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.

_____. **Lei n. 13.932, de 11 de dezembro de 2019**. Altera a Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, e as Leis nos 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.019, de 11 de abril de 1990, [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13932.htm. Acesso em: 16 dez. 2019.

- _____. **Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966.** Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.
- _____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.
- _____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 15 dez. 2019.
- _____. **Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.
- _____. **Lei n. 13.932, de 11 de dezembro de 2019.** Altera a Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, e as Leis nos 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.019, de 11 de abril de 1990, e 10.150, de 21 de dezembro de 2000, para instituir. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13932.htm#art2. Acesso em: 23 dez. 2019.
- _____. **Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9491.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.
- _____. Senado Federal. Atividade Legislativa. **Projeto de Lei do Senado nº 376, de 2016.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127222>. Acesso em: 15 dez. 2019.
- _____. Senado Federal. Atividade Legislativa. **Projeto de Lei nº 1540, de 2019.** Projeto do Senador Styvenson Valentim. Altera a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo

de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), para permitir o saque do saldo do FGTS para o pagamento de curso de nível superior e de cirurgias essenciais à saúde. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135786>. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). **Recurso Especial n. 1004478/DF**. Processo Civil. Administrativo. FGTS. Levantamento do saldo da conta vinculada ao FGTS. Liberação do saldo para quitação de financiamento de imóvel [...]. Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 17 setembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). **Recurso Especial 251566/SC**. Administrativo. FGTS. Art. 20 da Lei n. 8.036/90. Hipóteses de levantamento dos [...]. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07 de junho de 2011.

_____. Tribunal Regional Federal. (3. Região). **Apelação Cível 0009332-33.2004.4.03.6110/SP**. Alvará judicial. Liberação do saldo restante da conta vinculada do FGTS - despedida sem justa causa. Retenção de 25% dos valores [...]. Apelante: Valdemir Patussi. Apelado: Caixa Econômica Federal. Relator: Des. Paulo Fontes, 10 abril de 2017. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450997677/apelacao-civel-ac-93323320044036110-sp/inteiro-teor-450997721>. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. **Acórdão n.º** ., Relativa Ao Processo n.º 2004.61.85.026071-7. Apelante: Altair Aparecido Rezende. Apelado: Caixa Econômica Federal. Relator: Adel Americo Dias de Oliveira. Brasília, DF, 25 de abril de 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Método; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. [S. l.: s. n.], 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador, BH: Juspodivm, 2016. Versão digital no formato epub.

RICHTER, Andre Luiz. Justiça decide que FGTS pode ser usado para pagar pensão alimentícia. **Agência Brasil**. Brasília, 13 mar. 2014. Caderno Geral. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/justica-decide-que-fgts-pode-ser-usado-para-pagar-pensao-alimenticia>. Acesso em: 23 dez. 2019.

SANTOS, Walmer. Direitos Humanos e o bloqueio do FGTS para fins de alimentos. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 59, n. 90, p. 79-94, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27238/05%20DIREITOS%20HUMANOS%20E%20O%20BLOQUEIO%20DO%20FGTS.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 15 dez. 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 2. V.

A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NAS AÇÕES COLETIVAS E A SEGUNDA ONDA REFORMISTA DE CAPPELLETTI

Dalton Max Fernandes de Oliveira

1. Introdução

A história da humanidade é marcada por conflitos sociais e, antes da constituição do poder estatal e a teoria do contrato social, esse conflitos eram solucionados por meio da autotutela, ou seja, o direito era dito pelas próprias partes colidentes.

O ser humano é um ser social, de forma que, inevitavelmente, a sociedade é composta por conflitos. Com a globalização e a multiplicidade das relações sociais, os conflitos entre seus integrantes se tornam, a cada dia, mais presentes e complexos, assim como a demanda pela satisfação das liberdades individuais.

A evolução do pensamento tem como marco inicial a teoria da repartição dos Poderes em que o Estado passou a ter o monopólio da jurisdição.

O Direito surge como instrumento de regulação dos conflitos de interesse, sendo a jurisdição a forma que expressa o poder soberano do Estado.

A partir desse monopólio estatal de dizer o Direito, o Estado teve como responsabilidade garantir o acesso ao Direito que se materializa com o a função jurisdicional.

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV dispõe que todos que tiverem seus direitos lesionados ou ameaçados poderão ter acesso ao Poder Judiciário. De igual modo, no eixo IV do Programa Nacional de Direitos Humanos do Governo Federal, o Acesso à Justiça e Combate à Violência é um objetivo estratégico que consiste na promoção do acesso universal do sistema judiciário por toda a população.

O custo do processo é um empecilho a ser considerado, quando se analisa o direito de acesso à justiça, o que torna a gratuidade da justiça um instrumento para ultrapassar esse óbice financeiro.

Nesse contexto, há uma necessidade e preocupação estatal e garantir o acesso à justiça e sua efetividade, e tanto em relação aos direitos individuais, bem como para os direitos difusos e coletivos.

2. Da evolução do direito de acesso à justiça

Nas palavras do Ministro Luiz Fux (2004):

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. [...] No entanto, juntamente com esta monopolização, o Estado tornou-se o responsável exclusivo em proporcionar o acesso à justiça, sendo impelido a viabilizar e efetivamente dizer o direito aos seus subordinados, distribuindo a justiça àqueles que a invocar. (FUX, 2004, p.41).

O acesso à justiça é o liame entre o jurisdicionado e as leis, ou seja, entre o aquele que busca a jurisdição e o Estado, haja vista que este assumiu para si a responsabilidade de solucionar e prevenir os conflitos. Desta forma, a história do Acesso à Justiça vai ao encontro com a evolução do Estado.

A busca pela efetivação do acesso à justiça remonta ao movimento Iluminista, ocorrido nos séculos XVIII e XIX. Entretanto, nessa época

ca, a solução dos litígios civis ainda eram reflexos da filosofia essencialmente individualista dos direitos. O Estado detinha um papel passivo, não intervindo nem assumindo a prestação dos serviços jurídicos à sociedade. Tal contexto privilegiava uma elite econômica, haja vista que era o próprio cidadão quem arcava com os custos do processo.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) ensinam que:

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezanove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. (CAPPELLETTI e col., 2002, p. 09)

O advento do liberalismo e o Estado do Bem-Estar social (WelfareState) fez com que o acesso à justiça fosse visto como direito fundamental do cidadão e, no século XX, houve uma transformação no conceito de direitos humanos, dando-se ênfase ao tema do Acesso à Justiça, e transmutando a atuação do Estado, na prestação dos serviços jurídicos à sociedade.

Como ensina José Mário Wanderley Gomes Neto (2005):

Apenas com a formação dos modernos Estados sociais e de direito, os welfarestates, é que as atenções dos doutrinadores e representantes legislativos, sob a pressão de ter de materializar os surgidos e reclamados direitos sociais, “decidiram por arrancar o véu da já inaceitável, falsa e inócua ficção”, relativa à mera garantia formal do direito de ação. (GOMES NETO, 2005, p.67)

Nesse contexto, o direito ao acesso à justiça passou a integrar de forma expressa nos ordenamentos jurídicos internos e, no plano internacional, foi previsto expressamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 8º.

No Brasil, o acesso à justiça gratuita remonta ao período colonial, com as Ordenações Filipinas, o que perdurou até o advento do Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1939, sendo superados pela sistemática da Lei 1.060 de 1950.

Grande inovação no ordenamento jurídico foi a promulgação do Novo Código de Processo Civil que tratou de forma sistemática acerca da gratuidade da justiça e derogou a Lei 1.060 de 1950, tendo em vista que o art. 1.072, III, do CPC revoga expressamente os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei 1.060, de 1950, sendo o NCPC o principal diploma a ser aplicado em matéria de justiça gratuita no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Fredie Didier e Rafael Alexandria de Oliveira (2016):

Embora possam existir disposições específicas sobre a gratuidade da justiça nos diplomas que regulam os processos penal, trabalhista e administrativo, os arts. 98 a 102 do Código de Processo Civil e os arts. 5º, caput, 8º, 9º, 10, 13 e parte do art. 14 da Lei 1.060/1950 constituem, em conjunto, a base normativa infraconstitucional do benefício da justiça gratuita - e, por isso, esses dispositivos se aplicam não apenas ao processo civil, mas, subsidiariamente, e no que forem compatíveis, aos processos penal, trabalhista e administrativo (art. 15, CPC). (DIDIER e col., 2002, p. 25).

Por fim a Constituição Federal de 1988 passou a prever que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988, p. 03).

Vê-se uma evidente influência do garantismo – modelo de tutela de direitos fundamentais que, ainda que tenha sido idealizado no âm-

bito do direito penal, estende-se a defesa de todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos difusos e coletivos.

Nas palavras de Didier (2011):

As mudanças resultam da necessária adaptação do princípio do devido processo legal a esses novos litígios. Com isso nasce o que se pode chamar de ‘garantismo coletivo’, que paulatinamente deverá consolidar-se na doutrina e na jurisprudência para assegurar mais eficácia e legitimidade social aos processos coletivos e às decisões judiciais nessa matéria. (DIDIER, 2011, p. 113)

A criação desse “garantismo coletivo” na tutela dos interesses difusos e coletivos reformulou muitos conceitos no processo, como o da coisa julgada e da legitimidade ativa para a defesa dos direitos difusos e coletivos, como aventaram Mauro Cappelletti e Bryan Garth na obra “Acesso à Justiça”.

3. As ondas reformistas de acesso à justiça

Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua obra “Acesso à Justiça” abordam as chamadas ondas reformistas de acesso à justiça, fazendo uma análise sistemática do conceito de acesso à justiça e sua evolução.

A primeira onda reformista de acesso à justiça data em meados de 1965 com o escopo de garantir a prestação da assistência jurídica aos que não tinham condições para arcar com as despesas processuais.

O elevado valor das custas processuais, a ausência de assistência de defesa técnica, bem como falta de informação acerca do direito impossibilitam o acesso de grande parte da população ao Poder Judiciário.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) ensinam que “Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.”.

Como forma de dar efetividade à esse primeira onda de acesso à justiça, Cappelletti aponta a existência de três modelos jurídicos voltados à assistência jurídica aos pobres.

O primeiro é denominado de “sistema *judicare*”. Para o autor, esse sistema é a maior das reformas voltadas à assistência gratuita, já que:

Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. (CAPPELLETTI e col., 2002, p. 35).

O segundo sistema analisado por Cappelletti na primeira onda de assistência judiciária aos pobres é o do “advogado remunerado pelos cofres públicos”.

Para esse sistema:

Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe. Como observou o comentarista: “O objetivo era utilizar o dinheiro dos contribuintes de modo a obter a melhor relação custo-benefício”. (CAPPELLETTI e col., 2002, p. 40).

Por fim, o terceiro sistema é uma combinação dos dois modelos anteriores, com o intuito de aperfeiçoar o sistema de assistência jurídica.

A segunda onda renovatória tem como objetivo a efetivação da proteção jurídica dos interesses difusos e coletivos em juízo.

O caráter individualista do processo impunha limites à defesa em juízo de direitos de determinados ou indeterminados grupos, havendo necessidade de garantir o interesse em juízo, principalmente da coletividade hipossuficiente e indeterminada:

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) alertam que:

A concepção tradicional de processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era vista apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um seguimento do públi-

co não se enquadravam bem nesse esquema. (CAPPELLETTI e col., 2002, p. 50).

Para Alvim (2003), a preocupação da segunda onda resultou da incapacidade de o processo civil tradicional, de cunho individualista, servir para a proteção dos direitos ou interesse difusos ou também chamados de coletivos ou grupais, visto que o processo civil era entendido como uma lide entre particulares a respeito de seus próprios interesses individuais.

Esse nova visão de acesso à justiça teve como objetivo a garantia de direitos de titulares que não podem, ou podendo não optam por tal, comparecer a juízo, tendo surgido a figura do legitimado coletivo para agir em benefício da coletividade. A decisão deve, em tais casos, ser efetiva, alcançando todos os membros do grupo, ainda que não tenham participado individualmente do processo. Também o conceito de coisa julgada deve ajustar-se a essa nova realidade, de modo a garantir a eficácia temporal dos interesses e direitos difusos.

A segunda onda renovatória permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, constitui-se em uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Com a socialização do direito constitucional, principalmente após as duas grandes guerras, sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual. Atento à orientação de Cappelletti, que reclamava uma revisão dos rumos do direito processual, o legislador brasileiro dos últimos anos cuidou de renovar o ordenamento jurídico formal, não só ampliando a assistência judiciária, como criando novos remédios de nítido feitiço social e coletivo, como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e os juizados especiais de pequenas causas. políticas que possam comprometer a eficiência da tutela de

interesses que pertençam a toda a sociedade ou a determinado segmento dela.

(JÚNIOR, THEODORO, 2016, p. 50).

A defesa desses interesses difusos e coletivos é instrumentalizada através de demandas coletivas, que, valorizou e simplificou a tutela jurisdicional, na medida em que ampliou o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que produziu considerável economia processual nos conflitos individuais tratado de forma semelhante, dentro de grupos maiores de pessoas (Júnior, Theodoro, 2016).

A terceira onda de acesso à justiça está relacionada à reforma interna do processo. Um de seus enfoques principais está em conceder representação a todos os tipos de direitos, sejam eles individuais, coletivos, difusos, privados, públicos ou de tutelas de urgência.

Nas palavras Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002):

O novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. (CAPPELLETTI e col., 2002, p. 68).

Outra grande preocupação da terceira onda reformista foi afastar o formalismo exacerbado que, até então, vigorava no processo, o que dificultava a sua efetivação.

Segundo Souza (2010):

A crítica que instiga todas as ondas reformistas é direcionada às desigualdades sócio-econômicas presentes nas sociedades que vão refletir diretamente na consolidação de uma sistemática processual caracterizada por um acesso à justiça efetivo. Diante disso, a terceira onda reformista processual teve grande preocupação em combater o formalismo exacerbado, pois este entrave atrelado à estratificação social prejudica intensamente a concre-

tização de uma prestação jurisdicional efetiva. Para comprovar a complexidade do problema, muitas alterações jurídicas, sociais e econômicas já ocorreram e o problema do acesso à justiça ainda continua atrapalhando a efetiva prestação jurisdicional. Para que haja a localização temporal, o problema do acesso à justiça vem se concretizando desde o século XVIII, no contexto dos estados liberais “burgueses”. (SOUZA, 2010).

Marcada pela busca do aprimoramento do mecanismo processual e a junção das três ondas reformistas, o processo civil não poderia seguir tendência outra senão a de coletivização das demandas, por meio, dentre outros fatores, da ação civil pública, da ação coletiva e da ação popular, nas quais os direitos metaindividuais realizam-se de forma mais intensa.

4. Da isenção/gratuidade nas ações coletivas

Conforme visto, a segunda onda reformista visou uma garantia de acesso à justiça na defesa dos interesses difusos e coletivos.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

A defesa judicial coletiva faz-se por meio de legitimação extraordinária (enquanto, nos conflitos individuais, aquele que pede a prestação jurisdicional é, de regra, quem invoca a titularidade do direito a ser defendido, já, nos conflitos coletivos, o autor da ação civil pública ou coletiva defende mais do que o direito próprio a reintegração da situação jurídica violada, pois também e especialmente está a defender interesses individuais alheios, não raro e até mesmo divisíveis, os quais são compartilhados por grupo, classe ou categoria de pessoas). (MAZZILLI, Hugo Nigro, 2007, p. 49).

No Brasil, além da previsão expressa na Constituição Federal de 1988, tal onda reformista e a demanda coletiva foram inspiradoras primeiramente na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), sendo tal sistema coletivo aprimorado pela Constituição Federal de 1988, ao prever o Mandado de Segurança Coletivo, Ações coletivas tendo

como legitimados as associações e sindicatos e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Este não previu apenas normas relacionadas ao consumo, mas inovou no ordenamento jurídico brasileiro um microsistema das ações coletivas que previu expressamente uma isenção aos legitimados coletivos em relação ao adiantamento de custas e honorários quando se tratar de ação coletiva e litigarem na condição de substituto processual.

Teori Albino Zavascki afirma ter sido o Brasil o país que melhor procurou adentrar nos fundamentos da segunda onda reformista idealizada por Cappelletti, segundo o ex Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países da civil law, a “revolução”, mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a Lei 6.513, de 20.12.1977, introduziu significativa modificação no art. 1º, § 1.º, da Lei da Ação Popular, a fim de considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via da ação popular. Todavia, foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados direitos e interesses difusos e coletivos. Essa Lei, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade. (ZAVASCKI, Teori, 2017, p. 36).

O art. 18 da lei 7347/1985 prevê que: “*Art.18-Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.*” (BRASIL, 1985, p. 4).

De igual modo é o que reza o art. 87 do CDC: “*Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais*”. (BRASIL, 1990, p.44).

Combinando os dispositivos acima, vê-se que busca visa garantir aos legitimados coletivos, quando atua como substituto processual em defesa dos interesses dos seus representados, uma espécie de isenção “*ope legis*” ao pagamento das despesas processuais.

O sistema do CDC de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, aplica-se, mesmo que não estejam envolvidas relações de consumo, por força do artigo 21 da Lei n. 7.347/85 que recebeu nova redação pelo artigo 117 do Código do Consumidor: “*Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*”. (BRASIL, 1990, p.54).

Com essa nova redação dada ao art. 21 do Código de Defesa do Consumidor, a parte processual do Código do Consumidor tornou-se um sistema geral do processo das ações coletivas.

Nas palavras de Zavascki (2017):

Formado todo esse cabedal normativo, não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna. Conforme observou Barbosa Moreira, “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”, de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente “não é a carência de meios processuais que responde” por isso. . (ZAVASCKI, Teori, 2017, p. 37).

Observa-se que a intenção manifesta do legislador, quando dispensou o autor legitimado coletivo do pagamento prévio das custas e despesas processuais foi facilitar a defesa judicial dos interesses distintos da sociedade.

A consolidação de um “microssistema de direito processual coletivo” se aplica a toda e qualquer ação coletiva, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido. Isto é, as disposições contidas nas referidas leis se complementam e se inter-relacionam, formando um sistema próprio e distinto do sistema processual ordinário regido pelo CPC, voltado a regular as ações coletivas que, em razão das inúmeras particularidades de natureza material e processual que as diferenciam intrinsecamente das ações individuais, demandam normatização própria.

Desse modo, o sistema jurídico brasileiro foi um dos mais eficientes em aderir os ideais de acesso à justiça nos termos expostos na segunda onda reformista por Mauro Cappelletti e Bryant Garth com previsão expressa de ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos, bem como de assegurar meios para a sua efetivação, dentre eles a isenção *ope legis* de isenção das despesas processuais.

5. Conclusão

A consolidação dos ideais expressos na segunda onda reformista foi no sentido de assegurar a defesa dos interesses transindividuais em juízo, rompendo o caráter individualista do processo até então.

O microssistema processual coletivo, ao atribuir aos legitimados coletivos a responsabilidade de defender os interesses difusos e coletivos, assegurou os meios necessários a sua efetividade, entre eles a isenção, expressa na legislação, das despesas processuais.

O objeto foi facilitar a defesa judicial dos interesses distintos da sociedade.

A existência dos microssistemas processuais no Ordenamento Jurídico Brasileiro é reconhecida em diversas searas de direitos coletivos, de forma que os seus instrumentos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Assim, é assegurado aos legitimados coletivos o acesso ao Poder Judiciário, independentemente de demonstração de hipossuficiência

sem o pagamento de custas prévias e quaisquer ônus da sucumbência, em caso de vencido, exceto quando comprovado estar o mesmo litigando de má-fé.

Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro deu concretização ao direito de acesso à justiça nos termos da segunda onda reformista.

Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Rio de Janeiro: EMARF, 2003.
- BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei 7.347/85. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de julho de 1985.
- BRASIL. Lei 8.078/90. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1990.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Forense, 1988. 186p.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 6. Ed. Bahia: Editora Podivm, 2011. 514 p.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.907p.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005. 84p.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Saraiva, 2007. 783p.

SOUZA, Marcos Martins. *Análise da terceira onda reformista Código de Processo Civil: avanços e retrocessos*. <URL: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=44351.doc> data de acesso: 15/12/2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol 1. Forense, 2015. 1197p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. Revista dos Tribunais, 2017. 281p.

ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: LIMITES E CONSIDERAÇÕES A PARTIR DE UMA VISÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O PROCESSO

*Ivanna Santana Rodrigues Lopes
Wagner Wilson Deiró Gundim*

INTRODUÇÃO

O Direito à obtenção, em prazo razoável, da tutela jurisdicional – nela incluída a atividade satisfativa –, insculpido na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), foi positivado pelo atual diploma processual, conforme exegese do artigo 4º, do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê como direito das partes a resolução integral do mérito de suas demandas em prazo razoável, bem como a conclusão da atividade satisfativa.

Não cumprida a obrigação de maneira voluntária, o sistema processual prevê a imposição de medidas executivas com vistas a compelir o devedor/executado à satisfação do crédito, tais como: a imposição de multa, protesto da decisão judicial, penhora *online*, inclusão do nome do devedor no rol de inadimplentes, dentre outras.

Ocorre que, mesmo diante das prerrogativas previstas na legislação processual para coagir o devedor ao pagamento de determinada

obrigação, comumente se verifica a dificuldade de o exequente lograr êxito na localização de bens para satisfação do crédito.

Dessa forma, na maioria das vezes, os meios executivos para satisfação da obrigação de pagar se mostram ineficazes, notadamente em razão da existência de devedores astuciosos na ocultação de seu patrimônio, fazendo-se, portanto, necessária a adoção de outras medidas não tipificadas na legislação.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) possibilitava a adoção de medidas atípicas nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, mas não nas obrigações de pagar. Isso significa que o magistrado tinha a possibilidade (mantida pelo CPC/15) de determinar a aplicação de medidas diversas daquelas tipificadas na legislação para satisfação da tutela executiva, com exceção das que tinham por objeto uma prestação pecuniária.

O Código de Processo Civil de 2015, no entanto, alterou essa sistemática permitindo, expressamente, a adoção do modelo da atipicidade executiva para as obrigações de pagar quantia certa (artigo 139, inciso IV, do CPC/15), em consonância com aquilo que já vinha sendo admitido pela doutrina e jurisprudência.

Ou seja, independentemente da natureza da obrigação (seja ela de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa), poderá o magistrado fazer uso do princípio da atipicidade, com vistas a impor medidas hábeis a coagir o devedor à satisfação do crédito.

A adoção de tais medidas, no entanto, deve ser pautada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como precisa, para sua real efetividade, ter aptidão para compelir, i.e., forçar o devedor ao pagamento do débito. Pressupõe, ainda, o esgotamento das medidas típicas, devendo ser utilizada em caráter subsidiário e excepcional.

O objetivo do presente artigo, assim, é discutir quais são os limites de aplicabilidade da prerrogativa processual a partir de uma visão constitucional do processo.

1. Medidas executivas aplicadas à execução de pagar quantia certa

Tanto na execução de título judicial (cumprimento de sentença) quanto na execução de título extrajudicial, o devedor é instado a pro-

mover o pagamento voluntário do débito, no prazo especificado na legislação processual – 15 (quinze) e 3 (três) dias, respectivamente.

A ausência de pagamento, por sua vez, autoriza a aplicação das medidas executivas para satisfação do crédito exequendo. Ou seja, não sendo pago o débito no prazo fixado, “tem-se início os atos executivos para, independentemente da vontade até contra ela, serem retirados bens do patrimônio do executado para satisfação do direito do exequente” (BUENO, 2016, p. 444).

Tais medidas estão especificadas na legislação processual, sendo os atos de expropriação iniciados com o mandado de penhora e avaliação, conforme se extrai dos artigos 523, §3 e 829, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 1º Do mandado de citação constarão, também, a ordem de penhora e a avaliação a serem cumpridas pelo oficial de justiça tão logo verificado o não pagamento no prazo assinalado, de tudo lavrando-se auto, com intimação do executado.

Ocorre que, na maioria dos casos, as medidas tipificadas na legislação não são suficientes para compelir o executado ao pagamento do crédito, sendo imprescindível a atuação do magistrado por meio da aplicação de medidas coercitivas não arroladas na lei.

Assim, e com a redação dada pelo artigo 139, inciso IV, do CPC/15, vislumbra-se a possibilidade de aplicação de medidas inovadoras para compelir o devedor de uma prestação pecuniária a pa-

gar o débito, tais como: suspensão/cancelamento do cartão de crédito, apreensão de passaporte, suspensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH), dentre outras que se mostrem efetivas para o magistrado, de acordo com o caso concreto.

1.1 Tipicidade e atipicidade dos meios executivos

A tipicidade dos meios executivos consiste em princípio do processo de execução e tem por desiderato dar maior proteção ao executado, na medida em que os atos que podem atingir sua esfera patrimonial já se encontram previamente previstos e especificados na legislação processual.

Freddie Didier Jr. assinala que, “pelo princípio da tipicidade dos meios executivos, a escolha da medida executiva é definida pela lei: o juiz só pode aplicar uma daquelas medidas previstas em lei”. (DIDIER, 2017, p. 110/111).

A tipicidade, por muito tempo, foi erigida como postulado do direito executivo, ficando a atuação do poder judiciário adstrita àquelas condutas previamente estabelecidas pelo legislador. Ou seja, nada obstante ambos os princípios existam no processo civil brasileiro, a atipicidade, com relação às obrigações que tinham por objeto uma prestação pecuniária, não era admitida, ao menos expressamente, pela legislação processual.

O artigo 139, inciso IV, do CPC/15 possibilitou o uso da atipicidade dos meios executivos “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, conforme se demonstrará adiante.

Para as outras modalidades de obrigação: fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, o antigo diploma já previa o uso do princípio da atipicidade, sendo essa medida a regra no ordenamento processual (artigo 461 do CPC/73 e 536 do CPC/15).

1.2 Atipicidade dos meios executivos no CPC/73 e no CPC/15

Conforme salientado, o Código de Processo Civil de 1973 possibilitava a adoção de medidas executivas atípicas apenas para as obriga-

ções de fazer, não fazer e entrega de coisa, e o fazia com supedâneo nos artigos 461, §5º e 461-A §3º, *in verbis*:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

Ou seja, para as modalidades executivas que tinham por natureza uma obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro, o magistrado poderia determinar a aplicação de medidas diversas daquelas previstas na legislação, conforme bem explanado por GAJARDONI (2015):

Como é voz corrente na academia, o CPC/1973, no tocante às execuções de obrigação de fazer, não fazer e entregar, trabalha com o modelo da atipicidade das medidas executivas. Em outros termos, significa que o magistrado, com arrimo nos arts. 461, § 5º e 461A, § 3º, do CPC/1973, tem a possibilidade de, além das usuais medidas executivas de fixação de astreintes (obrigação de fazer e não fazer) e busca e apreensão (obrigação de entrega), determinar as medidas necessárias a bem da efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, tais

como a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, entre tantas outras (restrições de direitos, proibição da prática de determinados atos, etc.).

Infere-se, pois, que a execução de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa já adotava o princípio da atipicidade dos meios executivos e isso fica bem evidente quando se analisa a expressão “tais como” inserta no §5º do artigo 461 do CPC/73:

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, **tais como** a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. (grifos editados).

Nesse sentido, aquilata NEVEZ (2016, p. 1800):

A consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos era encontrada no CPC/1973 em seu art. 461, § 5.º, que, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução - tanto de execução indireta como de sub-rogação -, se vale da expressão “tais como”, em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal. A mesma técnica foi repetida pelo art. 536, § 1º, do Novo CPC.

Como se pode inferir do excerto acima colacionado, o CPC/15 manteve a “técnica” utilizada pelo antigo diploma, para destacar o rol exemplificativo de tais medidas, conforme ilação do §1º do artigo 536, o qual expressamente permite a possibilidade da utilização das medidas nele previstas, **entre outras** (locução consignada no próprio artigo).

Ocorre que, como já explanado, tais medidas atípicas ficavam adstritas a determinadas modalidades de obrigações.

O CPC/15, no entanto, deu nova roupagem ao instituto da atipicidade, possibilitando sua aplicação para as obrigações de pagar quantia certa em consonância com aquilo que já vinha sendo admitido pela doutrina e jurisprudência.

A previsão veio positivada no artigo 139, inciso IV, do novo diploma processual, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, **inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.** (grifos editados)

Com a positivação várias discussões foram travadas acerca dos critérios e diretrizes que deverão ser observadas para aplicação das medidas executivas atípicas, visando fomentar a atividade executiva sem, contudo, atingir a esfera pessoal do executado.

2. Critérios para aplicação das medidas atípicas

Várias discussões vêm sendo travadas acerca da extensão e dos limites da medida introduzida pelo artigo 139, inciso IV, do CPC/15.

Inicialmente, cumpre registrar que a atipicidade das medidas executivas, para as obrigações de pagar quantia certa, constitui em exceção à regra da tipicidade, sendo aplicada de maneira subsidiária, vale dizer, apenas em não sendo possível obter a satisfação do crédito exequendo pela adoção das medidas típicas. Esse é entendimento perfilhado por RODOVALHO (2016) ao afirmar que:

Ou seja, e aqui reside a primeira premissa, os meios atípicos não são a *prima ratio*, e, sim, a *ultima ratio*, é dizer, esgotados e frustrados os meios executivos típicos e ordinários, pode-se, em tese, valer-se do sistema atípico.

Deste modo, tratando-se de execução por quantia certa, as medidas naturais e típicas continuam a ser o desapossamento do devedor, é dizer, *principia com a penhora e demais meios executivos naturais*, conforme o caso (*desconsideração da personalidade jurídica, v.g.*), e não com a imposição de medidas indutivas e coercitivas.

Frustradas essas medidas naturais, poder-se-ia, em tese, passar à aplicação das medidas atípicas.

Para o referido autor, a aplicação das medidas atípicas depende, necessariamente, do exaurimento das medidas tipificadas na legislação para satisfação do crédito, bem como precisa, para sua real afetividade, ter aptidão para compelir, ou seja, forçar o devedor ao pagamento do débito. As medidas atípicas são, portanto, “subsidiárias e excepcionais, pressupondo o esgotamento das medidas típicas e a possibilidade de cumprimento da obrigação (Ibidem)”.

Tal entendimento, inclusive, foi positivado no Enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Para Freddie Didier Jr. as obrigações que tenham por objeto uma prestação pecuniária, permanecem sendo regidas pelo princípio da tipicidade executiva “tipicidade *prima facie*”, sendo a atipicidade aplicada apenas em caráter subsidiário (DIDIER, 2017).

Já para Daniel Amorim o referido dispositivo “claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação”, superando, inclusive, o entendimento de que “as astreintes não sejam cabíveis nas execuções de obrigação de pagar quantia certa” (NEVEZ, 2016, p. 1801).

Marcelo Abelha, por sua vez, assevera que o juiz não precisará seguir “o itinerário de meios executivos previstos pelo legislador”, mas terá de observar o princípio do “menor sacrifício possível” ao executado, princípio este “que servirá de contenção à atuação da atipicidade”, senão veja-se:

Tal princípio é consagrado na regra legal de que o juiz poderá, em cada caso concreto, utilizar o meio executivo que lhe parecer mais adequado para dar, de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional executiva. Por isso, não estará adstrito ao juiz seguir o itinerário de meios executivos previstos pelo legislador, senão porque poderá lançar mão de medidas necessárias - e nada além disso - para realizar a norma concreta. O limite natural desse princípio é outro princípio - o do menor sacrifício possível -,

que servirá de contenção à atuação da atipicidade dos meios executivos. (ABELHA, 2015, p. 98).

Ademais, para adoção da medida em comento, mostra-se imprescindível que haja indícios de ocultação de patrimônio por parte do executado, o que notadamente se verifica quando esse pratica condutas dissonantes com sua condição de inadimplente.

Dessa forma, havendo esgotamento das medidas tipificadas na legislação e indícios de ocultação de patrimônio por parte do executado, poderá o juiz impor a adoção de medidas atípicas para coagir o devedor à satisfação da obrigação, as quais podem consistir em apreensão de passaporte, suspensão de CNH, cancelamento de cartão de crédito, mas também na proibição de formalizar contratados com a Administração Pública, sofrer com a indisponibilidade de bens imóveis e móveis ou mesmo efetuar compras com a utilização de cartões de crédito, dentre outras medidas (Cf. MEIRELES, 2015).

Não se pode olvidar, contudo, que tais medidas têm de ser praticadas de maneira proporcional e cautelosa pelo magistrado, para que se evitem excessos ou aplicação de medida inócua e, ainda, em inobservância aos preceitos constitucionais, consoante aquilata Roberto Sampaio Contreiras de Almeida:

Como tais poderes encerram cláusula geral e diante da atipicidade de tais medidas, o juiz deve avaliar, de acordo com o caso concreto, a técnica mais adequada a ser aplicada, valendo-se do princípio da proporcionalidade, de modo que, dentre as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, decida com base nos seguintes subprincípios apontados por Marcelo Lima Guerra ao tratar do art. 461 do CPC/73, mas aplicáveis a técnicas processuais, em geral, de efetivação de decisões judiciais i) da adequação, no sentido de que haja a real possibilidade concreta de que o uso da medida leve ao cumprimento específico; ii) da exigibilidade, segundo o qual a medida escolhida pelo juiz deve resultar o menor prejuízo possível ao devedor, dentro do estritamente necessário para que se atinja efetivação buscada; e iii) da proporcionalidade em sentido es-

trito, segundo o qual o magistrado, antes de eleger a medida, sopesa as vantagens e desvantagens de sua aplicação, buscando a solução que melhor atenda aos valores em conflito (ALMEIDA in WAMBIER [et al], 2015, p. 452).

Ainda, conforme destacado pelo indicado autor, as medidas arroladas no artigo 139, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, podem ser determinadas *ex officio* pelo juiz, no exercício da direção do processo, nada obstante a ausência de autorização expressa nesse sentido:

A atuação de ofício quanto a tais medidas assecuratórias não se encontra expressa no texto legal, mas é um consectário lógico da cabeça do artigo, que trata dos poderes/deveres do juiz na direção do processo, por identidade de razão, pois, se, por exemplo, o juiz não está adstrito a provocação para assegurar igualdade de tratamento das partes (inc. I do art. 139), nem para velar pela duração razoável do processo (inc. II), ou para prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça e indeferir as postulações meramente protelatórias (inc. III), logicamente que também não se faz necessária essa provocação para utilizar quaisquer dos demais instrumentos previstos no art. 139 para atingir os mesmos objetivos de tornar o processo mais justo, célere e efetivo. (WAMBIER [et al], 2015, p. 451).

Não se pode olvidar que cabe ao poder judiciário a árdua tarefa de aplicar, de maneira esmerada, as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias autorizadas pelo CPC/15 para as obrigações de pagar, conjugando sua aplicação com os princípios insculpidos na Constituição Federal para que não seja configurado abuso de direito ou afronta a direitos fundamentais.

Ou seja, como bem pondera Freddie Didier Jr., “de modo geral, a escolha deve pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade (art. 8º, CPC) e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução” (DIDIER, 2017, p. 111).

Assim, cabe ao poder judiciário conduzir a aplicação das medidas atípicas a fim de possibilitar a efetiva prestação da tutela jurisdicional satisfativa, contudo, sem atingir a esfera dos direitos constitucionais garantidos aos executados.

3. Análise de decisões judiciais proferidas sob a égide do CPC/15

Com o escopo de fomentar o debate acerca do tema ora tratado a partir de um ponto de vista prático, serão analisadas 2 (duas) decisões que aplicaram o princípio da atipicidade dos meios executivos à luz do CPC/15.

A primeira decisão foi proferida nos autos da ação de execução de título extrajudicial n° 4001386-13.2013.8.26.0011, em trâmite perante a 2ª Vara Cível do Foro Regional XI de Pinheiros, Comarca de São Paulo/SP, ao passo que a segunda foi prolatada nos autos do cumprimento de sentença n° 200.2001.026.611-8, em trâmite perante a 9ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa/PB.

3.1 Decisão proferida na comarca de São Paulo - Suspensão de CHN, apreensão de passaporte e cancelamento de cartão de crédito

A decisão proferida pela 2ª Vara Cível do Foro Regional XI de Pinheiros, Comarca de São Paulo/SP, desencadeou ferrenhas discussões acerca dos limites e critérios para aplicação da norma inserta no artigo 139, inciso IV, do CPC/15.

A decisão foi proferida no bojo da ação de execução de título extrajudicial ajuizada pelo credor/exequente em 30.10.2013.

Uma vez adotadas todas as medidas executivas sem que o devedor/executado adimplisse o débito, indicasse bens à penhora ou fizesse proposta de acordo e, em sendo constatados indícios de ocultação de patrimônio, foi proferida decisão com supedâneo no dispositivo em comento, determinando a suspensão da CNH do executado, a apreensão de seu passaporte e, ainda, o cancelamento de seus cartões de crédito, senão veja-se:

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução.

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado Milton Antonio Salerno, determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida.

(...)

Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida. (sic)

Nada obstante a referida Juíza ter fundamentado de maneira, aparentemente, satisfatória sua decisão, tendo ponderado que “as medidas excepcionais terão lugar desde que tenha havido o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, havendo indícios de que o devedor usa a blindagem patrimonial para negar o direito de crédito ao exequente”, bem como em que pese ter esclarecido a necessidade de se escolher uma medida proporcional que não ofenda “os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal”, o comando atípico contido em sua decisão levantou diversos questionamentos.

A guisa de exemplo, cita-se o artigo intitulado “o necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos - uma reflexão sobre a decisão que determinou a apreensão de passaporte e o cancelamento de cartão de crédito de um

devedor”, de autoria de Thiago Rodovalho (RODOVALHO, 2016), que entendeu que as medidas adotadas pela Juíza se, individualmente consideradas, não afrontariam o ordenamento jurídico, entretanto, sua cumulação (como ocorreu no caso *sub judice*), poderia sim violar “o princípio da proporcionalidade, no preenchimento de seus pressupostos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

Em face da referida decisão o executado impetrou *habeas corpus*, o qual foi autuado sob o nº 2183713-85.2016.8.26.0000 e tramitou perante a 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Marcos Ramos, argumentando que houve excesso na decisão proferida pelo Juízo *a quo* e violação à constituição federal no ato de apreensão do passaporte e suspensão da CNH, na medida em que tal ato ofenderia o seu direito de locomoção.

A Procuradoria Geral da Justiça se manifestou pelo não conhecimento do *habeas corpus* impetrado ou, em caráter subsidiário, pela denegação da ordem, tendo ponderado a situação excepcional do caso em tela, cujo devedor busca se esquivar de suas obrigações, embaralhar a execução e ocultar o seu patrimônio, cabendo ao Estado atuar de maneira a fornecer a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável, não devendo a decisão objurgada “ser tida como arbitrária, autoritária, teratológica ou *contra legem*”.

Entretanto, o *mandamus* constitucional foi julgado procedente, confirmando a liminar anteriormente concedida, para o fim de determinar o “desfazimento” dos atos perpetrados pelo Juízo *a quo*, conforme excerto abaixo colacionado:

‘Habeas corpus’ - Ação de execução por quantia certa - Decisão que determinou a apreensão do passaporte e a suspensão da CNH do executado, até que efetue o pagamento do débito exequendo, fundamento no art. 139, IV, do NCPC - Remédio constitucional conhecido e liminar concedida - Medidas impostas que restringem a liberdade pessoal e o direito de locomoção do paciente - Inteligência do art. 5º, XV, da CF - Limites da responsabilidade patrimonial do devedor que se mantêm circunscritos ao comando do art. 789, do NCPC - Impossibi-

lidade de se impor medidas que extrapolem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ação procedente para conceder a ordem.

(...)

Destarte, o termo utilizado pelo legislador quando da redação daquele art. 139, inciso IV, no sentido de que o juiz poderá determinar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias...” não o autoriza a utilizá-lo de forma indiscriminada e de maneira a alcançar a liberdade pessoal do devedor. Ao contrário, a interpretação sistemática do novo diploma processual civil deve ser feita de forma se atentar para os fins sociais, às exigências do bem comum, à promoção da dignidade humana, à proporcionalidade, à razoabilidade e à legalidade (art. 8º, do NCPC).

(...)

A ação de “habeas corpus”, portanto, é julgada procedente para confirmar a liminar outrora concedida e conceder-se definitivamente a ordem. Grifos editados (BRASIL, 2017).

Importante salientar que a referida decisão não foi unânime, tendo a Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti denegado a ordem, sob o fundamento de que o artigo 139, inciso IV, do CPC/15 permite a adoção de medidas como as que foram praticadas.

Destaca-se, ainda, que, além do referido *habeas corpus* o executado interpôs recurso de agravo de instrumento, o qual foi autuado sob o nº 2185700-59.2016.8.26.0000, tendo tramitado, também, perante a 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Marcos Ramos, visando afastar as medidas coercitivas impostas pelo Juízo *a quo*. O recurso interposto foi conhecido em parte (porquanto as questões atinentes à suspensão da CNH e apreensão do passaporte já haviam sido dirimidas quando do julgamento do *habeas corpus*) e na parte conhecida, ou seja, no pleito de reforma da decisão que determinou o cancelamento dos cartões de crédito, foi improvido, basicamente sob o argumento de que a medida coercitiva imposta não extrapolava os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

A decisão proferida no bojo do recurso de agravo de instrumento também não foi unânime, tendo o Desembargador Andrade Neto declarado o seu voto, dando provimento ao recurso interposto de modo a cassar a decisão proferida pela Juíza Andrea Ferraz Musa, sob o argumento de que o artigo 139, inciso IV, do CPC/15 não autorizaria a adoção de medidas que “não possuam como resultado prático a pesquisa e a restrição de bens pertencentes ao devedor”, ou seja, conferiu uma interpretação totalmente restritiva ao dispositivo legal em tela.

A divergência manifestada entre os julgadores, tanto no *habeas corpus* quanto no agravo de instrumento, ambos com voto vencido, apenas demonstra quão delicada e controversa é a questão envolvendo a aplicação da atipicidade dos meios executivos nas obrigações de pagar quantia certa, especialmente quando analisada a partir de um viés constitucional do processo, o qual exige a necessária compatibilização entre os preceitos constitucionais e as determinações infraconstitucionais.

3.2 Decisão proferida na comarca de João Pessoa - Suspensão de passaporte, CNH e bloqueio de cartões de crédito

Em 2 de fevereiro de 2018 foi proferida decisão nos autos do cumprimento de sentença nº 200.2001.026.611-8, instaurado em 2001, em trâmite perante a 9ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa/PB.

Por meio da referida decisão foi determinada, *ex officio*, a suspensão do passaporte e da CNH do devedor/executado, o bloqueio de seus cartões de crédito e, ainda, o bloqueio de bem imóvel identificado pela própria magistrada em outro processo.

Tais medidas foram aplicadas com arrimo no artigo 139, inciso IV, do CPC/15 tendo aquele Juízo fundamentado, de maneira exauriente, os motivos de sua decisão, notadamente em razão do esgotamento das tentativas de satisfação do crédito ao longo de 16 (dezesesseis) anos, bem como em função da comprovada ocultação de patrimônio do devedor.

Da argumentação ventilada em sua decisão, o r. Juízo interpretou de maneira abrangente o dispositivo legal em comento, adotando os meios que reputou necessários à efetiva prestação da atividade execu-

tiva, por meio da determinação de medidas coercitivas que visem persuadir o devedor ao pagamento do débito.

De fato, antes de proferir a decisão em tela, o Juízo relatou as inúmeras tentativas de satisfação da obrigação intentadas ao longo desses 16 (dezesesseis) anos, todas sem sucesso, notadamente em razão da *expertise* do executado na ocultação de seu patrimônio.

Assim, diante da ampliação dos poderes conferidos aos magistrados pelo novo diploma processual, a referida julgadora determinou a suspensão do passaporte e da CNH do executado e o bloqueio de seus cartões de crédito. Lado outro, determinou o bloqueio de bem imóvel por ela identificado em outro processo, com fulcro em entendimento jurisprudencial.

Deve-se registrar, nesse tocante, que em busca efetivada perante o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Paraíba² não se encontrou a interposição de qualquer recurso sobre a mencionada decisão, ou mesmo impetração de *Habeas Corpus*, embora tenha se constatado a utilização conjugada de várias medidas coercitivas para compelir o devedor ao pagamento do débito.

Não resta dúvida de que a decisão foi bem fundamentada, agora cabe saber se, mesmo tendo a magistrada ponderado acerca da necessidade de adoção de tais medidas, dado o esgotamento das medidas tipificadas na legislação *c/c* elementos de ocultação de patrimônio, sua conduta não será vista como arbitrária, ainda mais considerando o bloqueio/penhora do imóvel por ela encontrado em outro processo.

CONCLUSÃO

A atipicidade dos meios executivos no que concerne às obrigações de pagar, assim como outros temas introduzidos pelo CPC/15, consiste em disciplina a ser debatida e aprimorada pela doutrina e jurisprudência, com vistas a dar concretude e efetividade à norma processual.

Muitos são os questionamentos ora lançados a respeito dos limites, extensão e alcance do preceito expresso no artigo 139, inciso IV, do CPC/15, havendo quem atribua poderes mais amplos ao juiz para

2 <https://app.tjpb.jus.br/consultaprocessual2/views/consultarPorProcesso.jsf>

determinação das medidas necessárias à satisfação da obrigação e, de outro lado, quem vê a norma de maneira mais moderada, limitando a sua aplicação em favor do devedor/executado.

A busca por essa “harmonização” deve ocorrer, dentre outros fatores, pela necessidade também de se respeitar as determinações contidas na Constituição Federal que protegem direitos fundamentais dos devedores, que, em algumas situações, podem sofrer indevidas restrições decorrentes desse “poder” processual atribuído aos magistrados. Daí a necessidade de que todas as decisões sejam, além de fundamentadas, calcadas no ideal da proporcionalidade, de modo que os preceitos insculpidos na Carta maior sejam devidamente apreogados.

Nesse tocante, vale mencionar que o entendimento mais recente esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça, embora ainda não consolidado, tem sido pela possibilidade de suspensão de CNH por dívida, desde que exauridos os métodos típicos de cobrança de crédito e a partir de decisão fundamentada (REsp n.º 1.854.289). Lado outro, o próprio órgão tem se dividido quanto à possibilidade de outras medidas constritivas como a suspensão de passaporte, por entendê-la como desproporcional (RCH n.º 97876).

Nesta senda, cabe aos operadores do direito e, principalmente aos magistrados, conduzir a aplicação dessas medidas a fim de consolidar na jurisprudência um entendimento que observe os preceitos constitucionais e, ao mesmo tempo, traga efetividade e celeridade a malfada atividade executiva, fazendo com que as partes possam, de fato, “obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, conforme preconiza o artigo 4º do novel diploma.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil** – 5.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Acesso Le Livros.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **HC: 21837138520168260000** SP 2183713-85.2016.8.26.0000, Relator: Marcos Ramos, Data de Julgamento: 29/03/2017, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/04/2017.

- ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Dos Poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz. In: WAMBIER Tereza Arruda Alvim; DIDIER Fredie Jr; TALAMINI Eduardo; DANTAS BRUNO (Coordss). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Ed. Revista dos Tribunais. 2ª Triagem. 2015.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Editora Saraiva. Vol. Único, 2ª ed. 2016.
- DIDIER, Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael Alexandria de; **Curso de Direito Processual Civil: Execução**, - 7. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- GAJARDONI Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia - A parte conta apenas com o Estado/Juiz para fazer valer a decisão judicial*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>. Acesso em 12.03.2018.
- MEIRELES Edilton. *Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015*. *Revista dos Tribunais Online*. Revista de Processo | vol. 247/2015 | p. 231 - 246 | Set/2015. DTR\2015\13186.
- NEVEZ, Daniel Amorim Assumpção; **Manual de Direito Processual Civil**, Volume Único - 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- RODOVALHO Thiago. **O Necessário Diálogo entre a Doutrina e a Jurisprudência na Concretização da Atipicidade dos Meios Executivos** - uma reflexão sobre a decisão que determinou a apreensão de passaporte e o cancelamento de cartões de crédito de um devedor. Disponível em: <http://jota.info/artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016>. Acesso em 15, mar 2020.

A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DO CEJUSC: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Caio Oliveira dos Santos

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro é conhecido popularmente pela sua morosidade e pela dificuldade em seu acesso, o que cria um misticismo acerca de seus funcionários e órgãos. Assim, é necessário que se demonstre à toda a comunidade, tanto acadêmica quanto à população, que há medidas que visam o abrandamento da demora nos julgamentos e contribuem para a melhoria do acesso à justiça.

Por meio do Poder Judiciário a justiça se consubstancia àqueles que a ela recorrem, trazendo à lume de um juiz, quer seja leigo, quer seja togado, suas aspirações de fato e de direito para serem dirimidas, questionadas, visando a busca da justiça. Através das políticas de conciliação e mediação o Judiciário brasileiro tem conseguido dinamizar estes anseios da população, trazendo rapidez no julgamento dos processos de menor complexidade.

Defronte às melhorias paulatinas que o Poder Judiciário tem implantado, é mister à comunidade advocatícia que esteja a par dessas melhorias, afim de se lhes valer, contribuindo para a melhoria da prestação jurisdicional. Também se demonstra importante à população que

conheça estes direitos e formas breves de colocar fim ao litígio, proporcionando aos estudiosos do direito verdadeiro substrato para tratar da efetividade da justiça e seu acossamento.

Dessarte, diante dessas necessidades, busca-se entender através da pesquisa: como o CEJUSC (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) contribuí para a efetividade do acesso à justiça?

De maneira genérica, o estudo visa analisar se o CEJUSC auxiliou na promoção da justiça. Além deste objetivo, especificamente os resultados tendem a definir e conceituar o acesso à justiça, traçando um paralelo internacional com o pátrio, após, aponta de que forma o CEJUSC contribuiu para o acesso à justiça.

Para que a pesquisa fosse devidamente desenvolvida, utilizou-se do método exploratório, visando o levantamento bibliográfico do assunto temático e, também, valeu-se da análise de dados coletados junto ao CEJUSC da cidade de Salvador, estado da Bahia. Os dados coletados serão analisados de forma qualitativa, sendo interpretados de acordo com a sistemática do conteúdo pesquisado previamente.

1. MEIOS DE EXEQUIBILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O ordenamento jurídico orquestrado não garante que os seres humanos não tenham conflitos no decorrer da vida. Na atual sociedade, os entraves referentes aos direitos difusos e coletivos são cada vez mais recorrentes, vez que as lesões aos direitos da coletividade devem ser tuteladas por meio de técnicas processuais diferentes das que são utilizadas para dirimir os conflitos individuais.

Podemos ressaltar três diferentes formas de resolução dos conflitos: a heterocomposição, a autocomposição e a autotutela. Como o nome sugere, autotutela é aquela em que uma das partes impõe a pretensão de seu direito, por meio da força. Neste tipo de resolução, “aquele que pretende uma coisa se utiliza de sua força para consegui-la, satisfazendo sua pretensão”. (CINTRA; GRINOVER E DINAMARCO, 2017, p. 128)

Já a autocomposição, caracteriza-se por estar baseada na liberdade em que as partes têm em abrir mão de direito, total ou parcial. Este

tipo de resolução de conflito se desdobra em três formas: desistência, submissão e transação. Em linhas gerais, a renúncia de uma pretensão é a desistência; a submissão se refere à renúncia de uma pretensão; por último, a transação é caracterizada pela concessão recíproca das partes.

Vê-se no decorrer da história que as pessoas optaram pelas formas nas quais a um terceiro imparcial envolvido em dirimir o conflito. Desta forma, ao passo em que o Estado se fez mais impositivo na vida dos indivíduos, estes absorvem este papel. Assim, não é correto entender que a jurisdição é exclusiva do Poder Judiciário. Contudo, é importante ressaltar que o Estado tem o monopólio da jurisdição, e pode outorgá-lo a terceiros que o represente, como no caso da arbitragem.

De forma contemporânea, as duas formas de resolução de conflitos são as heterônomas e autônomas. Em suma, as formas heterônomas atribuem o poder de solução do conflito a um terceiro, este podendo ser estatal ou alguém nomeado pelo Estado. Já as autônomas, “são aquelas em que os indivíduos, sem ajuda de um terceiro, conseguem dirimir o conflito por si.” (ARRUDA, 2014, p. 150)

2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A conciliação consiste em uma forma alternativa de resolução de conflitos onde, as partes, perante a figura do conciliador, recebem auxílio na comunicação visando o estabelecimento de um acordo justo para ambas. O exercício do conciliador, demonstra-se de extrema relevância no processo de comunicação entre os indivíduos envolvidos, onde o mencionado profissional deverá agir de modo imparcial e sempre respeitando o princípio constitucional da isonomia, priorizando um tratamento igualitário a todas as partes do litígio.

O conciliador também deve, antes de assumir o seu papel, fazer um curso específico para o exercício de tal função. No mencionado curso, os conciliadores desenvolvem técnicas a fim de trazer uma melhor comunicação pacífica entre as partes, viabilizando um acordo consensual entre os litigantes.

No que se refere à conciliação judicial, o Conselho Nacional de Justiça expõe que:

O procedimento é iniciado pelo magistrado ou por requerimento da parte, com a designação de audiência e a intimação das partes para o comparecimento. Na conciliação pré-processual, a parte comparece à unidade do Poder Judiciário apta a atendê-la - no caso, as unidades de conciliação já instaladas ou os Juizados Especiais -, que marca uma sessão na qual a outra parte é convidada a comparecer. Na efetivação do acordo, o termo da audiência se transforma em título judicial. Na falta de acordo, é dado o encaminhamento para o ingresso em juízo pelas vias normais. (CNJ, 2006).

É necessário frisar que a conciliação deverá ocorrer de modo consensual e espontâneo, pois, sem a mútua aprovação de ambas as partes, a conciliação será frustrada. O objetivo final do referido instituto afere que o acordo final deverá ser satisfatório a ambos.

Diante o exposto, a conciliação é tida como uma das formas de solucionar conflitos consideradas mais simplistas, onde o conciliador adota uma postura de intervenção, sem poder decisório, de modo a tornar mais fácil a comunicação entre as partes litigantes. Assim como a mediação, a conciliação também é tida como um método autocompositivo com a finalidade de facilitar o diálogo pacífico de modo que, as partes, de forma autônoma, cheguem a uma decisão que será reduzida a termo em forma de acordo.

Nesse cenário, vale dizer que na conciliação, diferentemente do que ocorre nas vias jurisdicionais comuns, não há perdedores ou vencedores da demanda, tendo em vista que as partes devem definir a solução de modo consensual e mútuo. Segundo Bacellar (2011, p. 233) “o conciliador também atua com a finalidade de aproximação entre as partes, tendo em vista que a grande demanda desses casos é relacionada à família e pessoas de convívio próximo.”

Assim, a mediação funciona como ferramenta de extrema importância na evolução do direito brasileiro, onde as mudanças trazidas no Código de Processo Civil de 2015 sobre o assunto traz evolução na forma de resolver o litígio, sem a preocupação de prazos ou custas exorbitantes. O instituto possui maior efetividade e celeridade ao processo, uma vez que várias demandas que, se não houvesse esse método

alternativo de conflito, seriam encaminhadas às vias comuns do judiciário. (BRASIL, 2015)

Nessa perspectiva, são notáveis os benefícios que o instituto da mediação proporciona ao ordenamento jurídico, onde a celeridade trazida aos tribunais brasileiros depois das formas alternativas de conflitos entrarem em vigor demonstra-se, de fato, efetiva. Assim, os números de demandas obtiveram uma redução durante a última década em decorrência dos institutos pacíficos, com a figura de um terceiro imparcial.

Alencar (2019, p. 156) destaca a diferença entre os dois institutos:

A principal diferença estabelecida pelo próprio código é que, na conciliação, pressupõe-se um certo nível de sacrifício, de uma ou ambas as partes, em relação aos seus interesses, o que não ocorre na mediação. Entretanto, ao mediador é negado o poder de propor soluções ao conflito. No entanto, ao conciliador é delegado o poder e, até mesmo o dever, de propor as melhores alternativas possíveis para resolver o problema de ambas as partes.

Ressalta-se a essencialidade entre a diferenciação dos dois institutos para não haver confusão entre as especificidades aferidas a cada um deles. Assim, a mediação comumente conta com inúmeras sessões onde o mediador exerce contato com os envolvidos e, através de indagações apropriadas, contribui para a diminuição das resistências vislumbradas entre as partes, de maneira que estas protagonizem alternativas consensuais para o problema em questão. Por seu turno, a conciliação deve ser verificada em uma ou duas sessões, onde a figura do conciliador incita às partes a se comporem e efetivarem um acordo

Dessa forma, pode-se afirmar que o instituto da mediação, apesar de já introduzido no nosso ordenamento jurídico, vem ganhando relevância através de seus resultados obtidos para a colaboração da atual situação do judiciário pátrio. O instituto ainda não possui abrangência total, tendo em vista que poderia ser utilizado de uma forma bem mais ampla no Brasil, porém, aos poucos, vai servindo como instrumento para efetividade das demandas no Direito Civil.

Portanto, vale concluir que ambos os institutos compreendem meios consensuais de litígios já positivados no sistema jurídico nacional.

E, cabe ao Poder Público, dessa forma, promover o efetivo estímulo ao seu uso nas relações conflituosas que vem se elevando de modo latente nas últimas décadas e, como consequência, instaurou-se uma crise no acesso à justiça e na própria legitimidade do Judiciário brasileiro.

3. A FUNÇÃO DO CEJUSC NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Instaurou-se em solo pátrio a política pública de tratamento de litígios, com nítido estímulo às soluções consensuais através da auto-composição, em consonância à Resolução 125/2010 do CNJ. Verifica-se que a solução negociada não se demonstra somente uma forma eficiente e econômica de solução de conflitos: se trata, sobretudo, de uma relevante ferramenta de desenvolvimento social e cidadania, onde as partes interessadas passam a figurar o polo de protagonistas na elaboração da decisão jurídica que norteia suas relações.

Dessa forma, o fortalecimento da autocomposição pode ser compreendido como um estímulo da participação da sociedade no exercício do poder, nesse caso, o poder relativo à solução de controvérsias. O CNJ, segundo Arruda (2014, p. 288) “vem exercendo um relevante papel como gestor dessa política pública, uma vez que a resolução n.º 125/2010 confirma tal fato.”

Nessa perspectiva, o âmbito legislativo tem estimulado a auto-composição, com a elaboração de inúmeras normas nesse sentido. O CPC/15 ratifica e fortalece essa tendência, de modo a aferir um capítulo completo para tratar a mediação e a conciliação, organizando e estruturando o procedimento de maneira a elevar a autocomposição.

Assim, vale dizer que o sistema do Direito Processual brasileiro é estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil estão os parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do Código de Processo Civil:

§ 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. (BRASIL, 2015)

Até a edição do CPC/2015, o mais importante instrumento normativo sobre as referidas técnicas consensuais era a resolução nº 125/2010 do CNJ, pois a reprodução da referida cumpre bem a sua função didática, revelando com clareza a importância desse ato normativo e os seus objetivos.

Desta feita, os tribunais devem criar Centros de Solução de Conflitos com a elaboração de linhas gerais que estão previstas no art. 165º caput do Código de Processo Civil de 2015, e nos artigos 8º a 11º da resolução nº 125/2010 do CNJ. Desse modo, vale ressaltar que a criação destes centros é obrigatória.

Os CEJUSC's contam com o juiz coordenador e, se necessário, com adjunto, aos quais cabem a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores, conforme artigo 9º da resolução do CNJ. As sessões de conciliação e mediação pré-processual devem ser realizadas nestes centros.

A mediação e a conciliação podem se realizar perante câmaras privadas. Nos Estados unidos, por exemplo, é o que normalmente acontece. De modo bem pensado, talvez seja este o ambiente mais adequado para a solução negocial dos conflitos. Essas câmaras possuem suas regras procedimentais, além de um quadro de mediadores e conciliadores cadastrados (BUELONI JUNIOR, 2006).

Portanto, vale dizer que a autocomposição não deve ser observada apenas como um modo de reduzir a quantidade de demandas do Poder Judiciário ou como um método de aceleração de demandas. Existem outros benefícios observados como, por exemplo, a política pública de tratamento próprio aos conflitos, o incentivo à participação social na elaboração da decisão que poderá regular seu caso e, sobretudo, o direito à liberdade do indivíduo, efetivada no direito ao auto regramento.

Portanto, vale aferir que ambos os institutos não podem e nem devem ser considerados técnicas para o desafogamento do Poder Judiciário, sendo esta somente uma consequência natural dos institutos.

4. O PANORAMA DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO PELO CEJUSC EM SALVADOR

O CNJ, ao demonstrar estatísticas relativas à conciliação no âmbito brasileiro, não considera muito significativo o índice de conciliações, uma vez que o ano base do estudo se concentrou em 2016 e demonstrou somente 0,8% de aumento em comparação ao ano anterior. Evidenciou-se, assim, que as conciliações na fase pré-processual não integram a parcela dos índices. (BRASIL, 2017, p. 125)

Desse modo, em observância à pesquisa norteada a recolhimento de dados na cidade de Salvador para verificação da efetividade de audiências de conciliação posteriores à instauração do CEJUSC Cível e relações de consumo que se demonstra, conseqüentemente, objeto de estudo, não foram localizadas informações relativas ao setor processual do Centro, que executa as audiências de conciliação e mediação das Varas Especializadas da Comarca de Salvador, referentes aos anos de 2016 e 2017.

Contudo, para essa finalidade analítica, o relatório apresentado pela equipe do NUPEMEC, em fase processual, no lapso relativo aos meses de fevereiro e junho de 2018, demonstrou que os acordos transcritos em porcentagem foram de 5,87%. As referidas estatísticas contabilizaram 1.777 audiências determinadas em fase processual, tendo sido efetuadas somente 916 e os acordos alcançaram a quantidade de 53. (BAHIA, 2018)

As estatísticas disponibilizadas no referido relatório não determinam a quantidade de audiências designadas pelas varas de consumo, desse modo, os dados englobam todas as Varas Cíveis de Relações de Consumo que aduziram os processos para a realização da audiência de mediação ou conciliação no CEJUSC. Todavia, pode-se entender que o índice diz respeito a uma porcentagem mínima, uma vez que houve realização de quase metade das audiências, assim, ainda é nítido que a ocorrência da multa por falta injustificada nas audiências consensuais detém uma ocorrência exponencial.

Desse modo, as informações observadas nas estatísticas de acordo de conciliação não são muito animadoras, contudo, levando em consideração a data de instauração dos CEJUSC's, talvez seja muito

cedo para realizar julgamentos, pois a evolução é lenta e contínua, desse modo o bom desempenho pode aparecer somente após alguns anos de aplicabilidade e aperfeiçoamento das técnicas e da reciclagem de capacitação dos agentes que executam as audiências.

Nessa perspectiva, o recente posicionamento jurídico relativo à obrigatoriedade da audiência preliminar de conciliação ou mediação no intuito de viabilizar as partes a determinarem um diálogo saudável, restou estabelecido no presente estudo. A hipótese legal do art. 334 do CPC/15 dispõe que somente não haverá a realização da referida audiência se o autor e o réu manifestarem – de modo expresso –, o seu desinteresse. (BRASIL, 2015)

A fim de contribuir com a aplicação de tais normas, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na cidade de Salvador, por meio do NUM-PEC, elaborou e instaurou inúmeras unidades de Balcão da Justiça e Cidadania, assim como igualmente criou os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos.

Em observância ao art. 3º, § 3º do CPC/15, se observa o empoderamento da utilização das formas consensuais de conflitos, sobretudo com o processo já tramitando em juízo, a realização da autocomposição é vista com bons olhos a qualquer momento da demanda. (BAHIA, 2016, p. 06)

Nos CEJUSC's é possível observar a realização da autocomposição processual, que se define na resolução consensual de uma demanda ajuizada, onde o art. 334 do CPC/15 estabelece que a audiência de conciliação ou mediação deve ser estipulada assim se observar o recebimento da petição inicial e a sessão deve ser requerida com antecedência mínima de 20 dias da citação do réu. (TJBA, NUPEMEC, 2017)

Em se tratando do tempo de permanência da demanda no CEJUSC, no vídeo que demonstra o funcionamento das unidades, visualizado no site do TJBA, afirmou-se que quando apresentado o termo de audiência em prosseguimento, que remarca a audiência para uma outra data deve ser protocolado aos autos, somente informando a continuidade da demanda no CEJUSC.

Vale apontar, ainda, que o CPC/15 determina o prazo de sessenta dias, contudo esse prazo não deve ser tão rígido, uma vez que a estadia é observada individualmente em cada vaso, pois alguns processos ne-

cessitam de cinco ou seis sessões de mediação, sendo que, por vezes, o tempo para se desenvolver a outra audiência de mediação pode não ser curto, todavia, esse motivo deve ser informado dentro da demanda para que o magistrado tome conhecimento do que ocorre nas mediações. (BAHIA, 2016)

Dessa forma, demonstrou-se por meio do mencionado vídeo orientador, que o CEJUSC não emite nenhum ato de cartório, uma vez que, a intimação e a citação são atos exclusivos destes, e o CEJUSC somente se restringe a efetuar as audiências e, de maneira posterior ao procedimento, realiza a devolução dos termos da audiência à Vara com suas respectivas conclusões.

Assim, se ocorrer acordo, o mediador ou conciliador já deverá informar no termo, e deve constar o pedido de homologação entre as partes; se não houver a efetivação de acordo, o termo também será protocolado aos autos para as devidas providências cartorárias. Apresenta-se, ainda, a situação do não comparecimento das partes, onde o CEJUSC não emite ata de audiência, mas apresenta uma simples informação de que não ocorreu a audiência e a razão. (BAHIA, 2016)

No CEJUSC, é possível observar no próprio ambiente, que os responsáveis por realizarem o lançamento das atas ou termos de audiência são os conciliadores e – de maneira eventual –, a Secretaria da unidade, munida de servidores e do auxílio de estagiários.

Portanto, através da simplificação dos procedimentos, o CEJUSC objetiva aferir maior celeridade ao sistema e, assim, reduzir o número dos processos junto ao Poder Judiciário, buscando a satisfação de ver todas as partes envolvidas na lide se prevenindo de possíveis novos conflitos. Para que esta finalidade seja alcançada, é preciso que a cultura da paz seja fomentada no Brasil, através da divulgação estratégica da mediação e da conciliação.

CONCLUSÃO

Após a realização do presente estudo, pode-se constatar que a conciliação e a mediação são uma das formas encontradas pelo judiciário brasileiro para dirimir os conflitos dos cidadãos, tentando realizar me-

canismos eficientes que proporcionem o acesso facilitado à justiça e a resolução das lides.

Após a instauração da Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça em conjunto ao Código de Processo Civil de 2015, ocorreu o incentivo às formas consensuais de resolução de conflitos, assim, permitiu-se verificar que os institutos da conciliação e da mediação estão sendo visto com bons olhos por legisladores para sua utilização em demandas relativas à proteção do consumidor, pois a forma consensual da autocomposição apresenta relevantes benefícios, como a célere resolução do conflito, sendo tal premissa significativa para a parte que não possui costume com a morosidade da baixa das demandas na justiça comum, esta, que por seu turno, poderá sofrer uma diminuição no número de processos judicializados quando positivos os resultados da conciliação ou mediação.

O debate levantado no presente estudo viabilizou uma verificação sobre o acesso à justiça e de que modo o CEJUSC atua para isso, assim, o objetivo geral da pesquisa ponderou sobre a eficácia vislumbrada na utilização desses métodos incentivados pelo Poder Judiciário brasileiro. Assim, através dos índices obtidos no CNJ e no NUPEMEC (TJBA), comprovação determinada foi que existe a aplicação, contudo, a efetividade ainda se demonstra tímida em termos de quantidade de autocomposições, bem como a frequência das partes se demonstrou reduzida, ainda que aconteça a aplicação da multa disposta no CPC/15.

Dessa forma, as ponderações realizadas no CEJUSC Cível e Relações de Consumo de Salvador aferiram que os resultados benéficos no âmbito do Centro na fase processual corresponderam a um índice menor que 6%, isto é, no universo de 916 audiências executadas nas varas especializadas na cidade de Salvador, o número de acordos realizados corresponde a 53. A comprovação foi de que os advogados e as partes não conseguiram até o presente momento compreender a relevância do comparecimento na audiência, assim como deixam escapar a oportunidade de realizar um acordo com suas vontades, preferindo, por vezes, acatar a decisão do magistrado, consequentemente optando pela realização do ato atentatório à dignidade da justiça.

Neste sentido, o estudo mostrou-se importante para elucidar que, embora as medidas do sistema judiciário estejam pautadas em dinami-

zar as ações impetradas, o CEJUSC carece de melhorias e incentivos para que efetivamente promova o acesso facilitado à justiça.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Beatriz Celestino. **Reflexões críticas do novo Código Processual Civil**. 1 ed. Vol. 2. Fortaleza: Editora Muricipe. 2019.

ARRUDA, P. R. C. D. S. **A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça**. revista CEJ, Brasília, v. 64, n. 18, p. 32-45, set./dez. 2014.

BACELLAR, Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos**. Revista de Processo, 2011.

BAHIA, Tribunal Judicial da. **Vídeo: orientação para o funcionamento das unidades**. Acesso em: 08 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uliLrb4US6g&t=1849s>>. Acesso em 26 mar. 2020.

BAHIA, Tribunal Judicial da. **Guia do CEJUSC Cível e Relações de Consumo**. NUPEMEC-BA. 2016. Acesso em: 15 de jul. de 2018. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com_content&view=article&id=26&Itemid=25>. Acesso em 26 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cciv>

vil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Acesso em: 15 de jul. de 2018. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c-96f0645d.pdf>>. Acesso em 26 mar. 2020.

BUELONI JUNIOR, W. B. **Acesso à justiça e juizado especial cível: pontos conflitantes entre teopria e a realidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2006.

CINTRA, A. C. D. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Movimento pela conciliação**. 2006. Disponível na internet: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em 27 mar. de 2020.

SERIA O AGRAVO DE INSTRUMENTO O VERDADEIRO VILÃO NA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL?

Marcelo Pinto Chaves

Maurício Gomes Magno

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente ensaio é apresentar algumas notas sobre o recurso de agravo de instrumento e de como o aludido instituto tem sido, reiteradamente, eleito como o principal vilão na demora da prestação jurisdicional.

Toda vez que debatemos sobre a violação do princípio constitucional da duração razoável do processo, muitas vezes se levantam no sentido de que o excesso de recursos previstos em nossa legislação é a única ou a principal causa para a insatisfatória atuação do Poder Judiciário. Como consequência “lógica” de tal pensamento, o agravo de instrumento tem sido objeto de modificação de sua abrangência.

Procuramos identificar tal fenômeno no Brasil. Para tanto, o trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, realizamos um breve histórico do instituto, na segunda tratamos do tema sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid). E, na terceira seção, relatamos a previsão normativa do agravo de instrumento no atual Código de ritos, bem como a interpretação doutrinária e jurisprudencial de sua aplicabilidade.

Não há qualquer pretensão de se esgotar o tema aqui proposto, nem tampouco desmerecer aqueles que pensam em sentido diametralmente oposto ao nosso. Entendemos que a demora na prestação jurisdicional é tema de grande complexidade e merecedora de maiores estudos, notadamente empíricos, a fim de que seja possível um diagnóstico real do problema e que a amplificação ou restrição das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento deixe de ser baseada na ciência do “achismo”.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A primeira aparição do agravo de instrumento que se tem notícias em nossa legislação remonta ao período das Ordenações Manoelinas (1521). Nas Ordenações Filipinas (1603) preservaram a regência dos agravos. Não é despendendo assinalar que as Ordenações Filipinas foram largamente empregadas no Brasil e que, mesmo após a declaração de independência em relação à Portugal, constituíram a nossa primeira legislação processual. Naquela época tínhamos cinco modalidades de agravo: *agravo ordinário*, *agravo de ordenação não guardada*, *agravo de instrumento*, *agravo de petição* e *agravo no auto do processo*.

Apesar de o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, ter inicialmente se prestado a uma espécie de Código de Processo Comercial, seu âmbito de vigência material foi estendido às causas cíveis. Neste diploma foi extinto o agravo no auto do processo, ficando mantidos apenas o agravo de petição e o agravo de instrumento, sendo certo que o critério distintivo entre ambos os recursos era geográfico e medido em léguas. Se o magistrado prolator da decisão agravada estivesse dentro de um raio de cinco léguas da instância superior, o agravo era de petição. Caso contrário, o agravo seria de instrumento, cabíveis em dezessete hipóteses expressamente especificadas no artigo 669 do mencionado regulamento. Cabe ainda a menção ao fato de que na consolidação de Ribas (28 de dezembro de 1876) foi mantida a exclusão do agravo ordinário e do agravo de ordenação não guardada.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) foram previstas as hipóteses de cabimento do agravo (de instrumento, de petição e no auto do pro-

cesso) nos artigos 841 e seguintes. O artigo 842 do diploma retromencionado tratava do agravo de instrumento e possuía a seguinte redação:

Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões:

I, que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;

II, que julgarem a exceção de incompetência;

III, que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;

IV, que não concederem vista para embargos de terceiros, ou que os julgarem;

IV - que receberem ou rejeitarem “in limine” os embargos de terceiro.

V, que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade,

VI, que ordenarem a prisão;

VII, que nomearem ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;

VIII, que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros;

IX, que denegarem a apelação, inclusive de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;

X, que decidirem a respeito de erro de conta ou de cálculo

XI, que concederem, ou não, a adjudicação, ou a remissão de bens;

XII, que anularem a arrematação, adjudicação, ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;

XIII, que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;

XIV, que julgarem, ou não, prestadas as contas; (Suprimido pelo Decreto-Lei nº 8.570, de 1946).

XV, que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;

XVI, que negarem alimentos provisionais;

XVII, que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens.

A interposição do agravo de petição somente seria possível nas hipóteses em que as decisões implicassem na terminação do processo principal sem que o mérito fosse resolvido. Já o agravo no auto do processo caberia para desafiar as decisões que julgassem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada; que não admitissem a prova requerida ou cerceassem, de qualquer forma, a defesa do interessado; que concedessem, na pendência da lide, medidas preventivas e que considerassem, ou não, saneado o processo (artigo 851 do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939).

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) rompeu com a longa tradição do sistema recursal brasileiro e eliminou a especificação *numerus clausus* das hipóteses de cabimento do recurso de agravo. Criou a regra geral que permitia o aviamento de agravo de instrumento sempre que se tratasse de decisão interlocutória, não havendo mais a especificação exaustiva das hipóteses de sua incidência. O aludido código eliminou tanto o agravo no auto do processo quanto o agravo de petição contra as sentenças terminativas, sendo certo que estas passaram a serem desafiadas pelo recurso de apelação.

3. O AGRAVO NO CÓDIGO “BUZAID”

Como vimos, o recurso de agravo sempre existiu em nosso ordenamento jurídico, sendo certo que quando se acalora o debate acerca da morosidade do Poder Judiciário, mormente nas questões cíveis, é atribuída a “excessiva” quantidade de recursos sua principal causa, sendo certo que, invariavelmente, o agravo de instrumento se apre-

senta como o grande vilão, ou seja, recai sobre o singelo recurso todas as mazelas existentes na tramitação de um processo. Há até quem diga que o processo não tem o curso desejado em razão de que é autorizado as partes a interposição do agravo a cada decisão proferida pelo magistrado.

Nesta ambiência, os legisladores reformistas à pretexto de levarem a efeito o princípio constitucional da duração razoável do processo, insculpido no artigo 5º, LXXVIII de nossa Magna Carta, acreditam que a alteração das disposições relativas as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento seja a solução do problema. É bom que se diga que, infelizmente, há muito tempo está em voga a aplicação da ciência do “achismo” quando se trata de propostas de alteração da legislação vigente.

Alguns desses “cientistas” reverberam números sem, contudo, esclarecerem de onde provem as suas fontes de informação. Assim o fazem para justificarem suas soluções simplistas para problemas centenários e, como em um passe de mágica ou talvez iluminados por uma centelha divina, apresentam suas propostas como a panaceia para todos os males.

Para os mais jovens, destacamos que o Código de Processo Civil de 1973 foi apelidado de “Código Buzaid” em razão da atuação do jurista Alfredo Buzaid nos trabalhos que levaram à lume o diploma processual brasileiro de 1973, salientando que o mesmo foi discípulo de Enrico Tullio Liebman e que absorveu toda a cultura europeia de seu mestre.

O novo código de ritos surge em substituição ao desgastado modelo de 1939, permeado pelas ideias da doutrina alemã e italiana sobre processo civil, sendo sistematizado de forma coerente valorizando o cientificismo da matéria.

Nesse particular vale lembrar o que dizia a exposição de motivos do Código de 1973, para que possamos aquilatar o salto quântico que teve aquele diploma legal em comparação com o Código de 1939: *“As palavras do insigne mestre italiano, que servem de epígrafe a esta Exposição de Motivos, constituem grave advertência ao legislador que aspira a reformar o Código de Processo Civil. Foi sob a inspiração e também sob o temor desse conselho que empreendemos a tarefa de redigir o projeto, a fim de pôr o*

sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais. (...)”. O mestre italiano citado na epígrafe foi o incomparável Giuseppe Chiovenda.

Com efeito, o Código que nascia rompia com a vetusta estrutura processual até então vigente visando colocar o novo diploma de ritos na moderna sistemática, sendo certo que no capítulo referente aos recursos o CPC/73, houve profundas mudanças, e o agravo foi o recurso que mais sofreu alteração.

“(...) Não poderíamos encerrar esta Exposição de Motivos sem uma análise aprofundada do sistema de recursos, a fim de justificar a inovação preconizada pelo projeto. O Direito brasileiro se ressentia, entre outros, de dois defeitos fundamentais: a) sob o aspecto terminológico, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; b) sob o aspecto sistemático, uma quantidade excessiva de meios de impugnar as decisões.

O rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem, não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes. O Direito brasileiro, ao nomear os recursos, não observou essa exigência da técnica jurídica. Sob o nome comum de agravo de petição, reúne cinco recursos, cujas condições de admissibilidade são essencialmente diversas. Assim é que cabe: a) da decisão que põe termo ao processo, sem entrar no julgamento do mérito (Código de Processo Civil, artigo 846); b) da decisão terminativa da instância e da sentença proferida sobre o pedido das partes (Decreto-Lei nº 9.960, de 17 de novembro de 1938, artigo 45); c) da decisão de mérito proferida em ações de acidente de trabalho e de alimentos (Lei nº 5.316, de 14 de novembro de 1967, artigo 15, § 29, e Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, artigo 14); d) nos casos expressamente indicados na Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, artigos 18, § 39; 19; 69, § 4º 77, § 4º; 79, § 2º; 97; 137, 26. Cód. Proc. Civil – 1º Vol - Tomo I (histórico da Lei nº 5.869/73), § 4º; e 155, § 3º); e) da decisão que nega ou concede o mandado de segurança (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, artigo 12).

Admitindo agravo de petição, quer de decisão terminativa, quer de decisão definitiva, quer de outras providências jurisdicionais de índole diversa, o legislador brasileiro abandonou a ideia de uniformidade. Ora, o sistema

de recursos deve fundar-se, antes de mais nada, em um critério, qualquer que seja, contanto que seja um critério. O legislador poderá reduzir a uma denominação única todos os recursos, chamando-os simplesmente apelação, ou, atendendo à natureza do provimento jurisdicional, conceder a apelação de sentença definitiva de mérito e agravo das demais decisões.

O legislador brasileiro não abraçou, porém, nenhum critério. Divorciado de qualquer preocupação científica ou sistemática, preferiu, em cada lei, as soluções puramente empíricas (...).”

Como se pode ver aquele diploma extinguiu algumas espécies de agravo tentando tanto solucionar a morosidade processual como, também, aprimorar o texto legal.

Para aqueles que não tiveram contato com o Código de Processo Civil de 1973 antes da década de 90, salientamos que as decisões interlocutórias proferidas no processo comportavam o agravo na modalidade de instrumento, no prazo de dez dias, e, caso o Juiz não reconsiderasse a sua decisão, intimava-se o agravante para fornecer as peças necessárias para o conhecimento do recurso, sendo obrigatórias, entre outras, a decisão agravada e a intimação do aludido *decisum*. Posteriormente se intimava o agravado para que instruisse com as suas, ocasião em que a secretaria do juízo fazia a conferência do instrumento e finalmente era remetido o recurso ao Tribunal para julgamento. Facilmente percebemos que se tratava de procedimento burocrático e em desacordo com o princípio da duração razoável do processo.

Com a expansão do processo eletrônico, talvez cause no leitor alguma dificuldade de imaginar como o procedimento acima era fator relevante de retardamento da análise do recurso. Contudo, a carência de servidores (problema que permanece até os dias atuais) e as condições de trabalho (falta de material) adiavam por meses o encaminhamento do agravo de instrumento ao Tribunal. Naquela época era comum que os advogados peticionassem ao Juízo com o escopo de que este reconsiderasse a decisão e, caso não o fizesse, que recebesse a petição como agravo de instrumento, com a reserva de que *a posteriori* seriam juntadas as peças necessárias para a formação do instrumento, dando assim início a *via crucis* supracitada.

Além da dita demora, acrescenta-se o fato de que o agravo de instrumento não possuía efeito suspensivo, ou seja, de que a sua interposição não impedia o imediato cumprimento da decisão agravada.

A soma de tais fatores acarretava a multiplicação de Mandados de Segurança impetrados nos Tribunais com o único objetivo de serem obtidas medidas liminares para obstarem o cumprimento da decisão de primeiro grau até posterior julgamento do agravo de instrumento. A impetração do *mandamus*, em tais circunstâncias, fruto da louvável criatividade dos advogados, constituía verdadeira inversão da finalidade do remédio heroico que, como é de conhecimento comum, só deve ser manejado contra decisões judiciais em excepcionais circunstâncias.

Visando resolver esta questão foi editada a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, dispondo que o agravo de instrumento deveria ser interposto diretamente no Tribunal, no prazo de dez dias, e não mais perante o Juízo prolator da decisão (artigo 524 do Código de Processo Civil/1973), prevendo, ainda, hipóteses nas quais o relator pudesse atribuir efeito suspensivo (artigo 558 do Código de Processo Civil/1973). Tais medidas foram eficazes no sentido de coibir a utilização draconiana do mandado de segurança.

Com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, novas alterações foram inseridas na sistemática do agravo, tais como: a) a imposição de agravo retido das decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e das posteriores a sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação; b) nas hipóteses de inadmissão da apelação e naqueles relativos aos efeitos em que a apelação fosse recebida; c) não conhecimento do agravo de instrumento, caso não fosse comunicado o juízo monocrático pelo agravante acerca da interposição do recurso.

Contudo o recurso em debate sofreu sensível alteração quando da promulgação da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, uma vez que impôs como regra geral o agravo na modalidade retida, mantendo a forma instrumental apenas para as situações excepcionais de: a) quando a decisão agravada fosse capaz de causar lesão grave ou de difícil reparação; b) nas hipóteses de liquidação de sentença e execução; c) inadmissão do recurso de apelação e nos relativos aos efeitos em que o apelo fosse recebido. Isto porque, à época, o juízo de admissibilidade do

recurso de apelação era exercido duplamente, ou seja, tanto pelo juízo prolator da sentença quanto posteriormente pelo Tribunal. Ressalte-se que o prazo para a interposição do agravo era de dez dias, qualquer que fosse a modalidade (retida ou de instrumento).

Merece destaque o fato de que o agravo na modalidade retida era isento de preparo e possuía o condão de evitar a preclusão da matéria que poderia ser rediscutida em sede de apelação, bastando para tanto que o agravante assim o requeresse quando da exposição de suas razões recursais. Se, por outro lado, o agravo fosse interposto na modalidade de instrumento era indispensável que o agravante juntasse aos autos cópia do recurso, inclusive com o comprovante de sua interposição perante o Tribunal, além de relacionar os documentos que instruíram o recurso, sob pena de não conhecimento, desde que a omissão fosse apontada pelo agravado.

Ressalte-se, ainda, que ao Relator era concedida a faculdade de converter o agravo de instrumento em retido, caso não vislumbrasse risco de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, sendo certo que esta decisão, em princípio, não seria passível recurso.

4. O AGRAVO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Com base no exposto anteriormente e com o coração despido de qualquer saudosismo, entendemos que vivíamos bem. Ocorre que, como dito desde o início do presente artigo, a culpa pela morosidade do Poder Judiciário em solucionar os processos precisa ser imputada a algo ou a alguém. Nada melhor do que atribuir esta mazela, com todo o fervor, a “grande” quantidade de recursos existentes em nosso sistema processual. Não olvidamos que o processo deve tramitar em tempo razoável, garantindo as partes o direito ao contraditório e a ampla defesa, conforme previsto no artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por outro lado, não podemos nos furtar a realizar significativa distinção entre duração razoável do processo e celeridade processual. Entendemos que alguns processos cuja complexidade não demanda maiores debates devem ter fim o mais rapidamente possível, tanto as-

sim que a sistemática dos Juizados Especiais é baseada, entre outros princípios, no da celeridade. Em regra, as demandas que lá são propostas não exigem das partes nem tampouco do magistrado grandes esforços para a solução do litígio.

Em momento algum desmerecemos o trabalho realizado pelos profissionais do direito que se dedicam diuturnamente a laborar no âmbito dos Juizados Especiais. Ao contrário, a criação e amplificação dos Juizados Especiais (Cíveis, Criminais, Federais, Fazendários) dignifica o Poder Judiciário na medida em que o aproxima da população, ampliando o acesso à Justiça e respondendo prontamente as demandas que lhe são impostas.

Por óbvio que não podemos definir que um processo é ou não complexo em razão do órgão jurisdicional que possui competência para processá-lo e julgá-lo. Inúmeros e incontáveis são os casos de baixa complexidade de demandas propostas em Varas Cíveis e Fazendárias.

O que se pretende, em um primeiro momento, é destacar que a celeridade processual não é boa nem tampouco ruim, trata-se apenas de um princípio que não pode ser confundido com outro, de índole constitucional que é o da duração razoável do processo.

Isto porque a pretexto de se por fim na morosidade do processo percebemos o movimento na supressão de direitos e garantias individuais, maculando os princípios mais caros de uma demanda judicial – a ampla defesa e o contraditório.

A duração razoável do processo tem assento não somente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 5º, LXXVIII) como também no atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)

O professor Alexandre Freitas Câmara discorre sobre o tema, asseverando que:

A solução da causa deve ser obtida em tempo razoável (art. 4º do CPC; art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República), aí incluída a atividade necessária à satisfação prática do direito (o que significa dizer que não basta obter-se a sentença em tempo razoável, devendo ser tempestiva a entrega do resultado de eventual atividade executiva). A garantia de

duração razoável do processo deve ser compreendida, então, de forma panorâmica, pensando-se na duração total do processo, e não só no tempo necessário para se produzir a sentença do processo de conhecimento. Busca-se, então, assegurar a duração razoável do processo, sendo relevante destacar o compromisso do Código de Processo Civil com esse princípio constitucional. Há uma nítida opção do ordenamento pela construção de um sistema destinado a permitir a produção do resultado do processo sem dilações indevidas. Vale destacar, porém, que se todos têm direito a um processo sem dilações indevidas, daí se extrai que ninguém tem direito a um processo sem as dilações devidas. Em outros termos, o sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade processual a qualquer preço. E isto porque um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo. (...) Um processo rápido e que não produz resultados constitucionalmente adequados não é eficiente. E a eficiência é também um princípio do processo civil (art. 8º). Impõe-se, assim, a busca do equilíbrio, evitando-se demoras desnecessárias, punindo-se aqueles que busquem protelar o processo (e daí a legitimidade de multas e das antecipação de tutela quando haja propósito protelatório), mas assegurando-se que o processo demore todo o tempo necessário para a produção de resultados legítimos. (CÂMARA, 2018, p. 8/9)

O fato é que imbuído desse espírito o legislador de 2015 retirou da sistemática processual o agravo na modalidade retida, bem como os embargos infringentes, sendo que quanto a este último substituiu-o pela técnica de julgamento ampliando, de forma injustificada ao nosso ver, as hipóteses de sua incidência em confronto com o extinto recurso.

Voltemos, porém, ao tema principal. O Código de Processo Civil de 2015 ao dispor sobre o agravo de instrumento cria hipóteses taxativas para a sua interposição, conforme se percebe da mera leitura do artigo 1.015 do diploma supracitado. Vejamos como está disciplinado o dispositivo retro mencionado:

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Imediatamente a doutrina se dividiu em três correntes. Haviam os que defendiam que o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 seria taxativo, outros que asseveravam tratar-se de relação meramente exemplificativa e, por último, aqueles que defendiam que embora taxativo, comportaria interpretação extensiva.

Com efeito, como apregoam os sábios, o equilíbrio se encontra no meio. E por assim ser, a doutrina que angariou mais adeptos foi a que desprezou os extremos para alegar que a natureza jurídica do rol

do artigo. 1015 do Código de Processo Civil de 2015 seria hipótese *de taxatividade que comporta uma interpretação extensiva*.

Nesse viés, a doutrina visando compatibilizar o texto legislativo com a realidade da vida, encampou esta ideia dizendo que a taxatividade e interpretação extensiva são conceitos que podem ocupar o mesmo lugar no espaço. Os professores Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha defendem este pensar argumentando que “*as hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agravadas, é possível a interpretação extensiva de cada um dos seus tipos*”.

Com o mesmo entendimento encontramos Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Sérgio Curz Arenhart, Alexandre Freitas Câmara, Cássio Scarpinella Bueno, José Miguel Garcia Medina, Daniel Amorim Assumpção Neves e Teresa Arrua Alvim, apontando que existe um rol taxativo que admitem o agravo de instrumento, mas a listagem pode ser interpretada de maneira mais ampla mediante raciocínio analógico, interpretação extensiva ou outros “*métodos hermenêuticos*”.

Impende dizer que os Tribunais também divergiram quanto a natureza jurídica do rol do art. 1.015, do CPC, ora entendendo tratar-se de hipótese de taxatividade que não admite nenhuma flexibilização, ora entendo comportar uma interpretação extensiva ou analógica.

Nesse contexto o Superior Tribunal de Justiça, num primeiro momento assentou o entendimento de que o elenco descrito nos incisos do art. 1.015, poderiam comportar uma interpretação extensiva.

É o que se depreende do julgamento do Recurso Especial nº 1.679.909/RS, cujo Relator foi o eminente Ministro Luiz Felipe Salomão.

A ementa do acórdão está assim redigida:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.679.909 - RS (2017/0109222-3). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE: CLAUDIA MEDEIROS MOREIRA
TOMASI RECORRENTE: IVAN TOMASI ADVOGADOS: GUSTAVO FAUSTO MIELE - RS018950 LUIZ

CARLOS BRANCO DA SILVA E OUTRO(S) - RS025377
RECORRIDO: COOPERATIVA AGROPECUÁRIA PE-
TRÓPOLIS LTDA PIA ADVOGADOS: HEITOR A. PAG-
NAN E OUTRO(S) - RS040797 JOSIAS WEHRMANN
- RS059083 CAMILA LAMBERTY SCHENKEL -
RS095420 EMENTA. RECURSO ESPECIAL. PROCES-
SUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS
PROCESSUAIS. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO
CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO
STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUN-
DAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE
DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO
CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO
PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL.
NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE
DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTER-
LOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE
INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA
OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO
CPC/2015.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (tempus regit actum), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ.

3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em

seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo.

4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a exceptio será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual.

5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio* –, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

6. Recurso Especial provido.

Embora os prestigiados doutrinadores supracitados concordem com a existência de um rol taxativo que comporte interpretação extensiva, não há a mesma unidade quando da exemplificação de sua ocorrência.

Por exemplo, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha ao explicarem a sua teoria aduzem que a competência do Juízo, embora não prevista no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, comportaria interposição de agravo de instrumento mediante interpretação extensiva, pois, segundo o autor, o código dos ritos prevê a agravabilidade no que concerne a rejeição da alegação de convenção de arbitragem, isto porque, em última *ratio* a convenção de arbitragem também versa sobre competência. Já Alexandre Freitas Câmara refuta o exemplo pois entende que a questão da convenção de arbitragem é uma questão de jurisdição e não de competência, advertindo que quando Estado-Juiz assevera não poder apreciar o processo em razão da existência de uma convenção de arbitragem, o faz em razão da ausência de jurisdição e não de competência.

De fato, quando doutrinadores de tamanha envergadura possuem posicionamentos tão díspares sobre a temática competência e jurisdic-

ção é que percebemos o quanto se mantém pantanosa a sua aplicabilidade no caso concreto.

Registre-se, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça como já dito não ficou ao largo de tal discussão e, em sendo o Tribunal com competência para a interpretação da lei infraconstitucional afetou os Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT, fixando a tese de que o rol elencado no artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 versa sobre uma “taxatividade mitigada”, podendo ser interposto o agravo de instrumento fora daquelas hipóteses sempre que exista urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. As ementas dos respectivos acórdãos estão assim redigidas:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.696.396 - MT (2017/0226287-4) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. RECORRENTE: IVONE DA SILVA ADVOGADO MANOEL ORNELLAS DE ALMEIDA - MT002030 RECORRIDO: ALBERTO ZUZZI ADVOGADO: ADERMO MUSSI - MT002935A INTERES.: UNIÃO - “AMICUS CURIAE” INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL - “AMICUS CURIAE” ADVOGADO: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON E OUTRO(S). SP103560 ADVOGADOS: TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM PR022129 LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO - MS007684 INTERES.: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO FEDERAL - “AMICUS CURIAE” ADVOGADOS: CLÁUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(S) - RS022356 OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR - DF016275 INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - “AMICUS CURIAE” ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO INTERES.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL. ABDPRO - “AMICUS CURIAE” ADVOGADOS: JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR - PB011591 MARCOS DE ARAUJO CAVALCANTI - DF028560 INTERES.: ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES

DE PROCESSO- ANNEP - “AMICUS CURIAE” ADVOGADO: PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA E OUTRO(S) - AL006406. EMENTA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4. A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se

igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5. A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: **O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.**

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (grifo nosso)

.....

RECURSO ESPECIAL Nº 1.704.520 - MT (2017/0271924-6)
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE: QUIM COMERCIO DE VESTUARIO INFANTIL LIMITADA - ME ADVOGADOS: PEDRO PAULO PEIXOTO DA SILVA JUNIOR - MT012007 BRUNO OLIVEIRA CASTRO - MT009237 MARCELO AMBRÓSIO CINTRA - MT008934 LUCIANA MONDUZZI FIGUEIREDO E OUTRO(S) - MT006545 RODOLFO COELHO RIBEIRO - MT016215O RECORRIDO: SHIRASE FRANQUIAS E REPRESENTACOES LTDA ADVOGADOS: ANDREA CRUZ SALLES - RJ096250 CATARINA MAÉL DE ANDRADE CARVALHO - RJ141215 MARCELA GUIMARÃES SILVA SERRA E OUTRO(S) - RJ169133 INTERES.: UNIÃO - “AMICUS CURIAE” INTERES.: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO FEDERAL - “AMICUS CURIAE” ADVOGADOS: CLÁUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(S) - RS022356 OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR - DF016275 INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL - “AMICUS CURIAE” ADVOGADO: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON E OUTRO(S) - SP103560 ADVOGADOS: TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM - PR022129 LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO - MS007684 PAULA SARNO BRAGA LAGO - BA018670 INTERES.: ASSOCIAÇÃO NORTE E NORDESTE DE PROFESSORES DE PROCESSO- ANNEP - “AMICUS CURIAE” ADVOGADO : JOSE HENRIQUE MOUTA ARAUJO - DF055508 INTERES.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL - ABDPRO - “AMICUS CURIAE” ADVOGADOS: JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR - PB011591 MARCOS DE ARAUJO CAVALCANTI E OUTRO(S) - DF028560. EMENTA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO

DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações

enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repriminção do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: **O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.**

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.

9- Recurso especial conhecido e provido. (grifo nosso)

5. CONCLUSÃO

Uma das razões para a criação do novo Código de Processo Civil foi o fato das constantes reformas implementadas no *ab rogado* Código

de Buzaid terem feito com que este tivesse perdido sua coerência sistêmica. De sorte que ao elaborar novo diploma legislativo, mormente um código, onde os institutos e seus artigos devem guardar coerência sistêmica entre si, teme-se que a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça venha revogar, de forma oblíqua, o disposto no artigo 1.009, parágrafo 1º do novo diploma processual brasileiro. Este dispositivo estabelece que as questões interlocutórias que não comportam agravo de instrumento e, por esta razão não precluem, devem ser suscitadas quando a interposição do recurso de apelação ou da apresentação das contrarrazões.

Isto porque a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em situações não previstas no rol contido no artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, desde que se comprove “*a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*”, parece, em uma primeira ótica que se passou a admitir a ampla agravabilidade das decisões interlocutórias.

Verifica-se que a tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça foi além daquela esposada pela doutrina dominante. Os doutrinadores defendiam a possibilidade de interposição do agravo de instrumento em situações que guardassem certa relação de compatibilidade com as hipóteses previstas no rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 e não para toda e qualquer situação em que haja “*a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*”, aliás este conceito nada mais é que nosso velho conhecido “*perigo da demora*”.

Guardamos fundado receio de que em um curto prazo esta decisão venha a sepultar o artigo 1.009, parágrafo 1º do Código de Processo Civil de 2015, dando início a uma precoce perda de coerência sistêmica do diploma processual brasileiro, ou, pior ainda, acarretando a revogação anômala do dispositivo legal pelo Poder Judiciário que não possui competência legislativa para tanto.

Acreditamos, por outro lado, que as mazelas relacionadas ao processo não residem no sistema recursal, mas sim em razão de uma gestão ineficiente ou na ausência de seriedade/comprometimento de alguns dirigentes. Não nos parece que somente a alteração do texto legislativo seja possível a solução de nossos males.

Reiteramos a ausência de pretensão de esgotar a matéria nem, tampouco, de solucionar a intrincada questão da morosidade do processo judicial. As reflexões aqui expostas têm apenas o condão de fortificar o debate sobre tão valioso tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda; **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, VOL. 1, PARTE GERAL**. 12^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **NOVO CONTENCIOSO CÍVEL NO CPC/2015**. 1^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Angélica Arruda (Coordenadora) e outros; **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. 1^a ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta Araújo. **A RECORRIBILIDADE DAS INTERLOCUTÓRIAS NO NOVO CPC: VARIAÇÕES SOBRE O TEMA**. Disponível em: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43681070/re-corribilid_interlocut_novo_CPC_-_Henrique_Mouta.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1553270162&Signature=w6Fjw3siSO0Gb6UNJP%2Fnin-gXx%2B4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUTORIAS_NO.pdf. Acesso em 12.02.2019.

BUENO, Cassio Scarpinella; **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 3^a ed., São Paulo: Saraiva jur: 2017.

_____. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANOTADO**. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2017 (livro eletrônico).

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p 522.

- DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 13^a edição, vol. 3, EDITORA JusPODIVM p. 209 e 216.)
- DINAMARCO, Cândido Rangel; **A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**. 13^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- FUX, Luiz (coordenador); **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – DIREITO EM EXPECTATIVA**. 1^a ed., Rio de Janeiro: Forense - Gen, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO**. 3. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2017, p. 1091.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO**. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1531.
- TORRANO, Luiz Antônio Alves. **NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. 1^a ed., Campinas: Servanda, 2016.
- TEIXEIRA, Marília Silva. **A TAXATIVIDADE DO ROL DE HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015**. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/handle/12345/4765>. Acesso em 31.01.2019.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadora) e outros. **Primeiros COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO POR ARTIGO**. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1614.

JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO E (DES) CABIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA

Adelmo José Pereira

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito foi introduzida no sistema processual pátrio a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), diploma promulgado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, sendo certo que, no regime disciplinado pelo antigo Código de Processo Civil (CPC/1973), Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, não existia qualquer autorização explícita para que o órgão julgador cindisse o julgamento dos pedidos apresentados na petição inicial, de maneira a apreciar em momentos distintos questões ligadas ao mérito da demanda.

Assim, esse novo instrumento processual visa promover a efetividade dos comandos judiciais e a celeridade na entrega da prestação jurisdicional, tal como o determinado pelo art. 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 (CF/1988), e pelo art. 4º, do CPC.

Em relação à Fazenda Pública, a legislação processual lhe confere uma série de prerrogativas com o fim de resguardar o interesse público e a isonomia. Entre essas prerrogativas se encontra a remessa necessária, cuja principal característica é impedir que uma sentença de mérito

gere efeitos enquanto não se der a reapreciação dos seus fundamentos pelo tribunal.

Objetiva-se, então, neste trabalho, verificar se, havendo a prolação de um julgamento antecipado parcial do mérito nos autos de um processo contra a Fazenda Pública, deve-se observar os dispositivos legais atinentes à remessa necessária ou se, pelo contrário, eles devem ser interpretados restritivamente para o fim de afastar a sua aplicação.

Por conta disso, na primeira parte deste trabalho, apresentar-se-ão as normas que disciplinam o julgamento antecipado parcial de mérito; em seguida, será feita uma breve explanação acerca das prerrogativas da Fazenda Pública, dando-se especial enfoque à remessa necessária, tudo com o fim de sedimentar o caminho para que, na derradeira parte, seja analisado o cabimento ou não desse instituto jurídico em sede de julgamento antecipado parcial do mérito.

2 JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

2.1 Conceito

O julgamento antecipado parcial de mérito, previsto no art. 356, do CPC, é a forma pela qual o juiz profere uma decisão de mérito no curso do processo sem encerrar a fase de conhecimento.

De forma preliminar, cumpre esclarecer que “o vocábulo mérito, de uso corrente e empregado muitas vezes no Código de Processo Civil, expressa o próprio objeto do processo” (DINAMARCO, 2009, p. 185-187), assim, ele é sinônimo de pretensão inicial (GONÇALVES, 2019, p. 158), de maneira que, quando o juiz julga o mérito da ação, ele analisa o pedido formulado pela parte.

Nesse rumo, o art. 356, do CPC, autoriza que o magistrado aprecie antecipadamente determinado(s) pedido(s) relegando a análise do(s) outro(s) para um momento posterior. Essa decisão tem natureza interlocutória (BUENO, 2019, p. 406), nos termos do art. 203, § 2º, do CPC, entretanto, ela é proferida em caráter definitivo e em cognição exauriente (BUENO, 2019, p. 405; GONÇALVES, 2019, p. 502), significa dizer: julga-se uma questão de mérito que já se encontra madura para tanto, seja porque já existem provas suficientes nos autos

(BUENO, 2019, p. 404), seja porque ela é puramente de direito e não necessita de provas.

O processo, então, terá prosseguimento em relação às demais pretensões, instaurando-se a fase instrutória com o fim de que se faça a produção das provas necessárias para o esclarecimento dos fatos alegados. Após, será proferida uma sentença que julgará os pedidos e encerrará a fase de conhecimento (art. 203, § 1º, do CPC).

Diante disso, o julgamento antecipado parcial do mérito cumpre uma importante função no sistema processual que é a de entregar a prestação jurisdicional em tempo hábil (art. 5º, LXXXVIII, da CF/1988; art. 4º, do CPC) e pronta para ser efetivada mediante a utilização das regras do cumprimento de sentença (art. 520 e seguintes, do CPC).

2.2 Requisito

O requisito essencial para que haja o julgamento antecipado parcial do mérito é a existência de pedidos cumulados independentes entre si ou decomponíveis que possam ser julgados em momentos distintos.

Inicialmente, observa-se que os pedidos são cumulados quando a parte formula mais de um pleito na ação em conformidade com as determinações do art. 327, do CPC. Assim, para que haja o julgamento antecipado parcial do mérito há a necessidade de que esses pedidos sejam cumulados e independentes, ou seja, o pedido ou a sua parcela que será julgada não pode ter relação de prejudicialidade com os demais pedidos que ainda não se encontram maduros para serem apreciados.

Veja-se o caso, por exemplo, da parte que propõe uma ação de investigação de paternidade cumulada com um pedido de condenação ao pagamento de alimentos. Se o réu reconhecer a paternidade, mas impugnar o valor dos alimentos, o juiz poderá proferir um julgamento antecipado parcial (art. 356, I, do CPC) em relação ao primeiro pedido (paternidade) e instaurar a fase instrutória com o objetivo de aferir o binômio necessidade-possibilidade inerente ao dever de alimentar para, somente após, apreciar o pleito de alimentos por sentença.

No entanto, se ocorresse o contrário, ou seja, se réu concordasse com o valor dos alimentos pleiteados e contestasse o pedido de reco-

nhecimento de paternidade, o magistrado não poderia julgar aquele pleito de forma antecipada parcial, pois existe uma relação de prejudicialidade entre o reconhecimento da paternidade e o dever de alimentar. Isso porque, se, ao final do processo, a paternidade não for confirmada pelo exame pericial adequado, esse pedido deve ser julgado improcedente juntamente com o de alimentos, ante a inexistência da referida obrigação.

Ainda, o julgamento antecipado parcial do mérito também pode ser proferido quando um determinado pedido apresentado for decomponível, ou seja, passível de fracionamento.

É o que ocorre, exemplificativamente, quando o autor demanda o réu em razão do inadimplemento de uma determinada quantia que havia sido objeto de um contrato de mútuo. Se o demandado reconhecer a existência do contrato e admitir como devido somente metade do valor indicado, essa fração do pedido pode ser objeto de julgamento antecipado parcial do mérito para fins de promover a imediata satisfação do direito reconhecido, sendo certo que o restante do valor controvertido deve submeter-se à regular instrução probatória para, posteriormente, ser apreciado por sentença.

Evita-se, assim, algo muito comum no passado: a necessidade de se aguardar o encerramento da instrução processual, a despeito da desnecessidade de produção de provas em relação a algumas questões de fato, para, somente ao final do processo, julgar todos os pedidos apresentados pelo autor.

Dessa forma, para que haja o julgamento antecipado parcial do mérito é necessário que os pedidos sejam cumulados ou decomponíveis e que eles não tenham relação de prejudicialidade entre si.

2.3 Hipóteses legais

O art. 356, I e II, do CPC, elenca a existência de pedidos incontroversos nos autos ou que estejam em condições de imediato julgamento como hipóteses passíveis de autorizar o julgamento antecipado parcial do mérito.

Com efeito, em relação à primeira hipótese, vale observar que pedido incontroverso é aquele pleito que não foi objeto de contestação

pelo requerido. Como é sabido, o princípio da impugnação especificada dos fatos (art. 336, do CPC) torna ônus do demandado rebater todos os fatos alegados na petição inicial sob pena de serem considerados verdadeiros. Assim, o silêncio da parte em relação a um ou alguns deles implica na desnecessidade de produção de qualquer tipo de prova nos autos (art. 374, III, do CPC), de maneira que o órgão julgador pode, desde logo, apreciar o(s) pedido(s) mediante a prolação de um julgamento antecipado parcial do mérito.

Ainda, não havendo a necessidade de produção de – outras – provas nos autos ou se o réu for revel, desde que se apliquem os efeitos da revelia (art. 344, do CPC) e ele, ao comparecer nos autos, não tenha formulado pedido de produção de prova (art. 349, do CPC), também será possível o julgamento antecipado parcial de mérito, conforme estabelecido no art. 356, II, combinado com o art. 355, ambos do CPC.

Além disso, todas as demais situações nas quais os pedidos apresentados se encontram em condição de imediato julgamento podem ser apreciados de forma antecipada parcial.

É o que ocorre, por exemplo, quando a parte formula vários pedidos na petição inicial e um deles contraria a jurisprudência vinculante de um dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (art. 927, do CPC). Trata-se de uma situação típica de improcedência liminar, prevista no art. 332, do CPC. Assim, tendo em vista a autonomia desse pedido e a desnecessidade da produção de provas, o juiz o julgará antecipadamente, sendo que, em relação aos demais pedidos, o processo seguirá seu curso normal.

Dessarte, a existência de pedidos cumulados ou decomponíveis que tenham ficado incontroversos nos autos ou que estejam em condições de imediato julgamento, desde que não guardem relação de prejudicialidade entre si, autoriza o julgamento antecipado parcial do mérito, na forma do art. 356, I e II, do CPC, de maneira a prestigiar a celeridade e a efetividade processual.

2.4 Aspectos procedimentais

Cumprir tecer algumas considerações acerca dos aspectos procedimentais do julgamento antecipado parcial do mérito.

Assim, esse tipo de julgamento pode redundar em uma decisão líquida, de maneira que já traga no seu bojo o *quantum debeat* da obrigação a ser cumprida pelo réu, algo que permite a sua imediata execução, ou pode ser ilíquida, de forma que ela estabeleça apenas o dever de reparação (*an debeat*), mas não o valor para tanto, algo que deve ser apurado em posterior liquidação de sentença (arts. 509-512, do CPC).

Uma vez que essa decisão se refere ao mérito da ação, após o seu trânsito em julgado é cabível, em tese, a propositura de uma ação rescisória (art. 966 e seguintes, do CPC), cuja prazo bial começa a transcorrer apenas quando a última decisão de mérito proferida no processo transitar em julgado (art. 975, do CPC).

Além disso, essa decisão pode ser executada mediante a utilização do rito previsto para o cumprimento de sentença. Esse cumprimento será provisório (art. 520, do CPC) enquanto o eventual recurso interposto contra a decisão estiver pendente, nessa hipótese, dispensa-se a prestação de caução nos autos (art. 356, § 2º, do CPC) para fins de satisfação do direito (BUENO, 2019, p. 405), algo que, porém, não isenta o exequente de ressarcir o executado dos prejuízos causados pela execução na hipótese do seu recurso restar improvido (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 866). Em havendo trânsito em julgado da decisão exequenda, o cumprimento de sentença será definitivo (art. 523, do CPC).

Derradeiramente, anota-se que, proferida uma decisão que resolva de forma antecipada e parcial o mérito da causa, ante a sua natureza interlocutória, o recurso cabível na espécie será o de agravo de instrumento, conforme o disposto no art. 356, § 5º, combinado com o art. 1.015, II, ambos do CPC, que, aliás, não tem efeito suspensivo (art. 995, do CPC). Vale observar que, se o julgamento do agravo tiver como resultado a reforma da decisão de primeiro grau por maioria de votos, dar-se-á o prosseguimento do julgamento com o colegiado devidamente ampliado em conformidade com o art. 942, § 3º, II, do CPC (BUENO, 2019, p. 406).

Feitas essas considerações acerca do procedimento do julgamento antecipado parcial do mérito, a seguir, passa-se a discorrer a respeito de algumas particularidade inerentes à atuação da Fazenda Pública em juízo.

3 A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

3.1 Conceito

Integram o conceito de Fazenda Pública todas as entidades que possuem personalidade jurídica de direito público (art. 41, do Código Civil) e estão aptas a participar de um processo judicial, inclusive com o sacrifício de parcela do erário em caso de pronunciamento que lhes seja desfavorável.

Nesse rumo, a expressão “Fazenda Pública”, utilizada ao longo de todo o CPC, refere-se às pessoas jurídicas de direito público compostas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como as suas respectivas autarquias e fundações públicas (CUNHA, 2019, p. 1; RODRIGUES, 2016, p. 2-3).

Assim, entidades que possuem personalidade jurídica de direito privado, tais como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não integram o conceito de Fazenda Pública, tendo em vista que, em regra, elas exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, o que as sujeita ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, conforme art. 173, § 1, II, da CF/1988. É certo, porém, que, se explorarem atividades de natureza pública, a elas também se aplicará o regime jurídico processual reservado aos demais entes que se inserem dentro da expressão “Fazenda Pública”.

Dessa forma, uma vez que a Fazenda Pública é composta por pessoas jurídicas que têm por finalidade precípua a administração de bens e serviços públicos, ao participar de um processo judicial, o CPC lhe confere uma série de prerrogativas com a finalidade de resguardar o interesse público, bem como dar concretude ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/1988, conforme a seguir abordado.

3.2 Interesse público e prerrogativas

A Fazenda Pública desfruta de algumas prerrogativas processuais com o fim de promover a isonomia e assegurar a observância e manutenção do interesse público.

Com efeito, a Fazenda Pública tem por funções primordiais agir de acordo com o interesse público e zelar pela sua proteção (DI PIETRO, 1991, p. 163), sendo certo que, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, “[...] a administração terá posição privilegiada em face de terceiros, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares” (MARINELA, 2007, p. 24–25).

Assim, as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública são uma maneira de equilibrar a relação jurídica processual e garantir, em razão disso, a isonomia e a paridade de tratamento entre as partes (art. 5º, *caput*, da CF/1988; arts. 7º e 139, I, do CPC). Essas prerrogativas em nada se relacionam com a concessão de privilégios nos autos do processo (CUNHA, 2019, p. 31), isso porque esses últimos têm como características o tratamento desigual, infundado e injusto, algo que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/1988).

São exemplos de prerrogativas da Fazenda Pública estabelecidas no CPC: a estipulação de regra específica para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios (art. 85, §§ 3º a 7º, do CPC); o adiamento do momento de pagamento das despesas processuais (art. 91, do CPC); a atribuição de prazos processuais diferenciados (art. 183, do CPC); a dispensa de procuração aos advogados públicos (art. 287, II e III, do CPC); a previsão de limites ao deferimento da tutela provisória (arts. 294 e 1.059, do CPC); a exigência de reexame necessário das sentenças que lhes forem desfavoráveis (art. 496, do CPC); a submissão dos seus débitos decorrentes de decisões judiciais ao regime de precatórios (art. 910, § 1º, do CPC). Ainda, na legislação esparsa, pode-se citar a adoção de um rito diferenciado para a execução dos créditos da Fazenda Pública inscritos em dívida ativa (art. 39, §§ 1º e 2º, da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964; e art. 1º, da Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980).

Dentre essas prerrogativas, merece destaque a remessa necessária, instituto jurídico que será mais bem explanado na próxima subseção deste trabalho.

3.3 Remessa necessária

A remessa necessária, antigamente chamada de reexame necessário, remessa oficial, duplo grau obrigatório e recurso obrigatório, está prevista no art. 496, do CPC.

Cumpra anotar, desde logo, que a remessa necessária não tem natureza jurídica de recurso, pois ele não dispõe de quaisquer características inerentes a esse meio de impugnação das decisões judiciais (ARAÚJO FILHO, 2016, p. 743; BUENO, 2019, p. 479; GONÇALVES, 2019, p. 953), como, por exemplo, voluntarismo na interposição e razões recursais. Ela pode ser considerada uma condição de eficácia da sentença (CONCEIÇÃO, 2019, p. 827; MEDINA, 2011, p. 463; THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1.132), pois, o pronunciamento do tribunal acerca da matéria julgada em primeiro grau é fundamental para que a sentença produza efeitos jurídicos no mundo concreto (BUENO, 2019, p. 479). Em sentido contrário, anote-se a posição de Leonardo Carneiro da Cunha (2019, p. 185) para quem a arremessa necessária é um verdadeiro recurso de ofício.

A remessa necessária, então, sempre deve ser observada nas hipóteses em que a sentença for proferida em desfavor da Fazenda Pública (CUNHA, 2019, p. 189; GONÇALVES, 2019, p. 953), seja em um processo de conhecimento (art. 496, I, do CPC), seja no âmbito dos embargos à execução fiscal (art. 496, II, do CPC).

Cumpra ao magistrado, após a prolação da decisão de mérito, caso não haja apelação, determinar o encaminhamento dos autos à superior instância, sendo que, se ele não o fizer, o presidente do tribunal competente pode, inclusive, avocar o processo para fins de julgamento (art. 496, § 1º, do CPC).

Tem-se, então, como requisitos necessários para que haja a remessa necessária: a existência de uma sentença de mérito contrária aos interesses da Fazenda Pública e a não interposição do recurso de apelação pela sucumbente (CUNHA, 2019, p. 195; THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1.132). Caso seja apresentada uma apelação que impugne parcialmente a sentença proferida, haverá remessa necessária apenas em relação à outra parcela do julgado que não foi objeto da irresignação recursal.

Ainda, com fundamento em critérios econômicos e jurisprudenciais, o estatuto processual arrolou algumas hipóteses nas quais não há o dever de se observar o regramento concernente ao instituto jurídico sob análise.

O primeiro desses critérios está previsto no § 3º do art. 496, do CPC, que estabelece um valor-teto para o fim de excluir a remessa

necessária nas ações nas quais, independentemente do valor da causa, a condenação ou o proveito econômico (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1.134) for de valor líquido inferior a: mil salários-mínimos para a União e as suas respectivas autarquias e fundações; quinhentos salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, os municípios que constituam capitais dos Estados e as respectivas autarquias e fundações; e, por fim, cem salários-mínimos para todos os demais Municípios da Federação, bem como suas autarquias e fundações de direito público.

Considera-se que, nessas hipóteses, o prejuízo ao erário não é de tal monta que torne necessária a reanálise da matéria anteriormente julgada. Naturalmente que, caso o ente público sucumbente considere a decisão condenatória desproporcional e desarrazoada, ele poderá recorrer voluntariamente com o objetivo de modificá-la.

O outro critério utilizado para a exclusão da remessa necessária toma como base a conformidade entre os fundamentos da sentença e a jurisprudência dos tribunais e órgãos administrativos.

Em razão disso, se a sentença proferida contra a Fazenda Pública estiver em consonância com súmula de tribunal superior; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou, ainda, orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, não haverá a necessidade de observar o comando do art. 496, *caput*, do CPC, qualquer que seja o valor da condenação (GONÇALVES, 2019, p. 955).

Esse segundo critério de dispensa busca prestigiar a jurisprudência existente sobre a matéria julgada, de maneira que não se obrigue ao reexame de um determinado tema que já foi objeto de detida análise pelo Poder Judiciário ou pelas instâncias recursais do órgão administrativo. Vale ressaltar que, também nessa hipótese, a Fazenda Pública pode apresentar o seu recurso de apelação nos autos do processo para o fim de impugnar os fundamentos da decisão.

No que diz respeito ao seu processamento, aplicam-se à remessa necessária as mesmas regras pertinentes ao processamento

do recurso de apelação (CUNHA, 2019, p. 197), assim, ela pode ser julgada monocraticamente pelo relator sorteado (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1.134), na forma do art. 932, IV e V, combinado com o art. 1.011, I, ambos do CPC, e Enunciado n. 253 da súmula de jurisprudência dominante do STJ, ainda aplicável à espécie.

Cumpra anotar que a remessa necessária devolve ao tribunal somente a análise da matéria na qual a Fazenda Pública restou sucumbente no feito, de maneira que, inexistindo recurso da parte contrária, não se pode agravar a condenação que lhe foi imposta, sob pena de *reformatio in pejus* (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018, p. 586; THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 1.133), entendimento sedimentado no Enunciado n. 45 da súmula de jurisprudência dominante do STJ. Apesar disso, o órgão julgador de segundo grau poderá conhecer, de ofício, matérias consideradas de ordem pública (GONÇALVES, 2019, p. 956).

Por fim, observa-se que, sob o nome de duplo grau de jurisdição obrigatório, a remessa necessária também está prevista, sem maiores regramentos, na legislação extravagante, como ocorre, por exemplo, no diploma normativo que disciplina as desapropriações por utilidade pública (art. 28, § 1º, do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941); na lei do mandado de segurança (art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009); e na lei da ação popular (art. 19, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965). É certo, porém, que essas disposições previstas em leis especiais não se subordinam diretamente às regras estabelecidas no art. 496, do CPC, e, por conta disso, não serão objeto de análise no presente trabalho.

Dessa forma, a remessa necessária é um instituto jurídico que tem por função promover a reapreciação dos fundamentos da decisão de mérito proferida contra a Fazenda Pública pelo órgão judicante de superior instância, sendo, por conta disso, condição de eficácia da sentença de mérito.

Apresentadas as principais características da remessa necessária, a seguir, analisará-se o comando do art. 496, do CPC, deve ser observado ao se proferir um julgamento antecipado parcial do mérito.

4 O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E A REMESSA NECESSÁRIA

Conforme apresentado anteriormente, a função primordial do julgamento antecipado parcial do mérito é a entrega da prestação jurisdicional de forma efetiva e célere, por sua vez, a da remessa necessária é impedir a produção dos efeitos da sentença de mérito até a sua reapreciação pela instância recursal competente. Cumpre verificar, então, se esses institutos jurídicos são compatíveis entre si ou se a prolação do primeiro implica na impossibilidade de se observar as regras atinentes ao segundo.

Inicialmente, destaca-se que é possível a prolação de um julgamento antecipado parcial do mérito contra a Fazenda Pública (CONCEIÇÃO, 2019, p. 827; CUNHA, 2019, p. 189; GONÇALVES, 2019, p. 954), tendo em vista que o ente público se sujeita a todos os atos processuais que não lhe foram vedados por lei. Assim, ante o fato de que inexistente qualquer dispositivo no estatuto processual que o proíba ou restrinja, é de rigor a sua aplicação irrestrita contra qualquer pessoa que ocupe o polo passivo da demanda.

E, uma vez que esse julgamento antecipado parcial resolve uma questão de mérito em face da Fazenda Pública, segundo Leonardo Carneira da Cunha (2019, p. 189), a coisa julgada material somente poderia se formar após a reapreciação dos seus fundamentos no âmbito de uma remessa necessária. Nesse mesmo sentido, veja-se o posicionamento de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (2016, p. 744), Maria Lucia Lins Conceição (2019, p. 827) e Rogéria Dotti (2017), bem como o Enunciado n. 17 do Fórum Nacional do Poder Público, cujo texto, diz que “a decisão parcial de mérito proferida contra a Fazenda Pública está sujeita ao regime da remessa necessária”.

No entanto, há de se considerar que essa solução não se coaduna com os preceitos que regem os dois institutos jurídicos em análise.

Isso porque a remessa necessária é um instrumento excepcional, cuja utilização em situações pontuais foi expressamente disciplinada pelo CPC, de forma que o art. 496, do CPC, deve ser interpretado restritivamente (CONCEIÇÃO, 2019, p. 827), tendo em vista a esco-

lha legislativa consciente e deliberada pelo uso do vocábulo “sentença” nele inserido (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018, p. 583).

Em virtude dessa interpretação restritiva, só pode haver remessa necessária de decisão interlocutória de mérito quando o próprio CPC estabelecer isso de forma expressa tal como ocorre, por exemplo, com a ação monitória proposta em face da Fazenda Pública (art. 700, § 6º, do CPC).

Com efeito, a decisão que recebe a inicial e determina a expedição do mandado monitório se consubstancia em uma decisão interlocutória (ELIAS, 2015, p. 1.141). Proferida essa decisão, se a Fazenda Pública não opor os embargos previstos no art. 702, do CPC, deve haver a remessa necessária (art. 496, do CPC) para reapreciação daquela decisão inicial pelo tribunal, por força expressa do art. 701, § 4º, do CPC. Após, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial e se dará início à execução (GONÇALVES, 2019, p. 714).

Assim, o regramento do art. 496, do CPC, somente deve ser observado quando se estiver diante de uma sentença ou quando o estatuto processual expressamente o prever em relação a uma determinada decisão interlocutória. Isso porque o julgamento antecipado parcial do mérito tem como pilares a eficiência, efetividade e celeridade na entrega da prestação jurisdicional, objetivos que certamente não se coadunam com os preceitos da remessa necessária.

Ademais, se se admitir a remessa necessária indistintamente no processo, transformar-se-á uma prerrogativa da Fazenda Pública em um privilégio, cuja única finalidade será prejudicar a efetividade do direito do autor. Isso porque, uma vez proferido o julgamento antecipado parcial, se a Fazenda Pública interpor um recurso de agravo de instrumento (arts. 356, § 5º; 1.015, II, do CPC), ele não terá efeito suspensivo (art. 995, do CPC), a menos que seja concedido pelo relator, conforme art. 1.019, I, do CPC. A decisão, então, em regra, poderá produzir desde logo todos os seus efeitos, facultando-se à parte contrária a sua liquidação ou o início imediato da fase de cumprimento, conforme o caso.

Por outro lado, em se admitindo a remessa necessária, se a Fazenda Pública permanecer inerte no processo (art. 496, *caput*, do CPC), o julgamento antecipado parcial somente gerará efeitos após ter os seus

fundamentos reapreciados pelo órgão de superior instância. Significa dizer, então, que não recorrer da decisão será muito mais vantajoso para a Fazenda Pública. Ou seja, o instituto que tem por finalidade proteger o interesse e o erário públicos servirá para, simplesmente, procrastinar o andamento do feito e impedir a efetividade de uma decisão judicial. São situações como essas que fazem Leonardo Greco (2015, p. 84) considerar a remessa necessária uma “aberração” e um privilégio da Fazenda Pública incompatível com o art. 5º, XXXV, da CF/1988.

Assim, sendo a remessa necessária uma medida excepcional, é de rigor uma interpretação restritiva do disposto no art. 496, do CPC, de forma que ele somente seja aplicado nas hipóteses expressamente estabelecidas no referido estatuto processual, pois “o mesmo legislador que afastou a remessa necessária com base no conteúdo da sentença (art. 496, § 4º) pode também dispensá-la pelas circunstâncias especiais em que se dá o julgamento antecipado parcial” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018, p. 583).

Por conta disso,

como o art. 496 menciona a remessa necessária exclusivamente de sentenças, não há como admitir a remessa de decisões interlocutórias de mérito, ainda que proferidas contra a Fazenda Pública, já que não se pode admitir interpretação extensiva do dispositivo. Proferida a decisão, a Fazenda deverá interpor agravo de instrumento, sob a pena de a decisão de mérito transitar em julgado. (GONÇALVES, 2019, p. 954).

Nesse mesmo rumo, vejam-se Marcelo Zenkner (2015, p. 271) e Rogério Mollica (2015, p. 464).

Dessa forma, somente pode haver remessa necessária de decisão interlocutória quando o diploma processual expressamente o prever, tal como ocorre em relação à ação monitória, de forma que, havendo um julgamento antecipado parcial de mérito, cuja finalidade precípua é entregar a prestação jurisdicional com eficiência e de forma efetiva e célere, não há que se cogitar da aplicação das regras do art. 496, do CPC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento antecipado parcial do mérito, previsto no art. 356, do CPC, é o meio pelo qual o magistrado da causa aprecia, sem adentrar à fase instrutória, pedidos ou parcelas de pedidos que se encontram em condições de imediato julgamento.

É certo, então, que esse instituto jurídico concede meios processuais para a prolação de uma decisão judicial célere e efetiva, em conformidade com o comando constitucional previsto no art. 5º, LXXXVIII, da CF/1988, e nos arts. 4º e 6º, do CPC.

A Fazenda Pública, por sua vez, quando comparece em juízo é agraciada com uma série de prerrogativas processuais com o fim de resguardar o interesse e o patrimônio públicos. Nesse rumo, a remessa necessária, prevista no art. 496, do CPC, cumpre uma função importante no sistema, pois, condiciona a eficácia da sentença de mérito proferida contra o ente público à reapreciação dos seus fundamentos por um órgão de superior instância.

É certo, porém, que, sendo uma medida excepcional, somente pode haver remessa necessária em relação às decisões interlocutórias quando isso for expressamente previsto no diploma processual, como ocorre com o art. 701, § 4º, do CPC, que se insere no regramento da ação monitória.

Por conta disso, descabe a observância do regramento atinente à remessa necessária quando se tratar de um julgamento antecipado parcial do mérito, a uma, porque ela é incompatível com os princípios da efetividade e da celeridade que norteiam a aplicação desse tipo de julgamento e, a duas, porque, ante a sua natureza excepcional, deve-se interpretar restritivamente as suas disposições, de forma que ela somente seja observada em relação às decisões interlocutórias quando o próprio estatuto processual assim o determinar expressamente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Comentários ao art. 496. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado n. 45 da súmula de jurisprudência dominante. No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta a fazenda pública. 16 fev. 1992. *Diário da Justiça*: Brasília-DF, p. 10.156, 26 jun. 1992; RSTJ v. 38, p. 157; RT v. 681, p. 199. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2745%27>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado n. 253 da súmula de jurisprudência dominante. O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário. 20 jun. 2001. *Diário da Justiça*: Brasília-DF, p. 264, 15 ago. 2001; RSSTJ vol. 19, p. 171; RSTJ vol. 144, p. 493; RT vol. 792, p. 209. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27253%27>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. ampl., atual e integralmente rev. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins. Anotações aos arts. 489 a 496. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* (coord.). *Código de processo civil anotado*. São Paulo: AASP-OAB/PR, 2015. Atualizado em 25.02.2019. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

DOTTI, Rogéria. *Julgamento parcial de mérito no CPC/2015: Vamos deixar tudo como está?* Publicado em 24 de julho de 2017. Disponível em: https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/480283183/julgamento-parcial-de-merito-no-cpc-2015#_edn2. Acesso em: 15 mar. 2020.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. Anotações aos arts. 700 a 702. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* (coord.). *Código de processo civil anotado*. São Paulo: AASP-OAB/PR, 2015. Atualizado em 25.02.2019. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

FÓRUM NACIONAL DO PODER PÚBLICO, 1. 17 e 18 de junho de 2016, Brasília, DF. Enunciado n. 17. A decisão parcial de mérito proferida contra a Fazenda Pública está sujeita ao regime da remessa necessária. Disponível em: <https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>. Acesso em: 15 mar. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. III.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOLLICA, Rogério. A remessa necessária e o novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Advocacia Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. Coleção Repercussões do novo CPC. v. 3.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Comentários ao art. 496. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: Comentários ao CPC de 2015*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. v. 2

RODRIGUES, Marco Antônio. *A Fazenda Pública no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. *In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Advocacia Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. Coleção repercussões do novo CPC. v. 3.

A CONFORMAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS ÀS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

Anne Victoria Oliveira Guimarães

Thiago Braga Dantas

INTRODUÇÃO

A efetividade da prestação jurisdicional na tutela executiva desde sempre foi tema deveras preocupante para a Justiça brasileira, na medida em que se constata que as taxas de congestionamento processual mais elevadas ocorrem por conta da ineficiência das execuções (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O Estatuto Processual Civil de 2015 (CPC/2015) dedica um capítulo aos “poderes, deveres e responsabilidade do juiz”, e, dispõe, em seu art. 139, IV, caber ao magistrado:

Determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (BRASIL, 2015).

O presente escrito tem por escopo contribuir para as indispensáveis reflexões acerca da interpretação do art. 139, IV, do CPC/2015, de modo a conformá-lo com os direitos fundamentais, a fim de buscar os contornos para o exercício do poder geral de adoção de me-

didadas executivas atípicas recebido pelo juiz. Afinal, esse poder não é ilimitado, havendo, portanto, necessidade de definir parâmetros para sua utilização.

É consabido que a atipicidade do procedimento executivo era permitida nas prestações de fazer, não fazer e, também, para as prestações de dar coisa certa. Com o Código de Processo Civil de 2015, o legislador ampliou essas medidas atípicas para toda e qualquer prestação.

Confirmando o disposto no art. 139, IV, do CPC/2015, constata-se que a localização topográfica da norma legal não deixa dúvidas, uma vez que se encontra na Parte Geral do Diploma Legal, o que reforça sua aplicação a todo e qualquer procedimento do *Codex* (DIDIER JR; CABRAL, 2018, p. 275).

É imperioso destacar que não se deve deixar levar-se pelo entusiasmo, pois a primeira opção do magistrado há de ser pelas medidas executivas típicas, deixando, como *ultima ratio*, aquelas de natureza atípica, no que diz respeito ao cumprimento de decisões. E, ainda, não se pode perder de vista que o poder de direção do processo conferido ao magistrado não pode ser usado para distanciar-se do fim social do processo (AMARAL, 2015, p. 60-61), significando dizer, que devem ser resguardados o respeito e a obediência aos princípios fundamentais dele, tais como: ampla defesa, contraditório, devido processo legal, e boa-fé.

É forçoso destacar que a extensão do poder geral de efetivação das decisões judiciais foi recebida como grande novidade no meio jurídico. Entretanto, há que se tomar cuidado redobrado com algumas situações, como recentes aplicações da norma referida em circunstâncias nas quais, diante do inadimplemento do executado, deferiu-se pedido de suspensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação.

Sobreleva-se o problema então quanto ao caminho que o magistrado pode trilhar, fundamentado no art. 139, IV, do CPC/2015, para determinar, de forma unilateral, a restrição a direitos individuais, objetivando a satisfação de obrigações pecuniárias, sem, com isso, afrontar direitos fundamentais inerentes à própria tutela jurisdicional.

Este artigo busca demonstrar em que contexto o exercício das prerrogativas previstas no art. 139, IV, do CPC/2015, poderá confor-

mar-se com os direitos fundamentais processuais presentes na Carta Política de 1988 e no CPC/2015.

1 ESCORÇO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DAS FORMAS DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) previa sistema executivo em que o poder da efetivação do juiz era mínimo, pois na época em que esse Diploma Legal passou a ter vigência, a maior preocupação era com a efetiva proteção da liberdade do cidadão em contraposição ao uso do poder jurisdicional por parte do Estado, com ênfase, portanto, à segurança jurídica.

O CPC/73 privilegiava o princípio da tipicidade das medidas executivas, significando que todos os meios possíveis de execução deveriam ser previamente estabelecidos pelo legislador, ou seja, já deveriam estar antecipadamente previstos na lei. O devedor, sabendo com antecedência quais os meios a serem utilizados pelo Estado-Juiz para invadir sua esfera jurídica, prevenia-se contra tais investidas, tornando, de certo modo, ineficazes as medidas executivas tipificadas.

Com a modificação gradativa dos valores da sociedade, o Estado também mudou, passando a blindar e proteger os direitos fundamentais também do credor.

Em 1994, a Lei n. 8.972 inseriu no CPC/73 meios executivos atípicos, dentre as ações que tinham como objeto as obrigações de fazer e não fazer (art. 461, § 5º, CPC/1973), sendo tais meios estendidos, em 2002, às obrigações de entrega de coisa (art. 461 – A, *caput* e § 3º, CPC/1973).

O processo de conhecimento e o de execução de sentença foram unificados, pela Lei n. 11.232 de 2005, tanto para as obrigações de fazer, não fazer, como para as de dar coisa certa.

No que diz à efetivação da sentença das obrigações de pagar quantia certa, o magistrado poderia aplicar a multa, na forma do art.475-J do CPC/1973, oriunda da reforma levada a efeito pela Lei n. 11.232/2005.

Não obstante se alcancem avanços com as leis posteriores a 1994, a atipicidade dos meios executivos ainda não podia ser vista enquanto instituto de aplicação genérica, e o modelo de execução do CPC/1973

continuava insuficiente, uma vez que a lentidão e a burocracia dos atos executivos tornava onerosa a execução. Com isso, o CPC/2015, ratificando que a efetividade é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro, trouxe, expressamente, a possibilidade de utilização de meios atípicos para assegurar o cumprimento de decisões que imponham obrigações pecuniárias, inclusive.

A partir dessa elucidação histórico-legislativa das formas de execução da sentença condenatória, no próximo tópico explicitar-se-ão as principais características das medidas executivas atípicas, a fim de que se potencialize a análise acerca do objeto da presente pesquisa, a conformação das medidas executivas atípicas às normas fundamentais do processo, sobretudo.

2 O ART. 139, IV, CPC E AS MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS, MANDAMENTAIS E SUB-ROGATÓRIAS

O art. 139, IV, do CPC/2015, elenca as medidas executivas atípicas que podem ser usadas pelo julgador para garantir o cumprimento das decisões judiciais, quais sejam: medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

As medidas indutivas referidas no art. 139, IV, do CPC/2015, são aquelas que induzem, estimulam, trazendo incentivo para que a decisão judicial seja prontamente cumprida. Aquele que cumprir espontaneamente a decisão judicial receberá vantagem por tal ato. Por isso, desde que disponíveis ao magistrado, elas devem ser as primeiras medidas a serem determinadas, para assegurar o cumprimento de decisões judiciais. Verifica-se, então, que a medida indutiva é “prêmio”, daí ser denominada de sanção premial, na qual o legislador indica situações que, no lugar de causar mal ao devedor se ele descumprir a obrigação, oferece-lhe “prêmio”, incentivo para que cumpra a decisão judicial.

Araújo sintetizou, de forma didática, a definição e principais características de tais medidas, *in verbis*:

As medidas indutivas podem estar previamente contidas no comando legal que preenche o suporte fático da decisão judicial. Estas medidas agregam à decisão judicial um incentivo ao

cumprimento espontâneo do comando, inclusive com o fim de evitar medidas coercitivas pessoais e patrimoniais próprias da execução indireta, ou mesmo, a aplicação da técnica sub-rogatória, que revela a execução direta. (ARAÚJO, 2016, p. 642).

São exemplos de medidas indutivas o desconto no pagamento das custas e redução dos honorários na ação monitória (art. 701, § 1º, CPC/2015).

As medidas coercitivas, por seu turno, como a própria nomenclatura já nos leva a pensar, são aquelas que coagem, que obrigam à satisfação da obrigação. Assim sendo, por meio das medidas coercitivas, o devedor é pressionado a dar cumprimento à decisão judicial. Típico exemplo dessa espécie de medida é a multa prevista para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (art. 537, CPC/2015).

No que diz respeito às medidas mandamentais, elas se concretizam com a expedição de ordem mandamental, hipótese em que seu descumprimento, implica a consumação do delito de desobediência, tipificado no Código Penal Brasileiro. Por via de consequência,

Deve ficar certo, para evitar dúvidas e para exercer pressão, que o obrigado deve ser intimado pessoalmente da ordem mandamental, constando da comunicação a advertência que o descumprimento da obrigação imposta pode resultar na prática de crime de desobediência. (MEIRELES, 2015, p. 247).

Exemplo comum de tal medida é aquela decisão que ordena a nomeação e posse do agente público.

Por outro lado, as medidas sub-rogatórias são condutas típicas da atividade levada a cabo pelo magistrado ou, ainda, à sua ordem, objetivando a obtenção do resultado que deveria ter sido alcançado pelo próprio obrigado, de modo que o julgador faz o que o devedor deveria ter feito. Como típica atividade substitutiva, são inúmeros os exemplos encontrados no Estatuto Processual Civil, como é o caso da busca e apreensão, em que o auxiliar da justiça procura o bem e o entrega a quem de direito.

Importa ressaltar, entretanto, que apesar de o art. 139, IV, do CPC/2015, prever a possibilidade de adoção de medidas inominadas

que permitem ao juiz do caso concreto adaptar o processo executivo às necessidades do direito material, a regra do nosso sistema continua a ser a da tipicidade dos meios executivos, e as medidas executivas atípicas, em regra, devem ser aplicadas apenas de forma subsidiária, o que será explicitado de forma detida a seguir.

3 A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS DE FORMA SUBSIDIÁRIA

É inequívoca a inovação trazida pelo art. 139, IV, CPC/2015, na medida em que possibilitou a utilização de medidas executivas atípicas, estendendo sua aplicabilidade para além das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa certa, para atingir também a obrigação de pagar quantia certa, com o escopo de fazer cumprir a sentença/execução de forma mais eficiente. Impõe-se notar que a subsidiariedade é requisito indispensável para aplicação de tais medidas.

Há que ser destacado, ainda, que o CPC/2015 tratou de forma minudente todo o procedimento para a satisfação das diversas obrigações, havendo, portanto, procedimento que se pode chamar de padrão, o qual se inicia com a citação ou intimação do devedor para satisfazer a obrigação, seguindo-se, daí por diante, rito com medidas de expropriação que culminam com a satisfação do credor.

Ambos os Códigos de processo civil, seja o de 1973 ou o de 2015, preveem medidas executivas típicas para a satisfação da obrigação. Portanto, para a aplicação de medidas executivas inominadas, faz-se mister, como *conditio sine qua non*, a utilização das medidas típicas previstas no ordenamento jurídico. Em consonância com entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), as medidas inominadas só devem ser buscadas quando houver impossibilidade de se satisfazer a obrigação com a utilização do rito próprio previsto no CPC/2015, ou postura processualmente não cooperativa, desleal e de má-fé do executado (RAMOS; WAMBIER, 2019).

Rodovalho (2018, p. 723), em artigo no qual analisa as premissas que possibilitam a aplicação do art. 139, IV, CPC/2015, enfatizou que as medidas executivas atípicas não devem ser as primeiras a serem invocadas, pois, ao revés, a regra do nosso sistema continua a ser a da ti-

picidade dos meios executivos. Portanto, as medidas executivas atípicas hão de ser a *ultima ratio*, o que importa afirmar que, somente com o esgotamento e frustração dos meios executivos típicos, pode-se valer do sistema atípico. Assim sendo, as medidas inominadas são de aplicação subsidiária, devendo ser esgotadas as medidas típicas, o que pode ser dispensado diante da impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Neste momento em que surgem as primeiras interpretações acerca do dispositivo sob comento, começam a surgir um sem número de julgados tratando da questão sob diferentes ângulos, privilegiando-se os do STJ, por ser a Corte responsável pela uniformização da interpretação da norma federal.

Em recente decisão, no julgamento do *Habeas Corpus* 478.963-RS, a 2ª Turma do STJ manteve a apreensão dos passaportes do ex-jogador de futebol Ronaldo de Assis Moreira e de seu irmão como forma de coagi-los a pagar multa e indenização estabelecidas em processo por dano ambiental. Nesse julgamento, a Corte Cidadã, apesar de reconhecer que, em regra, as medidas inominadas devem ser utilizadas de forma subsidiária, destacou a possibilidade de relativização desse critério quando o comportamento processual da parte infringir a boa-fé objetiva, demonstrando propensão à desordem e à deslealdade.

No caso em comento, o Relator, Ministro Francisco Falcão, esclareceu que:

O comportamento processual até aqui adotado é claramente sintomático de que a persistência no caminho executivo típico não alcançará sucesso, razão pela qual existe justo motivo para o emprego de medida coercitiva atípica antes da tentativa de outras providências previstas no CPC. Cuida-se de hipótese em que o princípio da boa-fé objetiva relativiza a exigência sistemática de esgotamento da via típica. (Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Havendo adequada fundamentação da decisão e prévio contraditório, é possível também utilizar-se de meios executivos atípicos antes de exaurida a via típica, desde que previamente vislumbrada a ineficácia da sua persistência, na medida em que eles configuram mecanismos

de controle do poder de efetivação do magistrado, cuja discussão sobre os seus limites ganha curial importância.

4 LIMITES AO PODER DE EFETIVAÇÃO DO MAGISTRADO

O juiz teve seus poderes aumentados no que diz respeito à efetivação de suas decisões. E como todo exercício de poder, limites devem ser estabelecidos para evitar que se cometam excessos, ainda que no afã de bem prestar a tutela jurisdicional. A Magistrada Federal Gabriela M. Ferreira (2018, p. 383) sintetizou muito bem os mecanismos de controle de tal poder. Ei-los: a) necessidade de fundamentação substancial; b) observância do contraditório; c) existência de indícios de que o devedor tem condições de cumprir a obrigação, omitindo seu patrimônio; d) aplicação do princípio da proporcionalidade; e) incidência apenas caso o itinerário típico se mostre frustrado.

Em face de tais colocações, é evidente e imprescindível que a aplicação das medidas inominadas pelo juiz lhe implica o desvencilhamento de ônus argumentativo mais aprofundado, de modo a demonstrar, principalmente, que a medida imposta será, de fato, mais eficiente. Oliveira (2016, p. 13) ainda indica como limite à aplicação da cláusula de efetividade da medida atípica que “o magistrado fundamente de forma devida, com observância ao art. 489, § 1º, CPC/2015, o porquê da aplicação da medida atípica pinçada por ele.”

Não obstante o contraditório deva ser restringido nas medidas típicas expropriatórias, com o objetivo de possibilitar que a finalidade do ato seja resguardada, para que o juiz escolha a medida atípica mais adequada ao caso concreto, e para que ela seja legítima, mister que se respeite o contraditório, devendo ser ouvido o devedor antes da concretização pelo magistrado da medida atípica como forma de coerção. Afinal, como a adoção de medidas inominadas pressupõe a análise de enunciados normativos de conteúdo semântico aberto, é imprescindível que sua concessão ocorra mediante diálogo com o princípio do contraditório.

Excepcionalmente, conforme comentário trazido por Lemos (2018, p. 489), há a possibilidade de cumulação entre medida típica

com outra atípica (uma penhora com uma restrição à utilização da área comum de condomínio, por exemplo). Nessa situação, não haveria a possibilidade de contraditório devido ao pleito cumulado. No entanto, é necessário repisar que essas medidas atípicas, em regra, serão aplicadas com observação ao contraditório, com a devida intimação do executado.

Não há que se olvidar, ainda, que deve estar evidente que o devedor está se esquivando do pagamento da dívida para, só então, lhe ser imputado o meio executivo atípico.

O princípio da proporcionalidade é pressuposto de fundamental importância para a aplicação das medidas executivas atípicas, as quais devem ser adequadas, para que possibilitem o cumprimento da decisão judicial; exigível, para não ultrapassar o limite do estritamente necessário para dar efetividade à tutela do direito e, também, proporcional, devendo o julgador avaliar as vantagens e desvantagens de sua aplicação (WAMBIER, 2015, p. 452).

O direito da efetividade da tutela executiva do exequente deve ser compatibilizado com a dignidade da pessoa humana do executado, preservando-se os dois princípios, na medida do possível. Cunha (2006, p. 325) é enfático ao enfrentar este tema: “é preciso que o juiz aplique, na espécie, o princípio da proporcionalidade, que se destina, como já afirmado e reafirmado, a evitar excessos nos atos do Poder Público.”

Diante do caso concreto, cabe ao juiz ponderar, detidamente, acerca das vantagens e desvantagens na adoção de determinada medida inominada, tendo a mente aberta para evitar criar limitação desproporcional ao exercício do direito fundamental da dignidade humana do executado.

Neves (2018, p. 651) vislumbra que a medida executiva atípica restringirá o exercício de direitos do executado, e “somente quando efetivamente tal restrição gerar prejuízos a ele mais significativos que os benefícios ao credor – e à própria tutela executiva – deve ser inadmitida no caso concreto.” Significa dizer, então, que a aplicação de medidas inominadas, objetivando satisfazer o direito do exequente, não deve ser de tal monta que reduza, excessivamente, e porque não dizer, abusivamente, o exercício de direitos fundamentais do execu-

tado, os quais decorrem, via de regra, do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

É imperioso afirmar que as medidas executivas atípicas sejam aplicadas pelo juiz tão somente naqueles casos em que o rito ordinário não se mostre viável, ou seja, nas situações em que a adoção deste revestiria a decisão judicial de absoluta ineficácia, ou quando houver inobservância da boa-fé objetiva. Portanto, no caso concreto, se o exequente age de má-fé, se as medidas executivas típicas forem tentadas e restarem frustradas e, ainda, havendo elementos de ocultação patrimonial do executado, então, estarão atendidos os pressupostos autorizadores das medidas atípicas (RODOVALHO, 2018, p. 726).

Ferreira (2018, p. 386) ainda indica outros limites que podem ser estabelecidos à aplicação de medidas executivas atípicas, tais como: a) a observância da jurisprudência que se formará em torno delas, dando efetividade e concretude à cláusula geral, devendo ser seguida pelos Magistrados e Cortes de Justiça, conforme prescrito pelo art. 926 do CPC/2015 e; b) a possibilidade de interposição de recursos contra a decisão que fixar as medidas, sendo este um mecanismo de controle da atuação do Poder Judiciário.

A aplicação de medida executiva atípica há de ser analisada quando inserida em caso concreto, a fim de examinar seus contornos, seu impacto frente ao executado e, principalmente, sua constitucionalidade, pois não deve ser permitida a fixação de medidas inominadas que restrinjam direitos fundamentais *a priori*.

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos e, portanto, passíveis de colisão uns com outros. Logo, somente a análise do caso concreto permitirá ao juiz ter a exata dimensão dos direitos colidentes, para que possa sopesá-los e apontar aquele que há de prevalecer, justamente por ser o mais adequado e necessário para alcançar os fins a que se destina (CARREIRA; ABREU, 2018, p. 253).

O juiz há que se debruçar detidamente sobre a situação, de modo a vislumbrar com clareza as eventuais colisões de direitos fundamentais, para que a prestação jurisdicional seja a mais justa possível, dando a cada um o que realmente é seu. O STJ, por exemplo, no Recurso Especial Nº 1.788.950, decidiu, diante da impossibilidade de adimplemento, comprovada pela falta de indícios mínimos de que o executa-

do possui bens aptos a satisfazer a dívida, que, a despeito de se terem esgotados os meios tradicionais de satisfação do crédito, não é cabível a adoção das medidas atípicas de apreensão do passaporte e suspensão da CNH, pois, se acolhidas, serviriam mais como meio de punição do que de coerção, desvirtuando a finalidade da norma.

Do voto da Relatora, a Ministra Nancy Andrighi, extrai-se que:

Em suma, é possível ao juiz adotar meios executivos atípicos desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio apto a cumprir a obrigação a ele imposta, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. (Superior Tribunal de Justiça, 2018).

Induvidosamente se observa que a matéria vem se amoldando aos poucos a determinados contornos legais, consoante emergem algumas situações levadas à apreciação do Poder Judiciário, de sorte que os julgados têm sido cada vez mais sensíveis às circunstâncias de cada caso concreto, que devem ser analisados usando parâmetros bem definidos e sempre com a necessária fundamentação.

É necessário repisar que caberá ao julgador ponderar no caso concreto, tendo pleno conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem a lide, sobre as vantagens e desvantagens da adoção de determinada medida inominada, sempre tendo a mente aberta para a possibilidade de a medida criar uma limitação excessiva de direito fundamental do executado (GUERRA, 1998, p. 176).

Nesse momento da discussão, é importante especificá-la, para, a partir das premissas discutidas, abarcar o tema das medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa.

5 MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

O art. 139, IV, do CPC/2015, além de consagrar o princípio da atipicidade dos meios executivos, já aceito durante a vigência do

CPC/73, passou a prever, expressamente, a aplicação de medidas executivas atípicas às obrigações de pagar quantia certa. No que diz respeito a essas obrigações pecuniárias, é necessário esclarecer que, apesar de existir um procedimento executivo típico nos arts. 523 e seguintes do CPC/2015, isso não afasta a aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos, que passa a ocorrer de forma subsidiária. Ou seja, nas situações em que o binômio penhora-expropriação, que é o procedimento típico, não for capaz de satisfazer o direito do exequente, é admitida a adoção de medidas atípicas, desde que se aperceba que o Exequente age de má-fé, dentre outros requisitos já explicitados.

Cumprido destacar, ainda, o papel de uma medida atípica específica, as *astreintes*, usadas para pressionar psicologicamente o executado a cumprir a obrigação de pagar quantia certa. Essas *astreintes*, de acordo com jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça na vigência do CPC/73, não poderiam ser utilizadas para fazer cumprir as obrigações pecuniárias, uma vez que a multa vinha prevista somente no art. 461 do CPC/73, o qual regulamentava especificamente a execução da obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa (Superior Tribunal de Justiça, 2012).

O CPC/2015, no entanto, não só prevê as *astreintes* entre as medidas executivas típicas, destinadas às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, como também estabelece em seu art. 139, IV, o cabimento de todas as medidas coercitivas na execução da obrigação de pagar quantia certa, o que torna inegável o cabimento das *astreintes* nas execuções pecuniárias.

Assim, “pode se concluir que para a execução das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa, a multa é medida coercitiva típica, enquanto que para a execução de obrigação pecuniária trata-se de medida coercitiva atípica.” (NEVES, 2018, p. 656).

Minami (2018, p. 234), ao tratar da multa como meio coercitivo na execução pecuniária, entende que “As multas coercitivas nas execuções de quantia podem desempenhar importante papel para coagir alguém a colaborar e não obstruir a efetivação da prestação devida.” Dessa forma, há que se observar a periodicidade da multa – que deve ser limitada para evitar que atinja valores exorbitantes –, e, também, sua precariedade – se não tiver força suficiente o juiz deve impor outra medida.

Assim, preenchidos os dois requisitos supramencionados, a serem devidamente valorados pelo magistrado, e analisadas as circunstâncias do caso concreto, é possível a utilização de *astreintes* para prestações pecuniárias.

CONCLUSÃO

O Direito, por ser prática social, não deve ser estanque, tendo ele o dever de acompanhar a realidade social, de natureza essencialmente dinâmica, razão pela qual este texto não tem a pretensão de trazer conclusões imutáveis sobre o tema, mas sim algumas poucas reflexões que possam estimular outros tantos a se debruçar sobre a matéria, nova e complexa, merecendo, dos operadores do direito, tratamento sério ante a sua incontestável relevância, para que não se reduza o sentido e o alcance da norma prescrita no art. 139, IV, do CPC/2015, sob o argumento de que poderia dar margem a arbitrariedades e excessos.

A cláusula geral de efetividade de que trata o art. 139, IV, do CPC/2015, tem o poder de ressignificar a estrutura de efetivação das ordens judiciais, e de reduzir, significativamente, a taxa de congestionamento processual. Não obstante esse dispositivo traga vantagens à efetividade da prestação jurisdicional, não se pode olvidar a necessidade de se observar a proporcionalidade, razoabilidade e eficiência dessas medidas executivas atípicas no caso concreto.

Há que se destacar, ainda, que o CPC/2015 além de consagrar o princípio da atipicidade dos meios executivos, passou a prever, de forma expressa, a aplicação de medidas inominadas às obrigações de pagar quantia certa. No entanto, apesar da importância das medidas executivas atípicas, tanto nas obrigações pecuniárias quanto nas demais espécies de obrigações, elas hão de ser, em regra, a *ultima ratio*, ou seja, na maioria dos casos, o emprego das medidas inominadas está condicionado ao prévio esgotamento dos meios executivos típicos. Entretanto, importa lembrar que este critério pode ser relativizado, no caso concreto, quando houver ocultação de patrimônio ou o comportamento processual da parte infringir a boa-fé objetiva.

Não poderão ser aplicadas as medidas executivas atípicas também quando ficar comprovada a falta de indícios mínimos de que o execu-

tado possui bens aptos a satisfazer a dívida, que, a despeito de se terem esgotados os meios tradicionais de satisfação do crédito, não é cabível a adoção delas ainda assim, pois, se acolhidas, serviriam mais como meio de punição do que de coerção, desvirtuando-se a finalidade da norma.

A reiterada aplicação do art. 139, IV, CPC/2015, pela Corte Superior, e sua sistematização doutrinária, auxiliarão na definição de seus contornos e limites, de modo a não se temer que eventuais colisões entre os direitos do exequente (satisfação da tutela executiva) e do executado (dignidade da pessoa humana) possam reduzir o seu alcance.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório “Justiça em Números 2017”*: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

_____. *Código de Processo Civil*. 26. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 208.474 - SP 2012/0154526-2. Agravante: Maria de Lourdes Tolosa Mollica Govoni. Agravado: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25008185/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-208474-sp-2012-0154526-2-stj/inteiro-teor-25008186?ref=serp>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* Nº 478963 - RS 2018/0302499-2. Impetrante: Sérgio Felício Queiroz. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Francisco Falcão. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711899189/habeas-corpus-hc->

-478963-rs-2018-0302499-2/inteiro-teor-711899194?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.788.950 - MT 2018/0343835-5. Recorrente: Ely Esteves Capistrano Martins. Recorrido: Fernando Emilio da Silva Bardi. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713191645/recurso-especial-resp-1788950-mt-2018-0343835-5/relatorio=-e-voto713191667-?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinícius Caldas da Gama e. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. In: TALAMANI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas Executivas Atípicas*. Bahia: Editora Juspodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Princípio da proporcionalidade na execução civil. In: BRUSCHI, Gilberto (Coord.). *Execução Civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2006.

FERREIRA, Gabriela Macedo. Poder geral de efetivação: em defesa da constitucionalidade da técnica de execução dos direitos do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. In: TALAMANI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas Executivas Atípicas*. Bahia: Editora Juspodivm, 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LEMOS, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/2015. In: TALAMANI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas Executivas Atípicas*. Bahia: Editora Juspodivm, 2018, p. 489.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 247, set. 2015. Disponível em: <<http://www.mpsp>

mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.09.PDF>. Acesso em: 10 dez. 2018.

MINAMI, Marcos Youji. *Da vedação ao non factibile: uma introdução às medidas executivas atípicas*. Salvador: Editora *Juspodivm*, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art.139, IV, do novo CPC. In: TALAMANI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas Executivas Atípicas*. Bahia: Editora *JusPodivm*, 2018.

OLIVEIRA, Rafael. A atipicidade dos meios executivos no código de processo civil brasileiro de 2015. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. DOI: 10.21902/Organização Comitê Científico Double Blind Review pelo SEER/OJS. Recebido em: 06.07.2016. Aprovado em: 13.12.2016.

RAMOS, Newton; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre doutrina e jurisprudência na concretização do NCPC, art.139, inc. IV, (atipicidade dos meio executivos). In: TALAMANI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (Coords.). *Medidas Executivas Atípicas*. Bahia: Editora *Juspodivm*, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

A PRIORIDADE DA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL NA ADOÇÃO ESPECIAL

Thayline Estevam Soares

1 - INTRODUÇÃO

A discussão sobre o tema da adoção já é bem delicada por se tratar de crianças e adolescentes que em sua grande maioria passaram por situações traumáticas desde o abandono, até maus tratos e abusos por parte de pessoas que deveriam amar e ser seus maiores defensores e protetores. Não sendo o bastante, a maior dificuldade de inclusão familiar ainda recai sobre a adoção de crianças e adolescentes que possuem necessidades especiais.

A inclusão social vem tornando o caminho menos árduo para portadores de necessidades especiais de forma que possibilite a igualdade de convívio entre os indivíduos em sociedade. Porém, ainda é bem dificultoso para que pretendentes a adotantes tomem a decisão de incluir em sua vida, crianças ou adolescentes com deficiências e/ou doenças crônicas.

Pensando nessa inclusão social, a Lei 12.955/2014 incluiu ao Estatuto da Criança e do Adolescente a prioridade de tramitação aos processos de adoção de crianças e adolescentes com necessidades especiais, tendo como intuito, tornar mais célere a inclusão familiar desses menores. Todavia abriu-se um leque para discussões a respeito das mudanças e benefícios trazidos pela norma.

O estudo sobre o tema demonstra relevância, tendo em vista a necessidade de ampliar os conhecimentos e incentivos às tomadas de decisões em adotar crianças e adolescentes portadoras de necessidades especiais, já que estão totalmente fora dos padrões de perfil buscado pelos pretendentes a adotantes, que geralmente buscam bebês saudáveis.

Torna-se necessária a análise aprimorada sobre os benefícios trazidos pela Lei 12.955/2014 e a burocracia envolvida desde a tomada de decisão em adotar até a conclusão do processo de adoção e seus impactos sociais.

Logo, é inevitável o debate e questionamento sobre a necessidade de implantação de meios complementares de incentivo à adoção especial.

2 - DESENVOLVIMENTO

2.1. LEGITIMIDADE PARA A ADOÇÃO

Não há que se falar em restrições por cor, sexo, religião, idade, preferência sexual ou até mesmo situação financeira em relação à adoção, visando o respeito e a observância do princípio da igualdade que decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo exigido claro, a idade mínima de 18 anos, já que somente após a maior idade a pessoa se torna apta para os atos da vida civil, segundo MACIEL (2018, p. 245).

Ademais, temos duas figuras de proibição chamadas de relativa e absoluta onde por relativa temos a modalidade de proibição aplicada ao curador e tutor onde após cessada a exigência de prestação de contas sobre aquela criança ou adolescente, já não mais se faz impedido de proceder com a adoção do mesmo, conforme MACIEL (2018, p. 245).

Em relação a proibição absoluta temos aplicabilidade aos ascendentes e irmãos do adotando com previsão legal no Artigo 42, §1º do ECA, com fundamento ao fato de que a relação de parentesco jamais cessará, perdurando por toda a vida, não sendo possível a utilização do instituto da adoção nestes casos, mas sim o pedido de guarda do menor, aduz MACIEL (2018, p. 245).

Quanto ao adotando, é necessário que se façam todas as tentativas de manutenção do convívio familiar e restabelecimento de sua origem

antes de entrarmos no instituto da adoção, já que é medida excepcional, porém não se pode permitir que tantas sejam as tentativas afim de prejudicar a possibilidade de inserção em família substituta, visando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, seguindo o pensamento de MACIEL (2018, p. 245). Diante deste entendimento, a Lei 13.509/2017 (Nova lei de Adoção) veio acrescentando ao Estatuto da criança e do Adolescente por meio de seu artigo Art. 19-A, §3º, o prazo máximo de 90 dias prorrogáveis por igual período, para a busca à família extensa.

Podemos analisar também que a busca pela família extensa quando a mãe entrega seu filho à adoção, nos trazem alguns questionamentos, a respeito do direito dessa mãe pelo sigilo da entrega que obviamente diante dessa busca pela família extensa acaba por ser afetado, mas também devemos mencionar que o menor possui o direito em ter contato familiar seja por meio da guarda ou da adoção.

Diante dessa problemática de interesses, o que deve ser vislumbrado em prioridade, claramente é o de respeitar o princípio do melhor interesse da criança. Sendo assim, a busca pela família extensa deve se restringir apenas ao parentesco próximo com a mãe ou com os quais haja vínculo de afinidade e afetividade para garantir um bom proveito ao convívio familiar de sua origem.

É bem verdade que muitas vezes nos deparamos com a situação de destituição do poder familiar e que esta também é uma possibilidade para inclusão em família substituta por meio da adoção, não podendo esquecer daquelas crianças que não possuam família natural ou que os pais estejam em lugar incerto e não sabido levando a criança a permanecer em situação de abrigada por período superior a seis meses sem que houvesse nenhum indicio de possibilidade de inserção em família substituta, havendo a necessidade de se realizar avaliação pela equipe técnica da instituição de acolhimento, como previsto no Artigo 19, §1º do ECA (1990).

2.2. A ADOÇÃO DE PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS

É importante pensarmos sobre o fato de que as crianças e adolescentes que estão aguardando uma família por meio da adoção, possuem histórias

diversas de vida mesmo sendo tão novos, e na maioria das vezes essas experiências são tidas de forma traumática e penosa, seja por conta de maus tratos, abusos, abandono, uso de drogas ainda na gestação ou durante a infância, acidentes ou doenças e deficiências crônicas.

Muitas são as crianças e adolescentes que possuem necessidades especiais e por mais dura que seja a realidade o fato é que a minoria dos pretendentes a adotantes aptos decidem aceitar crianças ou adolescentes nestas condições, seja por preconceito ou até medo do que desconhecem.

Para termos uma melhor visualização é importante tomarmos conhecimento de que atualmente constam inscritas no Cadastro Nacional de Adoção- CNA, 9.376 crianças/ adolescentes, onde 103 possuem HIV, 331 possuem alguma deficiência física, 771 contam com deficiência mental, 1.221 possuem alguma outra doença detectada e 7.436 possuem alguma doença não identificada no ato do cadastro, perfazendo um percentual 25,98% de crianças/ adolescentes com necessidades especiais, conforme BRASIL, CNJ (2019, online).

Em contraponto temos hoje cadastrados no CNA, segundo BRASIL, CNJ (2019, online), um total de 45.470 candidatos a adotantes, parece ser um número bem considerável e animador diante da quantidade de crianças/adolescentes inscritos, sendo que 50,58% dos candidatos aceitariam crianças com necessidades especiais, o que nos leva a crer que a situação está em pé de igualdade para essas crianças/ adolescentes, porém mesmo com um grande avanço ainda há uma enorme necessidade em relação a aceitação de crianças nessas condições pois nem sempre efetivamente elas acontecem quando se deparam com a notícia de que seu futuro filho possui alguma necessidade ou doença, de acordo com MACIEL (2018, p. 245).

Muitas pessoas ao se deparar com uma informação e uma possibilidade real e não mais apenas dentro de um simples cadastro, acabam por desistir da Adoção, seja por medo da responsabilidade, preconceito ou pelo simples fato de desconhecer o tratamento ou os cuidados que serão necessários para essa criança e o quão elas são capazes de se desenvolver, emanar amor, carinho e afeto.

Faz-se necessário a implementação de medidas de divulgação e informação sobre este tipo de adoção e vem acontecendo diversos movi-

mentos por meio de grupos de apoio à adoção e do Conselho Nacional de Justiça, tendo um grande impacto na sociedade e nas adoções especiais em todo país. Campanhas inclusive com a finalidade de minimizar os casos de devolução dessas crianças ou adolescentes, pois mesmo sendo irrevogável, infelizmente é uma realidade muito presente e assustadora.

É importante mencionar, que a adoção pode até não gerar um filho por meio da gestação natural, mas gera um filho do afeto. Nenhum filho é perfeito e nenhuma maternidade ou paternidade é ou será fácil, cada uma delas tem suas peculiaridades, desafios e processos de superação onde somente com o convívio diário, amor e carinho são ou serão superadas, como disposto por BRASIL, CNJ (2019, online).

Diante disso, a necessidade de ampliação dessas medidas de divulgação e informação, inclusive sobre os tratamentos médicos e procedimentos realizados em cada uma das peculiaridades, doenças e deficiências, se fazem necessárias para não somente minimizar o preconceito, mas também acabar com a insegurança em relação ao fato de se tornarem pais de uma criança que muito provavelmente sofrerá preconceitos e negativas ao longo de sua vida e obviamente nenhum pai ou mãe deseja ver seu filho passando por uma situação tão difícil.

O preconceito e falta de preparo da sociedade é algo que realmente assusta, porém vem diminuindo ao longo dos anos, onde podemos notar que escolas no passado não aceitavam crianças com necessidades especiais e se fazia necessário por muitas vezes a contratação de professores particulares. Hoje a dificuldade existe com toda certeza, porém, já se pode perceber diversas escolas se preparando, qualificando e abrindo vagas para crianças e adolescentes com necessidades especiais.

O artigo 28, §1º da Lei 13.146 de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), assegura a obrigatoriedade de inclusão de alunos com necessidades especiais, em escolas privadas em qualquer modalidade de ensino sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas, o que foi importantíssimo para essa atual mudança social em relação à inclusão de crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais no âmbito da educação, conforme BRASIL (2015, online).

Consequentemente essas medidas de incentivo e inclusão social atingem diretamente o instituto da adoção especial, tendo em vista

que quanto maior for a inclusão e facilitação de convivência em sociedade dessas crianças, maior será a quantidade de pessoas optando por adotá-las.

Certamente a adoção de crianças e adolescentes portadoras de HIV é uma realidade que precisa ser difundida na sociedade, já que o preconceito ainda é bem grande e por isso normalmente as adoções dessas crianças se dão com maior ocorrência por meio da adoção personalíssima, que basicamente consiste na adoção em que o pretendente a adotante já conhece ou tem algum tipo de contato com a criança, mas infelizmente alguns fóruns proíbem este tipo de adoção, segundo o GAASP, ORG (2019, online).

É importante mencionar que o HIV é uma doença que afeta a imunidade e é necessário ter muito cuidado ao se tratar de crianças e adolescentes que estão com a ansiedade em alta para ter uma família, carinho de pai e mãe, pois pode a ansiedade afetar o sistema imunológico e dificultar o tratamento, afirma o GAASP, ORG (2019, online).

A mesma situação ocorre durante o período de adaptação com a nova família e o cuidado deve ser redobrado e com muita atenção dos pais e por isso existe tanta dificuldade em uma criança ou adolescente ser adotado nessas condições, ficando mais aconselhável que os candidatos a adotantes frequentem as entidades de acolhimento, antes chamados de abrigos, e conheçam pessoalmente as crianças que estão disponíveis para serem adotadas, criando assim um facilitador de afeto.

2.3. O PROCEDIMENTO PARA A ADOÇÃO

De imediato, devemos tomar ciência de que somente menores de 18 anos estão sujeitos ao procedimento da lei Nacional de Adoção, salvo já estejam sob guarda ou tutela dos adotantes, sendo caracterizados como crianças aquelas com idade até 12 anos incompletos e adolescentes os que tenham entre 12 e 18 anos. Sendo a Adoção de maiores de 18 anos regulamentada pelo Código Civil, afirma RIZZARDO (2019, p. 521).

Ademais, em se tratando de menores, temos a figura do Conselho Tutelar juntamente com o Ministério Público, onde o conselheiro possui a função de acompanhar os menores que se encontram em

situação de risco. Desta forma, o Conselho Tutelar diante de alguma denúncia ou suspeita sobre maus tratos, castigos físicos ou tratamentos degradantes, ou quando seus direitos forem violados, age tomando medidas de proteção como inclusão em serviços comunitários de proteção e apoio da família e do menor, a exigência de frequência regular em sistema de ensino educacional, encaminhamento e requerimento a tratamento médico, inclusive psicológico, entre outros métodos de preservação do bem estar dessa criança em seio familiar e social, de acordo com BRASIL, CNA (2019, online).

Em casos extremos, o Conselho Tutelar entendendo que haja a necessidade de afastamento desse menor do convívio familiar, deve encaminhar um comunicado devidamente fundamentado ao Ministério Público, onde o acolhimento institucional ou familiar é medida excepcional e provisória, de forma a proceder com a tentativa de reinserção familiar e não havendo tal possibilidade, a colocação em família substituta. Nesse caso, o MP realiza o pedido judicial perante o Juízo da Vara da Infância e da Juventude, para o afastamento dessa criança ou adolescente do convívio familiar, onde estão resguardados, o direito de defesa dos pais ou representante legal, respeitando o princípio do contraditório e da ampla defesa previsto constitucionalmente, podendo levar a destituição do poder familiar, em caráter liminar ou incidental sendo o menor confiado a pessoa idônea mediante termo de responsabilidade conforme disposto no artigo 157 do ECA (1990, online) e diante do pensamento de RIZZARDO (2019, p.521).

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990, online), o prazo máximo para a conclusão do procedimento de Perda e Suspensão do Poder Familiar será de 120 dias, com sentença averbada no registro de nascimento da criança ou adolescente.

Havendo a perda do poder familiar ou não havendo a possibilidade de reinserção familiar, a criança ou adolescente deve ser inserido no cadastro o mais rapidamente possível para que não seja prejudicada a colocação em família substituta, principalmente em se tratando de bebês ou crianças de tenra idade, já que possuem uma maior facilidade de serem adotadas e quanto mais o tempo passa surge também uma maior dificuldade de serem colocadas em uma nova família, segundo MACIEL (2018, p. 263).

Durante a permanência desses menores dentro de instituição de acolhimento, serão realizadas avaliações periódicas a cada 6 meses de todas as crianças abrigadas, onde podem ser relativizados esses períodos em menor tempo a depender do caso, conforme estudo de MACIEL (2018, p. 263).

Cumprе lembrar que para uma criança ser inserida nos cadastros não necessariamente haverá um processo a fim de destituir o poder familiar, pois uma grande parte dessas crianças já chegam ao abrigo por terem sido abandonadas ou por terem sido entregues pelos pais, nestes casos em que a criança é bebê não sendo possível nenhuma informação sobre sua família natural, não há problema algum na inserção nos cadastros. Já aquelas que conseguem fornecer dados a respeito de seus pais ou família, será realizada buscas e investigações para verificar se existe a possibilidade em reintegrá-la no seio familiar e não havendo, promove-se o cadastro dessa criança ou adolescente. Havendo a adoção dessa criança nesta situação, a destituição do poder familiar se dará de forma automática e de forma lógica, segundo MACIEL (2018, p. 264).

Após a verificação de que esta criança ou adolescente se encontra apta para ser adotada e inserida no cadastro para adoção, será necessário que seja verificado uma lista de candidatos habilitados que tenham desejado adotar uma criança ou adolescente com suas características, afirma MACIEL (2018, p. 265).

Quando uma pessoa toma a decisão de adotar, ela precisa ser maior de 18 anos e possuir diferença de no mínimo 16 anos para com seu futuro filho, devendo também ser respeitados os requisitos de proibição relativa e absoluta. Inicialmente se apresentando à Vara da Infância e da Juventude, mesmo sem a presença de advogado, para manifestar a vontade em adotar e devendo ser orientados a solicitar sua habilitação por meio de petição inicial. Em caso de casal, o cônjuge ou companheiro deve manifestar sua concordância, afirma DIAS (2016, p. 845).

O processo de Habilitação será condicionado a frequência em programa de preparação e orientação psicossocial e psicológicas obrigatórias, que contam com estímulos a adoção especial e interracial, sendo realizada a escolha do perfil do adotando em tempo oportuno, além de audiência que pode ser requerida pelo Ministério Público, com a realização de oitiva dos postulantes e testemunhas. Após habilitados e em

posse de certidão que confirma sua habilitação para adoção, os adotantes entram em uma listagem, em ordem cronológica, para aguardarem a possibilidade e disponibilidade de uma criança ou adolescente dentro do perfil escolhido, segundo DIAS (2016, p. 845 – 846).

Diante do surgimento de uma criança dentro do perfil de escolha dos candidatos adotantes, promove-se o encontro entre ambos para verificar se há empatia e caso não haja, será convocado o próximo da lista, de acordo com MACIEL (2018, p. 265). Sendo assim, pode-se notar que caso não haja uma criança dentro do perfil cadastrado, torna-se incrivelmente difícil a inserção dessa criança ou adolescente em um novo lar, uma nova família, tornando o tempo de espera uma grande tortura.

De grande importância podemos observar é a questão de que sempre que possível a etapa de preparação obrigatória incluirá o contato com as crianças e adolescentes acolhidos, com supervisão e apoio técnico dos responsáveis pelo programa. De certa forma surge uma análise sobre o tema em relação ao quão esse ato gera expectativas para as crianças e adolescentes ali presentes, sendo muito provável que por se tratar apenas de processo de habilitação, não irão ver esses candidatos novamente, até porque, para o processo de adoção é necessária a observância da ordem cronológica da lista de espera, afirma DIAS (2016, p. 846).

Após finalmente, encontrar uma criança que esteja dentro do perfil escolhido, é necessário que a Adoção se dê por meio de ação judicial, com representação de advogado constituído ou assistência judiciária e integralmente gratuita àqueles que necessitem. Durante o processo de Adoção, é determinado pelo Juiz o período do estágio de convivência, onde será dada a guarda do menor aos candidatos à adoção, sendo acompanhado o desenvolvimento dessa relação e dessa família pelo assistente social, durante todo o período determinado e somente ao final do período mediante relatório feito pelo agente social, é que a adoção é concretizada, segundo DIAS (2016, p. 847).

A Lei 13.509/2017(Lei Nacional da Adoção), de acordo com BRASIL (2017, online), alterou o ECA (1990) em relação ao prazo de duração do estágio de convivência, que agora conta com o máximo de 90 dias, observando-se a idade da criança e as peculiaridades de cada caso, porém o entendimento é de que deverá ser levado o prazo como

um parâmetro norteador, já que dependendo do caso o julgador poderá desde que fundamentadamente arbitrar um período maior, ficando restrito ao prazo máximo de 180 dias visando o bem estar e o melhor desenvolvimento para a inserção familiar da criança ou adolescente, pautando-se a fundamentação em relatórios técnicos.

Vale mencionar que quando se tratar de menor a partir de 12 anos é indispensável a manifestação da vontade do menor e quando se tratar de criança com idade inferior, independente de sua maturidade ou facilidade de linguagem, sua ouvida se dará por equipe interprofissional do ramo da psicologia ou serviço social e não pelo juiz, devendo sua manifestação ser considerada, conforme DIAS (2016, p. 847).

A Lei 13.509/2017 trouxe também ao ECA a inclusão em seu artigo 47, §10º, do prazo máximo de 120 dias prorrogáveis por igual período fundamentado pela autoridade judiciária, conforme BRASIL, (2017, online), para a conclusão do processo de adoção, o que foi uma inovação louvável ao nosso ordenamento em se tratando de adoção, pois a celeridade processual com certeza é um avanço para a inclusão familiar e social dessas crianças e adolescentes que tanto esperam por um lar e uma família. Porém caberá ao Ministério Público fiscalizar tal medida a fim de que seja de fato respeitado o prazo pelas varas e dessa forma se garantir os direitos dessas crianças.

Não obstante, deve-se observar que além da prioridade que os processos relacionados a crianças e adolescentes possuem, sejam eles em matéria de adoção ou não, devem ser observados também a prioridade prevista pela lei 12.955/2014, ao qual garante a inclusão de prioridade de tramitação processual aos processos de adoções especiais.

2.3.1 A PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS DE ADOÇÃO ESPECIAL

Os processos de Adoção por si só já possuem prioridade de tramitação em relação aos processos de naturezas diversas, por se tratarem de crianças e adolescentes, sendo inclusive colocado na capa uma tarja de prioridade, segundo DIAS (2016, p. 846). Porém diante da Lei 12.955/2014, conforme BRASIL, Planalto (2014, online), que trouxe a inclusão do parágrafo 9º ao artigo 47 do Estatuto da Criança e do

Adolescente, garantiu-se a prioridade máxima aos processos de adoção de crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais, tendo em vista a grande necessidade dessas crianças, já que raramente são escolhidas e nesse caso facilitando com que seja preservada e facilitada a inclusão social e familiar.

Diante desta nova normativa que priorizou os processos de adoção de crianças que possuam deficiências físicas, mentais ou doenças crônicas, surge a necessidade de diferenciar a prioridade de tramitação dos processos de adoção especial e a prioridade ao instituto da adoção, onde podemos analisar que a prioridade de tramitação somente se dá quando já existe um processo de adoção em andamento, com a finalidade de agilizar as fases do processo em detrimento de outros, já em referência à prioridade ao instituto da adoção, faz-se menção ao fato de não mais ser tida a adoção como medida excepcional e sim como um meio de se colocar mais rapidamente essa criança em uma nova família, conforme estudo de SILVA (2014, online).

Sendo assim, somente haverá prioridade para essas crianças especiais quando efetivamente houver candidatos a adotá-las, o que já ficou claro que é muito mais difícil de acontecer do que para outras crianças e adolescentes que não se encontram nessas condições. A prioridade de tramitação dos processos de adoções especiais não possibilitam a extinção de nenhuma das fases procedimentais do instituto da adoção, desta forma ao chegar ao ponto processual que efetivamente há direito de prioridade, o candidato a adotante já esperou por todo um tempo decorrido da fila de espera para encontrar uma criança com as características escolhidas e desta mesma maneira a criança aguardou por todo esse tempo por alguém que pudesse lhe dar carinho e chamar de filho, mesmo sendo portador de necessidades especiais.

Por outro lado pode se notar grande relevância social ao tratarmos do benefício trazido pela lei 12.955/2014 ao ECA, quando tratamos da questão celeridade processual e inclusão social, tendo em vista que a sociedade necessita de mais movimentos por parte do Estado e desta forma a facilitação desses processos mesmo que somente em questão processual e não nas filas de espera, que seria o ideal, já é grande avanço para a sociedade e para incentivar pessoas a tomarem a decisão de adotar crianças com necessidades especiais.

Insta avaliar, que mesmo a lei tratando apenas da prioridade de tramitação, podemos entender que para a real priorização e cumprimento do melhor interesse da criança ou adolescente, em decorrência das necessidades especiais e a maior dificuldade em inserção familiar, sejam levados em consideração também a prioridade ao instituto da adoção em conjunto, consultando os candidatos preferencialmente quanto a possibilidade de adotarem uma criança com necessidades especiais e somente diante de uma negativa serem apresentadas as crianças que não portam essas peculiaridades, ou seja uma prioridade em relação as demais crianças na fila de espera, desta forma possibilitando uma maior aceitabilidade e divulgação de que há alguém muito especial aguardando por um lar.

Imagine a situação onde crianças especiais estejam em grande desvantagem em detrimento de outras que não possuam necessidades especiais, pelo fato da insegurança, medo, preconceito, despreparo e desconhecimento sobre suas peculiaridades e seu desenvolvimento diante de suas deficiências ou doenças, agora imaginem a situação onde essas mesmas crianças com necessidades especiais, devido a uma grande demora burocrática, acabam chegando a uma idade acima do que geralmente os candidatos buscam como perfil. Além de possuírem necessidades especiais, o que para elas já são uma grande dificuldade de inserção, agora também são crianças com idade tardia. Sendo assim, os efeitos da demora burocrática afetam diretamente o melhor interesse desse menor.

Obviamente a criação da lei apenas, não é o suficiente para mudar a realidade em se tratando de adoção especial, sendo muito necessário que as medidas de incentivo sejam amplamente apoiadas, pois como já mencionado, cada medo e anseio por parte dos pais ao se depararem com a notícia de que seu filho é portador de necessidades especiais são constantes não apenas dos pais que os abandonam, mas também dos que decidem adotar essa criança.

3. CONCLUSÃO

O instituto da adoção avançou positivamente ao longo dos anos. Antes era tido como uma forma unicamente de continuidade familiar

para aqueles que não podiam ou não conseguiam ter filhos, e hoje a intenção é a satisfação do melhor interesse da criança em seu direito de ter uma família e um lar constituído de amor, carinho, respeito, afeto e cuidados, respeitados os princípios hoje fortalecidos em favor da preservação e fortalecimento da família e seus integrantes.

Fortalecendo essa visão de que deve ser observado o superior interesse do menor, os processos que se tratam de crianças ou adolescentes já possuem prioridade na tramitação, sendo a Lei 13.509/2017 um complemento trazendo ao ECA a inclusão em seu artigo 47,§10º, do prazo máximo de 120 dias prorrogáveis por igual período fundamentado, gerando uma maior celeridade na conclusão dos processos de adoção, porém sendo necessária uma fiscalização para que seja observado o direito dado pelo legislador.

Ademais, a inclusão social surgiu como uma forma de integração social entre os indivíduos portadores de deficiências e/ou doenças crônicas e os demais, abraçando-os como parte da sociedade e não mais como meros existentes excluídos por suas características diversas.

A Lei 12.955/2014 foi implantada como consequência dessa nova percepção de inclusão, possibilitando uma certa celeridade na tramitação dos processos de adoção especial, ajudando a amenizar a dificuldade de inserção familiar de crianças e adolescentes portadoras de necessidades especiais por meio da adoção.

Porém, resta insuficiente, pois ainda permanece o problema em relação ao procedimento antes de chegar ao tramite processual da adoção, se fazendo necessária uma medida que facilite a prioridade também nas filas de espera por um adotante.

Logo, se observa que apenas por meio do Legislativo não será possível estabelecer a resolução dos problemas existentes em torno do tema, se fazendo necessária a complementação por parte de ações sociais e de meios informativos e educativos para incentivar os pretendentes a adotantes. Portanto, evitar a rejeição por conta de tais características físicas ou mentais dessas crianças e/ou adolescentes.

Tais medidas são importantíssimas para o aumento do número de pessoas decidindo adotar crianças especiais, além de tirar da sociedade a visão de que a adoção é a realização da busca pelo filho perfeito que não tiveram e que não existe, pois, todas as crianças possuem suas peculiaridades e diferenças.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990: Estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art47>
- BRASIL. **Lei 12.955 de 5 de fevereiro de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12955.htm
- BRASIL. **Lei 13.146 de 2015. Estatuto da pessoa com deficiência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 24 de março de 2019 às 15:01hs:
- BRASIL. **Lei 13.509 de 22 de novembro de 2017.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm>
- BRASIL. **Poder Judiciário Código civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.
- BRASIL, **Ministério Público: Adoção.** Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/135969/Sobre_Adocao.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2019
- BRASIL, **Ministério Público.** Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/areas-de-atuacao/infancia-e-juventude>>. Acesso em: 30 de março de 2019.
- BRASIL. **Ministério Público do Paraná: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente e da Educação.** Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/eca/comparativo_eca_x_lei_13509_2017_caopcae.pdf>. Acesso em: 21/04/2019.
- BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça: O que faz um conselho tutelar.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83767-cnj-servico-o-que-faz-um-conselho-tutelar>. Acesso em: 30 de março de 2019.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça. Guia para adoção de crianças e adolescentes.** Cartilha. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess /cadastro-nacional-de-adoacao-cna](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/cadastro-nacional-de-adoacao-cna)> Acesso em: 10 de fevereiro de 2019

BRASIL, **Conselho nacional de justiça: Cadastro Nacional de Adoção.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso em 05 de março de 2019

CONGRESSO ANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA. CALMOM, Guilherme Nogueira da Gama. **Função social da família e jurisprudência brasileira.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/177.pdf> Acesso em: 23 de março de 2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4.ed em e-book baseada em 11. Ed. Impressa. São Paulo. Editora Revista Dos Tribunais Ltda, 2016.

GRUPO DE APOIO À ADOÇÃO DE SÃO PAULO. **Adoção e HIV.** Disponível em: http://www.gaasp.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=265%3Aadocao-de-criancas-soropositivas&catid=46%3Aadocao-especial&Itemid=67. Acesso em: 24 de março de 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 7.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família.** Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIGUEL, Reale. **Função Social da Família no Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>. Acesso em: 23 de março de 2019.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Dayan da. **A priorização dos processos de adoção de crianças e adolescentes portadores de deficiência ou doença crônica segundo a lei nº 12.955/2014**. Artigo Científico (Bacharel em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense – São Paulo: MÉTODO, 2017.

CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM EPISÓDIO DE CONSERVADORISMO DINÂMICO

Leonardo Melo de Carvalho

Thiago Braga Dantas

INTRODUÇÃO

O tema das condições da ação foi importado da doutrina europeia e antes mesmo de ser recepcionado, já se sabia sobre a dificuldade que ronda esse assunto, pois até mesmo em países europeus de longa tradição jurídica e do mesmo sistema romano-germânico de direito, como Itália e Alemanha, esse tema é tratado por formas completamente diferentes. Na Alemanha, por exemplo, não há distinção entre condições da ação e pressupostos processuais, nem entre ação como instituto autônomo do Processo, enquanto que na Itália são considerados separadamente e como institutos autônomos, como explica Alexandre Freitas Câmara (2012). Antes de adentrar no tema, é necessário trazer o seu significado, conforme Didier Jr.:

As condições da ação aparecem, em nosso Código, como requisitos de admissibilidade: o mérito somente poderá ser examinado se todas as condições da ação estiverem presentes. A doutrina geralmente afirma que as condições da ação funcio-

nam como o ‘elo necessário e possível’ entre ação e mérito. (DIDIER JR, 2005, p. 212).

As condições da ação seriam formadas, pelo menos na visão inicial de Liebman, pela legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. A legitimidade *ad causam* nada mais seria do que a capacidade jurídica de adentrar em juízo, componente essencial para se ter direito subjetivo para invocar a tutela jurisdicional; interesse de agir, a necessidade e a utilidade pela qual se invoca a tutela, ou seja, o objetivo que se procura ao adentrar em juízo; e, por fim, a possibilidade jurídica do pedido, que representa a inexistência de obstáculo à pretensão jurídica, para se analisar se o pedido em questão encontra alguma resistência no ordenamento. É questão do pedido não ser impossível e não de ser possível, como bem explica Aragão (1995, p. 394):

A possibilidade jurídica do pedido, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vista à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável.

A finalidade do artigo em questão será justamente avaliar a divergência em torno da existência de seu instituto e do tratamento da natureza jurídica de seus elementos existentes no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). O método utilizado será o de justamente tentar fazer breve análise dos posicionamentos divergentes sobre a natureza jurídica das condições da ação, aliada aos objetivos que o CPC/2015 tentou introduzir, avaliar como essa matéria vem sendo decidida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, por fim, demonstrar quais posicionamentos deveriam ser aplicados à realidade do atual código.

1. Surgimento Histórico das Condições da Ação e das Teorias da Ação

Antes de adentrar ao âmago dos respectivos questionamentos e dos posicionamentos adotados, é imprescindível demonstrar de que maneira as condições da ação surgiram e o modo como foram adotadas

no antigo código, de maneira que facilite a explanação sobre os atuais questionamentos.

Quando se começa a refletir sobre o surgimento das condições da ação, é indissociável pensar também no surgimento da própria ação e de suas teorias, além das fases vividas pela Ciência processual, iniciando-se pelo sincretismo, passando pela fase autonomista, e, mais recentemente, a do instrumentalismo; e há quem diga que já se vive até uma nova fase, a do neoprocessualismo (DIDIER JR., 2011, p. 44). A partir de agora, faz-se necessário aprofundar a análise dessas teorias e do próprio conceito de ação.

A primeira teoria a surgir a respeito do conceito de ação foi a teoria imanentista/civilista/classicista: teoria influenciada pelo sincretismo processual, na qual a ação seria o próprio direito material em movimento, com ele se confundindo, sendo assim uma qualidade de todo direito. Essa teoria foi bastante criticada justamente pelo fato de não explicar o que acontece quando a ação é julgada improcedente, e o caso da ação declaratória negativa (DIDIER JR., 2005, p. 215-219).

Com o início da fase autonomista do processo, vieram as teorias que consideram a ação como instituto autônomo, divergindo, no entanto, quanto a aspectos relativos à abstração ou à concretude. Uma delas foi a teoria da ação como direito autônomo e concreto: teoria trazida por Adolph Wach, principal expoente da fase autonomista do processo, fase essa que só surgiu após a conhecida polêmica Windscheid-Muther, quando se reconhece que o direito de ação é um direito subjetivo que ele visa tutelar, e também concreto, pois só compete a quem é o titular de um direito efetivo e recebe as mesmas críticas da Teoria Imanentista.

Em contraponto à teoria de Wach, emerge a teoria da ação como direito autônomo e abstrato, teoria cujos representantes são Plósz e Degenkolb, em que a ação formar-se-ia com o ajuizamento da demanda, não dependendo de existência de condições da ação, nem de procedência ou improcedência do pedido (principal problema das outras teorias). Esse direito de comparecer em juízo pertence mesmo aos que não tenham razão, qualquer um com plena capacidade de ser parte poderia propor ação.

Entre tantas teorias, a que talvez tenha tido menor aceitabilidade foi a teoria da ação como direito potestativo. Teoria trazida por Chio-

venda, configura ação como um direito de poder, direito esse que não seria contra o Estado, mas sim contra o adversário e recebeu as críticas já levantadas para as teorias anteriores.³

No meio do século XX, com a publicação do livro de Liebman, surge a teoria que até hoje exerce enorme influência nos ordenamentos jurídicos pelo mundo: teoria da ação como direito ao julgamento de mérito/eclética. Nela, a ação corresponde a uma decisão de mérito que é condicionada pelo instituto das condições da ação (legitimidade, interesse de agir, e, inicialmente, a possibilidade jurídica do pedido), que se não forem atendidas, o autor será julgado carecedor da ação, pois embora em si mesma seja abstrata, concreto é o direito à tutela jurisdicional.

E mais recente ainda, surgiu a teoria da asserção. De enorme importância, pois vem sendo aplicada em muitos tribunais no Brasil. Estabelece que se as condições da ação forem analisadas até o fim da fase postulatória como inexistentes, tal circunstância resultaria na extinção do processo sem resolução do mérito, e, após essa fase, se ausente alguma condição, seria caso de improcedência do pedido, como afirma Gajardoni (et al., 2015, p. 128-129):

A teoria da asserção pode se apresentar como saída elegante e útil ao problema de vinculação do Código à teoria eclética. A nova imposição das condições da ação propugnada pela teoria da asserção possibilita o controle de admissibilidade da demanda, considerando o articulado na inicial, sem adentrar no exame das provas, isto é, com base na descrição da pretensão constante da exordial.

Vislumbradas as principais teorias da ação, no próximo item, analisar-se-á o emprego do instituto das condições da ação no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

3 Além das críticas já citadas, sofreu a crítica de não passar de uma variante da teoria da ação como direito concreto, uma vez que as condições de existência são aquelas necessárias para que o juiz declare a existência e atue a vontade concreta da lei quanto ao bem da vida pelo indivíduo (GAJARDONI et al., 2015, p.119-121).

2. Condições da ação no CPC/73

Apresentadas as circunstâncias do surgimento histórico das condições da ação, faz-se necessária breve análise de sua função, interpretação e natureza no CPC/73, no qual se continha a seguinte disposição:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

(BRASIL, 1973).

A primeira observação a se fazer é que o artigo 267 trazia expressamente o termo “condições da ação”, algo que não evitou as inúmeras discussões a respeito do tema. A discussão nessa época pairava, principalmente, sobre a natureza jurídica das condições da ação, discussão que persiste no CPC/2015. Porém com o tempo e as modificações trazidas pelo CPC/2015, o assunto mudou de patamar, o que fica evidente até mesmo pela mudança de posicionamento que tiveram vários doutrinadores.

Para entender sobre o questionamento trazido à luz tanto sobre o antigo código quanto sobre o CPC/2015, é mister esclarecer sobre os juízos existentes, conforme defendido por Buzaid (2002), ao prescrever que haveria dois tipos de juízos: o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. O de admissibilidade diz respeito à validade do procedimento, enquanto que o de mérito é concernente ao objeto litigioso, conforme define Didier Jr. (2016, p. 134), que ainda traz uma importante ideia:

É possível que uma questão seja de admissibilidade da causa e, ao mesmo tempo, seja uma questão de mérito do recurso. Se o juiz, por exemplo, profere uma decisão sob sua competência, esta integrará o mérito do recurso, embora não seja o mérito da ação. Jamais uma mesma questão pode ser de admissibilidade e de mérito em relação a um mesmo procedimento. Na prática,

não se costuma tomar o cuidado de atentar para esta sutileza. A “legitimidade extraordinária” é um requisito de admissibilidade do processo, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade de uma das partes.

O questionamento sobre a natureza jurídica das condições da ação tem extrema ligação com o juízo a que pertenceriam. Observa-se a influência a respeito das teorias da ação, principalmente, da teoria eclética e da asserção, sem olvidar da abstrata, justamente pelo fato de que na teoria da asserção, o juiz deve verificar as condições da ação logo no início do processo, em *status assertionis*, e só naquele momento inicial poderia extinguir o processo sem resolução do mérito; se detectasse sua ausência posteriormente, deveria mesmo assim analisar o mérito, enquanto a teoria eclética, com sustentáculo na teoria da representação, defendia, como já exposto, que, para chegar ao mérito, sempre teria que verificar corretamente as condições da ação, defendendo assim que elas estariam no meio entre o juízo de admissibilidade e de mérito, independentemente do momento em que aferida a sua ausência.

A discussão sobre o mérito era algo inevitável para aqueles que falavam sobre as condições da ação, como muito bem retrata Bedaque (2006, p. 251), ao falar sobre condições da ação e requisitos de admissibilidade:

Muitos não a aceitam, por entenderem que tais condições, porque extraídas da própria relação de direito material, configuram, na verdade, requisitos necessários à procedência do pedido. A atividade desenvolvida pelo juiz, destinada ao exame das condições da ação, representaria verdadeiro juízo de mérito, pois demandaria cognição de aspectos de relação de direito material. (BEDAQUE, 2006, p. 251).

Os principais argumentos daqueles que à época defendiam as condições da ação como questões de mérito, como Didier Jr (2005, p. 214), eram e são (porque ainda há quem defenda) de que as condições da ação e seus elementos na verdade diriam respeito à relação de direito material, e que o juiz, ao analisá-los, estaria resolvendo questões rela-

cionadas ao mérito e, portanto, realizaria juízo de mérito, além do fato de que a decisão de carência da ação, na verdade, deveria ser um caso de improcedência do pedido.

Esse posicionamento é mais próximo da teoria abstrata, superior logicamente à da asserção, por não alterar a natureza do instituto a depender do momento em que sua ausência seja aferida, mesmo que, pragmaticamente, considerando a dogmática do CPC/73 e o princípio da economia processual, a primeira fosse bastante eficiente, por ser mais conciliadora perante esses aspectos, o que ensejou a sua adoção pela jurisprudência do STJ. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CESSÃO DE CRÉDITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA. ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA RELAÇÃO JURÍDICO-MATERIAL. TEORIA DA ASSERÇÃO. JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 485 DO CPC/1973. CABIMENTO DA RESCISÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. “Sentença de mérito a que se refere o art. 485 do CPC, sujeita a ação rescisória, é toda a decisão judicial (= sentença em sentido estrito, acórdão ou decisão interlocutória) que faça juízo sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda” (REsp 784.799/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 2/2/2010). 2. À luz da teoria da asserção, o exame aprofundado das circunstâncias da causa, a fim de verificar a ilegitimidade da parte, constitui julgamento de mérito. Conforme já decidido pelo STJ, “Se, com o aprofundamento da instrução probatória, for constatado que o autor não é o titular da relação jurídica deduzida na lide, o processo deverá ser extinto com a resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC/73, pois o juiz, nessa hipótese, deverá rejeitar o pedido do autor” (REsp 1.605.470/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 1º/12/2016).

3. Sujeita-se à ação rescisória, portanto, o acórdão que reafirma a ilegitimidade ativa a partir do exame aprofundado da relação jurídico-material subjacente ao título executivo.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 861.548/MA, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 13/06/2018). (Superior Tribunal de Justiça, 2018)

Mesmo diante da jurisprudência do STJ, o CPC/2015, quanto a vários institutos, dentre eles, o tema das condições da ação, promoveu reação legislativa, em que novos aspectos normativos desafiaram os antigos entendimentos de doutrina e jurisprudência na categorização da natureza desse instituto.

3. Condições da ação no CPC/2015

Explicitados o surgimento histórico e seu tratamento no CPC/73, é hora de finalmente adentrar aos aspectos das condições da ação no CPC/2015. Neste código não há mais a expressão “condições da ação”, porém ainda há a previsão expressa de alguns de seus elementos, conforme esclarecem os artigos abaixo:

Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

[...] Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.

(BRASIL, 2015).

De antemão é imprescindível observar dois fatores: o primeiro é que o código não faz mais referência ao termo “condições da ação”, como já foi dito acima; e o segundo é que não faz mais menção ao terceiro elemento das condições da ação, que seria a possibilidade jurídica do pedido.

Essa retirada da possibilidade jurídica se deu justamente por conta de Liebman ter perdido o seu principal exemplo sobre o tema, a questão do divórcio, que passou a ser permitido na Itália; porém algo que permanece é que a ausência de interesse e legitimidade continuam impedindo a resolução do mérito da demanda. Desta forma, já é possível reparar uma enorme diferença sofrida pelas condições da ação desde o seu surgimento com a teoria eclética até a ressignificação da sua natureza jurídica no CPC/2015.

O objeto a ser discutido será justamente a natureza jurídica que as condições da ação têm à luz do Novo Código de Processo Civil, retornando ao diálogo já realizado entre os professores Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara, e, por fim, qual seria a melhor teoria da ação a ser adotada para a operabilidade do código.

Logo após que se tomou conhecimento sobre o CPC/2015, já retornaram os debates sobre qual seria a natureza jurídica dos elementos da ação, e a que juízo ficariam vinculados, batalha que já ocorrera no CPC/73, se seriam questões de admissibilidade inseridas dentro dos pressupostos processuais, uma categoria autônoma entre pressupostos processuais e mérito ou estariam dentro do juízo deste.

Em relação ao posicionamento de ser uma categoria autônoma entre pressupostos e mérito, é uma corrente hoje defendida por poucos, como Theodoro Jr (2017, p.194-195), e que já se encontra bastante enfraquecida, muito pelo fato de que o CPC/73 já continha o termo “condições da ação”, e, mesmo assim, era alvo de muitas críticas doutrinárias em relação a sua existência e autonomia, como afirmava Didier Jr. (2005, p. 215-216):

O mais correto seria proscrever as condições da ação da dogmática jurídica e, por tabela, do sistema jurídico, pois, ou compõem o próprio mérito da causa, ou podem ser enquadradas na categoria dos “pressupostos processuais” ou dos requisitos de admissibilidade do processo.

Com o advento do CPC/2015, considerou-se que, com a retirada do termo, as críticas foram ouvidas⁴. Desta forma, as condições da ação

4 Essa posição não é unânime, já que ainda existe uma parcela da doutrina que acredi-

não seriam mais um instituto autônomo entre pressupostos processuais e o mérito, passando a não mais existir como categoria autônoma, embora seus elementos (interesse, legitimidade) continuem sendo objeto de análise e imprescindíveis à análise do mérito.

Trata-se de posição aparentemente mais correta, adotada pelo Novo Código, que, retirando o instituto, não impede o estudo dos seus elementos, e favorece a discussão sobre onde se encaixam o interesse e a legitimidade.

No que se refere a estarem dentro do juízo de mérito, o artigo 485 é muito claro ao afirmar que não será resolvido o mérito, se não houver interesse e legitimidade, sendo assim, a ausência de ambos obstaculiza o provimento do mérito. Como retratado no tópico do CPC/73, a conexão com o mérito era recorrente, pois, para comprovar esses elementos seria necessário adentrar levemente na relação material, mas isso não é suficiente para colocar as condições da ação no juízo de mérito, por vários motivos, dentre eles, observar que a relação material não é sinônimo de realizar juízo de mérito, pois um juízo de mérito exige cognição maior do que apenas observar o interesse e legitimidade de uma relação; são verdadeiras barreiras para a análise do mérito, fazendo parte do juízo de admissibilidade. Preleciona Bedaque (2006, p. 253) que:

[...] em síntese, para não confundir condições da ação com o mérito, carência, com improcedência, propõe a doutrina critério fundamentado na profundidade da cognição, que, como veremos não é o suficiente para solucionar todos os problemas relacionados ao tema, mas auxilia sobremaneira o intérprete a evitar confusões entre planos considerados diversos pelo legislador brasileiro.

Por último, em relação à terceira corrente, no CPC/2015, doutrinadores como Didier Jr. (novo posicionamento) e Leonardo Cunha

ta se tratar de categoria autônoma e independente, como afirmam Mouzalas, Terceiro Neto e Madruga (2019, p.116): “Para a doutrina, as condições da ação não dizem respeito ao mérito, tampouco a admissibilidade do procedimento (como dizem os pressupostos processuais); estão em uma zona intermediária [...]”

estabeleceram que a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir teriam se tornado pressupostos processuais, ligando-se assim, ao juízo de admissibilidade do feito; o interesse seria um pressuposto de validade objetivo extrínseco positivo e a legitimidade um pressuposto de validade subjetivo relativo às partes (DIDIER JR., 2018, p. 361).

Os principais argumentos utilizados para defender essa inclusão como pressupostos processuais são os de que no CPC/2015 não se fez mais uso da expressão “condições da ação”, e que, por isso, não é mais justificável seu estudo doutrinário como categoria autônoma e que só seria possível realizar juízo de admissibilidade ou de mérito, não tendo porque diferenciá-los dos pressupostos dentro do juízo de admissibilidade, posição capitaneada por Didier (2011), quando altera sua visão anterior.

Essa inserção da legitimidade *ad causam* e do interesse como pressupostos processuais, tem sido a corrente predominante em relação à natureza jurídica, entretanto, como não é unânime, vem recebendo algumas críticas justamente por dois motivos: primeiro, que o Código não os cita em conjunto, e sim de maneira separada, cujo exemplo mais claro disso é o próprio artigo 485 do CPC/15, que trata da extinção do processo sem resolução do mérito e que em um inciso trata de pressupostos e depois de interesse e legitimidade, como se diferentes fossem; e segundo porque não seria correto incluir condições da ação dentro dos pressupostos processuais, já que dizem respeito a institutos distintos do processo, um diz respeito a processo e outro sobre processo, e juntar ambos seria ignorar a evolução processual.⁵

No que diz respeito às críticas, não gozam de procedência. Sobre a primeira, consistente na circunstância do Código, no seu artigo 485, usar incisos diferentes para tratar de interesse e legitimidade e depois dos pressupostos processuais em geral, Didier Jr. (2011), antes do código entrar em vigor, já tratou do tema:

5 Câmara (2011) foi quem levantou essa crítica em seu artigo em resposta ao artigo de Didier, no qual foi enfático ao defender “Com todas vênias, pretender incorporar aos pressupostos processuais a categoria das ‘condições da ação’ só poderá ser admitido a partir do momento em que se parar de distinguir os próprios fenômenos da ação e do processo.”

Rigorosamente, não haveria necessidade de o art. 472⁶ do projeto prever mais de um inciso para a extinção do processo pela falta de um pressuposto processual. Na proposta, os incisos I, IV, V, VI e VII repetem a organização do CPC atual e cuidam, substancialmente, do mesmo fenômeno: extinção do processo por inadmissibilidade. Em todos esses casos, o processo é extinto em razão do não preenchimento de um pressuposto processual. Mas essa enumeração, embora teoricamente desnecessária, não é inútil: como “pressuposto processual” é designação vaga, convém identificar, tanto quanto possível, situações típicas de inadmissibilidade do procedimento como a existência de convenção de arbitragem (inciso VII) e a ausência de interesse processual (inciso VI) –, para facilitar a argumentação jurídica. Mantém-se a regra aberta do inciso IV (falta de pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido), para servir às situações atípicas de inadmissibilidade. (DIDIER, 2011).

Nesse sentido já houve julgado do STJ, no Agravo Regimental 3667/DF:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. PRESCRIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. CINCO MAIS CINCO. MATÉRIA NÃO TANGENCIADA PELO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A rescisória por violação de direito federal exige que a tese prestigiada no acórdão seja atacada de forma direta e específica. 2. Hipótese em que a rescisória, fundada em alegação de violação de literal dispositivo de lei, refere-se à questão diversa daquela que foi apreciada pelo acórdão rescindendo. Caso de absoluta assimetria entre o que julgou a Corte e o que alega o autor como causa de rescisão. É inviável pretender rescindir o que não declarou o acórdão, o que nele não se contém. 3. **No regime do CPC de 2015, em que as condições da ação não mais**

6 O artigo 472 mencionado no artigo se refere ao artigo 485 do CPC/2015; a alteração ocorreu após a publicação do trabalho de Didier.

configuram categoria processual autônoma, diversa dos pressupostos processuais e do mérito, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser questão relativa à admissibilidade e passou a ser mérito. Afirma a Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo CPC que “a sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia”[....]

(Superior Tribunal de Justiça, 2016, grifos nossos).

E sobre a segunda crítica, a melhor resposta é a apresentada por Bedaque (2006, p. 182), que divide os pressupostos em processuais e substanciais; os primeiros são aqueles que dizem respeito à matéria processual e os últimos são referentes ao mérito. Desta forma, a crítica de Câmara (2012) aparentemente está correta em parte, já que interesse e legitimidade realmente não deveriam ser tratados como pressupostos processuais em sentido estrito, e sim como pressupostos substanciais, integrantes do gênero do juízo de admissibilidade, pois estão na relação jurídica material, e sua existência é aferida no curso do procedimento, como requisito da análise de mérito, diferentemente dos pressupostos processuais, que seriam verdadeiros requisitos do procedimento propriamente dito.

Questão curiosa se refere à teoria da asserção, que é aplicada, há tempos, levando em conta a existência do instituto das condições da ação, já que se constitui em variante da teoria eclética, em contraposição à da representação, como esclarece Câmara (2014, p. 155, grifos do autor):

Parece-nos que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim norma, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito mate-

rial. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a outra teoria. Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo “carecedor de ação”. A se afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores dessa teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as “condições da ação” que fizer jus a um provimento jurisdicional favorável.

A alteração de categoria do interesse e da legitimidade não constitui óbice para ela, que pode continuar sendo aplicada levando em consideração a diferença do grau de profundidade com que o mérito é analisado. Se aferido de maneira sumária, interesse e legitimidade ensejariam a extinção do processo sem resolução do mérito, como explicitado pelo CPC/2015; se houver incursão profunda na análise do mérito, reconhecer-se-ia a resolução dele, como se encaminha o STJ.

O CPC/15 teve o intuito de fazer com que interesse e legitimidade fossem analisados como fatores que obstaculizam a análise de mérito, inseridos no juízo de admissibilidade, sendo verdadeiros pressupostos substanciais, pois são essencialmente requisitos para a análise do mérito. Portanto, o posicionamento correto seria o de que interesse e legitimidade não seriam genericamente pressupostos processuais, como afirma a doutrina majoritária capitaneada por Didier (2012), e sim uma espécie, os pressupostos substanciais, que podem ser compatibilizados com a teoria da asserção, com base no grau de profundidade com que o mérito é analisado, ensejando a extinção do processo por falta de atendimento a pressuposto substancial, e não mais condição da ação, ou a própria resolução do mérito.

CONCLUSÃO

Pela compreensão majoritária que se faz do CPC/2015, o instituto das condições da ação não existe mais, por elas não constituírem expressa-

mente categoria intermediária entre os pressupostos processuais e o juízo de mérito; tampouco seriam questões de mérito, num primeiro momento, conforme se extrai do art. 485, VI, do CPC/2015, mas, aprioristicamente, interesse e legitimidade seriam pressupostos substanciais.

O CPC/2015 teria se adaptado numa espécie de conservadorismo dinâmico, movimento se faz aparentemente para gerar mudança, mas que é feito, em verdade, para se manter o mesmo contexto, algo bem sutil e técnico, de modo que interesse e legitimidade continuam, desde o CPC/73, fazendo parte do juízo de admissibilidade, como obstáculo para o provimento de mérito, porém não se constituindo em instituto específico (condições da ação), diante de sua integração aos pressupostos processuais, de forma singular, enquanto pressupostos substanciais.

Com o crescimento da aplicabilidade da teoria da asserção, acolhida pelo STJ, dependendo do momento em que se observa a ausência de interesse e legitimidade, e com a extinção das condições da ação, é possível diferenciar os seus impactos e respectiva natureza com base no grau de profundidade com que o mérito é analisado, ensejando a extinção do processo por falta de atendimento a pressuposto substancial se ele for apenas resvalado, e não mais condição da ação, ou a própria resolução do mérito, na hipótese contrária.

A detida compreensão dos conceitos lógico-jurídicos de condições da ação, pressupostos processuais e mérito, permitiu concluir que o CPC/2015 afastou-se da teoria do trinômio processual, com as repercussões que se teve a oportunidade de destacar para a cognição a se realizar pelo juiz, agora sem um terceiro elemento anômalo entre os pressupostos processuais, em sentido geral, e o mérito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**. Estado: Forense, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 26. ed. São Paulo: Rideel, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória Nº 3.667 - DF 2006/0236076-5. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60389460&num_registro=200602360765&data=20160523&tipo=5&formato=P-DF>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 861548 MA 2015/0308387-2.

Relator: Lázaro Guimarães. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/589762465/agravo-interno-no-agravo-em-recurso=-especial-agint-no-aresp861548--ma2015-0308387-2-?ref-serp>>. Acesso em : 15 mar. 2020.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Será o fim da categoria ‘condição da ação’? Uma resposta a Fredie Didier Junior”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 25^a ed. São Paulo: Atlas S. A., 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2011.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Curso de Processo Civil Volume Único**. 11. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ASPECTO LEGAL E VIABILIDADE

Inês da Trindade Chaves de Melo

Introdução

A situação atual do país chama atenção para a questão da probidade do agente público. O administrador público não é o senhor dos bens públicos, é apenas seu gestor. No entanto, a história do Brasil é marcada por situações que exibem atos incompatíveis com a administração proba, que remontam, por exemplo, ao tesoureiro de D. João VI. Bento Maria Jargini, que foi nomeado barão e, posteriormente, visconde, ficou conhecido pelo seguinte ditado: “Quem furta pouco é ladrão. Quem furta muito, barão. Quem mais furta e esconde passa de barão a visconde.”⁷

Com o decorrer dos séculos, a corrupção no Brasil passou a ser tolerada e institucionalizou-se. Nos últimos anos, porém, o combate a tais práticas acirrou-se com a Operação Lava Jato, que culminou na prisão de vários agentes públicos.

7 CAVALCANTI, Pedro. **A corrupção no Brasil**. São Paulo: Siciliano, 1991. p. 46.

A repressão à corrupção pode ser feita de forma preventiva ou repressiva. Preventiva, através da valorização da ética na Administração Pública e repressiva, pela aplicação efetiva de um conjunto de leis denominado “Bloco de Combate à Corrupção”, no qual se inserem a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa, ou LIA); o Código Penal; as leis que definem os chamados crimes de responsabilidade (Lei nº 1.79/50 e Decreto-Lei nº 207/67); a LC nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa), que alterou a LC nº 64/90, para estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade; a Lei nº 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa); e a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática e por atos contra a Administração Pública nacional e estrangeira e mais recentemente com a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil dita, no seu art. 37, os princípios que devem nortear uma administração proba.

A corrupção é um tema constante no País e de grande importância para a sociedade, ao lado da improbidade administrativa. Nesse cenário surgiu a Lei nº 8.429/92, que veio regulamentar o § 4º do art. 37 da CRFB, a fim de reprimir a improbidade administrativa. Com apenas 25 (vinte e cinco) artigos, contém vários temas controversos.

Nessa esteira, a Lei de Improbidade Administrativa consiste em um eficaz instrumento para o combate à corrupção. No entanto, a vedação da possibilidade de acordo ou transação na seara dessa lei acabou por dificultar a finalidade precípua de recuperação da *res publica* e, por isso, inicia-se a defesa da aplicabilidade dos métodos de solução de conflito, ainda mais com a recente alteração do artigo 17, §1º da LIA.

2 Dos métodos alternativos de solução de conflitos do NCPC e a aplicabilidade pela Administração Pública

Ainda que com previsões esparsas em outras legislações, com o advento do Novo Código de Processo Civil (NCPC) ocorre uma valorização dos métodos alternativos de solução de conflitos, com uma maior promoção da razoável duração do processo por meio de seus arts. 165 a 175. Aliás, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

⁸ por meio da Resolução nº 125/10, em seu art. 165, menciona que os Tribunais:

[...] criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Dessa forma, verifica-se acerto do legislador quanto à previsão expressa dos métodos de solução de conflitos, pouco abordados no antigo Código de Processo Civil (1973), reforçando a ideia de celeridade, a exemplo da conciliação e da mediação.

Em que pese a similitude conceitual da conciliação e da mediação estabelecida pelo legislador no NCPC, consigna-se que os institutos não se confundem, ainda que ambos sejam realizados por um terceiro sem poder decisório e com imparcialidade. Isso porque a conciliação é procedimento simplório, em que o conciliador pode interferir na questão, caracterizada por incidir em uma controvérsia pontual. Diferentemente, a mediação caracteriza-se como um procedimento de negociação realizada por terceiro também imparcial, nos casos de existência de vínculo anterior entre as partes.⁹

A grande celeuma reside em trazer os métodos de solução de conflitos aplicáveis no campo privado para casos em que há interesse público, muito em virtude da indisponibilidade deste último, definido como absoluto e inflexível.

Isso porque, a título de exemplificação, a Lei 13.140/2015 impede acordos sobre direitos indisponíveis não transigíveis, conforme previsto no artigo 3º, parágrafo segundo.¹⁰

8 DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 38.

9 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 140-141.

10 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba: CV, 2017. P. 235.

Entretanto, a mencionada visão não se adequa ao direito administrativo moderno, por ser o interesse público fluido, necessitando de um juízo de ponderação no caso em concreto, servindo os métodos de solução dos conflitos como mecanismo de solução de disputas públicas.¹¹

Aliás, há precedente do Supremo Tribunal Federal,¹² no Recurso Extraordinário nº 253.885, flexibilizando o Princípio do Interesse Público e permitindo transação. Nesse sentido:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

3 Dos métodos de solução de conflitos na Lei de Improbidade Administrativa

Ainda que o Novo Código de Processo Civil enalteça os métodos de solução de conflitos como instrumentos de celeridade processual, o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92¹³ até pouco tempo proibia expressa-

11 NEIVA, Geisa Rosignoli. **Conciliação e mediação pela administração pública**: parâmetros para sua efetivação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 117.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 253.885/MG**. Recorrente: Município de Santa Rita do Sapucaí. Recorrida: Lázara Rodrigues Leite. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília. Disponível em: www.stf.gov.jus.br. Acesso em: 20 set. 2019.

13 BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, car-

mente “transação, acordo ou conciliação” no processo de improbidade administrativa, conforme se verifica, *in verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

Salienta-se que o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) ajuizou uma ADI, que recebeu o nº 5.980,¹⁴ em que questionava o § 1º do art. 17 da LIA. A fundamentação do partido é de que tal regra vedava o Ministério Público ou a pessoa jurídica da administração direta ou indireta de buscar qualquer solução de composição nas ações sobre o tema de improbidade, ainda que seja de interesse público.

De fato, a proibição de qualquer transação ocasionava ineficiência administrativa, porque impossibilitava a solução dos litígios de maneira mais célere. Aliás, a vedação resultava no duplice prejuízo ao erário, tanto por causa dos gastos com a demora do processo judicial, quanto com a lentidão da devolução dos valores públicos desviados.

Wallace Paiva Martins Junior¹⁵ já compartilhava em parte dessa ideia, na medida em que já sustentava, antes mesmo da alteração promovida pelo Pacote Anticrime, a possibilidade de adoção dos institutos que favorecem autores ou partícipes de atos de improbidade administrativa, tendo em vista a maior eficiência no combate à improbidade.

Na mesma linha, Marcelo de Figueiredo¹⁶ também já sustentava, no que tange ao art. 17, § 1º, da LIA (antes de sua alteração) a impos-

go, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em 20 set. 2019.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.980**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5512784>. Acesso em 20 set. 2019

15 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 404-406.

16 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 240-242.

sibilidade de transação, diante do princípio da moralidade administrativa. No entanto, defendia a necessidade de alteração da previsão da lei, diante dos bons resultados alcançados em operações no combate à corrupção.

Como mencionado anteriormente, diversas normas já autorizam métodos alternativos de solução de conflitos, como a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.486/13),¹⁷ que destaca a possibilidade de a administração pública celebrar acordo de leniência com pessoas jurídicas que cometeram atos lesivos. Ressalta-se, no caso da leniência, que o art. 16 prevê a celebração do acordo apenas na fase de investigações e do processo administrativo, ou seja, em fase extrajudiciais, conforme destaca-se:

A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]

Nesse sentido, antes mesmo da alteração promovida pelo Pacote Anticrime era adequado defender a aplicabilidade do instituto da leniência na fase pré-processual e extrajudicial, mas não no bojo da própria ação de improbidade, conforme entendimento de Kleber Bispo dos Santos:¹⁸

Desse modo, sustentamos que o acordo de leniência no âmbito da responsabilização por atos de improbidade administrativa deve se dar na fase extrajudicial, vale dizer, na fase do inquérito civil, instaurado pelo Ministério Público ou na fase do processo administrativo instaurado pelo ente público interessado. Pelas razões expostas, não entendemos ser cabível o acordo de le-

17 BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em 20 set. 2019.

18 SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 156.

niência durante a tramitação da ação judicial ou após o trânsito em julgado da ação judicial na fase de execução.

Outro método de solução de conflitos debatido na doutrina como possível em uma ação de improbidade administrativa é o instituto da colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/13 (Organização Criminosa). Nesse sentido, segundo Fredie Didier Jr.,¹⁹ o antigo § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 já estava ultrapassado, tal tese demonstra acertada, diante da recente alteração promovida pelo Pacote Anticrime).

Assim, antes mesmo da modificação do art. 17, § 1º da LIA, já se defendia a possibilidade de uma colaboração premiada, diante da proximidade entre a ação penal e a ação por improbidade administrativa, em virtude das sanções decorrentes, muito embora a natureza jurídica seja diferente, já que a ação de improbidade está inserida no campo de direito administrativo com natureza civil e a outra ação, obviamente, no de direito penal. Por fim, a conclusão do autor.

[...] na dimensão ressarcitória/desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica a qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. único, CPC).

As fases no processo da ação de improbidade administrativa, com uma defesa prévia, da mesma forma que ocorre no processo penal, também constituem prova da semelhança entre as ações, ainda segundo Fredie Didier Jr.²⁰

19 DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/475/637>. Acesso em: 3 mar. 2018.

20 DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/475/637>.

Na edição da Lei nº 8.429/92, o sistema do Direito Penal brasileiro era contrário a qualquer solução negociada. Ocorre que, a partir de 1995, com a Lei nº 9.099/95, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro, tendo-se desenvolvido técnicas de justiça penal consensual. São exemplos a transação penal, prevista em seu art. 76,²¹ e a suspensão condicional do processo penal, prevista no art. 89.²² Nesses casos, existe

com/index.php/revistaaec/article/view/475/637. Acesso em: 3 mar. 2018.

21 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

22 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material.

Dessa forma, o que impedia a colaboração premiada na ação de improbidade administrativa era justamente a impossibilidade da ocorrência de negociação no campo penal, tendo em vista princípios basilares, como o da obrigatoriedade na ação civil pública e da previsão de que o interesse público era completamente indisponível.

A partir do momento em que na esfera penal existe a possibilidade de barganha com o acusado dos resultados que traz uma ação penal, nada mais lógico do que existir tal possibilidade em um processo de natureza civil como o de improbidade administrativa.

Com efeito, respeitável parcela da doutrina já afirmava ser plenamente possível a extensão da colaboração premiada para a ação de improbidade, vez que se trata de um benefício ao acusado, além de potencializar a própria recomposição do erário. Essa tese é abraçada, por exemplo, por Nicolao Dino²³ e por Cleber Masson e Vinicius Marçal.²⁴ Além dos autores mencionados, fato é que já encontrávamos na jurisprudência previsão sobre a possibilidade da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa, como visto no precedente do

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

23 DINO, Nicolao. A colaboração premiada na Improbidade Administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 455-459.

24 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 152-155.

Tribunal Regional da 4ª Região, de relatoria do desembargador federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle:²⁵

O artigo 17, § 1º, da Lei 8.429/92 veda a “transação, acordo ou conciliação” nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada. Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativa, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais. Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa.

No entanto, não eram todos os doutrinadores que se curvavam para a possibilidade de aproveitamento da colaboração premiada na ação de improbidade administrativa. Exemplo disso são Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.²⁶

Esses doutrinadores afirmavam ser inviável a aplicação da delação premiada na tentativa de inviabilizar o ajuizamento da ação de improbidade administrativa ou mesmo extinguir aquelas que já tramitam.

25 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (4. Turma). **Agravo de Instrumento nº 50016898320164040000 5001689-83.2016.404.0000**. Relator: Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle. Julgamento: 21 jan. 2016. Publicação: D.E. 28 jan. 2016. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381072265/agravo-de-instrumento-ag-50016898320164040000-5001689-8320164040000?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 set. 2019.

26 GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 915.

Isso porque o art. 17, § 1º, da LIA vedava expressamente qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação, como já exposto.

Entretanto, nesse ponto, conclui-se que os mencionados autores não levaram em consideração a MP 703/15. Eles afirmavam ainda que as esferas criminal, cível e administrativa são independentes, ressalvadas as hipóteses de prevalência da jurisdição criminal expressamente prevista nos arts. 65 e 386, I, IV e VI do Código de Processo Penal.²⁷

Diante disso, uma visão mais progressista, já defendia que tanto a Lei Anticorrupção quanto a Lei de Organização Criminosa, por serem posteriores à LIA, teriam revogado tacitamente a norma que veda acordo ou transação em uma ação de improbidade.

Além do exposto, há um argumento dogmático mais simples que já defendia a revogação do art. 17, § 1º, da LIA. O § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/15 (Lei da Mediação)²⁸ expressamente admite a autocomposição em ação de improbidade administrativa. Verifica-se:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito,

²⁷ **Art. 65.** Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

[...]

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

²⁸ **BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

[...]

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

No mais, outro argumento de reforço que já possibilitava métodos alternativos de solução de conflitos na ação de improbidade administrativa é a Lei nº 7.347/85, que determina a viabilidade de órgãos públicos firmarem termo de ajustamento de conduta (TAC) com os interessados.

Nessa esteira, o Conselho Nacional do Ministério Público prevê expressamente, através da Resolução 179/17,²⁹ que ajustes são cabíveis nas ações de improbidade administrativa. Destaca-se:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

[...]

§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou

29 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017**. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <http://www.cntp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

Diante de tantos argumentos de reforço para concretizar acordos no bojo de uma ação de improbidade administrativa, surgem as mais recentes introduções sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, no contexto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto 4.657/42.³⁰

Com isso, passou-se a defender a revogação parcial procedida pelo art. 26 da LINDB no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92. Determina o art. 26, *in verbis*:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Desse modo, a previsão na LINDB já autorizava a firmação de termos de ajustamento de conduta por órgãos legitimados, tanto nos

30 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 20 set. 2019.

inquéritos civis e disciplinares quanto nas ações de improbidade administrativa, podendo impactar diretamente a ADI 5.980 pelo STF, vista anteriormente.

Com eficácia irradiadora nas demais normas do ordenamento jurídico, a LINDB era justificativa mais que suficiente para defesa da revogação tácita do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, não sendo lógico a espera da iniciativa do Poder Legislativo alterando a norma da LIA, se por interpretação da LINDB possibilitam-se acordos na esfera da ação de improbidade.

Ademais, diante de tantos casos de atos de improbidade, já se aguardava a alteração do art. 17, § 1º, como instrumento para reforçar a ideia de que os métodos alternativos de solução de conflitos tornam-se instrumentos eficazes para o combate mais célere e imediato dos atos ímprobos.

Com isso, adveio o Pacote Anticorrupção, através da Lei nº13.964/19, que modificou expressamente o §1º do art. 17 da LIA, através do seu artigo 6º, passando a prever a possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível, ou seja, tanto o Ministério Público como o ente lesado podem fazer acordo. Nesse sentido, destaca-se:

Art. 6º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 17.

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

Vislumbra-se que a alteração sobre a viabilidade de acordo em ações de improbidade administrativa foi gradativa, culminando na alteração expressa da lei, não pairando dúvidas quanto à possibilidade de acordo em uma ação de improbidade administrativa, sendo pela maioria das vezes, o método mais eficaz e ágil para a solução do caso em concreto.

4 Conclusão

Com base nos fundamentos acima expostos, conclui-se que as medidas alternativas de solução de conflitos são fortes instrumentos de auxílio à celeridade em causas sobre o combate à corrupção, incluindo-se as ações de improbidade administrativa.

No atual Estado Democrático de Direito, medidas de composição concorrem para um resultado mais ágil em assuntos que atingem diretamente toda a sociedade, diante dos desvios financeiros resultantes de cometimento de atos ímprobos, o que lesa os cidadãos em esferas como saúde e educação.

Em que pese a antiga vedação legal de acordo e transação prevista no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, verifica-se uma onda inovadora de legislações no combate à corrupção, como leniência, colaboração premiada, acordos e mediação, que mesmo dispostas em outras leis permitiram amplificar a discussão sobre não ser absoluta a vedação legal da LIA.

Nesse sentido, a ultrapassada previsão legal de impossibilidade de acordos na esfera de uma ação de improbidade administrativa foi mitigada com o tempo, com o fundamento de que o interesse público em certas situações necessita de uma solução consensual. Desse modo, os métodos alternativos de solução de conflitos tornaram-se parceiros do Poder Judiciário, conscientizando o ímprobo de seus atos e permitindo a colaboração dos infratores com a solução do caso.

Com isso, não restou outra alternativa a não ser a alteração legislativa do art. 17, § 1º, da LIA. Ademais, legislações como as Leis de Mediação e de Organização Criminosa sugerem a ocorrência de uma revogação tácita da vedação prevista na Lei de Improbidade. Como argumento de reforço, a disposição do art. 26 da LINDB não deixou **dúvida quanto a essa revogação**, uma vez que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se irradia para todas as demais normas do ordenamento jurídico, assim como a Lei nº 8.429/92.

Por última disposição, e para não deixar mais dúvidas, o Pacote Anticrime tornou possível expressamente a possibilidade de acordos nas ações de improbidade, com a modificação expressa do artigo 17, §1º da LIA.

Desse modo, a utilização da solução consensual dos conflitos na seara da improbidade administrativa não sugere a interpretação de violação aos interesses difusos. Pelo contrário, a composição na esfera da improbidade administrativa é o próprio incentivo para a probidade administrativa, pois se reflete no aspecto positivo do interesse público.

Por fim, conclui-se que, após anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, o surgimento de várias leis integrantes do bloco de combate à corrupção, bem como demais normas e a alteração recente promovida pelo Pacote Anticrime revelam que a composição na improbidade administrativa, a depender do caso em concreto, pode ser o meio mais adequado para a efetiva tutela do patrimônio público.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017**. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 20 set. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.980**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp/incidente=5512784>. Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 253.885/MG**. Recorrente: Município de Santa Rita do Sapucaí. Recorrida: Lázara Rodrigues Leite. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (4. Turma). **Agravo de Instrumento nº 50016898320164040000 5001689-83.2016.404.0000**. Relator: Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle. Julgamento: 21 jan. 2016. Publicação: D.E. 28 jan. 2016. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com>.

br/jurisprudencia/381072265/agravo-de-instrumento-
-ag-50016898320164040000-5001689-8320

164040000?ref=juris-tabs. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de setembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 30 março. 2020.

CAVALCANTI, Pedro. **A corrupção no Brasil.** São Paulo: Siciliano, 1991.

DALLA, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/475/637>. Acesso em: 3 mar. 2018.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na Improbidade Administrativa: possibilidade e repercussão probatória. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** Salvador: Juspodivm, 2015. p. 455-459.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 240-242.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015.

NEIVA, Geisa Rosignoli. **Conciliação e mediação pela administração pública**: parâmetros para sua efetivação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba: CV, 2017

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de leniência na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA E SUA INTERVENÇÃO NA JURISDIÇÃO CIVIL

Fabiola Lottermann Lemos

1- INTRODUÇÃO³¹

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar quando a sentença criminal absolutória consegue intervir na jurisdição civil, fazendo coisa julgada, ou seja, não mais poderá ser pleiteada na esfera civil.

Porém, para isso precisa passar por partes importantes antes de chegar ao objetivo, porque assim será explicado o processo desde seu início para um melhor entendimento.

A primeira seção trata da jurisdição. Fala de sua origem, de sua importância, porque foi necessário criá-la e quem a exerce, além de elencar seus elementos e características que a compõem para sua melhor aplicação do direito na nossa sociedade.

A segunda seção fala sobre o princípio da independência das instâncias civil e penal. Ver-se-á se essa independência entre as esferas é absoluta ou relativa, se ela realmente se aplica ao caso, e como funcionam as responsabilidades civil e penal para melhor entendimento.

A terceira seção expõe as situações em que é possível após uma sentença penal absolutória, pedir reparação por meio de ação civil *ex*

31 Orientadora: Caroline Godinho dos Anjos

delicto na esfera civil, e quais são essas maneiras e em que momento serão apropriadas para intentar a ação.

A quarta e última seção, discorre sobre a intervenção da sentença penal absolutória fazendo coisa julgada na esfera civil, ou seja, a decisão absolutória do âmbito penal, interfere diretamente no civil, impedindo que seja intentada a ação para reparar os danos da infração penal, por não ser cabível nas hipóteses descritas a seguir.

2. CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Partindo do conceito originário da palavra, Tourinho Filho (2013, p. 77) diz que “etimologicamente, a palavra *jurisdição* vem de *jurisdictio*, formada de *jus, juris* (direito) e de *dictio, dictionis* (ação de dizer, pronúncia, expressão), traduzindo, assim, a ideia de ação de dizer o direito.”

Destarte, essa ação, além de ser extremamente necessária, também precisava ter seus limites estabelecidos, para que não houvesse um excesso, como conta Tourinho Filho (2013, p. 80):

A *jurisdição* surgiu, assim, como uma necessidade jurídica, para impedir que a “autodefesa”, descomedida e imoderada, levasse a sociedade à desordem extrema, e, ao mesmo tempo, como garantia da liberdade perante “a los excesos del autoritarismo sin freno”. É certo que a “autodefesa” ainda perdura, mas rigorosamente, dentro dos seus inevitáveis limites.

Já de acordo com o artigo 16 do Código de Processo Civil (2015), a jurisdição é exercida por juízes e tribunais em todo território nacional, tendo assim um poder infracionável adquirido da sua unidade, como afirma Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2018, p. 194) “a jurisdição é una, porque igualmente uno é o poder do Estado de que se serve.”

Seguindo a mesma premissa de unicidade, Greco Filho (2015, p. 156) pensa que “a jurisdição, e, conseqüentemente, a justiça, é uma só, e ela é nacional, ou seja, é um dos poderes da Nação.” Dessa forma, Câmara (2018, p. 32) explica que “como sabido, jurisdição é uma das três funções classicamente atribuídas ao Estado, ao lado da função legislativa e da administrativa.”

Definindo o papel do Estado em relação a jurisdição, Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2018, p. 194) traduzem que “jurisdição é o poder do Estado de interpretar e aplicar o direito de maneira autoritativa mediante a atuação de um terceiro imparcial com irreversibilidade externa de seus provimentos.”

Sabe-se que o Estado possui um poder chamado de jurisdição, e que por meio desta ele aplica o direito. Porém, a forma como ele aplica pode ser expressada por Tourinho Filho (2013, p. 79):

O Estado, então, por intermédio do Judiciário, que é um dos Poderes da soberania nacional, segundo a clássica tripartição de Montesquieu (“pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire”), procura, por meio do *processo*, em que se desenvolve uma série de atos coordenados, investigar qual dos litigantes tem razão, aplicando, afinal, a lei ao caso litigioso concreto.

Voltando ao citado acima, em que o Estado possui três funções e uma delas é a jurisdição, Tourinho Filho (2013, p. 79) explica melhor que “essa função do Estado-Juiz, consistente em impor a norma que por força do Direito vigente, deve regular determinada situação jurídica, é denominada *jurisdicional*.”

Formando o conceito de jurisdição pelos conceitos apresentados até agora, temos então que jurisdição é poder e função do Estado e é una, no entanto Greco Filho (2015, p. 155) nos trás ainda mais para complementar:

A jurisdição é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e, ainda, é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título.

Indo mais a fundo sobre a jurisdição, podemos notar que ela possui vários elementos que a compõe, fazendo com que seja específica e eficaz na sua aplicação e a torne possível na resolução de conflitos. E conforme exprimi Tourinho Filho (2013, p. 90 e 91) podemos entender e analisar os seus elementos:

Daí afirmarem os nossos clássicos que a jurisdição compreende os cinco elementos seguintes: *notio*, *judicium*, *vocatio*, *coertio* e *executio*.

A *notio* ou *cognitio* compreende o poder atribuído aos Órgãos Jurisdicionais de conhecer dos litígios, de prover à regularidade do processo, de investigar a presença dos pressupostos de existência e de validade da relação processual, das condições de procedibilidade, das condições da ação e de recolher o material probatório.

O *judicium* é a função conclusiva, a função característica, a mais eminente e essencial à jurisdição, consistindo no poder de compor a lide, isto é, de aplicar o Direito em relação a uma pretensão.[...]

A *vocatio* consiste na faculdade de fazer comparecer em juízo todos aqueles cuja presença seja necessária ao regular andamento do processo.

A *coertio* ou *coercitio* abrange todas as medidas coercitivas, desde o poder de fazer comparecer em juízo testemunhas, vítimas, peritos e intérpretes, até o de privar preventivamente o imputado da sua liberdade.[...]

Por último, a *executio*, que consiste no “direito de, em nome do poder soberano, tornar obrigatória ou cumprida a decisão ou sentença”.

Visto seus elementos e sua importância, a jurisdição possui também características próprias e indispensáveis para a aplicação do direito. Como menciona Marcato (2017, p. 6):

A jurisdição é atividade estatal, exercida por meio do processo instaurado por iniciativa da parte interessada na solução de de-

terminado litígio, tendo por escopo a realização, em concreto, da vontade da lei. Suas características são a *inércia*, a *substitutividade*, a *imperatividade*, a *inafastabilidade*, a *indelegabilidade* e a *imutabilidade*.

Exposta as características da jurisdição, agora compreenderemos o que elas significam de acordo Greco Filho (2015, p. 155 e 156):

- a.** A inércia: a atividade jurisdicional se desenvolve quando provocada.
- b.** A indeclinabilidade: o juiz não pode recusar-se a aplicar o direito, nem a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual.
- c.** A inevitabilidade ou cogência: a atividade dos órgãos jurisdicionais é incontestável, isto é, não é possível a oposição juridicamente válida de qualquer instituto para impedir que a jurisdição alcance os seus objetivos e produza os seus efeitos.
- d.** A indelegabilidade: as atribuições do Judiciário somente podem ser exercidas, segundo a discriminação constitucional, pelos órgãos do respectivo poder, por meio de seus membros legalmente investidos, sendo proibida a abdicação dessas funções em favor de órgãos legislativos ou executivos.
- e.** A substitutividade: característica essencial da jurisdição, segundo a doutrina consagrada, porque o Estado, por uma atividade sua, substitui a atividade daqueles que estão em conflito na lide, os quais, aliás, estão proibidos de “fazer justiça com as próprias mãos”, tentando satisfazer pessoalmente pretensão, ainda que legítima.
- f.** Finalmente, o poder, a função e a atividade jurisdicional têm o caráter de definitividade: ao se encerrar o desenvolvimento legal do processo, a manifestação do juiz torna-se imutável, não admitindo revisão por outro poder.

Elencando o conhecido até o momento, tem-se que a jurisdição possui elementos e características que a tornam íntegra, porém a veracidade deve ser de suma importância na sua aplicação, devendo tudo

estar dentro da lei , não podendo se valer da opinião do aplicador como afirma Câmara (2018, p. 33) “ a jurisdição é, em outros termos, a “*jurisconstrução*” (perdoe-se o neologismo) de um resultado juridicamente correto para a causa submetida ao processo. E o resultado precisa ser juridicamente legítimo. Não pode o juiz “inventar” a solução da causa.”

Num contexto de classificação das jurisdições, temos a jurisdição penal e a jurisdição civil, citadas num breve conceito de Wambier *et al* (2015, p. 79) onde “a **jurisdição civil** é a que não é penal ou especial (trabalhista, militar e eleitoral)”, e de Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2018, p. 194) dizendo que “toda Justiça não penal é considerada civil para efeitos de aplicação do Código de Processo Civil.”

Explanado o conceito de jurisdição, seus elementos, suas características e sua importância, passamos agora a próxima seção, sobre o Princípio da Independência das Instâncias.

3. O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL E PENAL

Para resolver atos de diferentes esferas é necessário que haja instâncias específicas para cada um, é o que nos explica Nucci (2016, p. 187) argumentando que “privilegia o nosso sistema a separação da jurisdição, fazendo com que a ação penal destine-se à condenação do agente pela prática da infração penal e a ação civil tenha por finalidade a reparação do dano, quando houver.”

Explicitando melhor a cerca das responsabilidades civil e penal, Gagliano, Pamplona Filho (2002, p. 462) diz que:

[...] na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão),

restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa).

Gagliano descreveu detalhadamente a respeito das responsabilidades civil e penal acima, já Diniz (2014, p. 40) faz um breve resumo do que significa cada uma, expressando que “enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, [...] a responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado.

Seguindo a corrente de que a prática de infração penal enseja em duas ações, Tourinho Filho (2013, p. 22) conta que “atendendo a tais circunstâncias, muitos juristas afirmam que a infração penal dá nascimento a duas ações: à ação penal, visando à aplicação da pena, e à ação civil, objetivando a reparação dos prejuízos ocasionados pelo crime.”

Quando o agente então, pratica uma infração penal, pode ocorrer como resultado, além da sanção penal, ter de reparar o dano, como atesta Tourinho Filho (2013, p. 23) “[...] Da prática de uma infração, de regra, surgem duas pretensões: a pretensão punitiva e a pretensão de ressarcimento.”

Por serem pretensões diferentes, não há porque ser julgado o mesmo assunto nas duas esferas, sendo que cada uma tem sua competência e atribuições, por isso Gagliano, Pamplona Filho (2014, p. 49) lembra que “ressalte-se, porém, que um mesmo fato pode ensejar as duas responsabilizações, não havendo *bis in idem* em tal circunstância, justamente pelo sentido de cada uma delas e das repercussões da violação do bem jurídico tutelado.”

No mesmo contexto acima, dispõe o Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Fala também sobre a independência das esferas civil e criminal, da desnecessidade de novo julgamento de questões já decididas no penal e ressaltando o que diz o Código Civil, Diniz (2014, p. 42) revela que:

É preciso ainda não olvidar o disposto no art. 935 do Código Civil, que estabelece o princípio da independência da responsabilidade civil relativamente à criminal, porém não se poderá questionar mais sobre a existência do fato (isto é, do crime e suas consequências) ou quem seja o seu autor, quando essas questões se encontrarem decididas no crime. Há, portanto, uma independência relativa.

Sobre as esferas possuírem uma independência relativa como dito acima por Diniz, tem-se como exemplo o sobrestamento da ação civil enquanto houver o julgamento da ação penal já intentada, assim como exemplifica Tourinho Filho (2013, p. 62):

Se as responsabilidades civil e penal fossem inteiramente independentes e não houvesse aquele predomínio da jurisdição penal sobre a civil, de que tratam a segunda parte do art. 935 do diploma civil, o art. 91, I, do CP e o art. 63 do CPP, seria indiferente o sobrestamento, ou não, do feito cível.

Todavia, há porém a possibilidade das ações correrem separadamente ao mesmo tempo, quando não estiverem convencidos sobre o fato no juízo penal. Segundo Diniz (2014, p. 43) “logo, enquanto o juízo criminal não tiver formado convicção sobre tais questões, os processos correrão independentemente, e as duas responsabilidades (civil e penal) poderão ser, de fato, independentemente investigadas.”

Sabendo que as esferas civil e penal são independentes, Gonçalves (2014, p. 51) explica que “isso significa que uma ação, ou uma omissão, pode acarretar a responsabilidade civil do agente, ou apenas a responsabilidade penal, ou **ambas** as responsabilidades. Partindo dessa premissa, Diniz (2014, p. 42) comenta que quando são cometidos atos ilícitos graves, atingindo a norma de direito público e causando dano a terceiro, terá repercussão criminal e cível, havendo dupla reação da ordem jurídica.

No entanto, como já citado acima, nem todo ilícito penal tem como consequência uma reparação, o que nos relembra Diniz (2014, p. 41) quando afirma que “todavia, será preciso esclarecer que a irres-

ponsabilidade criminal não significa sempre irresponsabilidade civil, porque casos existem em que alguém é tido como irresponsável no campo criminal, sem que deixe de ser responsável na esfera civil.”

Para entender melhor a diferença das esferas penal e civil e como atuam suas responsabilidades, podemos contar com Gonçalves (2014, p.51 e 52) para explanar as seis, do seu ponto de vista:

Primeira – No caso da responsabilidade **penal**, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse do lesado é o da **sociedade**. Na responsabilidade **civil**, o interesse diretamente lesado é o **privado**. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação.

Segunda – A responsabilidade **penal** é **pessoal**. Responde o réu com a privação de sua liberdade. A responsabilidade **civil**, todavia, é **patrimonial**: é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.[...]

Terceira – A responsabilidade **penal** é, também, **intransferível**. Somente o autor do crime pode ser responsabilizado. No **cível**, no entanto, há várias hipóteses de responsabilidade por ato de outrem (o pai responde pelo ato do filho menor, o empregador pelo ato do empregado etc.).

Quarta – A **tipicidade** é um dos requisitos genéricos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. No **cível**, no entanto qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem (CC, art.186).

Quinta – Também a **culpabilidade** é bem mais ampla na área **civil**, segundo a regra *in lege Aquilia et levíssima culpa venit* (no **cível**, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar). Na esfera **criminal** nem toda culpa acarreta a condenação do réu, pois se exige que tenha certo grau ou intensidade.[...]

Sexta – A **imputabilidade** também é tratada de modo diverso. Somente os maiores de 18 anos são responsáveis, civil e criminalmente, por seus atos. Admite-se, porém, **no cível**, que os menores de 18 anos sejam também responsabilizados, de modo

equitativo, se as pessoas encarregadas de sua guarda ou vigi-
lância não puderem fazê-lo, desde que não fiquem privados do
necessário (CC, art. 928, parágrafo único). Na esfera criminal,
estão sujeitos apenas às medidas de proteção e socioeducativas
do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Elencadas algumas diferenças, passamos agora para a possível ação a
ser intentada na esfera civil, para que haja a reparação dos danos ocorri-
dos pelo crime. E para auxiliar Tourinho Filho (2013, p. 22) responde:

Pode acontecer, entretanto, que o prejuízo sofrido por alguém
seja resultado não de um ilícito civil, mas de um ilícito penal.
Nesse caso, a ação que o prejudicado pode intentar, visando à
satisfação do dano, é denominada *actio civilis ex delicto*, porque a
causa petendi, a razão em que descansa o pedido, é o fato crimi-
noso.[...]

Contudo, quando a sentença penal for absolutória, há certas situa-
ções em que essa ação pode ou não ser intentada para pleitear danos
e como alerta Diniz (2014, p. 42) “se aquela sentença for absolutória
poderá, ou não, influenciar o juízo cível, conforme o fundamento da
absolvição.” Diante disso, veremos nas próximas seções mais a fundo
sobre a temática.

4. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA E POSSÍVEL REPARAÇÃO NA ESFERA CIVIL

Sendo possível a reparação na esfera civil, Diniz (2014, p. 43) nos
revela que “a ação civil, que busca a satisfação do dano causado pela in-
fração penal, designa-se *actio civilis ex delicto*.” O que pode ser explicado
por Nucci (2016, p. 187) quando diz que a ação civil *ex delicto* “trata-se
da ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização
pelo dano causado pelo crime, quando existente.”

Salvo os casos em que não é presumível a reparação do dano, os
quais veremos na próxima seção, Greco Filho (2015, p. 151) tem sua
ideia que “a prática da infração penal torna certo o dever de reparar o
dano. A partir do fato nasce para o ofendido o direito de obter a repa-

ração, porque todo ilícito penal é também ilícito civil.” Dependendo apenas, do fundamento da absolvição para a configuração.

Em discordância com o Artigo 65 do Código de Processo Penal, Nucci (2016, p. 192) defende que o fato de ser absolvido por excludentes de ilicitudes não isenta de ser intentada ação civil:

[...] Entretanto, a afirmação do artigo em comento, apesar de verdadeira, não provoca, como consequência, a impossibilidade de ajuizamento de ação civil, em algumas situações,[...] É bem verdade que o juiz civil não pode tornar a discutir o caráter criminoso de determinado fato, pois já se excluiu essa possibilidade no juízo criminal, fazendo coisa julgada na esfera cível. Entretanto, pode conceder a indenização por outros motivos, afinal, nem tudo o que é lícito, penalmente, também o será civilmente.

Para elucidar sua corrente de pensamento acima, Nucci (2016, p. 193) traz como exemplo, quando a excludente de ilicitude não é suficiente para se eximir da reparação, que “tratando-se do estado de necessidade agressivo, ou seja, voltar-se contra pessoa, animal ou coisa de onde não provém o perigo atual, mas cuja lesão torna-se indispensável para salvar o agente do fato necessário, é cabível falar em indenização.”

Ratificando o que foi dito anteriormente, tem-se o que dispõe o Código Civil:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Seguindo a mesma linha de pensamento apresentada até o momento, descobre-se que somente a sentença penal absolutória, não é requisito para isentar a reparação do dano, precisa-se de uma fundamentação adequada para que haja ou não pedido de reparação. Nucci (2016, p. 193) então elenca as possibilidades de ação civil:

15. Sentença absolutória penal: não é garantia de impedimento à indenização civil. Estipula o art. 386 do Código de Processo

Penal várias causas aptas a gerar absolvições. Algumas delas tornam, por certo, inviável qualquer ação civil *ex delicto*, enquanto outras, não. *Não produzem coisa julgada no cível*, possibilitando a ação de conhecimento para apurar culpa: a) absolvição por não estar provada a existência do fato (art. 386, II, CPP); b) absolvição por não constituir infração penal de fato (art. 386, III, CPP); c) absolvição por não existir prova suficiente de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, V, CPP); d) absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VII, CPP); e) absolvição por excludentes de culpabilidade e algumas de ilicitude, estas últimas já vista na nota 13 anterior (art. 386, VI, CPP); f) decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação (art. 67, I, CPP); g) decisão de extinção da punibilidade (art. 67, II, CPP). Em todas essas situações o juiz penal não fechou questão em torno de o fato existir ou não, nem afastou, por completo, a autoria em relação a determinada pessoa, assim como não considerou lícita a conduta.

Acerca do explicitado anteriormente por Nucci sobre o artigo 386 do Código de Processo Penal, vimos que somente alguns incisos da absolvição ensejam em indenização. Fazendo uma análise mais detalhada sobre os incisos deste artigo, Tourinho Filho (2013, p. 67 e 68) descreve que:

II – Se, porventura, a absolvição basear-se na ausência de prova quanto à existência do fato, a ação civil poderá ser proposta, porque o Juiz penal deixou em aberto a questão da sua existência. Ele não negou a existência do fato. Disse, apenas, não ter sido feita prova perante ele. Evidente, pois, que tal prova poderá ser feita no cível.

III – Absolvendo o réu, sob a alegação de que o ato praticado não constitui infração penal, tal decisão, evidentemente, não pode criar obstáculo à propositura da ação civil. O ato praticado pelo réu pode não constituir infração penal, mas um ilícito civil. É verdade, como diz Hungria, que o ilícito penal e o ilícito civil são uma rebeldia, contra a ordem jurídica. A única di-

ferença entre eles está na maior gravidade do ilícito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e intensa perturbação social. Distinguem-se, destarte, quanto à sanção, sanção penal para o ilícito penal; sanção cível para o ilícito civil.[...]

V – Se não existir prova da ter o réu concorrido para a infração penal, o Juiz penal proferirá sentença absolutória, mas a vítima poderá, no cível, pleitear o ressarcimento, pois, nesse caso, o Juiz penal não negou, peremptoriamente, a autoria (CC, art. 935), nem a existência da materialidade delitiva foi negada categoricamente. O fato ocorreu. Entretanto, no Processo Penal, não encontrou o Juiz prova de haver o réu concorrido para aquele fato. Bem poderá a vítima, na esfera civil, procurar demonstrar o contrário, inclusive com novas provas.

VI – E se o Juiz absolver o réu, com fundamento no art. 386, V, do CPP? Tal dispositivo prevê duas hipóteses: a) causa excludente de ilicitude – art. 23 do CP (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito); b) causa excludente de culpabilidade (CP, arts.20, §1º, 21, 22, 26 e §1º do art. 28).

VII – Se não existir prova suficiente para a condenação, o Juiz absolverá o réu, mas nem por isso as portas do cível, para o ressarcimento do dano, ficarão trancadas, pelos motivos acima expostos.

Apresentadas as possibilidades de pedido de indenização no cível, Greco Filho (2015, p. 151) conclui que:

O advento de arquivamento do inquérito policial, de decisão que julga extinta a punibilidade, ou de sentença penal absolutória que reconheça que o fato imputado não constitui crime, não impede nem prejudica a ação civil de conhecimento. Igualmente a ação civil poderá ser proposta e julgada se a sentença penal absolutória não reconheceu categoricamente a inexistência material do fato.

Portanto, após expostas todas as possíveis situações em que a sentença penal absolutória enseja em pedido de ação civil *ex delicto*, po-

demos agora passar a parte mais esperada, quando a sentença faz coisa julgada na esfera civil.

5. INTERVENÇÃO DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA NA ESFERA CIVIL (AÇÃO CIVIL EX DELICTO)

Para introduzir esta seção, começa-se discorrendo sobre a sentença penal absolutória fazer coisa julgada as excludentes de ilicitude, então expõe o artigo 65 do Código de Processo Penal:

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Defendendo a ideia de que as excludentes de ilicitude não constituem atos ilícitos e de que em certos casos, deve-se agir dentro da necessidade, dispõe o Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Já Nucci (2016, p. 192), consegue afirmar que três das excludentes de ilicitude excluem a possibilidade de reparação no cível:

Logo, a princípio, reconhecida a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, não cabe mais ao juiz civil debater a respeito. E mais: quanto à pessoa contra

quem se valeu alguém do exercício de direito ou do estrito cumprimento do dever legal, inexistente direito à reparação do dano.

Como toda regra possui exceção, dependendo da situação, o estado de necessidade pode ou não dar cabimento a ação civil, isso vai depender do fundamento usado pelo juiz. No entanto, quando há estado de necessidade defensivo Nucci (2016, p. 192) garante que:

No caso do estado de necessidade, há maiores restrições. Tratando-se do estado de necessidade defensivo, isto é, voltar-se contra animal ou coisa que gera o perigo atual, necessário de ser afastado, não cabe indenização alguma, desde que, para a remoção do perigo não se atinja inocente.

Considerando o estudado até o presente momento, diz-se que esferas penal e civil são independentes, todavia, Nucci (2016, p.187 e 188) concorda que “[...] apesar da consagração da separação, prevalece a justiça penal sobre a civil, quando se tratar da indenização de crime e aquela julgar que inexistiu fato ou tiver afastado a autoria.”

A respeito da inexistência do fato, possui fulcro na lei, como dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

No entanto, pode-se dizer que para fazer coisa julgada no cível é preciso estar dentro de algumas opções, que segundo Nucci (2016, p. 194) “fazem coisa julgada no cível: a) declarar o juiz penal que está provada a inexistência do fato (art. 386, I, CPP); b) considerar o juiz penal, expressamente, que o réu não foi o autor da infração penal ou, efetivamente, não concorreu para a sua prática (art. 386, IV, CPP).

Mas para explicar melhor essas opções, entra a figura de Tourinho Filho (2013, p. 67 e 68) demonstrando que:

I – Se o Juiz penal absolver o réu, reconhecendo na sentença, categoricamente, a inexistência do fato, por evidente que as

portas da jurisdição civil para o ressarcimento do dano ficarão fechadas, pois seria estranho que o Juiz penal negasse e o cível afirmasse, terminantemente, a sua existência. As consequências dessa divergência seriam desastrosas para o próprio prestígio da Justiça.

IV – Se ficar provado que o réu não concorreu para a infração penal, o Juiz proferirá sentença absolutória, e não poderá ser proposta a ação civil em relação ao mesmo réu por ter sido negada, peremptoriamente, a autoria (CC, art. 935). O fato ocorreu. Entretanto, no Processo Penal, ficou provado que o réu não concorreu para a infração penal.

- Greco Filho (2015, p. 151):

Impede, porém, a ação civil, produz a sua extinção pela coisa julgada ou impedirá a sua execução a sentença absolutória que: 1) reconhecer categoricamente a inexistência material do fato; 2) reconhecer a legítima defesa real entre agente e vítima; 3) reconhecer a ocorrência de exercício regular de direito; 4) reconhecer situação de estrito cumprimento de dever legal. Neste último caso a exclusão de indenização se refere ao agente, mas não contra o Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição da República.

Essas são as hipóteses em que a sentença penal absolutória faz coisa julgada no cível, excluindo a possibilidade de indenização.

Concluindo a seção, tem-se que há remotas maneiras de a sentença penal absolutória fazer coisa julgada no juízo civil, evitando que injustiças e excessos sejam feitos. As opções foram elencadas uma a uma com sucesso, tornando de fácil entendimento a sua ocorrência nas esferas civil e penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após vários dias de pesquisas e aprimoramentos para a conclusão deste artigo, houve um grande crescimento de conhecimento sobre os assuntos aqui tratados.

Pode-se dizer que a importância da jurisdição, o motivo de sua criação e aplicação foram repassados da melhor maneira possível, sempre lembrando o seu real motivo de existir, a justiça.

Outra grande discussão foi esclarecida, sobre o princípio da independência das instâncias civil e penal, onde chegou a conclusão que a independência é relativa entre elas, pois há momentos em que a penal prevalece sobre a civil.

Quase chegando ao assunto principal, passa-se pelas situações em que a sentença penal absolutória não interfere na esfera civil, podendo assim, ser intentada a ação civil *ex delicto*, para reparar os danos causados pela infração penal cometida.

Efim, o último assunto tratado e tema deste artigo, se confirma quando a sentença penal absolutória faz coisa julgada na jurisdição civil, intervindo e deixando sem chances de pleitear o direito a reparação de danos, por não ser cabível diante das circunstâncias apresentadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.690**, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. rev. e atual. [2. Reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2018. Acesso em: 20 ago. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7 Responsabilidade Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Acesso em: 20 ago. 2019.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Volume 3**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Acesso em: 20 ago. 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Volume 1**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Acesso em: 20 ago. 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto; Coordenador LENZA, Pedro. **Direito Civil Esquematizado v. 3**. São Paulo: Saraiva, 2014. Acesso em: 20 ago. 2019.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. Acesso em: 22 ago. 2019.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 17. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Acesso em: 21 ago. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Acesso em: 21 ago. 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Acesso em: 24 ago. 2019.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume 2**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Acesso em 24 ago. 2019.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...[et al.]. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Acesso em: 20 ago. 2019.

DECISÕES ESTRUTURAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Jorge Luiz Rodrigues Campanharo

1. CONSIDERAÇÕES PROPEDEÚTICAS

Antes de adentra no tema proposto, faz se oportuno a conceituação, mesmo que modesta, do que são decisões estruturais. Trata-se de uma nova forma processual de tutelar direitos, em que, mediante uma a decisão estrutural - *structural injunction*, busca-se a concretização de direitos fundamentais, por meio de implementação de políticas públicas ou resolução litígios complexos (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2019) ,e, assim, dar máxima efetividade aos valores constitucionais(ALBERTO; ALBERTO, 2019).

Em outras palavras, a *structural injunction* é caracterizada por uma lide policêntrica e de grande complexidade, com o objetivo de dar máxima plenitude aos direitos fundamentais e à implementação de valores públicos relevantes, pela via jurisdicional, mediante uma reforma na dinâmica organizacional de entes públicos ou privados, para que ao fim a decisão judicial possa ser cumprida em sua integralidade (NUNES; COTA; DAMASCENO, 2018, p. 369).

O *structural injunction* surgiu como uma alternativa ao processo civil tradicional, pois este é ineficaz para resolver conflitos de direito público ou litígios complexos do direito privado, sem que, necessariamente, imponha

ao juiz o ônus de escolher qual das partes merece tutela jurisdicional, obrigando, na maioria das vezes, o juiz a proferir uma sentença injusta. Isto se dá em razão do modelo processual clássico possui uma lógica bipolar e de essência individualista. É bipolar porque há conflitos de interesses entre duas partes; é individualista porque a decisão judicial impacta, em tese, exclusivamente às partes do litígio (FERRARO, 2015, p. 6-8).

No processo estrutural, o juiz, confrontando uma burocracia estatal de um ente causador de violações de direitos, busca reestruturar a organização para eliminar violações de direitos constitucionais, pois se reconhece que a qualidade de vida é significativamente impactada pela sua atuação burocrática (FISS, 1979, p. 2).

Contudo, esta nova tipologia de resolução conflitos impõe um novo papel ao Poder Judiciário, uma vez que as decisões estruturantes, nos termos aqui propostos, instrumentalizam as ações do Poder Judiciário com a finalidade de que assumam atribuição usualmente destinada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo: realização de direitos fundamentais sociais.

Neste contexto, o juiz não é apenas um árbitro neutro; não é provocado para decidir em favor do autor ou do réu, mas concretizar direitos materiais, pois o objetivo da decisão estrutural não está em uma sentença de mérito, mas na sua real implementação, por isso o juiz leva em consideração fatores externos às normas jurídicas, fazendo uma análise de conveniência e de custo-benefício que é atividade típica do poder legislativo (LIMA, 2015, p.575-576).

Tendo em vista o posicionamento pró ativo do juiz para efetivação de valores constitucionais, mediante decisões estruturais, críticas são levantas a respeito de legitimidade do judiciário, que intervêm em matéria de competência originária do Executivo e Legislativo.

Uma das críticas a ser estuda neste trabalho é representada pela teoria das capacidades institucionais, que reflete, portanto, a ideia de ausência legitimidade democrática.

2. DA CRÍTICA À CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Antes de passarmos ao enfrentamento da crítica em epígrafe, destaque-se que a problemática que permeia a discussão acerca da capaci-

dade institucional do judiciário será enfrentada a partir das ideias construídas por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), apresentadas por Diego Werneck e Arguelhes Fernando Leal (2011).

Extraí-se da teoria das capacidades institucionais que, em face de determinados problemas, comparam-se, empiricamente, as aptidões de cada um dos Poderes Estatais para determinar qual deles reúne as melhores condições para oferecer uma solução (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 20). Sustenta-se que a divisão de funções entre os Poderes decorre de um desenho constitucional que distribui competências e poderes entre eles, criadas especificamente para a concretização de objetivos e, ao mesmo tempo em que, para que tais finalidades possam ser alcançadas, arma cada Poder com os meios para sua adequada execução (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 16-17). “Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 17).

Isto porque os Poderes Estatais possuem capacidades distintas, não somente em razão de possuírem funções diferentes, mas, sim, porque são dotadas de um instrumental fático e normativo que dão a cada Poder Estatal roupagem única para possibilitar o exercício adequado das funções institucionais para as quais foram desenhadas (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 21). Assim, o argumento das capacidades institucionais pode ser sintetizado a partir das seguintes características: uma comparação “[...] empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição dentre várias instituições possíveis” (ARGUELHES; LEAL, 2016).

Observa-se, assim, que há uma crítica quanto a atuação do juiz quando este assume um papel que vai além de sua capacidade, pois o juiz está propenso a prolatar uma decisão judicial generalizada e sem suporte empírico que, muitas das vezes, está condenada a falibilidade por não guardar relação com as reais condições fáticas.

A priori, não há indagações acerca da ideia de funcionalismo e especialização de cada Poder Estatal, uma vez que, de fato, cada qual possui sua expertise em desempenhar seu papel e deve, para tanto, existir uma deferência entre eles.

Todavia, em um debruçar mais crítico, percebe-se o argumento das capacidades institucionais traz para a discussão a ideia de separação de poderes e, conseqüente, fortalece o discurso de que o Poder Judiciário, além de ilegítimo, é incapacitado para atuar em matérias de políticas públicas.

Em relação a legitimidade democrática do Poder Judiciário, não pretendendo esgotar o assunto que permeia tal problemática, não se está a falar que é atribuição daquele formular e implementar políticas públicas, haja vista que se tratam de funções originalmente destinadas ao Legislativo e Executivo, mas sim controlar a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (VIOLIN, 2011, p. 58).

Desse modo, mesmo que se reconheça que a formulação e a implementação de políticas públicas dependam daqueles que foram eleitos pelo povo, não há autonomia absoluta para tomada de tais decisões pelo Poder Executivo ou pelo Legislativo. Em outras palavras, nas situações “[...] em que sua inércia acabar por tornar letra morta o texto constitucional no que diz respeito à garantia de direitos sociais, haverá uma afronta a Constituição e, portanto, justificável a atuação do Poder Judiciário” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p.77)

Quanto a capacidade, sob pena de incorrer em fantasias, deve-se reconhecer as limitações do Poder Judiciário, assim, tal crítica merece receptividade.

Contudo, as anomalias jurídicas e fáticas do judiciário não devem ser impeditivas para atuar em situações de violações de direitos perpetrados pelas ações ou omissões dos Poderes Políticos, sob pena de contribuir para a manutenção do *staus quo*.

Outrossim, as críticas das capacidades institucionais que repousam sob o Poder Judiciário também cabem aos demais Poderes, uma vez que nenhum poder é pleno em sua função e, ainda, guardam limitações diversas, portanto, também são falíveis e, em certa medida, “institucionalmente incapazes”.

Desta forma, em vista das limitações do ativismo judicial monológico; das preocupações sobre a legitimidade democrática dos tribunais; das limitações fáticas e jurídicas do Poder Judiciário, para uma recons-

tituição teórica e prática da atuação jurisdicional em relação aos problemas socioeconômicos estruturais, propõe-se uma atuação jurisdicional dialógica (GARAVITO, 2013, p. 20).

O processo estrutural dialógico, nos termos proposto neste trabalho, como forma de dar maior efetividade às decisões judiciais e de fortalecê-las contra de eventual crítica a legitimidade, possibilita a superação da crítica à capacidade institucional do judiciário. Pois se reconhece a falta de capacidade do judiciário para compreender questões técnicas-orçamentárias e/ou que demanda expertise típica de outro Poder, contudo, este reconhecimento não implica em uma inércia do juiz, e sim que o judiciário deverá fomentar uma conduta dialógica para possibilitar uma ampla participação dos atores políticos e da sociedade civil. Pois, além disso, “Considerar as possibilidades e as capacidades das instituições envolvidas na omissão, portanto, são duas das principais ações viabilizadas pelo processo estruturais” (LUNARDI, 2019, p. 99).

Sublinha-se que o diálogo e a flexibilidade de uma decisão estrutural não resultam em uma submissão do Poder Judiciário aos demais Poderes Estatais, haja vista que uma decisão estrutural ainda é uma imposição. O que diferencie a decisão estrutural dialógica da decisão exclusivamente coercitiva é a “[...] estruturação de mecanismos de fiscalização e diálogo na implementação das soluções obtidas” (ARENHART, 2015, p. 228).

3. ATIVISMO DIALÓGICO/ESTRUTURAL

Não é raro, em execuções de sentenças condenatórias para implantação de políticas públicas, encontrar ações com ritos processuais redundantes. Inicia-se com o juiz fixando um prazo intuitivo, contudo, o prazo é extrapolado, aí o Ministério Público protesta, o magistrado fixa multa diária para compelir ao cumprimento sentença, o condenado pede dilação de prazo, enquanto as multas acumulam-se, representando uma dívida milionária e, mesmo assim, a sentença ainda continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória (COSTA, 2012, p. 25-26).

A prática forense tem nos mostrado que execução forçada não é garantia de efetividade para implementação de política pública. Pois,

nem sempre, o Estado deixa de implementar uma política pública por descaso, às vezes, há limitações orçamentárias que o obrigam a dar prioridade às políticas públicas emergenciais em prejuízo de outras menos emergentes. Há, também, conjuntos de amarras administrativas que o obrigam a desincumbir-se da política pública com onerosidade de tempo indesejada pela coletividade. Com isso, é comum, diante de uma sentença condenatória, a Administração Pública rever suas prioridades em vista de seu planejamento financeiro ser bastante desorganizado. É necessário entendermos que a implementação de uma política pública é sempre algo de extrema complexidade e que apenas uma sentença condenatória, representado por uma obrigação de fazer, não se revela suficiente para atingir o fim desejado (COSTA, 2012, p. 36-37).

É por isso que a atividade jurisdicional deve-se guiar, sempre, por um critério de razoabilidade ou proporcionalidade, ou seja, deve ser realizada ponderação sobre os meios disponíveis e os fins almejados, para garantir a efetividade da decisão. Para tal, deve-se pautar em um agir governamental “[...] intersetorial e interdisciplinar; portanto, os atos de preparação para o cumprimento da correspondente obrigação de fazer têm de ser internamente analisados e referendados por vários departamentos do ente público” (COSTA, 2012, p. 25-56).

Não se pretende aqui questionar a legitimidade do ativismo judicial quando representado por uma sentença condenatória de obrigação de fazer, mas sim a sua efetividade. Assim, para a concretização de direitos sociais, opta-se por uma postura dialógica e “[...] permanente entre as instituições, que atuam, então, como parceiras na busca do melhor sentido da Constituição, utilizando-se cada uma de suas singulares *expertise*” (ARAÚJO, 2017, p. 83)

Defende-se aqui, portanto, o que doutrina chama por diálogos institucionais (MENDES, 2011, p. 95-186), ativismo judicial estrutural (CAMPOS, 2016, p. 2019), ativismo judicial dialógico (GARAVITO, 2013, p. 18), juiz diretor (RESNIK, 1982, p. 378), entre outras nomenclaturas. Contudo, faz-se um alerta acerca da denominação dessa “nova forma de ativismo judicial” (RESNIK, 1982, p. 374-448), pois podem ser diversas, mas, todas, essencialmente, delineiam a elaboração de um modelo de “[...] revisão judicial que viabiliza uma postura cooperativa entre instituições políticas e as Cortes, incentivando

um debate que envolve de forma ampla a sociedade civil” (ARAÚJO, 2017, p. 83).

Contudo, para tanto, as técnicas executivas e o cumprimento de sentença, no contexto do processo estrutural, representado aqui por uma atuação jurisdicional dialógica, demanda maior flexibilização das práticas executivas, pois a decisão estrutural é prospectiva, voltado a condicionar uma reforma gradual ou a eleição de um cronograma de ação estrutural para o futuro.

Assim, diferentemente do modelo clássico de processo civil, não se busca apenas dar um fim ao processo ou uma reparação por lesão retrospectiva. Pretende-se adequar a decisão judicial às mudanças institucionais e comportamentos futuros, alterando a estrutura da instituição para possibilitar a absorção de uma forma de atuação mais afirmativa, que, por isso, demanda participação do juiz na fiscalização das metas e programas estipulados (AZEVEDO. 2017, p. 49-79).

A fiscalização do cumprimento das decisões é o diferencial do processo estrutural dialógico, uma vez que é apenas mediante a um “[...] acompanhamento jurisdicional periódico é que se permite que o provimento estrutural beba na fonte da efetividade, impedindo decisões teratológicas que jamais serão cumpridas ou efetivadas” (AZEVEDO. 2017, p. 49-79).

Faz se oportuno frisar que, embora com maior probabilidade de ineficácia, a execução pode ser estrutural, entretanto, não ser negociada, nem dialógica, nem dividida em fases. Na prática, embora não adequado, isso ocorre com frequência. O magistrado determina que a instituição se reorganize para cumprir a decisão judicial, impõe apenas um prazo final e fica à espera de um relatório de cumprimento, sob pena de multa cominatória. Essa execução tem por finalidade a reforma de uma instituição e, portanto, pode ser chamada de estrutural, mesmo que não dialógica (LIMA, 2018, p. 333-369).

Desta forma, o que torna uma decisão em estrutural é o seu objetivo, não a sua metodologia. O objetivo de um processo estrutural é a implementação de uma decisão que reforme o comportamento institucional de um estabelecimento que dê causa, permite, estimule ou perpetua o ilícito, como meio de evitar que os danos se repitam, no futuro (LIMA, 2018, p. 333-369). “As metodologias de execução negociada, faseada, dialogada ou cooperativa são propícias a serem apli-

cadadas nesse contexto, mas não são constitutivas do conceito” (LIMA, 2018, p. 333-369).

Quando a execução estrutural é dialógica, passa a se assemelhar mais com os debates comuns dos outros Poderes Políticos do que com processo judicial tradicional. Isso é algo positivo, pois possibilita contornar o problema do grande número de terceiros que serão atingidos pelo processo e os diferentes contextos sociais nas quais elas se encontram. Os debates podem servir para registrar insatisfações, verificar as propostas para o problema e se são razoavelmente factíveis, analisar as falhas nas propostas ou indicar outras alternativas. Além disso, esta forma de tutela jurisdicional também permite que os fatos sejam constantemente revistos, já que os contextos dos litígios estruturais são, por natureza, mutáveis (LIMA, 2018, p. 333-369).

Uma vez “[...] estabelecido o diálogo, constatados quais os obstáculos à implementação e estabelecidas as medidas possíveis de serem adotadas, a decisão judicial observará a franqueza necessária à sua legitimidade” (LUNARDI, 2019, p.103)

Ressalta-se por fim, que não é correto afirmar que um processo estrutural, livre da lógica binária, torne o juiz um ativista, pois, nas palavras de Jordao Violin, (2017, p. 351) “[...] aqui não há espaço para uma supremacia jurisdicional, representada por uma atuação demasiadamente política, de um modelo autoritário de jurisdição”, visto que não há um atuação inquisitiva do julgador sobre as partes e sim a busca de uma atuação que coloque o julgador mais próximo de todos os envolvidos no processo, pois pretende-se conhecer a realidade do problema e isso só é possível quando o juiz coloca-se em posição de diálogo.

4. CONCLUSÃO

Apontou-se, de início, que a lógica tradicional de processo civil brasileiro se revela insuficiente e precária para atender às demandas de interesses públicos relevantes e, até mesmo, determinados litígios privados dotados de complexidades.

Assim, em vista da incompletude de tal modelo para tutelar litígios complexos, fora apresentado um “novo” modelo processual, denominado *structural injunction*.

Esta nova forma de tutelar direitos chamada de structural injunction visa a implementação de valores sociais relevantes, como direitos fundamentais sociais, mediante a realização de uma reforma estrutural dentro de uma organização burocrática a fim de impedir uma sistemática violação de direito e garantir a concretização de valores constitucionais.

Contudo, críticas são levantadas acerca da atuação do juiz, como da legitimidade democrática e efetividade da tutela jurisdicional.

Observou-se que o Judiciário goza de legitimidade democrática quando o Poder Político, tido como competente ordinário e responsável pela implementação de uma política pública, permanece inerte, tornado o texto constitucional em letra morta.

Ainda, outra crítica aqui enfrentada fora a questão da capacidade institucional do Judiciário em matérias de políticas públicas. Alega-se que o juiz possui diversas limitações materiais e funcionais que o impede de realizar, em grau de aceitabilidade, tarefa imputada ordinariamente a outro Poder Estatal. Assim, questiona-se, além da legitimidade, a efetividade da tutela jurisdicional.

Sustentou-se neste trabalho que a arguição de incapacidade o Poder Judiciário merece acolhimento, uma vez que nenhum Poder goza de plenitude e *expertise* para execuções de atividades alheias a sua função. Desta forma, para a resolução do problema da incapacidade, fora proposto uma atuação jurisdicional dialógica. Uma atuação cooperativa do juiz com os Poderes Executivo e Legislativo, bem a sociedade civil.

Conclui-se, portanto, que o Poder Judiciário, para sanar eventual incapacidade institucional e fortalecer a legitimidade de sua atuação, deve realizar diálogos com os demais Poderes e com a sociedade civil, possibilitando, assim, uma discussão sobre as propostas para o problema e se são razoavelmente factíveis, analisar as falhas nas propostas ou indicar outras alternativas para que se possa proferir uma sentença verdadeiramente executável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. **Decisões Estruturais e Argumentação**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa-36dd3f38345315>>. Acesso em: 06 de jul. 2019.

ARAÚJO, André Carias. **Diálogos institucionais como instrumento de desenvolvimento de uma jurisdição constitucional democrática**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, Curitiba. 2017. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47703/R%20-%20D%20-%20ANDRE%20CARIAS%20DE%20ARAÚJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 de jul. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado: RPC**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322?show=full>>. Acesso em: 18 de agos. 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Dois problemas de operacionalização do argumento de “Capacidades Institucionais”. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, nº 1, p. 192-213, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24293>>. Acesso em: 18 agos. de 2019.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. O processo estrutural como instrumento adequado de controle de políticas públicas (uma análise empreendida à luz das experiências jurisdicionais argentina, colombiana e brasileira perante a crise do sistema prisional). **Revista de Processo Comparado**. Vol. 6/2017. p 49-79. jul-dez de 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 059-085, jan. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970>>. Acesso em: 07 de jul. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **RePro**, São Paulo, v. 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf>>. Acesso em: 18 de jul. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>. Acesso em: 06 de jul. 2019.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo estrutural**. 2015. 224f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 de mai. 2019.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n° 01, nov. 1979. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220/>. Acesso em: 02 set. 2019.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de Los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica, Buenos Aires**, v. 14, n. 2, dez. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10619?locale-attribute=en>>. Acesso em: 07 de jul. 2019.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. 2015. 715f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI>>.

[LI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y](#)>. Acesso em: 07 de jul. 2019.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, Ano 43, n. 284, p.333-369, out. 2018.

LUNARDI, Thais Amoroso Paschoal. Decisões estruturais sobre políticas públicas: uma análise a partir da teoria das capacidades institucionais. In ALEXANDRE, André Demétrio (Coord). **Interações e tensões entre o direito constitucional e a política**. Belo Horizonte: Arraes Editores 2019. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/f4d95c_a167c2f99c-d2402bb5102687ef921042.pdf>. Acesso em: 20 de jul. 2019.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97-186. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em: 18 de jul. 2019.

NUNES, Leonardo; COTA Samuel; DAMASCENO, Ana Maria. Dos Litígios Aos Processos Estruturais: Pressupostos e Fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. [coord.] **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.. Disponível em: https://www.academia.edu/37544449/Dos_Lit%C3%ADgios_aos_Processos_Estruturais_pressupostos_e_fundamentos>. Acesso em: 06 jul. 2019

RESNIK, Judith. Managerial Judges, **Harvard Law Review**. Vol. 96, p. 374-448, 1982. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/951/>. Acesso em: 20 de jul. 2019.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, Vol. 101, 4, 2003.

VIOLIN, Jordão. **Processo coletivo e Protagonismo judiciário: O controle jurisdicional de decisões políticas**. 2011. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011. Disponível em: Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/25505/DISSERTACAO%20COMPLETA%20JORDAO%20VIOLIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de jul. de 2019

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In*: ARENHART, Sérgio; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

A REMESSA NECESSÁRIA E O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO À LUZ DO ARTIGO 190 DO CPC

Maria das Graças Cabral Canivello

Lucia Frota Pestana de Aguiar

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa buscará analisar a remessa necessária, instituto que determina a reanálise da matéria em segundo grau sempre que as ações tenham como uma das partes o Estado, a sua obrigatoriedade prevista no artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015, bem como a eficácia da sua aplicação.

Sob a ótica do recente cenário trazido pelo CPC de 2015, promoverá uma reflexão sobre o prolongamento temporal do litígio, decorrente da incidência do reexame, e as consequências que acabam por fulminar a celeridade processual nas causas contra a Fazenda Pública.

Embora tal comando não seja novidade no ordenamento pátrio, a nova dinâmica do CPC impõe que se busque alternativas para o atual momento da sociedade, primando-se pela autocomposição dos conflitos, com o intuito de alcançar um resultado célere e mais satisfatório para as partes.

Nesse sentido, empreender-se-á a observação de princípios e institutos capazes de criar um cenário favorável à plasticidade do rigor da norma, de modo a tornar a remessa necessária um instrumento mais eficaz e de proteção dos interesses coletivos e mesmo individuais.

Inicialmente, o estudo discorrerá sobre a razoável duração do processo, antes baseada no Direito Processual e, depois, elevada ao patamar de princípio constitucional. Tratará da característica de arcabouço fundante na busca de uma tramitação processual célere e a sua consideração para fins de impulsionar os processos.

Em seguida, abordará a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios basilares das decisões judiciais e que auxiliam na promoção da pacificação dos conflitos. Enquanto instrumentos de ponderação, estes princípios têm como escopo nortear os atos do magistrado na busca do equilíbrio das relações processuais discrepantes, o que, em regra, se observa nas ações em que o Estado é parte.

Seguirá examinando o atual cenário inserido pelo CPC de 2015, no que concerne à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, uma vez que o legislador conferiu ao magistrado maior liberdade para diligenciar em busca do cumprimento de deveres e obrigações, em sede de processo judicial, objetivando a satisfação do direito pleiteado. E, também, no que se refere à promoção da autocomposição entre as partes, quando seja possível e de interesse destes a negociação, sempre chance-lada pela homologação do julgador.

Por conseguinte, enfrentará a função do Estado como administrador dos bens públicos e a sua posição no contexto processual, a obrigatoriedade do reexame diante da justificativa do interesse da coletividade e o consequente desequilíbrio da relação com o particular.

Nessa esteira, abordará o negócio jurídico processual, instrumento recente introduzido na norma contida no artigo 190 do Código de Processo Civil Brasileiro, que tem por base propiciar às partes a liberdade de transacionar sobre os atos processuais, e mesmo sobre o rito, inclusive aqueles que tratam de matérias de ordem pública que, historicamente, nunca se admitira nos diplomas legais anteriores, Códigos de 1939 e 1973, a negociação. Tratará, também, da finalidade do instituto que é dar maior efetividade à concretização do direito perseguido e a homologação do magistrado julgador como condição de validade dos atos. Ao final, traçará uma linha de correlação entre o negócio jurídico processual e uma possível modulação da obrigatoriedade do reexame, intentando a maior eficácia deste quando da sua aplicação, vez que nem sempre haverá interesse do próprio Estado na reapreciação da matéria em questão.

Por fim, buscará compatibilizar, de forma harmônica, os princípios e institutos projetados a dar maior efetividade aos processos ao afastamento de atos procrastinatórios, a fim de alcançar um real panorama de celeridade nas causas intentadas contra a Fazenda Pública.

Devido às características do tema, a presente investigação basear-se-á, essencialmente, em pesquisa bibliográfica, analisando qualitativamente as informações e se utilizando do método comparativo.

Cabe ressaltar que não haverá, aqui, a pretensão de esgotar o tema, mas fomentar a reflexão e contribuir para a comunidade científica, servindo esta pesquisa de base para trabalhos posteriores mais aprofundados.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO EM SEDE CONSTITUCIONAL

O atual Código do Processo Civil, em vigor desde 18 de março de 2016 e já amadurecido na doutrina, instituiu modificações positivas em vários procedimentos, valorizando os princípios constitucionais e posicionando-os entre os seus dez primeiros artigos, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade, a razoável duração do processo e a cooperação da relação triangular.

Além disso, ampliou os poderes instrutórios do juiz, deixando-o em posição de maior autonomia para a aplicação da lei ao caso concreto. Primou, também, por proporcionar às partes a possibilidade de sistematizarem previamente procedimentos, por meio da autocomposição, com o fim de dar maior efetividade ao processo.

Em sintonia com tudo isso, os princípios constitucionais apresentam-se como pilares essenciais na interpretação e aplicação das leis na sociedade moderna.

Sob essa ótica, alcançam um campo ilimitado de atuação, sendo fonte inesgotável de valores fundamentais para a interpretação do direito, condicionando a validade de toda a ordem jurídica.

Segunda a doutrina, existem duas espécies de normas constitucionais: regras e princípios. Nesse sentido, é o ensinamento de Nunes Júnior:

[...] enquanto as regras são normas de conteúdo mais determinado, delimitado, claro, preciso, os princípios são normas de conteúdo mais amplo, vago, indeterminado, impreciso. O que diferencia a regra do princípio não é o assunto da norma jurídica, mas a forma através da qual ela é tratada. Outrossim, como vimos anteriormente, enquanto as regras devem ser cumpridas integralmente (aplicando-se a máxima “ou tudo ou nada”), os princípios devem ser cumpridos na maior intensidade possível (ou, como disse Robert Alexy, são “mandamentos de otimização”). Isto se dá, exatamente porque os princípios são vagos, amplos, imprecisos. Impossível seria cumpri-los na integralidade, motivo pelo qual devem ser cumpridos na maior intensidade possível (NUNES JÚNIOR, 2019, p.391).

Visto dessa forma, conclui-se que, enquanto as regras se mostram inflexíveis, posto que são mandamentos rígidos, os princípios, por seu caráter alargado, têm a função de dar maior maleabilidade à leitura das normas.

Noutro giro, ao afirmar que a Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário por ser oriundo da vontade do povo, Barroso conclui que essa característica é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo:

Note-se que o princípio não tem um conteúdo material próprio: ele apenas impõe a primazia da norma constitucional, qualquer que seja ela. Como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição (BARROSO, 2018, p.181).

Por iguais razões, diversos princípios processuais revestem-se de capa constitucional, consubstanciando sua aplicação em observância aos princípios fundantes, tendo como desígnio legitimar os procedimentos e atos processuais de forma integrada e harmônica.

O processo civil brasileiro, cujo modelo é estabelecido pela Constituição Federal e chamado de *modelo constitucional de processo civil* (CUNHA, 2018), tem como base um conjunto de princípios constitucionais que visam não só disciplinar o processo como, também,

ofertar um arcabouço de regras e conceitos a serem seguidos de forma a viabilizar a prestação jurisdicional, tendo o propósito no alcance da máxima efetividade ao final do percurso processual, como nos ensina Nunes Júnior:

E não é só: é sabido e consabido por todos que as Constituições dos países, consideradas suas leis fundamentais, têm o escopo de disciplinar, dentre outros assuntos, o exercício do poder do Estado e suas funções estatais, não ficando, pois, alheia a jurisdição. Da mesma forma, abandonando a vetusta teoria de que o processo é apenas um instrumento privatista das partes, mas sim um instrumento público de pacificação social, o tratamento constitucional se torna imperioso. [...] Aliás, sabe-se que a Constituição é a lei que se encontra no ápice do ordenamento jurídico, sendo o seu pressuposto de validade. Assim, o intérprete, sob pena de conferir à lei a sua invalidade, deve compatibilizá-la com a Constituição. Portanto, as regras processuais somente podem ser interpretadas de forma a não colidirem com o texto constitucional, motivo pelo qual se torna imprescindível o estudo do “direito processual constitucional”. Ademais, não se diga que a previsão constitucional de regras ligadas ao processo é um ato apenas simbólico ou político, sem produção relevante de efeitos jurídicos (NUNES JÚNIOR, 2019, p.1110).

A Constituição, como lei fundamental, confere ao processo civil ares de instrumento constitucional de pacificação social. É por meio do processo, alicerçado pelos próprios princípios, em consonância com os princípios constitucionais, que se busca concretizar a pacificação dos conflitos de interesses.

Dentre esses princípios, o da razoável duração do processo se consolida como norma constitucional positivada no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), inserida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (BRASIL, 2004). Tal princípio encontra-se diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, de forma que implica na proteção judicial efetiva, em tempo razoável, das demandas que se apresentam.

Do mesmo modo, define que todos os cidadãos são iguais perante a lei, não distinguindo-se por qualquer natureza, sendo assegurado a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial.

Ponderam Mendes, Coelho e Branco (2008, p.500) que o princípio da dignidade humana não permite que se transforme o homem em objeto de processos e ações por parte do Estado, sendo este vinculado ao dever de proteção e respeito do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações. E que o reconhecimento do direito subjetivo ao processo célere impõe ao Poder Público, e ao Judiciário, a adoção de medidas para que o objetivo seja concretizado.

No mesmo sentido, doutrina Theodoro Júnior:

O novo CPC, por seu turno, prevê que essa garantia de duração razoável do processo aplica-se ao tempo de obtenção da solução integral do mérito, que compreende não apenas o prazo para pronunciamento da sentença, mas também para a ulatimação da atividade satisfativa. É que condenação sem execução não dispensa à parte a tutela jurisdicional a que tem direito. A função jurisdicional compreende, pois, tanto a certificação do direito da parte, como sua efetiva realização. Tudo isso deve ocorrer dentro de um prazo que seja razoável, segundo as necessidades do caso concreto. Quanto ao gerenciamento das medidas que assegurem a conclusão do processo, deve compreender todas as providências tendentes a evitar diligências inúteis e promover as simplificações rituais permitidas pela lei, sem comprometimento do contraditório e ampla defesa, assim como as que reprimem a conduta desleal e temerária da parte que embarça o normal encaminhamento do processo em direção à composição do conflito (THEODORO JÚNIOR, 2018, p.104).

Em outras palavras, confere-se, em observação do princípio da razoável duração do processo, o afastamento da utilização de procedimentos que não sejam úteis à sua marcha e posterguem o seu fim. Posto dessa forma, pondera-se sob quais outros princípios-base deve fundar-se o sistema jurídico processual para que se atinja maior

agilidade no seu percurso sem que haja prejuízos ao direito pleiteado pelas partes.

Nesse cenário, figuram os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (por muitos considerados um só e interdependentes), que consubstanciam a interpretação de todo o ordenamento jurídico no alcance do direito justo. Buscam equilibrar toda a relação processual, do começo ao fim, estando relacionados dentre os mais importantes princípios que devem permear todas as decisões judiciais.

2.2 OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Os postulados normativos visam estruturar a aplicação de outras normas diante de antinomias. A ponderação, a proibição do excesso, a concordância prática, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade são alguns desses postulados.

Para Marinoni (2016), destacam-se o da razoabilidade e o da proporcionalidade pela relevância no cotidiano forense. Discorre que a aplicação do direito e dos direitos fundamentais devem estar vinculados ao emprego dos postulados normativos e, sem essa vinculação, tanto a aplicação quanto a interpretação do direito resultariam em instrumentos incontroláveis do ponto de vista intersubjetivo. E leciona que:

Daí que a utilização dos postulados normativos serve para evitar o arbítrio na aplicação do direito e para tornar, mediante a argumentação despendida, intersubjetivamente controláveis as escolhas decisórias realizadas ao longo do processo interpretativo (MARINONI, 2016, p.93).

A doutrina brasileira trata os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, por vezes, como único. E, muitas vezes, como complementares.

Para Câmara, não há unanimidade quanto a essa conceituação:

Também se faz expressa referência no art. 8º aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Estes são princípios cujo

conteúdo ainda gera, na doutrina constitucional, tremenda controvérsia, sequer havendo consenso acerca de serem os termos razoabilidade e proporcionalidade sinônimos ou não (CÂMARA, 2019. p.35).

Inobstante isso, afirmam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017) que o STF tem dado aplicação ao princípio da razoabilidade em reiteradas decisões em sede de controle de constitucionalidade das leis e, também, se utilizado do postulado da proporcionalidade como parâmetro nas suas análises. Para esses autores, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade são um só e, por isso, tratados por eles como tal.

De outro modo, Marinoni (2016) considera que a razoabilidade tem por objetivo promover a adequação da norma geral a um caso concreto específico. Impõe que haja um dever de equidade do intérprete, vinculando a aplicação da norma à observação das particularidades do caso em questão. Quanto à proporcionalidade, serve para estruturar a aplicação de princípios e regras, devendo aferir uma ligação entre meio e fim. Vejamos:

Sem relação entre meio e fim a proporcionalidade não tem qualquer utilidade: determinada restrição (meio) é sempre proporcional em relação à promoção de determinado estado de coisas (fim). Essa é a razão pela qual a proporcionalidade serve muitas vezes para estruturar a aplicação de princípios colidentes (MARINONI, 2016, p.92).

Enquanto a razoabilidade teve sua origem no direito anglo-saxônico, o princípio da proporcionalidade nasceu no direito alemão e constituiu-se de três elementos, conforme assevera a maior doutrina: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação, é preciso que a medida escolhida pelo Poder Público seja apropriada visando o alcance do fim pretendido, se utilizando de meio apto para isso. Quando não alcançado o fim desejado com o meio escolhido, será este inadequado. Já a necessidade validará, ou não, a medida que restrinja um direito, sempre que indispensável e não

substituída por medida menos restritiva, e seja passível de alcançar o mesmo resultado. Enfim, se a relevância do fim alcançado é justificada pela restrição imposta, firmar-se-á a proporcionalidade em sentido estrito (MARINONI, 2016).

Cumpra frisar a importância da observação aos princípios e postulados a fim de se evitar arbitrariedades na interpretação e decisões do julgador ao longo do percurso processual.

Torna-se, assim, imperioso que o juiz certifique-se ter observado todos os meios de ponderação na busca da pacificação dos conflitos, quando da aplicação das leis.

Em síntese, cumpre ao magistrado conjugar os poderes conferidos a ele pelo Estado à proporcionalidade e à razoabilidade na persecução de um direito satisfatório e justo.

2.3 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO

O CPC de 2015 traz à baila possibilidades que ampliam os poderes instrutórios do juiz no exercício da sua função de prestar a tutela jurisdicional, com o fim de abarcar, de forma satisfatória, a resolução dos conflitos.

Ocorre que esses poderes devem ser revestidos de imparcialidade, pois, o magistrado é o condutor do processo e as suas decisões deverão estar em consonância com os princípios constitucionais e com o Estado Democrático de Direito.

Assevera Bueno (2018, p.206) que “o poder tratado pelo novo código deve ser interpretado como dever-poder uma vez que o juiz exerce função pública e, como tal, deve utilizá-lo até o limite do necessário”.

Em igual convicção, discorre Donizetti:

O CPC/2015 aprimora os poderes-deveres do juiz para instrução e julgamento da causa, conferindo-lhe maior amplitude para adequação do método processual aos contornos da relação material que o substância.[...] Ademais, permite a supressão de atos processuais protelatórios, bem como a dilação de prazos

processuais que necessitem maior tempo para a sua execução, sem falar na possibilidade do emprego de diversos meios para garantia da efetividade da tutela jurisdicional [...] (DONIZETTI, 2018, p.155).

Marinoni (2016) considera que o processo civil brasileiro (Lei n.13.105, de 16 de março de 2015) possui um sistema incomum por, em seu inciso IV do artigo 139, ressalvada a Fazenda Pública no caso do precatório, dispor de todas as técnicas processuais para a tutela dos direitos em todas as suas espécies (BRASIL, 2015). E segue:

Nada obsta ao juiz, desde que justificadamente e com emprego da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que determine outras medidas, desde que promovam o fim, sejam o menos restritivas possíveis e prestigiem o direito constitucionalmente mais relevante (MARINONI, 2016, p.186).

Por outra vertente, na visão de Câmara (2019), ao juiz não cabe dirigir o processo, já que não é a figura central, mas que, na verdade, todos os sujeitos participantes têm a mesma relevância, construindo conjuntamente a relação processual e o seu resultado. Acrescenta que ao juiz cabe, também, promover a autocomposição. E afirma que:

Incumbe ao juiz dar à causa a solução prevista no ordenamento jurídico, aplicando as regras e os princípios adequados para a solução da causa. Não pode o juiz decidir *contra legem*, de forma contrária ao direito vigente. Impende, porém, observar o disposto no parágrafo único do art. 140 (segundo o qual ao juiz seria autorizado decidir por equidade nos casos previstos em lei). O CPC só prevê expressamente a possibilidade de um julgamento que se dê “fora dos limites da legalidade estrita” nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único). [...] Em outros termos, incumbe ao juiz buscar (com auxílio das partes, que atuam em contraditório) a decisão correta para o caso que lhe é submetido, assim entendida a decisão constitucionalmente legítima, isto é, a decisão que está

em conformidade com o direito vigente (CÂMARA, 2019, p.129-131).

No entanto, embora alguns doutrinadores argumentem que o limite do dever do juiz é a aplicação literal da lei, os poderes conferidos a ele, e agora ampliados pelo CPC, não devem ter por finalidade apenas guiar o caminho processual a ser seguido, mas, também, equilibrar as relações, mesmo àquelas em que o Estado integre o vínculo na defesa do interesse público, e incentivar a cooperação entre as partes na perquirição da efetiva tutela jurisdicional, a fim de que o processo se torne não apenas um instrumento de proteção dos direitos da União, mas também dos particulares, integrantes do mesmo bem coletivo.

2.4 O ESTADO, O INTERESSE PÚBLICO E A JUSTIFICATIVA DA REMESSA NECESSÁRIA

De modo a ratificar a soberania do interesse da coletividade sobre o privado, instituiu-se à Fazenda Pública prerrogativas processuais das quais os particulares não usufruem.

No entanto, essas vantagens não protegeriam efetivamente o axiomático princípio do interesse público, já que, por suplantar o interesse dos particulares, titulares do mesmo bem que se pretende tutelar, estariam em dissonância com os princípios constitucionais processuais.

Não há pacificação na doutrina brasileira acerca do tema.

Preceitua Di Pietro que

Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para

todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais (DI PIETRO, 1991, p.133).

Todavia, há um outro enfoque na visão de Barroso quando adverte que é preciso ponderar sempre que o interesse protegido pelo Estado for de encontro a um direito fundamental previsto na Constituição. Se não, vejamos:

Pois bem: em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada (BARROSO, 2018, p.58).

Bandeira de Mello (2018), em referência à conceituação da doutrina italiana, sustenta que, muitas vezes, o Estado defende os chamados interesses secundários, de viés econômico, e não os primários, de cunho coletivo. Observa que, por serem interesses subjetivos, o Estado como pessoa jurídica concorre com todos, objetivando, também, a tutela de interesses particulares, similares aos interesses de qualquer sujeito de direito.

As prerrogativas da Fazenda Pública, em regra, são justificadas por ser o Estado um administrador dos interesses públicos e, consequentemente, desempenhar uma função social de proteção ao bem comum de todos. Cunha (2018) observa que a ideia de que o todo vem antes das partes é antiga e resulta numa relação de subordinação do interesse individual ao coletivo, derivando na supremacia do interesse público como alicerce de todo o direito público.

Sendo o Estado um representante da soberania do povo e responsável por executar o que lhe foi delegado, tornou-se um rigoroso ad-

ministrador desses bens em proteção ao interesse da coletividade, mas não como titular absoluto, como assevera Di Pietro (1991, p.163) ao afirmar que, “a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público”.

Em outra perspectiva, de acordo com Barroso, o argumento do interesse público perde força quando analisado no mesmo contexto do princípio da dignidade da pessoa humana e concluiu:

Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito (BARROSO, 2018, p.59).

Note-se que a concepção de fundamentar as prerrogativas no ideal aristotélico de igualdade, de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida das desigualdades, não ganha força, pois, o Estado não detém paridade com os particulares.

Nesse sentido, a exemplo da remessa necessária, aduz-se que o interesse público nem sempre consubstanciará a imposição de prerrogativas com a justificativa de defesa do bem de todos, mas sim, em regra, para a proteção do próprio erário.

Argumentam Cappelletti e Bryant Garth (1988, p.15) que “a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa igualdade de armas [...]”. Embora, a uma observação mais atenta, a obrigatoriedade do reexame pareça, sobretudo, zelar por privilégios verdadeiramente contestáveis em sacrifício das garantias da parte adversa.

O instituto da remessa necessária, prevista no artigo 496 do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), antes denominado de reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório, remota da era do Direito Medieval. Passou pelo Código de Processo Civil de 1939 e pelo Código de Processo Civil de 1973, neste, em seu artigo 475, reformado pela Lei nº 10.352 de 2001.

Em sua alteração, determinou que não somente a União, o estado e o município possuiriam tal prerrogativa como, também, o Distrito Federal, as autarquias e as fundações de direito público. Na visão de Gomes Júnior (2001, p.647), a inclusão foi tardia, porém, válida, “[...] inserir a regra no âmbito do Código de Processo Civil, o que já deveria ter sido feito anteriormente”.

O código atual traz a remessa necessária no seu artigo 496 e faz novas mudanças ao determinar que os efeitos das sentenças condenatórias proferidas contra a Fazenda Pública, no todo ou em parte, apenas se deem após a confirmação em segundo grau de jurisdição (BRASIL, 2015).

Embora o instituto exija uma reanálise da decisão de primeiro grau, não possui as características de recurso e não está previsto como tal no diploma processual.

Ainda segundo Gomes Júnior (2001, p.647), “a remessa necessária não é um recurso por não ostentar as características próprias destes e não estar prevista no rol taxativo do artigo 994 do CPC 2015, de forma que não se submete ao princípio da taxatividade”.

Asseveram Didier Júnior e Cunha que:

O reexame não contém pressupostos dos recursos. De fato, além de não atender ao princípio da taxatividade, o reexame não está sujeito a prazo, faltando ao juiz legitimidade e interesse em recorrer. A isso acresce a circunstância de não haver o atendimento ao requisito da regularidade formal, que exige do recorrente a formulação do pedido de nova decisão e a demonstração das razões de fato e de direito que o fundamentam (DIDIER JUNIOR; CUNHA; 2009, p.481).

Entretanto, para alguns, a remessa seria recurso interposto pelo juiz, com a obrigação do envio para a reanálise da sentença pelo tribunal superior que proferirá acórdão para confirmar ou reformar a decisão do juízo *a quo*, tomando, assim, ares de recurso interposto de ofício pelo juiz (CUNHA, 2018).

Destaque-se que, uma vez proferida sentença contrária à Fazenda Pública e não agindo de ofício o juiz, os autos serão avocados pelo presidente do tribunal hierárquico respectivo a fim de consumar a rea-

nálise (BRASIL, 2015). Vale ressaltar que esse envio independe de interposição de apelação espontânea pelo órgão ora condenado.

Já em seu parágrafo 1º, o artigo 496 do CPC dispõe que somente haverá remessa dos autos se não houver apelação (BRASIL, 2015). Do que se deduz que mesmo que não haja interesse do ente público em interpor apelação, e tampouco no caso de perda do prazo, a inércia não obstará o envio da remessa (CÂMARA, 2016).

Dessa forma, sempre que houver uma decisão contrária à Fazenda Pública, o processo será enviado ao tribunal para reapreciação da matéria constante da sentença, independentemente de apelação da parte sucumbida.

Todavia, recorrendo o sucumbente e, do mesmo modo, sendo enviado o processo pelo juiz, haverá a apreciação apenas do recurso, conforme acentuado por Theodoro Júnior:

Assim, tendo o NCPC eliminado a remessa necessária quando a Fazenda hover (*sic*) recorrido, o Tribunal, nos processos em andamento, desprezará o reexame *ex officio* e apreciará apenas o recurso (THEODORO JÚNIOR, 2015, p.1078).

Percebe-se, com nitidez, que a figura do juiz, nesse caso, não possui, no mesmo volume, a discricionariedade dada à função no atual diploma, por ocasião da inovação trazida no seu artigo 139 (BRASIL, 2015). No caso da remessa, a atuação do juiz se limita à obrigatoriedade do reexame, independentemente de uma avaliação mais apropriada da situação ou do interesse das partes envolvidas.

Ademais, a apreciação pelo tribunal superior é condição para a produção dos efeitos da sentença, já que a remessa possui natureza de condição de eficácia de sentença. Ou seja, não havendo o reexame em sede de segundo grau, a sentença não transitará em julgado.

Determinada a remessa, seu efeito será suspensivo, obstando a produção dos efeitos da sentença exarada em primeiro grau. Se inerte o juiz, qualquer das partes poderá requerer o seu envio, não havendo preclusão à determinação da remessa. De outro modo, não ocorrendo quaisquer das hipóteses acima, caberá ao presidente do tribunal respectivo avocar os autos para o seu recebimento.

Nesse ponto é possível verificar que o instituto influencia diretamente no tempo de tramitação da ação, prejudicando a razoável duração do processo, posto que não há um prazo determinado, ou mesmo previsto, para o prosseguimento do feito.

Não só isso, mas retira do juiz qualquer possibilidade de promover uma composição entre as partes, mesmo que seja este o desejo de ambas. Outrossim, não demarca tempo para que haja o envio para o segundo grau, obstando o trânsito em julgado e aumentando ainda mais a dilação do processo.

Lado outro, figurando a Fazenda Pública como autor da demanda, entende a doutrina não haver sentença contra o ente público e, sendo assim, não caberá o envio do processo ao juízo *ad quem*.

O artigo 496 prevê, ainda, outras hipóteses de enquadramento para o envio da remessa. Ocorre que nem todos os processos estarão sujeitos à obrigatoriedade do reexame, cabendo ao juiz examiná-los e determinar ou não o envio.

Conclui-se, portanto, que o reexame obrigatório limita os poderes instrutórios do magistrado, prejudicando a razoável duração do processo, e desprestigia a autocomposição amplamente promovida pelo CPC e concretizada no instituto do negócio jurídico processual.

2.5 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS ATOS PROCEDIMENTAIS

O Código de Processo Civil de 2015 adotou a possibilidade da flexibilização dos atos processuais, por meio do instituto do negócio jurídico processual, previsto no artigo 190, em ações que versem sobre direitos que admitam a autocomposição (Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

Este novo instrumento tem por objetivo dar às partes maior liberdade para que componham, previamente e de acordo com os próprios interesses, prazos peremptórios, ritos e, até mesmo, matérias de ordem pública. Essa possibilidade era inimaginável até pouco tempo atrás, visto tratar-se de atos que não admitiam flexibilização por negociação entre as partes.

Sempre mediante a homologação do julgador, tal medida objetivou dar maior efetividade à concretização do direito material, de-

mocratizando o processo a partir da concessão de maior autonomia aos litigantes.

Frise-se que o Código de Processo Civil não é um instrumento de posse do juiz, do advogado ou da parte, mas tem como finalidade precípua a efetividade da prestação jurisdicional, sendo que, para isso, faculta às partes a sistematização prévia dos procedimentos, moldando-os às especificidades do caso concreto.

Embora a lei disponha sobre a intervenção do juiz nos casos em que seja notória a hipossuficiência financeira e técnica de uma das partes, ou se tenha a percepção de má-fé de uma ou de ambas, o dispositivo alavanca a forma consensual de resolução dos conflitos, possibilitando, até mesmo, que os litigantes modifiquem prazos e convençionem a não produção de prova testemunhal ou pericial. Nesse raciocínio, o diploma delega ao juiz apenas o controle dos termos acordados, zelando pelo equilíbrio da relação e pela vedação de atos que possam prejudicar o processo.

As partes poderão, também, definir o calendário que deverão seguir, vinculando não só os litigantes como o juiz, podendo ser modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. Nessa linha, expõe Donizetti que não há óbice à sua aplicação nos direitos que não admitam a autocomposição:

O calendário processual, previsto no art. 191, a seu turno, porque interfere de forma menos intensa nas posições das partes no processo, pode ser celebrado em qualquer processo de natureza cível, pouco importa se o direito substancial admita ou não autocomposição. Aqui o negócio se limita à definição de datas (calendário) para a prática de atos processuais pelas partes e pelo juiz (Donizetti, 2018, p.203).

Complementando o tema, Theodoro Júnior discorre que o negócio jurídico não atinge os atos conferidos ao juiz, não sendo permitido às partes vetar o controle de pressupostos processuais e de condições da ação, ou qualquer atribuição inerente à função do magistrado:

[...] não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das

condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante. Tampouco é de admitir-se que se afastem negocialmente os deveres cuja inobservância represente litigância de má-fé (THEODORO JÚNIOR, 2018, p.488).

No negócio jurídico, previsto no artigo 190 do CPC, prevalece a autonomia da vontade das partes, limitada à observância dos princípios processuais e constitucionais, com o propósito de imprimir agilidade e efetividade ao direito material perseguido.

Desse modo, impõe-se conferir, não só aos particulares mas também à Fazenda Pública, a possibilidade de interferirem no caminhar do próprio processo, por opção de ambas as partes, sempre que não houver prejuízo dos procedimentos imprescindíveis. Vale mencionar que, de acordo com texto do enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (EPPC, 2017), a Fazenda Pública pode celebrar negócios processuais. (FLORIANÓPOLIS, 2017, p. 7).

Frise-se que a cooperação entre as partes busca alcançar a celeridade do processo, ratificando uma prática já existente no meio e que restou personificada no atual diploma.

Além disso, sobre o princípio da cooperação, também conhecido como princípio cooperativo de processo, Bueno aduz que:

Mesmo antes do CPC de 2015, já era possível (e desejável) extrair a cooperação dos princípios constitucionais do contraditório, do devido processo constitucional e da eficiência processual, enfatizando o elemento de ampla participação do processo (o devido na perspectiva constitucional) com vistas a contribuir não só para seu desenvolvimento, mas também para o proferimento das decisões e a satisfação do direito tal qual reconhecido (BUENO, 2018, p.107).

Outrossim, pondera que a cooperação tem por base deveres que carecerão ser observados não apenas pelas partes, mas, conjuntamente, pelo magistrado, e segue:

Observação importante que merece ser feita é que a cooperação prevista no dispositivo em comento deve ser praticada por *todos*

os sujeitos do processo.[...] Manifestações seguras do princípio da cooperação nessa perspectiva estão no dever de declinar o endereço para onde as intimações deverão ser encaminhadas, atualizando-o ao longo do processo (art.77, V); na viabilidade genérica de realização de “negócio processuais” (art. 190); na possibilidade de os advogados efetivarem intimações ao longo do processo (art. 269, § 1º); na identificação consensual das questões de fato e de direito pelas partes e sujeito à homologação judicial (art. 357, § 2º), e na escolha em comum, pelas partes, do perito para a realização da chamada “perícia consensual” (art. 471), apenas para citar alguns dos diversos exemplos (BUENO, 2018, p.108).

Idêntica reflexão merece ser feita quanto à amplitude da capacidade da Fazenda Pública diante dos negócios processuais. Embora já seja possível a autocomposição entre o ente público e o particular, como já mencionado, essa possibilidade está restrita a algumas situações como, por exemplo, a forma de intimação. São as palavras de Cunha:

A intimação da Fazenda pública deve ser pessoal, a ser feita por meio eletrônico, por carga ou por remessa, que são os meios adequados para que ela se realize. É possível, porém, que, no caso concreto, tais meios sejam ineficientes, ou de impossível, custosa ou demorada realização. Por isso, a Fazenda Pública pode celebrar com a parte contrária um negócio jurídico processual, a fim de estabelecer outra forma de intimação pessoal, que se realize por oficial de justiça ou por via postal ou por outro meio que venha a ser acordado (CUNHA, 2018, p.59).

Impende ponderar que, igualmente, a arbitragem é uma forma de composição, vez que dá às partes a possibilidade de negociarem a resolução de determinados conflitos diante da demora e da falta de aptidão do Estado para esses julgamentos.

Houve grande divergência doutrinária sobre a participação do Poder Público na arbitragem, com base na ideia de indisponibilidade do interesse público. Porém, a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), ampliada pela Lei n. 13.129/2015, veio a pacificar a

discussão, permitindo à Administração Pública a utilização da arbitragem (CUNHA, 2018).

Vislumbra-se, então, um estreitamento de interesses, cumprindo aqui estabelecer uma relação de tangenciamento entre as possibilidades de negociação processual, no âmbito da Administração Pública para com o particular, com o desígnio de evitar que as demandas se perpetuem no tempo, a exemplo daquelas que têm duração maior que uma década. Como exemplo, observe-se a apelação cível do ano de 2000, julgada pelo TRF somente no ano de 2019, transcrita abaixo:

APELAÇÃO CIVEL Nº 0007177-02.2000.4.03.6109/SP. EMENTA DIREITO CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS A EXECUCAO DE SENTENCA. 28,86%. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. OPORTUNIDADE PARA MANIFESTACAO ACERCA DOS CALCULOS JUDICIAIS ACOLHIDOS EM SENTENCA. INEXISTENCIA. VIOLACAO DO CONTRADITORIO, APMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. OCORRENCIA. NULIDADE DA SENTENCA. APELACAO DA CNEM PROVIDA. 1.De análise dos autos, verifica-se que após a apresentação dos cálculos da contadoria, apesar de determinada a intimação para as partes se manifestarem acerca dos cálculos apresentados, não foi dada vista ao INSS, sendo prolatada a sentença sem essa providência. A alegação de falta de intimação dos atos anteriores a este não procede, visto que houve manifestação do INSS pela realização de perícia contábil anteriormente a remessa dos autos. 2. Caracterizada a ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal. Precedentes desta Corte e demais Tribunais Regionais Federais. 3. Apelação provida. (TRF-3 – Ap-Civ: 00071770220004036109 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, Data de Julgamento: 01/10/2019, PRIMEIRA TURMA, Data de publicação: e-D-JF3 Judicial 1 DATA:11/10/2019).

Diante da demora do trâmite processual e com a perspectiva de que o novo código caminhou na direção de alargar as diversas formas

de composição dos conflitos, faz-se necessário fortalecer o instituto do negócio jurídico processual, ampliando o seu campo de atuação sobre a Administração Pública, já que esta é parte envolvida em grande número de ações.

A propósito, é sabido que litígios contra a Fazenda podem se arrastar por longos anos, resultando em falência ou insolvência da parte adversa. Em especial, quando acrescido da obrigatoriedade do reexame.

Sob esse prisma, por fim, restaria menos oneroso aos particulares contratar com o Estado sabendo que um provável litígio não estaria, desde logo, fadado a um tempo de veras prolongado e, em regra, em seu desfavor.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu demonstrar, de maneira não exaustiva, ser plausível a ampliação do negócio jurídico processual para a sua aplicação à remessa necessária, de forma a dar maior eficácia ao instituto.

Por conhecer a complexidade do debate e saber que o tema é merecedor de uma pesquisa mais aprofundada, não se pretendeu aqui exaurir o assunto, mas fomentar o debate, imbuindo a discussão de possibilidades. Por esse motivo, firma-se o compromisso de, futuramente, dar continuidade a esse estudo, dado que pôde-se observar a grande controvérsia doutrinária em torno do tema. Posto isto, o presente trabalho servirá apenas como base para uma possível tese de mestrado.

É indiscutível que as demandas em face da Fazenda Pública põem à prova não só a perseverança dos particulares como também a sua própria subsistência. Um processo desse tipo pode levar, se somado ao envio da remessa, mais de uma década sem que haja qualquer decisão em segundo grau, não sendo incomum que, antes mesmo da sentença, o particular já tenha se tornado insolvente ou falido.

Por óbvio que o particular tem vida útil, seja ele pessoa física ou jurídica, enquanto o Estado é figura infinita, não se submetendo aos efeitos do tempo. Muito pelo contrário, em um tanto de vezes, o tempo é seu aliado, imprimindo à parte adversa a fragilidade de quem está suscetível às consequências de uma demanda quase inacabável.

Com efeito, visto que o Estado é parte capaz para a autocomposição, não há que se falar em prejuízo ao bem público, pois, como já exposto, também integra o interesse geral a parte contrária, sendo certo que cabe à administração pública zelar pela efetividade dos processos como garantia dos direitos fundamentais.

Posto isso, impendeu-se propor o uso do negócio jurídico processual a fim de facilitar o diálogo das partes, visando o pretense efeito de uma melhor reflexão com a chance de até mesmo mitigar a austera obrigatoriedade da remessa necessária, ao invés de continuar com sua aplicação imediata, que pode nem mesmo refletir a intenção do ente público no caso concreto.

Isso porque o reexame pode burocratizar o processo desnecessariamente, atrasando os procedimentos e comprometendo a eficácia do próprio instituto, restando por contrariar todo a temática principiológica de dar celeridade aos procedimentos, constantes do Código de Processo Civil de 2015.

O emprego do negócio jurídico à remessa necessária se apresenta como o meio mais coerente com a *mens legis* do CPC de 2015, onde conceitos como o saneamento cooperativo, a estabilidade da tutela provisória e outros institutos já demonstraram estar presente no novel diploma legal um espírito ousado. O envio automático do processo ao segundo grau, que é o que ocorre mesmo quando não há interesse do próprio Estado em recorrer da decisão exarada, indica claramente ser o maior inimigo da pacificação social em tempo razoável. Ampliar a abrangência do instituto imprimirá a eficácia desejada há tanto tempo frustrada.

Conjugando-se a conformidade dos interesses da Fazenda Pública com os termos da sentença, a autocomposição do negócio jurídico e os poderes ampliados do juiz e das partes, tornar-se-ia útil e apropriada, sempre sob a análise prévia do magistrado, a flexibilização do instituto, proporcionando um desfecho mais célere ao processo.

Tendo como base o princípio processual constitucional do direito ao tempo razoável do processo, alavancado ao patamar de garantia constitucional pela Emenda Constitucional 45/04, o negócio jurídico processual aplicado se demonstrará o instrumento democrático oportunamente destinado à flexibilização procedimental.

Nesse sentido, somente o tempo poderia comprovar a efetividade do negócio jurídico processual delineado no atual código de processo, por ter características de temática nova.

Em síntese, a pesquisa técnico-científica aqui apresentada buscou evidenciar o quão abrangente e adequada é a conjugação do negócio jurídico processual com a remessa necessária, visto que possibilitará ao magistrado imprimir a celeridade ideal ao procedimento legal, valendo-se dos poderes ampliados no CPC de 2015, com o objetivo de satisfazer, em tempo razoável, ambos os polos da relação processual, sobretudo elevando o nível do debate jurídico-científico.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível (ApCiv) 0007177-02.2000.4.03.6109**. Direito civil e Administrativo. Embargos à execução de sentença. 28,86%. Leis 8.222/93 e 8.627/93. Oportunidade para manifestação acerca dos cálculos judiciais acolhidos em sentença. Inexistência. Violação do Contraditório (*sic*). Apmpla (*sic*) defesa e devido processo legal. Ocorrência. Nulidade da Sentença. Apelação da cnem (*sic*) provida. Relator: Desembargador Federal Wilson Zauhy. Brasília-DF. 11 de outubro de 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://trf-3.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/768036797/apelacao-civel-apciv-71770220004036109-sp/inteiro-teor-768036821?ref=serp>. Acesso em: 18 nov. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

- _____. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. **Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 18 set. 2019.
- _____. 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/113105.htm. Acesso em: 26 set. 2019.
- _____. DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, set. 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 20 out. 2019.
- _____. LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. **Institui o Código de Processo Civil**, Brasília, DF, jan. 1973, Art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 20 out. 2019.
- _____. LEI Nº 10.352, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2001. *Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário*, Brasília, DF, dez. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10352.htm. Acesso em: 21 out. 2019.
- _____. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem, Brasília, DF, set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 out. 2019.
- _____. LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. **Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 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, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, Brasília, DF, mai. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 21 out. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CAPPELETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil - v. 3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

FLORIANÓPOLIS. Enunciado nº 256, de 29 de março de 2019. VIII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. **Enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis**, Florianópolis: FPPC, p. 7, 2017. Disponível em: <http://civileimo->

biliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-
-de-Florian%C3%B3polis.pdf. Acesso em: 28 set. 2019.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Anotações sobre a nova fase da reforma do CPC – âmbito recursal**. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). São Paulo: RT, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PAULO, Vicente, 1968. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

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

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO CIVIL COMO INSTRUMENTO COERCITIVO ATÍPICO NA EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luis Felipe Ferreira Klem de Mattos
Rogério Borba da Silva

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar o cabimento da prisão civil como medida coercitiva atípica nas obrigações de fazer e não-fazer tendo em vista o poder geral de efetivação conferido ao Magistrado e positivado no art. 536 do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), especialmente em razão da não taxatividade das medidas dispostas no §1º do citado artigo.

Cabe a análise, contudo, da necessária interpretação sistemática que se deve realizar entre o referido dispositivo e a Constituição da República (BRASIL, 1988), que, em seu art. 5º, inciso LVXII veda a prisão por dívida, consagrando que: “não haverá prisão por dívida civil, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Ainda sob a égide do revogado Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), par-

te minoritária dos juristas defendia a utilização da prisão civil como meio indireto de execução das obrigações de fazer e não fazer, em que pese não tenha tal tese encontrado albergue na jurisprudência pátria, ressalvada a hipótese constitucional de inadimplemento voluntário de obrigação alimentar inescusável.

A propósito, o Eg. STJ firmou o entendimento de que, ao Magistrado, no exercício da jurisdição cível, careceria competência para a decretação de prisão fulcrada em descumprimento de ordem judicial, posicionamento que restou assentado desde o julgamento do MC 11.804/RJ (BRASIL, 2007). Nessa esteira, não se olvida que a desobediência à determinação judicial possa configurar ilícito na esfera penal a ser apurado em ação própria. Porém, ainda que tenha o legislador aparentemente ampliado a esfera de alcance do poder geral de efetivação do Magistrado através do novel código de ritos, a prisão civil continua sendo inadmitida como método de coerção pessoal do devedor, ainda que na execução de obrigações de fazer ou não-fazer sem natureza patrimonial.

Pretende-se com o presente estudo a análise quanto ao cabimento da prisão civil como medida atípica de execução das obrigações de fazer e não fazer, questão que será sopesada à luz da limitação constitucional contida na Constituição da República (BRASIL, 1988) em seu art. 5º, LXVII, bem como da técnica processual positivada no Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) em seu artigo 139, inciso IV e art. 536, vigente desde março do corrente ano.

Com a recente introdução de um novo sistema processual que, aparentemente, confere maior poder de atuação ao Magistrado, revela-se de notável importância o estudo do tema, diante da possível mudança de paradigma doutrinário e jurisprudencial quanto à constitucionalidade e cabimento da prisão civil como medida coercitiva passível de ser imposta ao devedor nas obrigações de fazer e não fazer sem natureza patrimonial.

2. O PROCESSO E SEUS MEIOS DE EXECUÇÃO

Sabe-se que o destino do homem não se realiza senão através da vida em sociedade. Afinal, se as necessidades humanas são ilimitadas e, ao invés, limitados são os bens, ou seja, a porção do mundo exterior

apta a satisfazê-las – tanto material quanto fisicamente –, chegamos à natural conclusão de que os seres humanos necessitam uns dos outros para a satisfação de seus incessantes desejos.

Tendo em vista tais premissas, Carnelutti (1929) encetou suas lições de processualística civil registrando que o conflito de interesses se revela produto necessário da incontornável e imperiosa convivência do homem com outros homens, motivo pelo qual esse *modus vivendi* exige normatização, em prol da preservação do indivíduo e do organismo coletivo.

E é exatamente desse conflito de interesses (produto natural da vida em sociedade), qualificado por uma pretensão resistida, que surge, em sua concepção clássica, o conceito de lide criado por Carnelutti (1929). De se dizer, portanto, que a lide se estabelece entre dois indivíduos, titulares de interesses divergentes, de modo que enquanto um pretende sujeitar o outro ao seu próprio interesse, o outro opõe resistência a esta pretensão.

Uma vez levada a Juízo o conhecimento dessa controvérsia, o Estado assume o papel de apaziguador social através do processo, instrumento através do qual, segundo Carnelutti (1929), se confere a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter. Sobre o tema, colhemos as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco (2007):

Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tomem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

Sendo da natureza do devedor a conduta de resistência à pretensão do credor, faz-se necessário que as normas tenham imposição coativa àqueles que se encontrem abrangidos por sua esfera de incidência e, não somente isso, mas também que disponha o Estado de métodos subrogatórios e coercitivos a fim de garantir ao cidadão jurisdicionado à prestação da tutela efetiva que lhe é assegurada constitucionalmente.

E é justamente objetivando a realização dessa tutela efetiva a que se destina a execução. Assis (2016) ensina que:

Trilhando itinerário ortodoxo, há muito percorrido e demarcado na doutrina alemã, a compreensão dos meios executórios inicia pela identificação precisa do bem jurídico (*res*) postulado pelo exequente. Tais bens podem ser os seguintes: (a) coisa certa ou determinada (*corpus*); (b) soma em dinheiro, ou uma quantidade de coisas em dinheiro passíveis de conversão (*genus*); e finalmente, (c) atividade ou uma abstenção do executado (*facere e non facere*). (...) Ora, basta a sinalização do senso comum para indicar que, conforme o objetivo colimado – *corpus, genus e facere*, o ultimo preventiva ou repressivamente, pouco importa –, o meio de atuação variará de maneira dramática. Impedir a poluição do lençol freático por indústria química, despoluir águas do açude e compelir o obrigado inadimplente a entregar determinada quantia são metas díspares, inconfundíveis, e, o que mais importa, exigem técnicas executivas equivalentemente desiguais. O inadimplemento de deveres próximos ou remotos², oriundos de direitos relativos ou absolutos, já implica condutas dessemelhadas. E à efetivação coativa das pretensões respectivas, mediante execução, corresponderão, simetricamente, mecanismos bastante diferentes.

De se dizer, portanto, que a espécie de execução a ser adotada pelo Estado variará que acordo com a natureza da obrigação perquirida. No tocante às obrigações de fazer e não fazer – sobre as quais se dirige esse breve artigo –, entabula o Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) em seus artigos 536 e 537 que:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e

apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Sobre o tema, esclarece Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016) que “o não fazer e o fazer têm à sua disposição, além da multa, todo e qualquer meio de execução idôneo e necessário a determinado caso concreto. É o que está expresso nos arts. 536 e 537 do CPC”.

Com efeito, se verifica que o legislador conferiu ao Magistrado meios coercitivos e sub-rogatórios amplos a fim de garantir a entrega da tutela jurisdicional efetiva ao interessado. Eis o que se subsume, também, do art. 139, inciso IV, do citado diploma legal (BRASIL, 2015):

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Nessa esteira, tendo em vista que o novel sistema executivo notoriamente autorizou o Magistrado a utilizar as medidas que, no caso concreto, melhor atendam à finalidade do processo, primando pelo direito fundamental à tutela efetiva, é que surge a indagação quanto à [in] constitucionalidade da adoção da prisão civil como meio executório.

3. A PRISÃO CIVIL COMO MÉTODO DE EXECUÇÃO INDIRETA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO- FAZER SEM NATUREZA PATRIMONIAL

Objetivando a garantia da tutela jurisdicional assegurada pela Carta Cidadã (BRASIL, 1988), o revogado Código de Processo Civil

(BRASIL, 1973) em seu artigo 461, §5º, já franqueava ao Magistrado a adoção de meios executórios de coerção pessoal e patrimonial adotáveis nas obrigações de fazer e não fazer, *ex vi*:

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Prestigiando o espírito do revogado Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) e primando pela concreção da tutela específica, assenta o artigo 536 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Considerando que o aludido dispositivo não pretende o exaurimento das medidas coercitivas que poderão ser adotadas pelo Magistrado nas referidas hipóteses, nasceu um sensível debate sobre a esfera de alcance das chamadas “medidas atípicas”, especialmente em razão do “princípio da intangibilidade corporal em razão de dívidas” (ASSIS, 2016) consagrado na Carta Cidadã (BRASIL, 1988) em seu artigo 5º, LXVII, *ex vi*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

A dúvida decorre precisamente do emprego do termo “dívida” pela Carta Cidadã, motivo pelo qual se questiona se a vedação à adoção da prisão civil não se limitaria aos casos de execução de obrigações de cunho patrimonial, excetuando-se, assim, as hipóteses de obrigações de fazer e não fazer sem natureza patrimonial.

Sobre o tema leciona Assis (2016) que a Carta Cidadã (BRASIL, 1988) não admitiria a adoção da prisão civil como expediente de indução compulsória do executado ao cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer, face ao princípio supra mencionado.

De outro giro, grandes autores como Cândido Rangel Dinamarco (2004) admitem a prisão civil como meio de coerção processual, sendo que a adoção de tal medida decorreria do Código Penal (BRASIL, 1940), especificamente de seu art. 330, que estabelece como crime de desobediência “desobeder a ordem legal de funcionário público”. Nessa esteira, argumenta que sendo o magistrado um funcionário público,

“as sentenças mandamentais que profere enquadram-se comodamente no conceito de ordem legal e, portanto, quem desatende a elas desobedece, inclusive para fins penais”. Arremata sua tese asseverando que “o fundamento dessa possível prisão não é, contudo, a dívida em si mesma, senão a afronta a um comando do Estado-juiz”.

Já Pontes de Miranda (2003), na mesma esteira, ensina que: “o que a Constituição proíbe é a pena de prisão pelo não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem posse imediata de algum bem se furte à entrega dele”.

Registre-se, contudo, que o Eg. STJ possui entendimento pacífico de que ao Magistrado na esfera cível não compete a decretação de prisão por quem descumpra ordem judicial no curso do processo por ele conduzido, *ex vi* (BRASIL, 2012):

HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DE JUDICIAL. DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO POR JUÍZO CÍVEL. INCOMPETÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Salvo nas hipóteses de depositário infiel ou de devedor de alimentos, não é o Juízo Cível competente para, no curso de processo por ele conduzido, decretar a prisão de quem descumpra ordem judicial. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
2. Ordem de habeas corpus concedida para cassar a ordem de prisão expedida em desfavor do ora Paciente.

Posicionando-se também pela admissibilidade da prisão civil como técnica de coerção processual, porém, por distintos fundamentos, apregoa Marinoni (2008) que:

Considerando a tutela inibitória que impõe um não fazer, a tutela inibitória que impõe um fazer e a tutela de remoção do ilícito, é fácil concluir que a prisão poderá ser utilizada para impor um não fazer ou mesmo para impor um fazer infungível que não implique disposição de dinheiro e seja imprescindível à efetiva prestação de um direito. Nesses casos, ao mesmo tempo em que a prisão não estará sendo usada para constranger o

demandado a dispor de patrimônio, ela estará viabilizando – no caso em que a multa e a medida de execução direta não se mostrarem adequadas – a efetiva prevenção do direito, ou melhor, a tutela jurisdicional específica por excelência, única a permitir a tutela dos direitos que não se conciliam com o ressarcimento.

De se notar, portanto, que apesar do entendimento doutrinário divergente e as válidas ponderações técnicas vertidas sobre o tema, o posicionamento majoritário até agora adotado pela doutrina e jurisprudência pátrias segue pela inadmissão da prisão civil, dado o princípio da indisponibilidade corporal, entendimento este que restou pacificado pelo Eg. STJ desde o julgamento da Medida Cautelar n. 11.804/RJ (BRASIL, 2007):

MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL CIVIL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL.

INCABIMENTO. PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. JUÍZO CÍVEL. INCOMPETÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não cabe, em regra, atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial, por se tratar de decisão de conteúdo negativo, implicando antecipação de julgamento do próprio agravo de instrumento interposto.
2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que o magistrado, no exercício de jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial. Precedentes.
3. Não há falar em crime de desobediência quando a lei extrapenal não trouxer previsão expressa acerca da possibilidade de sua cumulação com outras sanções de natureza civil ou administrativa.
4. Pedido indeferido. Habeas corpus de ofício.

Contudo, com a introdução do art. 139, IV e art. 536, *caput* do Novo Código de Processo (BRASIL, 2015) Civil no ordenamento pátrio, através dos quais restou consignada a possibilidade do Magistrado “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” e, também, “as medidas necessárias à satisfação” do exequente, questiona-se se o atual legislador teria conferido ao Magistrado a possibilidade de utilizar-se também da prisão civil como medida de coerção pessoal do devedor nas obrigações de fazer e não fazer, uma vez que a limitação constitucional contida no art. 5º, LXVII, da Constituição da República (BRASIL, 1988) não se aplicaria a direitos que não se conciliam com o ressarcimento. A resposta a tal indagação há que ser negativa.

4. CONCLUSÃO

As inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil trouxeram novamente ao debate a questão dos limites que deverão nortear o poder geral de efetivação da tutela jurisdicional conferido ao Magistrado, em homenagem ao princípio da primazia da tutela específica, consectários naturais do neoprocessualismo.

Entretanto, se a constitucionalização do processo civil ressalta a efetividade da tutela jurisdicional àquele que tenha sofrido uma lesão em sua esfera de direitos, não poderá, de outro giro, legitimar a vulneração dos direitos da parte contrária, devendo ser adotado o meio executivo que melhor entregue o bem da vida buscado pelo autor com a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.

É exatamente sob este prisma que se afirma que, inobstante tenha o legislador ampliado os meios técnicos da função executiva através dos artigos 139, inciso IV e 536 do novel Código de Processo Civil, permanece inarredável a vedação constitucional à prisão civil como método executivo na esfera do processo civil, ressalvado o caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, sem, contudo, afastar-se a possibilidade de apuração de ilícito penal perante o Juízo competente e mediante a instauração de procedimento próprio nos casos descumprimento de ordem judicial.

REFERÊNCIAS:

ASSIS, Araken de. **Manual de Execução**. – 18ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora RT, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, Lei n. 13.015, de 16 de março de 2015.

BRASIL, Lei n. 5.859, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Habeas Corpus n. 214297/GO. Relator:VAZ, Laurita. Publicado no DJ de 30/04/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101740842&dt_publicacao=30/04/2012. Acessado em 30/03/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão na Medida Cautelar n. 11804/RJ. Relator: CARVALHIDO, Hamilton. Publicado no DJ de 05/02/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601579233&dt_publicacao=05/02/2007. Acessado em 30/03/2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile: processo di esecuzione**, Volume 1, Editora CEDAM, 1929.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV. 1ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**, 3ª ed., 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, volume 3: Execução**. – 2ª ed. ver. e atual. 2. Tir. – São Paulo: Editora RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITI-DIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil, volume 2*: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum – 2ª ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Editora RT, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII: arts. 796-889*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2004.

A PUBLICAÇÃO DE ATOS DO PROCESSO ARBITRAL E SUAS EXCEÇÕES LEGAIS

André Peralva Barbirato de Assis

1 – INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico o dever de publicidade das decisões judiciais está previsto na Constituição Federal, através do art. 5º, inciso LX. Este requisito de validade se relaciona com a necessidade de controle da decisão judicial, seja pelas partes ou pela sociedade.

A publicidade de todos atos processuais possibilita às partes o controle da legalidade das decisões, bem como, garante a possibilidade de formação do convencimento acerca da recorribilidade ou não da determinação judicial.

O Código de Processo Civil de 2015, através do art. 8º ratifica a necessidade de publicidade dos atos, como forma de garantir do devido processo legal.

No tocante específico do instituto da arbitragem, surge inicialmente o questionamento: a ampla garantia de publicidade e acesso ao conteúdo dos autos se aplica ao processo arbitral? A publicidade dos atos fere o dever de confidencialidade na arbitragem? Em processos envolvendo a Administração Pública, deve ser aplicado o princípio da publicidade?

Não existe na lei de arbitragem nenhum dispositivo legal que determine a aplicação obrigatória do Código de Processo Civil nas de-

cisões arbitrais. A utilização de tal legislação deve ser promovida, de forma subsidiária, sempre que não houver disposição diversa na lei de arbitragem (Lei Federal 9.307/96).

O processo arbitral, em sua essência, por tratar de direitos patrimoniais disponíveis determina o dever de confidencialidade. São tratados, por arbitragem, disputas empresariais, segredos industriais, contratos com cláusula de confidencialidade, marcas e patentes, direitos de propriedade intelectual, entre outros, sendo o sigilo uma importante característica desta modalidade de resolução de conflitos.

Em contrapartida, a necessidade de publicação das decisões exerce efeitos endoprocessuais (relacionados às partes, dentro do processo – contraditório e ampla defesa) e extraprocessuais (gera legitimidade democrática), além de permitir o controle e fiscalização dos atos processuais pela sociedade.

Se considerada a arbitragem como uma atividade jurisdicional, estão os árbitros obrigados ao dever de publicidade dos atos processuais, nos moldes do Código de Processo Civil de 2015? Em contrapartida, caso considerado o procedimento arbitral mero negócio jurídico firmado entre partes capazes, pode ocorrer negócio jurídico processual sobre a não incidência de publicidade dos atos processuais?

Este trabalho visa responder a tais questionamentos, com base em artigos acadêmicos, dissertações e a legislação pátria.

2 – O DIREITO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E PRIVACIDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LX³² trata da restrição da publicidade de atos processuais, em virtude da defesa da intimidade do indivíduo. No mesmo sentido a nossa lei maior determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

De forma complementar a Constituição Federal indica no art. 93, inciso IX que, em situações excepcionais alguns atos processuais podem ser realizados exclusivamente na presença das partes e/ou seus

32 Dispõe o art. 5º, LX da CF/1988: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. (BRASIL, 2020)

advogados, pois, o que se busca é preservar o direito de intimidade do interessado³³.

A publicidade dos atos processuais está relacionada com a necessidade de controle e fiscalização do processo (pelas partes ou pela sociedade), seja ele arbitral ou judicial. O que se visa assegurar é o devido processo legal e a realização de um processo justo, mantendo-se a segurança jurídica e a estabilidade das decisões.

De acordo com Dicio (2020, p.1), entende-se com intimidade: “o caráter do que é íntimo, secreto”. Já o conceito literal de privacidade expõe: “uma qualidade do que é privado, do que diz respeito a alguém em particular”.

Ensina Pinho (2018) que a publicidade confirma o direito constitucional à informação e serve de suporte para a efetividade do contraditório, garantindo-se o controle da sociedade com relação à atividade jurisdicional prestada. Entretanto, o processo pode ser sigiloso, quando houver expressa previsão legal, notadamente quando a defesa da intimidade ou do interesse público exigirem.

Para um melhor entendimento se faz necessário diferenciar os conceitos de confidencialidade e privacidade. De acordo com Bardales (2020, p. i)³⁴:

La privacidad concierne tanto a el lugar donde el procedimiento se lleva a cabo y el hecho de que en ese escenario personas extrañas no deben ser admitidas a las audiencias. La esencia de este principio puede recaer em el hecho de que las partes han

33 Prevê o art. 93, IX da CF/1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. (BRASIL, 2020)

34 A privacidade diz respeito tanto ao local em que o procedimento é realizado quanto ao fato de que, nesse cenário, estranhos não devem ser admitidos nas audiências. A essência desse princípio pode estar no fato de que as partes concordaram em solucionar por arbitragem certas disputas que surgiram entre elas e somente entre elas ... as partes de uma arbitragem podem não apenas manter certas informações estratégicas em segredo, mas também preservar sua imagem e posição no mercado, não obstante a sensibilidade do objeto do processo.

acordado someter a arbitraje determinadas disputas surgidas entre ellas y solo entre ellas... las partes en un arbitraje no solo pueden mantener en secreto cierta información estratégica, sino que también pueden preservar su imagen y posición en el mercado no obstante lo sensitivo que sea el objeto del proceso.

A privacidade possibilita uma atmosfera mais adequada para permitir a resolução de disputas, na medida em que, em um ambiente fechado as partes estão livres de fatores externos³⁵. Existe, ainda, o fator de intimidação que pode ser exercido pela mera presença de terceiros na audiência.

A confidencialidade, por sua vez, é um dever relacionado a não divulgação das informações relacionadas ao processo. Complementa Bardales (2020, p. ii):

Se ha sostenido que la naturaleza privada del arbitraje esta íntimamente vinculada con el deber de confidencialidad en el sentido que la primera facilita a la última. Así, la privacidad sería inútil si luego de concluida la audiencia cualquier parte por propio interés pudiera hacer de conocimiento público la información relacionada al proceso³⁶.

De acordo com Oliveira e Figueiroa (2015) a confidencialidade se relaciona ao sigilo de fatos e documentos trazidos aos autos, das alegações das partes e das decisões do tribunal arbitral, especialmente a sentença arbitral.

35 Neste sentido ensina Ferraro (2020, p. i): “El arbitraje es un mecanismo privado de solución de disputas. Quizás por eso frecuentemente se asume que asegura la confidencialidad de lo actuado y sus resultados. Se suele entender, por ejemplo, que los documentos presentados, escritos intercambiados, lo ocurrido en las audiencias e incluso las decisiones emitidas en el contexto del arbitraje serán protegidos y no estarán disponibles públicamente. Muchos incluso consideran que ésta es una de las principales ventajas del arbitraje.”

36 A natureza privada da arbitragem está intimamente ligada ao dever de confidencialidade, no sentido de que o primeiro facilita o segundo. Assim, a privacidade seria inútil se, após a conclusão da audiência, qualquer parte de seu próprio interesse pudesse tornar públicas as informações relacionadas ao processo.

Detalha Haddad (2020) que a publicidade interna (voltada às partes) é uma característica basilar do processo jurisdicional. Desta forma, quando se refere a doutrina em processo sigiloso ou confidencial, este dever está relacionado à ausência de publicidade externa, direcionada a terceiros.

Cabe destacar ainda que vigoram em nosso sistema processual os princípios da confiança, da cooperação e da boa-fé³⁷, razão pela qual, devem as partes manter uma conduta processual idônea e agir de forma respeitosa e urbana, como forma de não potencializar o litígio posto em exame.

No próximo tópico será abordada a temática da publicidade dos atos processuais e suas exceções.

3 – DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

O princípio da publicidade dos atos processuais está previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu artigo X³⁸, que delimita o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, e ter acesso a uma audiência justa e pública, para decidir seus direitos e deveres.

Hodiernamente as sessões do Supremo Tribunal Federal, Corte Maior do nosso ordenamento jurídico e guardião da Constituição Federal são televisionadas e transmitidas de forma aberta para todo o território nacional. Ademais, as sessões estão disponíveis eletronicamente, através do canal do tribunal na rede internacional de computadores e tecnologia digital (internet).

A publicidade dos atos de um processo está ligada ainda com a garantia constitucional do direito à informação, tratado no art. XIV da Constituição Federal, pois, compete às autoridades prestar esclarecimentos e informações, de forma gratuita, acerca do andamento e

37 Dispõe o art. 5º do CPC/2015: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” (BRASIL, 2020)

38 Prevê o artigo X da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948, p vii): “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

tramitação de um processo, ressalvadas as hipóteses de decretação do sigredo de justiça.

Esclarece Santos (2011) que a exigência por processos e decisões transparentes, onde são detalhados os motivos, fundamentos e resultados da decisão proferida tornou-se essencial à vida do próprio Estado Democrático. A publicidade permite ao público em geral saber da existência, do desenvolvimento e a conclusão de uma decisão jurisdicional e permite o controle da atividade dos julgadores.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), a publicidade processual pode ser classificada como publicidade total (permite a fiscalização popular acerca da decisão judicial) ou restrita (quando os atos processuais serão públicos tão somente com relação às partes e seus advogados ou a um número reduzido de pessoas).

Se faz necessário ressaltar que, em algumas demandas judiciais, o objeto do processo é relacionado à intimidade, privacidade e personalidade dos indivíduos, e, nestes casos, a publicidade dos atos processuais pode ser limitada por requerimento das partes.

Ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 94): “a regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados”

O Código de Processo Civil, em seu art. 189 trata da publicidade dos atos processuais e nele estão detalhadas as hipóteses de decretação do sigilo, por sigredo de justiça³⁹.

Nestas hipóteses deve o acesso ao conteúdo dos atos processuais ser permitido tão somente entre as partes e seus advogados⁴⁰.

39 Preconiza o art. 189 do CPC/2015: “Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em sigredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. (BRASIL, 2020)

40 Complementa Pinho (2018) que o juiz pode estender a exceção da publicidade dos atos processuais a outros casos que não estejam contemplados no texto legal, desde que sua decisão seja fundamentada.

Em se tratando de processo eletrônico, determina o art. 11 § 6º da Lei Federal n. 11.419/2006 que os documentos digitalizados e juntados no processo estarão disponíveis para as partes, advogados (independentemente de procuração nos autos), membros do Ministério Público e aos Magistrados, com exceção daqueles em que haja deferimento do segredo de justiça

Para fins de delimitação acerca do que é interesse público ou social se faz necessário um maior aprofundamento. De acordo com Freitas (2015, p. 1): “interesse público é o que é comum a todos”.

Todavia, entende o referido autor que é preciso cautela na aplicação deste conceito jurídico indeterminado. Em determinados casos, ainda que existente o interesse público, pode o julgador decretar o sigilo dos atos processuais (deve-se fazer uma ponderação de valores, entre os direitos constitucionais de publicidade e intimidade/privacidade, optando o julgador pela prevalência do que for menos gravoso às partes).

Entende-se como interesse social aquele que diz respeito a determinada parcela da sociedade. Ainda que não seja estendido a todos os indivíduos, o direito tutelado na ação pode se relacionar a parte substancial da população, e, configurado o interesse social para fins decretação do segredo de justiça.

Ações que versem sobre direito de família, por expressa disposição legal, devem tramitar sob segredo de justiça, pois, o objeto tratado no litígio está diretamente relacionado a intimidade, privacidade e afeta a esfera psicológica dos envolvidos.

No mesmo sentido, ações em que existam dados protegidos constitucionalmente, por questão do direito à intimidade devem ser declaradas sigilosas, citando-se dentre elas, as que versem sobre o sigilo de dados bancários e fiscais, sigilo de correspondência, de comunicações telefônicas e telegráficas.

Neste aspecto, entende Doneda (2006) que na proteção constitucional de dados pessoais não é somente a privacidade que se pretende tutelar. Deve ser protegida a pessoa contra o controle indevido e contra a discriminação, em aspectos fundamentais de sua própria liberdade pessoal.

A última hipótese tratada pelo art. 189 do Código de Processo Civil, como exceção à regra de publicidade é a arbitragem. Cabe res-

salvar que devem tramitar em segredo de justiça ações que versem sobre processos arbitrais, desde que demonstrada em juízo a cláusula de confidencialidade.

Até mesmo as Cartas Arbitrais⁴¹ (consideradas como uma forma de comunicação entre os árbitros e o Poder Judiciário, na qual se requer o cumprimento de uma determinação dos árbitros), com base no princípio da cooperação, devem tramitar de forma sigilosa.

Cita-se, como exemplo de decisões dos árbitros que são cumpridas, via carta arbitral, as tutelas provisórias deferidas nas arbitragens (não atendidas voluntariamente por aquele contra o qual a determinação foi proferida) e a condução de testemunhas (que não compareceram ao juízo arbitral), não obstante devidamente intimadas.

Se faz necessário destacar que, quando estamos diante de um litígio envolvendo a Administração Pública, será observado o princípio da publicidade no processo arbitral, por expressa previsão legal do art. 2º § 3º da Lei de Arbitragem⁴², aplicado em consonância com o art. 37 da Constituição Federal⁴³.

No próximo tópico serão abordados o processo arbitral e a forma de acesso ao conteúdo dos autos na arbitragem

4- PROCESSO ARBITRAL E O ACESSO AO CONTEÚDO DOS AUTOS

A lei federal de arbitragem, promulgada no ano de 1996 não continha a exigência de publicidade de atos do processo arbitral, na me-

41 De acordo com Pinho e Mazzola (2018, p. 5): "as decisões arbitrais não possuem coercitividade. Logo, caso não sejam adimplidas voluntariamente por uma das partes, o árbitro deverá solicitar a colaboração do Poder Judiciário, a fim de que a medida possa ser cumprida. ... No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

42 Dispõe o art. 2º § 3º da Lei 9.307/1996: "A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade." (BRASIL, 2020).

43 Prevê o art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte" (BRASIL, 2020)

dida em que, aquela legislação é pautada na autonomia da vontade das partes, que podem pactuar livremente a cláusula de confidencialidade.

Após a reforma da legislação específica em 2015 a confidencialidade foi expressamente estabelecida no parágrafo único do artigo 22-C da Lei 9.307/96, que prevê a decretação do segredo de justiça no cumprimento das Cartas Arbitrais, havendo uma presunção de que, o processo arbitral (originário) também é confidencial.

Ademais, é praxe se observar nos Regimentos Internos das Câmaras Arbitrais a garantia de sigilo e confidencialidade do processo arbitral. Esclarece Ferraro (2020, p. i):

“A diferencia de las cortes judiciales, el arbitraje ofrece a las partes la oportunidad de resolver sus controversias de manera privada y sujetando los documentos intercambiados a estrictas obligaciones de confidencialidad”.

Esclarece Haddad, (2020) que o sistema processual brasileiro não considera a confidencialidade da arbitragem como parte inerente do instituto, mas apenas uma possibilidade, que depende de prévia convenção das partes. Segundo a autora: “...a confidencialidade no processo arbitral no Brasil, portanto, não é um dever legal, mas sim contratual”. (HADDAD, 2020, p. 33).

O intuito desta obrigação de sigilo (que abrange tanto partes quanto árbitros, funcionários das Câmaras Arbitrais e demais envolvidos no processo) é proteger segredos comerciais, documentos, dados e informações sigilosas⁴⁴, voluntariamente apresentadas pelas partes para promover o convencimento dos árbitros.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 95): “No processo arbitral, que se realiza no interesse das partes, sem conotações publicistas, a publicidade pode ser excluída pela vontade dos litigantes,

44 Detalha Ferraro (2020) que a Lei de Arbitragem Peruana (Decreto Legislativo 1071) estabelece uma obrigação de confidencialidade quanto a atuação dos árbitros, do laudo arbitral e toda a informação que tenha sido conhecida em virtude da Arbitragem. Ademais, o dever de sigilo se estende aos envolvidos no litígio (partes), seus representantes, assessores legais, peritos, árbitros, secretários e qualquer um que intervenha no processo de arbitragem.

manifestada na convenção de arbitragem ou em ato ulterior (pacto de confidencialidade). Compete, portanto, às partes pactuar ou não se desejam a imposição do sigilo quanto os atos processuais, na convenção de arbitragem.

Conforme já detalhado anteriormente, quando a Administração Pública for parte em um processo arbitral, a publicidade de todos os atos é obrigatória, por expressa disposição legal da Lei de Arbitragem (esta obrigatoriedade foi incluída em 2015, pela Lei Federal n. 13.129/2015).

A inclusão do dever de publicidade nestes casos gerou na doutrina alguns questionamentos. De qual forma poderá ser respeitada a publicidade, na medida em que, a lei foi omissa quanto ao procedimento a ser adotado pelas Câmaras Arbitrais? Os autos devem ser digitalizados e franqueado o acesso de forma livre a todo o público? As audiências serão abertas para quem tiver interesse em acompanhá-las?

Esclarecem Oliveira e Figueiroa (2015) que existe diferença entre o dever de publicidade do processo arbitral e a transparência. O último está relacionado à possibilidade de conhecimento de alguns aspectos do procedimento arbitral por parte da comunidade arbitral. Já a publicidade diz respeito a disponibilização para a sociedade de questões que sejam de relevante interesse social.

Não parece factível ou razoável que se entenda a aplicação de tais garantias de forma ampla e genérica, sob pena de ser violada a privacidade e eventuais segredos comerciais acostados pelas partes. A este respeito, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) expediu a Resolução Administrativa n. 15/2016, onde foi definido que a câmara poderá informar a existência do processo arbitral, o nome das partes e a data do requerimento⁴⁵.

45 Dispõe a RA n. 15/2016 da CCBC: “Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento

A este respeito entende-se que, cada Estado, ao regulamentar a participação da Administração Pública no processo arbitral pode expressamente tratar desse dever de publicidade.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, através do Decreto n. 46.245/2016 (ALERJ, 2016) restou determinado no art. 13 que os atos do processo arbitral serão, via de regra públicos, ressalvadas as hipóteses de decretação de segredo de justiça, sigilo e para proteger segredo industrial decorrente de exploração de atividade econômica.

Conforme regulamenta o referido decreto estadual, a Procuradoria Geral do Estado disponibilizará o conteúdo do processo arbitral, mediante requerimento do interessado e, as audiências serão realizadas de modo privado, ou seja, sem a participação de terceiros⁴⁶.

Pautado no entendimento demonstrado pelos regulamentos antes mencionados, não há que se falar em publicação dos atos processuais em jornais de grande circulação e na mídia em geral, cabendo apenas a indicação da existência do processo, nome das partes, nome dos árbitros e valor envolvido no processo arbitral.

De acordo com Forbes (2016), uma vez constituído o tribunal arbitral, as partes, de forma conjunta, poderão decidir acerca da divulga-

arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no site do CAM-CCBC.

Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.

Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem.

Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável” (CCBC, 2020).

46 Esclarece Oliveira (2017, p. 4): “a falta de transparência e publicidade na condução dos procedimentos pelos árbitros, habituados com a confidencialidade e liberalidade da iniciativa privada, pode acarretar na intervenção judicial por parte do Ministério Público, amparado na violação de princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Esse tipo de ingerência, mesmo que não alcance os requerimentos pretendidos, tumultua o andamento da arbitragem, afastando as partes interessadas dos propósitos que as levaram a optar pela via arbitral. Ressalta-se que a participação de um ente público em uma arbitragem limita a capacidade das partes em optar livremente pelo sigilo nos procedimentos, em razão da sujeição ao princípio da publicidade”.

ção de documentos tornando-os acessíveis a terceiros. Esta delimitação também pode ser feita, de forma prévia, quando da elaboração da convenção de arbitragem⁴⁷.

De acordo com Haddad (2020, p. 226-238), através de uma pesquisa realizada entre as Instituições Arbitrais Brasileiras, de um total de 31 (trinta e uma) somente 12 (doze) possuíam regras de publicidade específicas para procedimentos com a Administração Pública.

Dentre as Câmaras objeto do estudo, somente duas (CCBC – Câmara de Comércio Brasil-Canadá e CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional) disponibilizam em seu site eletrônico a relação de árbitros nomeados e vinculados à instituição arbitral.

Entre as instituições nacionais, três divulgam informações estatísticas, em seu site eletrônico, acerca dos processos arbitrais, quais sejam, a CCBC – Câmara de Comércio Brasil-Canadá, a CISEP/FIESP – Centro das Indústrias do Estado de São Paulo e a CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

Quanto a publicação das sentenças e decisões arbitrais foi demonstrado que apenas duas instituições promover esta medida regularmente, quais sejam a CCI – Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e a CAM B3 – Câmara de Arbitragem do Mercado.

Vê-se com base nestes dados que ainda há um longo caminho a percorrer pelo sistema jurisdicional arbitral, no sentido de promover a publicidade de dados e o fornecimento de estatísticas mínimas dos processos em trâmite, garantindo a transparência nas arbitragens.

5 – CONCLUSÃO

No atual sistema processual civil vigora a ideia de que o julgador, no desenvolvimento da atividade jurisdicional, deve ser proativo e estar comprometido em assegurar aos litigantes a boa-fé processual, a transparência dos atos processuais, a publicidade de suas decisões (que permite o controle e fiscalização) e a garantia do devido processo legal.

47 No mesmo sentido, ensinam Oliveira e Figueiroa (2015, p. 2): “a despeito das principais câmaras de arbitragem do país disporem em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste esta previsão.”

Por ser considerada uma modalidade de jurisdição, onde um terceiro imparcial, independente e especializado irá decidir, de forma definitiva, o litígio, a decisão arbitral deve ser pública, quando a legislação exigir ou as partes assim decidirem.

Este dever jurídico de ordem pública está expressamente descrito na Lei de Arbitragem, em consonância com o determinado na Constituição Federal de 1988.

A transparência na arbitragem e a premissa da boa-fé, que se relaciona entre os sujeitos processuais envolvidos no processo arbitral determinam que os atos decisórios sejam públicos, quando a administração pública faça parte do processo.

A publicação dos atos processuais confere legitimidade à decisão dos árbitros, pois, através dela chega-se a um processo justo e transparente, que tem como conteúdo fundamental uma tutela jurisdicional efetiva.

Não obstante, a possibilidade de fiscalização das arbitragens pela população não pode ser confundida com sensacionalismo e afrontar a dignidade da pessoa humana, devendo-se encontrar o justo equilíbrio entre o dever de publicidade e o direito à privacidade, intimidade e confidencialidade.

Muitos são os desafios para se conhecer a extensão e a intensidade do dever de publicidade nos processos arbitrais. Somente com a prática, o transcorrer do tempo e pela tramitação dos processos arbitrais poder-se-á ter uma base teórica para solucionar estes questionamentos, devendo ser aplicado o princípio da razoabilidade e prevenir excessos, como forma de não descaracterizar a essência do instituto da arbitragem.

REFERÊNCIAS

ALERJ, Decreto Estadual n. 46.245/2016. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Disponível em: < http://www.sinduscon-rio.com.br/n_agenda/d_200218/46245.pdf>. Acesso em: 01/04/2020.

BARDALES, Enrique Miguel Chávez. Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional. Disponível em: <<http://>

www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html>. Acesso em: 30/03/2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/03/2020.

_____, Lei Federal n. 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20/03/2020.

_____, Lei Federal n. 9.307/1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20/03/2020.

CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA. Regulamento de Arbitragem. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2017/10/Regulamento_de_Arbitragem_2014-2.pdf>. Acesso em: 26/03/2020.

CCBC. Resolução Administrativa n. 15/2016. Princípio da Publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>>. Acesso em: 01/04/2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 31^a Ed.- São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DICIO. Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/>>. Acesso em: 26/03/2020.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARO, Cristina. ¿Es el arbitraje siempre confidencial?. Disponível em: <<https://mafirma.pe/?publicacion=es-el-arbitraje-siempre-confidencial>>. Acesso em: 01/04/2020.

FORBES, Carlos Suplicy de Figueiredo. Decisões dos tribunais de arbitragem deve ter ampla divulgação. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/direito-e-justica/2016/12/09/interna_direito_e_justica,831200/deciso-es-dos-tribunais-de-arbitragem-de-vem-ter-ampla-divulgacao.shtml>. Acesso em: 01/04/2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. Segredo de justiça ainda desperta dúvidas na sua aplicação, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-26/segunda-leitura-aplicacao-segredo-justica-ainda-desperta-duvidas>>. Acesso em: 31/03/2020.

HADDAD, Ana Olivia Antunes. A transparência do processo arbitral. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a administração pública. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>> Acesso em: 01/04/2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; FIGUEIROA, Caio Cesar. Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#sdfootnote1sym>. Acesso em: 02/04/2020.

ONU. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30/03/2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZOLLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o poder judiciário e o juízo arbitral. In: Revista da Emerj. V. 20. 2018.

Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n2/revista_v20_n2_181.pdf>. Acesso em: 31/03/2020.

SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista. A publicidade dos atos processuais e a inviolabilidade da privacidade no processo judicial eletrônico. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. VIII. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20828>>. Acesso em: 30/03/2020.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: É POSSÍVEL SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO PENAL?

Renata Gabrielle Silva de Lima

Introdução

O negócio jurídico, configurado como subespécie das relações jurídicas, tem sido alvo de inúmeros debates, havendo defensores e acusadores de tal modalidade. O mesmo está disposto na lei 10.406/02 CC(Código Civil) na sua parte geral, a qual explana sobre os assuntos que o permeia, como seus requisitos, efeitos e classificações.

Diante do exposto, o Código de Processo Civil de 1973(CPC) delineava sobre esta modalidade de negócios de maneira típica, ou seja, negócios que poderiam ocorrer no trâmite do processo e estabelecia uma liberdade, dentro dos limites legais, sobre alguns procedimentos, através do acordo entre as partes. Exemplos destes podem ser encontrados nos artigos 265 inciso II,301 IX e 111,os quais explanam sobre suspensão dos atos procedimentais, convenção de arbitragem e eleição convencional do foro, respectivamente.

O CPC/15 trouxe mais detalhes sobre o fato supracitado, além de ter inovado em diversos aspectos, como negócios jurídicos processuais atípicos, simplificação do processo, maior celeridade, aumento das possibilidades existentes no antigo CPC, entre outros,

E na esfera processual penal? É possível a aplicabilidade de negócios jurídicos processuais? Este é o objetivo precípuo deste artigo, ou seja, analisar se existe tal possibilidade e trazer alguns exemplos. Entretanto, primeiro haverá informações sobre os negócios jurídicos lato sensu e os processuais para melhor compreensão do assunto.

No estudo foi utilizado o método dedutivo, com uma abordagem qualitativa. E na pesquisa houve a coleta de dados mediante análises bibliográficas.

1. Negócios Jurídicos

1.1 Conceito e diferença entre fato, ato e negócio jurídico.

Os fatos jurídicos podem ser denominados como tudo aquilo que acontece e produz efeitos na esfera jurídica. Este é gênero das espécies atos e negócios jurídicos. Os primeiros decorrem da manifestação volitiva humana, o qual traz consequências jurídicas e os segundos, se configura como relação jurídica que vincula dois ou mais sujeitos, tendo estes obrigações e direitos um para com o outro. Todavia, a diferença que mais se destaca é a autonomia da vontade das partes, a qual confere maior liberdade aos sujeitos desta relação jurídica.

1.2 Elementos constitutivos

O jurista Miranda (1969) foi o criador da chamada Escada Pontea-na, a qual aborda três degraus pelos quais é necessário passar para que se configure um negócio jurídico. Sobre estes, o referido autor explana:

Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia. O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem ser; porque não há validade, ou eficácia do que não é.

Diante do exposto, é mister entender os elementos constitutivos do negócio jurídico. Há aqueles considerados como essenciais, Plano de Existência e Validade, e outros conhecidos como acidentais, Plano da Eficácia.

Existe uma discordância entre os doutrinadores em relação aos requisitos no Plano da existência. Seguindo a linha de Gonçalves (2013), “estes se enumeram em declaração de vontade, finalidade negocial e idoneidade do objeto”. Caso um deles venha a faltar não há o que se dizer sobre a existência do negócio jurídico.

A manifestação da vontade, emanada pelo Princípio da Autonomia da Vontade, considerando suas limitações, que regula as relações privadas pode ser dividida em expressa ou tácita. Tal divisão será aceita nos casos específicos, especialmente os decorrentes em lei, tendo como exemplo o artigo 539 do CC, o qual aborda a adoção pura.

Segundo o que o próprio nome afirma na finalidade negocial é preciso que a volitiva das partes tenha como fim precípua a execução de um negócio, pois inexistindo tal intenção, seria apenas um ato jurídico.

A idoneidade do objeto influi que o mesmo deve estar adequado com o tipo de negócio a ser feito. Por exemplo, no comodato— relação na qual se empresta algo que não pode ser substituída— o objeto deve ser coisa infungível (ex: imóvel).

O Plano da validade é estabelecido no artigo 104 do CC, são eles: Agente capaz; Objeto lícito; Possível; Determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei.

É preciso não confundir legitimidade com capacidade. O primeiro diz respeito ao impedimento de determinada pessoa na realização de um ato, pois segundo a lei esta não é legítima ou precisa de uma autorização mesmo sendo civilmente capaz, pois a capacidade refere-se a prática de realizar atos (com suas peculiaridades encontradas nos arts. 3º ao 5º e 105 do CC).

Finalmente, o Plano da Eficácia diz respeito aos efeitos decorrentes do negócio em relação às partes e aos terceiros. É considerada como elementos acidentais (dispensáveis), os quais envolvem o termo, a condição e o modo ou encargo.

1.3 Nulidade e anulabilidade

O contraste precípua entre nulidade e anulabilidade é que a primeira não pode ser sanada (nem mesmo pelo juiz), e a segunda como aquela que possui defeitos, mas estes podem ser corrigidos.

A verificação dos mesmos podem ser encontradas nos arts. 138 ao 165 e 166 à 184, os quais dispõem sobre anulabilidade e nulidade respectivamente.

Conclui-se, a importância dos negócios jurídicos nas relações entre os sujeitos, as suas nuances e os elementos para sua efetiva realização para que se compreenda os limites e alcance dos mesmos.

2. Negócios Jurídicos Processuais.

Segundo o renomado jurista Didier (2015), o negócio processual é o "fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.

Entre inúmeros exemplos de negócios jurídicos processuais temos: O calendário processual (art.191 §§ 1º e 2º do CPC/15);A escolha consensual do perito (art.471 CPC/15) e a eleição negocial do foro(art.63 CPC/15),etc.

A temática supracitada não é necessariamente uma novidade no referido código, pois o antigo já expunha sobre isto, especificamente os negócios típicos, como a eleição de foro acima mencionada. Entretanto, o atual CPC trouxe segundo Fernandes (2017)" inovação ao ordenamento a incorporação do princípio da autonomia da vontade e privilegiou a autocomposição". Dessa maneira, o art.190 trouxe em seu bojo a possibilidade de negócios jurídicos pré-processuais, endo-processuais e pós- processuais, sendo que todos estes devem ser cabíveis de produzir efeitos processuais.

Faz se mister distinguir os negócios típicos e atípicos . Os primeiros configuram-se como aqueles que possuem determinação legal, sendo dispensável sua regulação pelas partes. Os segundos, a autonomia da volitiva das partes tem maior destaque, pois os mesmos podem

pactuar o negócio da maneira que lhe aprouver, respeitando as limitações legais, tendo como respaldo legal o art.200 do NCPC.

Os negócios jurídicos podem ser:

2.1 Unilaterais, Bilaterais e Plurilaterais.

Os unilaterais são aqueles que possuem apenas uma manifestação da vontade, como por exemplo a desistência da penhora pelo exequente e o testamento.

Os bilaterais precisam da manifestação volitiva de dois sujeitos, tendo como exemplo a suspensão convencional do andamento do processo.

Os plurilaterais configuram-se pela manifestação da vontade entre dois ou mais sujeitos e podem ser divididos em típicos e atípicos. Exemplos destes são o calendário processual e a convenção de provas (arts.191)

2.2 Expressos e tácitos

Os negócios tácitos podem derivar de atos comissivos ou omissivos dependendo da situação e do que tiver previsto em lei. Exemplos: o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária e a recusa tácita á convenção de arbitragem (arts, 337 §6º NCPC).

Os expressos precisam ser declarados de maneira falada, escrita ou gestual. Exemplo: o foro de eleição.

2.3 Limites dos negócios jurídicos processuais

Os NJP's forma criados com o escopo de trazer mais celeridade e eficiência ao processo, sendo aplicadas de maneira casuística.

Destarte, é necessário que estes ao serem realizados permaneçam na órbita constitucional e também sem ferir norma cogente. Portanto, o autorregramento das partes não é absoluto, ou seja, as partes não podem convencionar sobre as formas e técnicas do cumprimento da sentença, a atuação do magistrado, sobre a validade ou nulidade do processo, entre outros.

3. Negócios jurídicos processuais: É possível sua aplicabilidade no processo penal?

Os ramos de Processo Penal (PP) e Processo Civil eram, e de alguma maneira ainda são, alvos de discussões acerca de seus desdobramentos. Por um longo tempo, o Processo Penal não era reconhecido como um processo de fato, pois o Processo Civil é anterior a este, sendo que estudos feitos por Carnelluti (1946) que chegou a elaborar uma metáfora sobre os ramos citados, no qual ele comparava a estória da Cinderela, ou seja, assim como Cinderela, o Processo Penal era rejeitado por suas “irmãs”, mas ao mesmo tempo o autor demonstra que a princesa não queria torna-se superior, como alguns dizem em relação ao PP e sim que este não queria ser desprezado.

É perceptível o diálogo entre as duas áreas, pois no art. 3º do CPP é falado que Art. 3º “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Portanto, analisando a compatibilidade dos assuntos do CPC para com o CPP há uma certa integração entre os mesmos, não se excluindo as peculiaridades do segundo. Em face disto, a análise a ser feita é se seria aplicável negócios jurídicos processuais penais.

Argumentos contrários em relação a tal aplicabilidade estão situados na concepção publicista, na persecução criminal e da não privatização do Direito público, especificamente o Direito Penal.

A concepção publicista explana que o direito a ser seguido é o que está fundamentado na legislação (positivismo jurídico), pois se o Direito Penal se encontra na esfera do Direito Público cabe ao estado na figura do juiz dar o veredicto da ação, respeitando o contraditório e ampla defesa, sem a intervenção das partes no curso do processo.

A persecução criminal é aquela cuja soma é a junção da investigação preliminar mais a ação penal. Doutrinadores contrários a este tipo de negócio aludem que se houver isto na esfera penal iria mitigar e corromper a ação, principalmente do “Parquet” que possui o dever funcional de denunciar o delito e este poderia ter sua investigação maculada.

Por fim, estudiosos como Jardim (2018) explanam que haveria uma privatização do Direito Público ao dar margem á negociações na esfera processual penal.

Diante dos argumentos supracitados, é perceptível lacunas nestes discursos. Em relação ao publicismo é deveras conhecido que o Direito é uno e suas ramificações são feitas para uma didática melhor e para obter uma organização. Contudo, todas as áreas jurídicas estão interligadas, principalmente em relação a Carta Magna. Sendo assim, com a devida compatibilidade é possível existir negócios jurídicos processuais penais, sem desobedecer as peculiaridades do CPP e que na esfera procedimental, o juiz não abdicará das suas prerrogativas, mas para um julgamento mais próximo do justo, o autorregramento das partes, naquilo que for permitido, auxiliará o juiz na celeridade do processo e as partes sentirão que verdadeiramente participaram do processo, principalmente na formação da decisão.

Outrossim, a questão sobre crudescer a persecução penal considera-se equívoca, pois o próprio DP possui maneiras de prevenir e mitigar qualquer prejuízo que as partes possam trazer a investigação. Assim, a ação não será prejudicada, pois o acordado será sobre questões procedimentais, não se esquecendo que o Ministério Público possui discricionariedade para avaliar se os fatos constituem ou não delitos, ou seja, não haveria privatização do direito devido a este limite.

Existem diversos exemplos de negócios jurídicos processuais penais que são largamente utilizados. Os principais destes são: O TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) que consiste em ato jurídico em que as partes, mediante termo, acordam em sanar um dano para que se reestabeleça o “status quo ante”, através do compromisso de reparar a ofensa adequando-se a legislação; O acordo de leniência é uma permuta de favores entre o SDE (Secretaria de Desenvolvimento Econômico) e pessoas físicas/jurídicas que tenham cometido infrações econômicas e assim ao colaborarem com o respectivo órgão estes recebem benefícios, como por exemplo a extinção da ação punitiva da investigação da administração pública; E a delação premiada, a qual auxilia na investigação permitindo o alcance da mesma devido ao fato dos sujeitos decidirem colaborar. Além destes, existem a suspensão condicional do processo, a transação penal, entre outros.

Conclusão

Neste artigo houve uma explanação sobre como se define e se apresenta os negócios jurídico lato sensu e os negócios jurídicos pro-

cessuais, para que o leitor adentrasse neste maravilhoso mundo, pelo qual as partes tem maior liberdade dentro e fora do processo, tornando-se mais ativa, auxiliando o judiciário através da mitigação de atrasos muitas vezes propositais no decurso do processo e além disto retirando a imagem que muitas vezes é passada de um certo autoritarismo por parte dos magistrados.

Assim, a problemática deste artigo foi averiguar a aplicabilidade dos negócios jurídicos no processo penal, como ele é feito, seus exemplos e contradições. Dessa maneira, mediante o Estado Democrático de Direito consolidado na Constituição Federal através do seu artigo 5º, inciso LIV que dispõe “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, o Direito Processual Penal mesmo com suas peculiaridades e pelo fato de tratar sobre direitos indisponíveis, mesmo estes não sendo absolutos, e mesmo em face destes direitos foi demonstrado que na esfera processual penal, os negócios jurídicos são devidamente aplicáveis.

Referências

DIDIER, Freddie Junior. **Ensaio sobre Negócios Jurídicos Processuais**. Editora Jus Podivim .2018. Disponível em: <https://www.editorajuspodivim.com.br> .Acesso em : 22/02/2020

FAGUNDES, Renata Assalim. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC – o que pode?**. Migalhas.2017. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/depeso/258990/negocios-juridicos-processuais-no-novo-cpc-o-que-pode>. Acesso em: 29/02/2017

JARDIM, Afrânio Silva. **NEFASTA TENDÊNCIA À PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL E DO PROCESSO PENAL**. Empório do Direito.2017. Disponível em : <https://emporiiododireito.com.br/leitura/nefasta-tendencia-a-privatizacao-do-processo-civil-e-do-processo-penal-por-afranio-silva-jardim-1508434056>

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: RT,. 1983. t. IV

PEREIRA, Maria da Silva. Negócios Jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil e (in)aplicabilidade no âmbito do Direito Processual Penal. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/pdf/MarciadaSilvaPereira>

GARANTISMO PROCESSUAL E A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE DOS SALÁRIOS: A EXPANSÃO JURISPRUDENCIAL DO ROL DE EXCEÇÕES EXPLICITADAS NO ART. 833, §2º DO CPC/15.

Luan Carlos Andrade Costa

1 INTRODUÇÃO

Cuida a pesquisa de tema extremamente atual, e que certamente não sairá dos tabloides e congressos jurídicos pelos próximos anos, assim, o presente artigo trará uma abordagem histórico-contemporânea sobre o garantismo processual e sua relação conflituosa com o ativismo judicial.

Com ênfase especial nas recentes decisões judiciais que relativizam a regra da impenhorabilidade dos salários e expandem o rol de exceções previstas no art. 833, §2º, do CPC/15, este brevíssimo estudo irá analisar de forma concisa as consequências jurídicas dessa relativização, e sua afronta ao direito fundamental à proteção dos salários, indicado expressamente na Constituição Federal e no Códex Processual Civil.

Conceituar-se-á o salário e a doutrina garantista, atravessar-se-á a conseqüente relação entre estes institutos, culminando no resultado

excelso desta, a regra da impenhorabilidade do salário prevista no artigo 833, §2º, do CPC.

Por meio de recortes bibliográficos de obras como de Romano (1977) e Ferraz Jr. (2018), a partir da análise de decisões judiciais, a presente pesquisa é um convite à reflexão acerca dos efeitos que a mitigação jurisprudencial da regra da impenhorabilidade dos salários e a expansão do rol de exceções previstas no art. 833, §2º, do CPC/15 podem trazer para o cenário jurídico/judiciário nacional.

2 A DOCTRINA GARANTISTA HISTÓRICA E CONTEMPORÂNEA

No estudo do garantismo processual é inevitável fazer uma íntima ligação deste com o gênese do movimento constitucionalista moderno europeu do século XVIII. “Depois da Revolução Francesa, as monarquias absolutas, forçadas, transformaram-se em monarquias constitucionais, e o monarca passou a compartilhar o poder com as novas forças sociais [...]”. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 67). Com a mister finalidade de colocar freios à atividade estatal, na época, absolutista, e aos atos arbitrários de seus entes, surge a noção clássica de “o poder frear o poder” (MONTESQUIEU, 1982, p. 186).

Para Paolo Comanducci (2002) ainda que existam variáveis modelos constitucionais em todo o mundo, todos detêm um objetivo invariável: a limitação do poder para impedir o despotismo. Neste seguimento, o autor ainda faz a distinção entre um constitucionalismo débil e um forte (liberal), sendo que apenas o segundo estabelece a garantia dos direitos fundamentais perante o poder estatal.

Neste mesmo espeque, compreende-se que a expressão constitucionalismo “designa as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’” (ROMANO, 1977, p. 42).

Neste azo, surge a doutrina do garantismo processual que, descrito por N. Bobbio, ao prefaciá-la obra *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli (2002, p.7), emana do interesse em elaborar:

“[...] um sistema geral do garantismo jurídico ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder”.

Diante das mudanças históricas no contexto social, democrático e judiciário, a doutrina garantista nacional necessitou de um processo de metamorfose, e, neste momento, com fincas a frear as relativizações de direitos fundamentais e a hermenêutica ativista da jurisprudência pátria, a qual resulta, dentre outros equívocos, nas interpretações extensivas de normas de caráter restritivo. Para Montero Aroca “o garantismo é a luta contra a publicização, nome que se dá ao fenômeno do século XX que se caracteriza pelo favorecimento extremo do coletivismo a ponto de se suprimirem direitos fundamentais das pessoas”. (2006, p. 165).

Segundo a doutrina do Prof. Adolfo Alvarado Velloso (2013, p. 13):

“O garantismo processual é uma posição doutrinária firme (=aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adeque com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição.”

Contemporaneamente, a corrente garantista busca a manutenção da ordem constitucional do Estado, preocupando-se com a estabilização e segurança jurídica da jurisprudência nacional. Em outras palavras, é a luta por uma jurisdição invariante e que priorize a unificação jurisdicional (princípio da jurisdição UNA), na qual os magistrados privilegiem as garantias processuais e julguem conforme os ditames infra e constitucionais.

Esta posição doutrinária concede maior importância ao devido processo legal e às garantias legais e constitucionais como meio legítimo da tutela buscada em juízo. A partir dessa visão, garante-se a segurança jurídica a que os postulantes fazem jus em um Estado Democrático de Direito.

3 AS LACUNAS LEGAIS E A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Como uma aliada na busca pela segurança jurídica, estabelece-se a ordem legal do Estado Democrático de Direito brasileiro pautado na chamada *Civil Law*, na qual “há a preponderância da produção legislativa (*ius ex lege*), na medida em que a lei é fonte principal ou direta [do direito], enquanto a analogia, costumes e princípios gerais são fontes subsidiárias ou indiretas”. (MORAES, 2018, P.38).

Dentre os principais vetores deste sistema está a busca pela segurança jurídica no ordenamento jurídico regente. Neste azo, a vinculação das decisões estatais ao pretexto legal são essenciais para a efetivação da estabilidade jurídica tão almejada, e para o combate à arbitrariedade e à discricionariedade do sistema estatal, *in casu*, em especial, por parte do Poder Judiciário.

Entretanto, a positivação das normas de modo expresso e pleno nos diplomas legais presentes na ordem jurídica do país é uma atividade conjuntamente impossível, diante da infinidade de hipóteses fáticas a serem previstas pelos legisladores, mormente diante das modificações culturais e sociais que ocorrem com o decorrer do tempo. Neste caminho Guilherme Sandoval Góes (2018, p. 150) explica:

“Sem nenhuma dúvida, o positivismo jurídico não tem elementos conceituais suficientes para produzir uma solução constitucionalmente adequada para os casos difíceis, mormente quando se leva em conta sua dinâmica exegética calcada na subsunção silogística, que irá tentar encontrar desesperadamente a norma previamente legislada, mas não a encontrará.”

Diante desta celeuma, reconhecendo a incapacidade legislativa plena dos entes competentes, o próprio legislador e a doutrina apresentam mecanismos de transcendência destas lacunas legais.

Na esfera constitucional, o Poder Constituinte, a fim de assegurar o exercício de direitos fundamentais dispostos na Carta Magna, apresenta os mecanismos formais (previstos em lei) supressores de omissões e de defeitos eventualmente presentes em dispositivos legais.

Quanto às omissões da lei, estabelecem-se o Mandado de Injunção (5º, inc. LXXI, 102, incs. I, q e II, a, 105, inc. I, h, e 121, § 4º, inc. V, da CRFB) e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º, da CRFB), que na lição de Guilherme Sandoval Góes (2018, p. 129) são dispostos por:

“Em essência, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma das modalidades do controle abstrato de constitucionalidade que se coloca ao lado do mandado de injunção, um dos remédios constitucionais, para que juntos possam combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, notadamente, das normas de eficácia limitada.”

No que tange aos defeitos da lei, assentam-se as figuras do Controle Concentrado e do Controle Difuso de Constitucionalidade, que nas palavras de Moraes (apud NEVES, 2018, p. 527), configuram-se como:

“[...] o juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a Constituição.”

Já na esfera infraconstitucional, o que antes era explicitado tão somente na doutrina, ganhou previsão expressa no revogado Código de Processo Civil de 1973 e na Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/42), a qual esclarece em seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Como arrazoado por Flavio Tartuce (2019, p. 28-29):

“O dispositivo – art. 126 do CPC/73 - foi repetido em parte pelo art. 140 do Código de Processo Civil de 2015, com a seguinte expressão: ‘O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo

único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei'. Como se nota, o novo preceito não faz mais menção à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, remetendo a sua incidência ao art. 4.º da Lei de Introdução [...]. De toda sorte, está mantida a vedação do *non liquet* ou não julgamento.”

Portanto, compreende-se que, na inexistência de norma expressa – fonte primária do Direito, reguladora da relação jurídica *sub judice*, o magistrado deverá utilizar-se das fontes secundárias do direito, quais sejam, a analogia, os costumes e os princípios gerais, sendo-lhe facultado, similarmente, a utilização das chamadas, fontes não formais, que “em uma visão clássica do ordenamento jurídico, são aquelas que não constam expressamente da Lei de Introdução, sendo constituídas pela doutrina, pela jurisprudência e pela equidade” (TARTUCE, 2019, p. 65).

4 NOÇÕES SOBRE O SALÁRIO E SUA IMPENHORABILIDADE

A caminho da temática específica deste escrito, faz-se premente adentrar-se na seara do Direito do Trabalho para se esclarecer os porquês da proteção ao salário, que, em suma, na conceituação de Martins (2014), é palavra derivada do latim *salarium* e representa a forma como eram realizados os pagamentos das legiões romanas pelos trabalhos prestados naquela época, e, mesmo que posteriormente a forma de pagamento tenha evoluído e sido alterada, o primeiro modelo empregado marcou a nomenclatura e por isto até hoje a contraprestação por um trabalho realizado recebe esse nome.

Este instituto representa a transformação social e a migração da sociedade saindo do regime escravocrata para o regime da liberdade de trabalho. Como expressado por Leite (2018, p. 404):

“Com o advento do Tratado de Versalhes é que o salário deixa de ser simples componente do custo final da produção dos bens e dos serviços, passando a ser disciplinado internacionalmente como forma de socialização, de valorização e de retribuição do

trabalho humano, bem como de subsistência do trabalhador e de sua família.”

Para Martins (2014, p. 248):

“[...] o salário é a prestação fornecida diretamente ao trabalhador pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho, seja em razão da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou demais hipóteses previstas em lei”.

Decorrente da evolução e transformação social, e da modificação na compreensão da natureza salarial, sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, nasce no ordenamento jurídico o instituto da impenhorabilidade dos salários, no qual se comunga que seria desumano expropriar o resultado financeiro do trabalho de uma pessoa após esta vender sua força laboral, evitando-se, assim, nas palavras de Figueiredo (2015), o perecimento do direito à vida digna do devedor, permitindo a manutenção da família e dos dependentes daquele.

Esta impenhorabilidade é resguardada devido o seu caráter de defesa e sua função como norma de efeito impositivo em face do poder estatal, obtendo previsão expressa no texto constitucional (art. 7º, inciso X), o qual indica que todos os trabalhadores, urbanos ou rurais, têm direito à proteção do salário na forma da lei, constituindo crime a sua retenção dolosa.

Não obstante, ao se discutir a penhorabilidade do salário, duas vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana estão em jogo e devem ser observadas com cautela. De um lado, por parte do devedor, o direito ao mínimo existencial e ao recebimento do fruto da venda de sua força de trabalho; de outro, o direito do credor ao recebimento de seu crédito.

Em razão desta dicotomia, foi de primeva preocupação do legislador buscar equilibrar as pretensões de ambos os polos e estabelecer expressamente no art. 833, §2º do Código de Processo Civil as exceções/aberturas da regra da impenhorabilidade dos salários e das demais espécies de remuneração do devedor. São elas: a penhora

para satisfação de créditos de caráter alimentício e a penhora nos casos em que o valor econômico recebido mensalmente pelo executado é superior ao índice de 50 salários-mínimos. Estas previsões idealizam, assim, proteger o devedor e, em parte, procurar satisfazer o crédito do exequente.

Em linhas conceituais, o autor Daniel Amorim Assunção Neves (2015, p. 356) dá conta que:

“A inovadora possibilidade de penhora de salários acima de 50 salários mínimos mensais vem de encontro à percepção já presente em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça de ser plenamente compatível tal espécie de penhora e a preservação do princípio do patrimônio mínimo. Assim se satisfaz o direito de crédito do exequente e preserva-se a dignidade humana do devedor.”

Essa previsão colocou o Brasil numa posição de evolução na busca por um processo executivo verdadeiramente efetivo e se fez de extrema importância para a segurança jurídica no âmbito judiciário, visto que, conforme Neves (2018), ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1.973, a penhora dos salários e de rendimentos provenientes da atividade laborativa dos devedores, já vinha sendo objeto de cogitação por parte do Superior Tribunal de Justiça.

5 ATIVISMO JUDICIAL E A RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO

Como sabido pela melhor doutrina, somente quando “não encontrando o juiz nenhuma norma aplicável à hipótese *sub judice* [...], deve, então, proceder à integração normativa, mediante o emprego da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.” (GONÇALVES, 2018, p. 41). Entretanto, ocorre justamente o contrário no atual cenário da jurisprudência brasileira, no que concerne à impenhorabilidade dos salários.

Não obstante a preocupação do legislador em estabelecer explicitamente os limites econômicos, e trazer expressamente previstas no

CPC as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade dos salários no seu art. 833, §2º, a jurisprudência nacional vem relativizando a disposição e já possibilita a penhora dos salários para pagamento de dívidas não alimentícias e em casos que o devedor não possui renda superior à prevista em lei.

O próprio STJ em diversos casos já interpretou extensivamente as exceções previstas no referido diploma legal e permitiu a penhora de créditos de natureza salarial de devedores, afastando as exceções legais, como é o caso do Resp. 1.582.475 de Minas Gerais ⁴⁸e do **REsp. 1.818.716 de Santa Catarina⁴⁹, ambas decisões sob a égide de que a penhora das remunerações, nestes casos, não afetariam a condição de vida e a subsistência dos executados, conforme excerto que segue da decisão monocrática exarada no REsp 1.818.716, que se relaciona com ambos os processos precitados:**

“O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 833, deu à matéria da impenhorabilidade tratamento um tanto diferente em relação ao Código anterior, no art. 649. O que antes era tido como ‘absolutamente impenhorável’, no novo regramento passa a ser ‘impenhorável’, permi-

48 O REsp 1.582.475/MG se origina em execução de título extrajudicial envolvendo pessoas físicas, instruída por nota promissória, no qual o juízo de 1º grau deferiu o pedido de penhora do salário do devedor, decisão que, em sede revisio-nal, por meio de recurso de agravo de instrumento interposto pelo devedor, foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo, *a posteriori*, confirmada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em decisão monocrática como relator do Recurso Especial, sendo, por derradeiro, ratificada pelo colegiado especial do Superior Tribunal de Justiça, permitindo a penhora de 30% (trinta por cento) da remuneração do devedor.

49 O REsp 1.818.716/SC tem origem em execução de título extrajudicial, basea-da em cédula de crédito bancário, expedida por Cooperativa de Crédito em favor de pessoa física, na qual, em sede de revisão, por meio de agravo de instrumento interposto pelo devedor em face da decisão de 1ª instância, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve a impenhorabilidade do salário, conforme a regra do Código de Processo Civil, e, ulteriormente, em análise monocrática por parte do Ministro Marco Buzzi, o STJ reformou a decisão para determinar a penhora de 25% (vinte e cinco por cento) do salário do devedor, norteado pelo entendimento jurisprudencial da corte.

tindo, assim, essa nova disciplina, maior espaço para o aplicador da norma promover mitigações em relação aos casos que examina, respeitada sempre a essência da norma protetiva. [...] Segundo entendimento jurisprudencial recente, firmado por este Superior Tribunal de Justiça, **“a regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família” (REsp 1.582.475/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe 16/10/2018, grifo do autor)”**⁵⁰

Entretanto, em contrariedade às decisão proferidas, extrai-se que ambos os fundamentos utilizados pela Corte Superior para dar provimento à possibilidade de penhora do salário do executado contrariam a ordem jurídica regente.

Em relação ao fundamento de possibilidade de expansão das exceções prevista em lei, a extensa boa doutrina de iniciação ao estudo do direito, tomando como base, neste caso, a lição de Ferraz Jr. (2018, p. 319) ensina que:

“[...] recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o *telos* protegido é postulado como de tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.818.716/SC. Recorrente: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados São Miguel do Oeste – SICOOB São Miguel-SC. Recorrido: Caroline Alves Charão e Cláudia Regina Mendes Alves. Relator: Min. MARCO BUZZI em sede de decisão monocrática. Brasília, 25 de junho de 2019. Disponível em:** <<https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=1.818.716&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

espírito (*mens legis*), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo, argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza.”

Carlos Maximiliano (1988, p. 223), em uma magna e clássica lição, ensina que:

“As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social. Por isso, tomados em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Attingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. Todo acréscimo seria inútil; toda restrição prejudicial. Logo é caso de exegese estrita. Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia”.

Quanto à alteração lexical trazida no Novo Código de Processo Civil, ao excluir, no *caput* do artigo 833, a expressão “absolutamente impenhoráveis”, utilizada no Códice revogado, por “impenhoráveis”, em nada altera na compreensão semântica da finalidade do legislador.

Este fundamento apresentado pelo julgador, nada mais é, do que a sua necessidade em criar argumentos para substanciar uma decisão que este, pessoalmente, entende como justa para o caso *sub judice*, ainda que não existam meios legais ou hermeneuticamente capazes de sustentar sua “pretensão julgadora”.

Neste sentido, ainda que se tratem de matérias de núcleos diferentes, faz-se remeter à explanação exarada pelo Ministro Marco Aurélio Melo do Supremo Tribunal Federal, relator do julgamento da ADC 43/DF, que decidiu por indeferir a famigerada possibilidade de cumprimento provisório da sentença penal após o julgamento realizado em 2ª instância. Naquela oportunidade, no que cabe perfeitamente ao presente caso, o Ministro relator foi incisivo ao expressar que:

“O dispositivo [da lei] não abre campo a controvérsias semânticas. O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção.”⁵¹

É inviável e infundada a tentativa de desatrelar o texto legal de sua real finalidade, devendo ser reconhecida a equivalência semântica das ideias do legislador. Segregar a compreensão do texto legal dessa maneira é um desserviço à unidade jurisdicional tão proclamada, pois permitiria a discricionariedade no julgamento do magistrado. “Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias, que não podem ser admitidas em um Estado Democrático de Direito”. (BADARÓ, 2015, p. 57).

Destarte, o que se esbulha das decisões, ora pelas proferidas pela Corte Superior, ora pelas outras diversas decisões proferidas no âmbito nacional que poderiam ilustrar o presente escrito, é a patente contrariedade destas aos textos infra e constitucionais que vedam e estabelecem exceções à penhora de salários dos devedores.

Movidas pelo ativismo dos magistrados atuantes e pelo desrespeito ao devido processo legislativo e à clássica doutrina do direito, os resultados encontrados pela atuação ilimitada do judiciário nacional são a ilegalidade e inconstitucionalidade dos julgados, que deformam a efetiva aplicação da lei quando não observam a hermenêutica jurídica específica às normas de natureza excepcional.

51 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4966014&ext=RTF>> . Acesso em: 01 abr. 2020.

Neste sentido, L. Streck, em seu artigo “O Supremo, o contramajoritarismo e o ‘Pomo de ouro’”, analisa criticamente algumas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, extensíveis também ao Superior Tribunal de Justiça, e demonstra preocupação e prudência em distinguir os fenômenos da judicialização da política e o ativismo judicial:

“[...] a primeira – a judicialização – acontece porque decorre de (in) competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, “behaviorista”, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo, não. O ativismo não faz bem à democracia”.⁵²

Na concepção doutrinária das características da atividade jurisdicional, descritas por Díez-Picazo e Gullón (2005), o exercício da jurisdição, além de sua função julgadora em sentido estrito, perfaz-se em outras três funções inafastáveis e exaustivas, não podendo ultrapassá-las, sob pena de adentrar na seara dos demais Poderes da República. São elas: a interpretação estrita das normas, na qual se estabelece a extensão, o sentido e o significado de expressões ambíguas ou obscuras do texto legal; a integração, de caráter criativo/intelectual, dos textos normativos, que permite a extensão de conceitos ou de normas expressas vigentes a casos não abarcados pela ordem legal; e por fim, a instrumentalização dos princípios gerais do Direito, os quais antecedem a criação de normas ou entendimentos jurisprudenciais e detêm caráter autônomo, podendo estes ser consagrados pelos julgados nos casos concretos.

Destarte, diante da presente exposição do entendimento doutrinário acerca das funções da atividade jurisdicional, bem como acerca dos mecanismos convencionais de alteração ou supressão normativa (Mandado de Injunção, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, Controles de Constitucionalidade – concentrado ou difuso), e também das características da hermenêutica jurídica das nor-

52 STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o ‘Pomo de ouro’. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

mas (interpretação restritiva de normas restritivas de direitos ou que onerem o tutelado), compreende-se que, neste momento, a recorrente expansão jurisprudencial do rol de exceções à regra da impenhorabilidade prevista no art. 833, §2º, do Código de Processo Civil de 2015 não encontra guarida no cenário jurídico do país.

Mesmo que seja criticável a regra estabelecida pelo legislador ao fixar o limite penhorável aos valores excedentes a 50 salários-mínimos mensais recebidos pelo devedor, porquanto são limitadíssimos os trabalhadores brasileiros que detêm uma renda mensal tão abastada, é louvável a evolução normativa brasileira na busca por um processo executivo mais efetivo, posto que, no revogado Código de Processo Civil de 1973, sequer havia possibilidade de penhora de quaisquer tipos de rendimentos decorrentes de relações laborais dos executados. Desta maneira, é inegável que a evolução trazida pelo novo CPC, enseja e germina futuras reformas processuais para a modificação e expansão do limite penhorável para valores abaixo dos 50 salários-mínimos vigentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as diversas lacunas legais existentes no sistema juspositivista brasileiro é inevitável que o Poder Judiciário assumira, por vezes, a responsabilidade de julgar situações fáticas não tuteladas por lei. De frente a esta situação, como explicado por Tartuce (2019), o julgador deve se ater às fontes do direito, sejam elas, diretas (analogia, costumes e princípios gerais do direito) e/ou indiretas (jurisprudência, doutrina e equidade).

Contudo, a mitigação jurisprudencial da regra da impenhorabilidade dos salários e a expansão do rol de exceções previstas no art. 833, §2º, do CPC/15, não se enquadrando em hipótese de omissão legal, demonstra ser um julgamento extralegal, suprimindo um direito consagrado pelos representantes dos estados-membros e da população, após o devido trâmite legal do processo legislativo que culminou na aprovação da Lei 13.105/15. A função legisladora assumida pelo Poder Judiciário neste caso, fere, além do princípio da separação dos poderes, as regras de hermenêutica clássica, quanto à vedação à interpretação extensiva de regras que restringem direitos.

Não obstante a controvérsia quanto aos valores limitadores da penhora, se exagerados ou se pertinentes, esta discussão deve se situar nos âmbitos acadêmico, doutrinário e legislativo, ficando a cargo do Poder Judiciário, a defesa do direito consagrado pela lei acerca da impenhorabilidade do salário, não se deixando cair na tentação de “fazer justiça com as próprias mãos”, respeitando e fazendo-se respeitar as exceções estipuladas pelo Poder Legislativo no artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que se parece, o judiciário não deve voltar a ser somente a boca da lei como na idade média, no entanto, este deve buscar solucionar os litígios com a observância da lei e das garantias processuais enraizadas pela CRFB/88 e pelo CPC/15, se curvando à sua adstrição à tripartição dos poderes, obedecendo e fazendo-se cumprir as leis e garantias estabelecidas pela legislação do país, utilizando-se de interpretações extensivas e analógicas somente em benefício das partes do processo.

O reconhecimento de direitos fundamentais, a partir do Poder Judiciário, e em caso de lacunas legislativas, em nada obsta e em nenhum instante traz contratempos e empecilhos à incolumidade jurídica do ordenamento legal do país. Entretanto, a supressão de direitos fundamentais, como no presente caso, traz à tona o receio em torno de uma possível substituição do texto da lei pela jurisprudência, e de uma potencialização de um indesejado ativismo judicial, uma interpretação “moral”, e, por vezes, solipsista das leis, que abale a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito e restrinja direitos consagrados pelo legislador.

Admitir interpretação extensiva de regras que restringem direitos fundamentais, como o rol de exceções à impenhorabilidade dos salários previstas no art. 833, §2º, do CPC, é inadmissível quando se tem uma aplicação imaculada, afastada de interesses arbitrários e pessoais de justiça, da regra hermenêutica de vedação à interpretação extensiva de normas de caráter restritivo de direito, da interpretação constitucional do Código de Processo Civil de 2015 e do respeito político e harmonioso ao devido processo legislativo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 57, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.818.716/SC. Recorrente: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados São Miguel do Oeste – SICOOB São Miguel-SC. Recorrido: Caroline Alves Charão e Cláudia Regina Mendes Alves. Relator: Min. MARCO BUZZI em sede de decisão monocrática. Brasília, 25 de junho de 2019. Disponível em:** <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoões/toc.jsp?livre=1.818.716&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4966014&ext=RTF>> . Acesso em: 01 abr. 2020.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo) constitucionalismo:** un análisis metateórico. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. v. 16. pp. 75-98, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 11. ed. Madrid : Tecnos, v.1. p.161, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Prefácio por N. Bobbio na obra Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação-10.ed.- rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, p. 319, 2018.

- FIGUEIREDO, S.D.C., coord. Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos – São Paulo: Saraiva, p. 829, 2015.
- GÓES, Guilherme Sandoval. Direito constitucional avançado. Rio de Janeiro : SESES, p. 129, 2018.Ibid., p. 150.
- MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho-30.ed.-São Paulo: Atlas, p.248, 2014.Ibid., p. 328.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 223, 1988.
- MENDES, G.M.; BRANCO, P.F.M. Curso de direito constitucional – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: _____. Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 165, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. O espírito das leis, Brasília: Ed. da UnB, p. 186 (Livro XI, Cap. 4), 1982.
- MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.
- NEVES, Daniel Assunção Amorim. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, p. 356, 2015.
- NEVES, Marcelo. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, p. 74, 1988.
- ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral, tradução de Maria Helena Diniz - São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 42, 1977.
- STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o ‘Pomo de ouro’”. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, pp. 28-29, 2019. *Ibid.*, p. 65.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Ativismo Judicial e Garantismo Processual-1.ed. – São Paulo: JusPodiwn, p. 13, 2013.

A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW NORTE AMERICANO NO NOVO SISTEMA DE PRECEDENTES À LA BRASILEIRA

Felipe Moretti Laport

INTRODUÇÃO

Para conhecer qualquer instituto existente em um ordenamento jurídico, antes é necessário apresentar, mesmo que brevemente, sua história. A partir de uma análise do contexto histórico na qual surgiu um determinado instituto e o exame das razões sociais, econômicas e culturais que o justificam, é que se passa a explicação de sua integração ao ordenamento jurídico de uma determinada nação.

Tradicionalmente, compreendemos o sistema de *Common Law*⁵³ como sendo aquele desenvolvido no âmbito dos tribunais a partir dos precedentes aplicados em casos futuros semelhantes.

O Prof. Bruno Garcia Redondo nos trás os elementos que compõem a correta compreensão do conceito de precedente:

O precedente consiste na decisão jurisdicional tomada em relação a um caso concreto, cujo núcleo é capaz de servir como

53 A expressão *common law* vem da característica de casos julgados em determinada corte serem submetidos a um direito comum. É um sistema baseado no direito costumeiro e na continuidade originária de regras não escritas, que foram criadas inicialmente por juizes ingleses no século XI e lapidadas ao longo do tempo.

diretriz para a resolução de demandas semelhantes. Todo precedente é, portanto, uma decisão judicial, mas nem toda decisão pode ser qualificada como sendo um precedente. Como característica fundamental do precedente tem-se o surgimento de uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto, que passa a servir de diretriz para situações assemelhadas. (REDONDO, 2015).

O sistema de *Common Law* foi adotado por países que especialmente herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, como o Reino Unido, a maior parte dos Estados Unidos⁵⁴, Canadá, Austrália e as demais ex-colônias do Império Britânico, tal como Índia e África do Sul.

Por outro lado, o outro grande sistema jurídico, cunhado pelos britânicos de *Civil Law* e surgido no âmbito da sociedade romana e germânica, possui como característica principal um compilado escrito de normas e princípios jurídicos, em outras palavras, trata-se de um Direito notoriamente codificado. Pertencem à família romano-germânica os direitos de toda a América Latina, de toda a Europa continental, de quase toda a Ásia (exceto partes do Oriente Médio) e de cerca de metade da África.

O Direito brasileiro, classicamente considerado como integrante do sistema do *Civil Law*, vem atribuindo, paulatinamente, importância cada vez maior aos precedentes judiciais, razão pela qual passou a ser, em verdade, um sistema intermediário ou misto, no meio do caminho entre o *Civil Law* e o *Common Law*.

O novo Código de Processo Civil, em vigor em nosso ordenamento jurídico desde 18 de março de 2016, inaugura um modelo de precedentes vinculantes no Brasil notoriamente influenciado pelo modelo norte americano. Essa nova metodologia criada no âmbito dos tribunais potencializa o bem-estar social ao permitir a substituição de regras ineficientes ao longo do tempo e, simultaneamente, ao promover a segurança jurídica, bem como a previsibilidade para potenciais litigantes.

O presente artigo pretende apresentar, de forma convidativa, como o direito norte americano influenciou e, vai continuar influenciando cada vez mais, o modelo brasileiro de aplicação dos precedentes

54 A exceção fica por conta do Estado da Luisiana – explicado ao longo desse trabalho.

judiciais. Para tanto, é necessário tecer breves considerações a respeito do histórico do *Common Law* e seu florescer nos Estados Unidos para depois explicar brevemente do que se trata a sistemática das *Stares Decisis* naquele país. Por último, introduzimos o modelo brasileiro de precedentes e suas nuances para encerrarmos com os elogios e as críticas de todas estas mudanças.

1. BREVE HISTÓRICO DO COMMON LAW E SEU DESENVOLVIMENTO NOS ESTADOS UNIDOS

O berço do *Common Law* está ligado ao início da formação da Inglaterra como Estado Moderno. Foi após a conquista normanda da Inglaterra em 1066 que ocorreu a transição de uma sociedade tribal, que se utilizava de um direito oriundo dos povos germânicos que se utilizam de textos consuetudinários, para uma sociedade feudalista muito mais organizada sob o ponto de vista administrativo.

O nascimento desta nova sociedade demandou o surgimento de um novo paradigma jurídico, um direito comum oposto às jurisdições locais. A jurisdição comum era competência dos Tribunais Reais de Justiça, chamados de *Tribunais de Westminster* devido ao nome do local onde estavam situados. Neste contexto, os historiadores costumam tratar a criação destas instituições judiciais centralizadas na Inglaterra como o momento marcante para o aparecimento do *Common Law* (GILISSEN, 1995, p. 216).

Tempos depois, implementou-se um sistema de tribunais especializados para tratar questões específicas. Alguns funcionários da Coroa inglesa, então, viajavam pelo território fiscalizando a administração local e, como parte de suas atribuições, resolviam também as controvérsias jurídicas. Surgem, portanto, os *Royal Judges* e as *Royal Courts*.

Àquela época, o corpo do direito era constituído basicamente por precedentes judiciais, compreendidos como decisões emanadas das cortes ou juízes reais em casos semelhantes. Desta concepção, extraiu-se o princípio do *Stare Decisis*, o que encontra registro desde 1170 quando Richard Nigel propôs que: “*There are cases where the course of events, and the reasons for decisions are obscure; and in those it is enough to cite precedentes*” (BURNHAM, 2006, p. 40).

Os historiadores do direito costumam afirmar que aqueles órgãos não criavam o direito, mas simplesmente constatavam um direito já existente. Dessa forma, os precedentes eram indicados pelos próprios juízes e cortes reais – especialmente em razão do baixo número de profissionais, os quais buscavam manter suas decisões consistentes e coerentes – e por juristas que prestavam sua contribuição para solução do caso, trazendo aos julgadores, notícias de outros casos semelhantes e que serviriam, ou poderiam servir, como precedentes.

Dessa forma, fica evidente que o direito consuetudinário inglês, até a independência das treze colônias na América, influenciou boa parte do países ocidentais, em especial, os Estados Unidos.

Mesmo assim, antes da Revolução Americana, a aplicação do direito inglês nas colônias se dava de forma bastante insipiente embora, de fato, fosse um referencial. Alguns obstáculos factuais contribuía decisivamente para a falta de êxito quanto à efetividade do direito inglês nas colônias antes do século XVIII: a insatisfação dos colonos com certos aspectos da justiça social na Inglaterra; a carência de juristas com experiência para o desenvolvimento de um direito puramente norte-americano e as condições de vida completamente destoantes na vida dos dois países.

Apesar de atualmente os Estados Unidos serem uma nação adepta do sistema de *Common Law*, predomina o entendimento de que a sociedade norte americana é regida por um sistema híbrido, onde elementos dos sistemas de Civil Law, como a Constituição Federal e os *Statutes Laws*, também possuem significativa importância. Neste sentido:

Relembre-se que o Direito norte-americano, com exceção do Estado da Louisiana, é considerado um direito da família da Common Law misto, ou seja, pertence àquela família, mas sintonizado muito de perto da Civil Law (compare-se com o direito da Escócia, considerado da Civil Law misto, ou seja, parente do direito brasileiro, mas muito perto da Common Law). (SOARES, 1999, p. 26).

A ressalva do autor quanto a Louisiana é intrigante, pois naquele Estado, em virtude de fortes traços franceses durante sua colonização,

o sistema legal é fundamentado em um código civil estatal, vigente desde 1808 e com influência direta do código napoleônico. A título de curiosidade, no filme norte-americano “*A Streetcar Named Desire*”, traduzido no Brasil como “*Um bonde Chamado Desejo*”, é possível se deparar com questões civilistas de direito de família e direito da propriedade privada que demonstram a singularidade daquele Estado (VIANA,2014).

Como se sabe, o fato do Estado da Lousiana ser uma exceção no território americano se dá por razões históricas decorrentes de aspectos políticos, econômicos e sociais e, especialmente, do modelo federalista escolhido pelos “pais da nação americana”. Recém-independentes do império britânico, os Estados norte-americanos abriram mão de boa parte de sua soberania para aderirem à União e suas restrições impostas, mas, mesmo assim, não foi impeditivo para que cada Estado, de forma livre e facultativa, elaborasse seu próprio direito como melhor entendesse – fato este que torna a essência do sistema extremamente complexa.

É digno de elogios que a tradição da unidade norte-americana, decidida em 1787 na Convenção Constitucional da Filadélfia, tenha se mantida incólume até os dias atuais. À época, os representantes das ex-colônias reconheceram a importância de se constituir um governo nacional forte e ao mesmo tempo garantir a independência dos Estados.

Assim, a evolução econômica, social e política da nação americana por certo foram demandando cada vez mais intervenções legislativas, intensificadas pelos fenômenos políticos jurídicos do século XX (i.e. guerras, crises, apoio a governos provisórios, etc) tanto no âmbito federal quanto no estadual.

Em consonância com os ensinamentos do Prof. Allan Farnsworth, a influência do Common Law inglês foi perdendo a importância e hoje, pode-se afirmar que é extremamente reduzida no sistema jurídico norte-americano. Não devemos nos esquecer que seus valores guiaram o direito nos Estados Unidos, em especial no que concerne à supremacia da lei, a noção do julgamento como um processo notoriamente contencioso sob o viés do princípio do contraditório e da ampla defesa e, sobretudo, à tradição do precedente (FARNSWORTH, 1996, p. 31) – pano de fundo do presente trabalho.

2. O SISTEMA DE STARE DECISIS E A “QUASE” INAFASTÁVEL VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES

A *Doctrine of Stare Decisis* (sistema de precedentes vinculantes) surgiu na Inglaterra por volta do século XV, com as reuniões de juízes na Câmara Exchequer (*Exchequer Chamber*), para discussão de casos importantes e complexos. Nos séculos seguintes (XVI e XVII) essas decisões assumiram papel vinculante, o que se estendeu para os demais julgados, proferidos por outras cortes, a partir do século XIX, com o aperfeiçoamento dos sistemas de relatório de casos (*Law Reports*), que compilavam o teor de decisões judiciais e os argumentos manejados por advogados.

A razão histórica para utilização obrigatória dos precedentes foi a necessidade de que os princípios jurídicos considerados nas decisões das Cortes permanecessem vigentes e aceitos como fontes primárias de direito, pelo menos até o momento em que a Corte de instância superior decidisse de forma distinta ou caso fosse publicada alguma lei diametralmente oposta às ideias.

Dessa forma, surgido há mais de mil anos antes da fundação dos Estados Unidos, esse sistema privilegia costumes e regras sociais reconhecidas e executadas pelos julgamentos dos tribunais, que se tornavam decisões vinculantes.

Por meio dele, os juízes, de forma obrigatória, acolhem, no enfrentamento de um caso concreto, a experiência e o *decisum* de um colega em casos semelhantes e anteriores. O direito é constituído, portanto, de decisões anteriores chamadas *stares decisis* que vinculam uma mesma corte ou tribunais e juízes inferiores, sendo de se destacar que sua atuação não se opera de maneira ascendente, ou seja, deixando de vincular tribunais superiores.

Conforme nos explica o Prof. Márcio Louzada, o sistema judiciário norte-americano está hierarquizado da seguinte forma:

No âmbito federal, há três níveis, capitaneado pela Suprema Corte; no nível logo abaixo, por 12 (doze) Circuit Courts of Appeals, com competência recursal decorrente de tribunais distritais, exceto a Circuit Court of Appeal do Distrito de Co-

lumbia, de competência restrita; além de um tribunal especial Court of Appeals for the Federal Circuit cuja competência principal é julgar recursos oriundos de duas cortes inferiores: o Court of International Trade e o United States Court of Federal Claims; a seguir, num último nível, por 89 (oitenta e nove) Cortes Distritais com jurisdição federal somente distribuídos nos 50 (cinquenta) estados americanos, 1 (um) no Distrito de Columbia e 1 (um) em Porto Rico, além de 3 (três) Cortes Distritais, com jurisdição federal e local, nas Ilhas Virgens, Guam e Ilhas Marianas do Norte e 1 (uma) US Tax Court, em Washington com competência para julgar casos envolvendo leis tributárias. (CARPENA, 2010).

A rigor, a decisão de uma corte acopla todas as cortes inferiores de um mesmo sistema (federal ou estadual). Neste mesmo sentido, a decisão tomada por uma turma de juízes, em regra composta por 3 (três) membros da magistratura, vincula todas as cortes inferiores de quem aquela corte conhece apelo – salvo pela hipótese de ser reformada pelo seu pleno.

Em homenagem ao princípio da primazia do interesse dos Estados em contraposição ao interesse federal, que encontra eco na doutrina constitucional estadunidense, nenhuma corte estadual está vinculada por decisão de corte federal em questões de lei estadual. O mesmo princípio orienta que as cortes federais estejam vinculadas por precedente de corte estadual em questões de lei estadual.

Todavia, em respeito ao edifício federalista norte-americano, todas as cortes estaduais estão vinculadas pelas decisões da Suprema Corte em questões de lei federal, incluindo a Constituição.

É importante esclarecer também que a doutrina de *Stare Decisis* não possui o objetivo de se tornar eterna. Com efeito, a sociedade se transforma gradativamente e com ela seus costumes se alteram. Aos operadores do Direito, cabe a função de acompanhar os passos modernizantes de sua sociedade.

Em vista desta realidade, o sistema permite a reoxigenação e flexibilização do precedente trazendo o direito para a modernidade resolvendo as demandas e litígios sem o ranço do arcabouço jurídico ultra-

passado e sem desestabilizar o próprio sistema. Tais transformações se dão por meio dos institutos do *distinguishing* e *Overruling*.

Em uma explicação simples, Mancuso (1999, p. 172) define *distinguishing* como sendo “a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não aplicação do precedente a determinado caso”.

A respeito deste instituto jurídico de ímpeto constitucional e processual, nos servimos mais uma vez dos apontamentos do Prof. *Allan Farnsworth*:

É o *distinguishing* ferramenta útil nas mãos do juiz. Senão vejamos: Se uma corte, ao analisar um precedente (visando sua potencial aplicação em um novo caso) concluir ser interessante aplicar ao caso em análise o princípio jurídico desenvolvido na decisão anterior, ela interpretará o precedente (seu holding) da maneira mais geral possível, tratando as diferenças factuais entre os dois casos como irrelevantes. Porém, se ao juiz não parecer coerente a aplicação de uma regra imposta por um precedente, ele tende a analisar o novo caso tratando como relevantes as diferenças entre ele e o precedente, restringindo ao máximo a aplicação do último, mesmo se a intenção da corte que o proferiu fora de aplicação ampla. (FARNSWORTH, 1963, p. 56).

Tanto no direito norte-americano quanto no direito brasileiro, o *distinguishing* é recorrentemente utilizado. A Reclamação nº 3626/PE, por exemplo, é um caso de *distinguishing* amplamente discutido pela doutrina brasileira.

Cuidou-se da situação em que se questiona se o órgão fracionário de corte estadual teria competência para instaurar processo administrativo disciplinar. Na ocasião, o ministro Cézar Peluzo afirmou que o acórdão de 2ª instância tratou de “situação substancialmente diversa”.

O ministro explicou que a vedação estabelecida pela ADI nº 2580 destinava-se ao Conselho Superior da Magistratura estadual e não à Corte Especial do Tribunal de Justiça: “Logo, dada a diversidade de situações, não há como nem por onde afirmar-se tenha sido insultada a autoridade do acórdão proferido na ADI 2580”, afirmou.

Para ele, seria necessário que a matéria fosse idêntica ou pelo menos semelhante em relação àquela sobre a qual se funda a decisão do Tribunal. Caso as situações sejam distintas, “*não se justifica nem legítima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade*”.

Por outro lado, segundo Mendes (2012, p.178), “*a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação*” é o que se pode compreender como *overruling*. Antagonicamente ao *distinguishing*, este instituto é bem mais incomum de se notar no direito brasileiro já que, pelas regras constitucionais e processuais, a revogação de um precedente não é algo simples.

Ora, seu caráter atípico se justifica na medida que não é de bom grado para a segurança jurídica do país que uma corte adotasse determinado entendimento e, em poucos meses, seu posicionamento fosse alterado pela mesma ou distinta corte.

O Prof. Celso de Albuquerque Silva tece os seguintes comentários no tocante a aplicabilidade do *overruling*:

Modernamente, a modificação da doutrina vinculante é vista como um aprimoramento do pensamento jurídico passado para adequá-lo ao desenvolvimento social. Dentro dessa ótica, a invalidação parcial ou total de uma doutrina vinculante é considerada como um instrumental instrassistêmico para assegurar a necessária flexibilidade ao ordenamento jurídico. (SILVA, 2005, p. 121).

Exemplo mais característico de *overruling* no Brasil acontece quando há revisão ou cancelamento de súmula vinculante pelo STF ou quando as mesas caem em desuso.

Neste sentido, com o propósito de regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal incluído pela Emenda Complementar nº 45 de 2004, foi promulgada a Lei 11.417 de 19 de Dezembro de 2006, que disciplinou a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante por parte do Supremo Tribunal Federal e deu outras providências.

Logo, a apreciação de proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é de competência do órgão pleno do Supremo

Tribunal Federal, o qual irá deliberar pelo quórum qualificado de 2/3 (dois terços) de seus membros. Ou seja, com uma composição altamente dividida e heterogênea, é possível afirmar que, hoje em dia, a revisão ou cancelamento de uma Súmula Vinculante nos parece uma mera ficção.

Por fim, apesar de possuírem o mesmo núcleo, o mestre processualista Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 45), alerta que não se deve confundir a doutrina de *Stare Decisis* com o próprio sistema *Common Law*, uma vez que o *Common Law* foi formado pelos costumes e existiu por vários séculos antes de surgir o *Stare Decisis*. Assim, o *Stare Decisis* é apenas um elemento presente dentro do modelo jurídico baseado na *Common Law* (MARINONI, 2009, p. 45).

3. O NOVO MODELO BRASILEIRO DE PRECEDENTES APÓS O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Recentemente, o STF teve a oportunidade de afirmar que o novo CPC inaugurou, entre nós, a filiação do direito brasileiro ao sistema do *Common Law* e à técnica do *Stare Decisis* (RE nº 655.265. Relator: Luiz Fux. Relator para acórdão: Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 13.04.2016).

A promulgação de um novo Código de Processo Civil no Brasil se deu por diversas razões, em especial, para esse artigo, destaca-se o fato do maior respeito a jurisprudência dominante principalmente para se evitar aquilo que se chama de “jurisprudência lotérica”, ou seja, a dependência do resultado do julgamento a partir do órgão que vai julgá-lo.

O que se não deseja mais ver no poder judiciário é o fato de dois jurisdicionados levarem ao Poder Judiciário um problema semelhante e, como uma loteria, um ganhe e outro perca, não porque o direito de ambos é diferente, mas porque na distribuição das ações um deu mais sorte que o outro.

É de suma importância destacar que o princípio da isonomia é um direito fundamental e possuía dupla dimensão: de um lado garante que todos recebam tratamento igualitário da lei e, de outro, oferece a

certeza de que todos os juízes devem decidir de modo análogo quando se debruçarem diante de situações idênticas.

O *caput* do art. 926 e seus parágrafos do novo diploma processual refletem essa tônica:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O dispositivo acima citado traz a baila o que os processualistas convencionaram chamar de “precedentes à brasileira”, ou seja, uma otimização das decisões paradigmáticas no âmbito dos tribunais, a começar pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre as diversas passagens do novo Código na busca incessante dessa finalidade, destaca-se também o art. 928, que aborda o “*judgamento de casos repetitivos*”.

O referido incidente é tratado amplamente nos arts. 976 a 987 e nada mais é do que o procedimento que permite aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais avocarem o julgamento de uma determinada tese jurídica para definir sua interpretação com caráter vinculante a todos os órgãos jurisdicionais sujeitos à sua competência territorial a partir do julgamento concreto do recurso ou da causa em que a tese aparece. (BUENO, 2016, p. 40).

Ademais, insta dizer que o novo Código, inovando mais uma vez, admite que o julgamento de casos repetitivos verse sobre questões de ordem material ou de ordem processual⁵⁵, fato este que fez o instituto albergar incontáveis temas dessas duas matérias.

55 Em consonância com a legislação, colha-se o entendimento do Enunciado nº 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “*Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual*”.

O novo Código também dispôs de forma mais abrangente a respeito do reexame obrigatório, demonstrando o papel cada vez mais diferenciado da jurisprudência no sentido de ser um mecanismo valoroso e desejável de segurança jurídica e efetividade nas decisões. Confira:

Art. 496

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Agora confira a lucidez presente no parecer de Daniele Pereira Madeira a respeito deste dispositivo:

Verifica-se que para a aplicação do referido artigo a jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal não precisa necessariamente estar expressa em súmula, e muito menos em súmula vinculante. Em havendo súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, pouco importa se ela vem de julgados de seu plenário ou das Turmas. E ainda, não é relevante para o fim de excluir a remessa obrigatória a jurisprudência do tribunal competente para julgar apelações e agravos, ainda quando se tratar de jurisprudência do próprio tribunal. (MADEIRA, 2011).

Dessa forma, o Novo Código é repleto de exemplos de artigos que privilegiam a não surpresa, a jurisprudência dominante, a uniformização e a estabilidade das decisões – predicados que dão o tom ao novo sistema de precedentes adotado pelo legislador ordinário.

4. AS INFLUÊNCIAS DA AMERICANIZAÇÃO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Para o Prof. Cássio Cassagrande: “*A americanização do direito constitucional no Brasil é uma tendência de longa duração, que tem se mostrado particularmente presente nos momentos de afirmação da vida democrática brasileira*” (2010, p.16).

Ousamos dizer que essa onda de americanização do direito brasileiro encontra relevo no que o ministro do STF Luís Roberto Barroso chamou de “*trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*”. Em sua conhecida e festejada tese, o ministro assim se posiciona:

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios regrais as regras miúdas levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. (BARROSO, 2006).

Note que o art. 1º do CPC atual, de redação inédita, é totalmente alinhado com essa tendência: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

É bem verdade que, como vaticina Teresa Arruda Alvim Wambier:

(...) nosso sistema está repleto de institutos, instrumentos, expedientes pinçados cuidadosamente de ordenamentos tradicionalmente anglo-saxônicos. Mas o objetivo, é “gerar jurisprudência uniforme, obter do Poder Judiciário uma única manifestação a respeito de uma mesma tese jurídica, ou muitas, mas iguais. (WAMBIER, 2013, p.371).

Cite-se uma vez mais o Prof. Cássio Cassagrande:

É claro que a doutrina constitucional brasileira, permanece majoritariamente vinculada ao pensamento constitucional francês, italiano e alemão, dada a influência dominante da tradição da Civil Law no Brasil. Mas pouco a pouco destacam-se juristas liberais como Afonso Arinos de Mello Franco (1905-1990), Sampaio Doria (1883-1964), Pedro Calmon (1902-1985) e Temístocles Brandão Cavalcanti (1899-1980) e ministros do Supremo Tribunal Federal que passam a demonstrar um grande interesse na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, não sendo raro encontrar nos acórdãos do STF deste período democrático (1946-1964) referências a decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. (CASSAGRANDE, 2010, p. 12).

Dessa forma, acreditamos que o fenômeno da americanização do direito brasileiro e da constitucionalização do Direito Processual Civil estejam amplamente relacionados.

5. NEM TUDO SÃO FLORES: AS CRÍTICAS A RESPEITO DA INFLUÊNCIA DA COMMON LAW

Nos idos de 2004, uma das maiores referências nacionais de Direito Processual Civil, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, também alertava sobre a influência do universo anglo saxônico em nosso ordenamento:

É indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil. (MOREIRA, 2001).

Barbosa Moreira sempre foi um defensor da função publicista do Direito Processual Civil em contraposição a função privatista deste ramo do Direito. Na concepção publicista, o processo civil se converte em algo como a jurisdição voluntária, na qual o juiz assume não uma função jurisdicional, mas a tutela paternalista dos particulares, aos

quais considera quase como menores ou incapacitados, desenvolvendo o decisionismo pós-moderno, que põe a justiça a serviço do mais fraco (GRECO, 2008).

À luz da concepção publicística, os mecanismos destinados à marcha regular do processo seriam característicos do juiz, resultando em um cenário de tutela paternalista do Estado regido pela prevalência do interesse público, pela oralidade e pelo ativismo judicial em matéria probatória.

Por derradeiro, a Prof. Renata Cordeiro Florencio, em artigo de muita profundidade, sintetiza todos os pontos que são alvo de crítica por parte do novo sistema de precedentes à la brasileira:

Importante frisar que há argumentos sólidos contra a utilização desse sistema de precedentes no Brasil. Os contrários apontam obstáculos ao desenvolvimento do direito, em virtude do previsível estancamento das decisões, o que impediria o surgimento de novas interpretações legais, mais adequadas às novas realidades sociais. Sustentam também que tais medidas representariam óbice à realização da isonomia substancial, uma vez que cada litígio teria suas peculiaridades, que não poderiam ser abstratamente consideradas. Pontuam, ainda, a possibilidade de violação ao princípio da separação dos poderes, mácula à independência dos juízes e ao princípio do juiz natural e prejuízo até mesmo à garantia de acesso à justiça. (FLORENCIO, 2011, p. 344)

CONCLUSÃO

Como visto, o novo sistema brasileiro de vinculação aos precedentes busca agregar ao nosso sistema jurídico maior estabilidade e previsibilidade, notória segurança jurídica, decisões judiciais mais céleres e fomento ao princípio da igualdade.

Ao longo deste trabalho, pudemos observar o nascimento do *Common Law* na Inglaterra e seu florescer nos Estados Unidos. Em adição, foi abordado o desenvolvimento do sistema de *Stare Decisis* norte-americano e introduzimos o *distinguishing* e *overruling*.

Pela leitura atenta do CPC, é perceptível diversos dispositivos que pugnam pela maior força da jurisprudência e do precedente que conduzirá a sociedade brasileira a uma maior estabilidade jurisprudência com respeito ao princípio da isonomia não somente diante de uma norma legislada como também perante a norma judicada.

Por fim, apesar das críticas bem fundamentadas da doutrina direcionadas a essa nova tendência, acreditamos que a maior aproximação à sistemática processual de *Common Law* representa uma evolução no ordenamento processual brasileiro na medida que contribui para o aprimoramento do Poder Judiciário e com os atuais anseios da sociedade civil

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo-o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em 02.04.2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 40.

BURNHAM, William. Introduction to The Law and Legal System of the United States. 4ª ed. St. Paul, MN: Thomson-West, 2006. Pág. 40.

CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no Common Law. Artigo publicado na REPRO – Revista de Processo nº. 180, ano 35, fevereiro de 2010. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.

CASSAGRANDE, Cássio. A Americanização do Direito Constitucional no Brasil em Perspectiva Histórica. Pág. 16.

FARNSWORTH, E. Allan. An Introduction to the Legal System of the United States. Oceana Publications: New York, 1963. Pág. 56.

FARNSWORTH, E. Allan. An Introduction to the Legal System of the United States. Oceana Publications: New York, 1996. Pág. 40.

- FLORENCIO, Renata Cordeiro Uchoa. Breves Apontamentos sobre Common Law e Aplicação do Sistema de Precedentes no Brasil. In.: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course - Volume 1. Brasília: EAGU, 2011. Pág. 344
- GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. Págs. 216 a 220.
- GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/352801307/GRECO-Leonardo-Publicismo-e-Privatismo-No-Processo-Civil>. Acesso em 02.04.2020.
- MADEIRA, Daniele Pereira. A Força da Jurisprudência. IN: O Novo Código de Processo Civil Brasileiro: reflexões acerca do projeto do Novo Código de Processo Civil. Coordenador: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999. Pág. 172.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder, Tratado de Direito Constitucional - V.2, Saraiva, 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revista-merj_online/edicoes/revista16/revista16_11.pdf. Acesso em 02.04.2020.
- REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no Direito Processual Civil brasileiro. Disponível em https://www.academia.edu/11774023/Precedente_judicial_no_Direito_Processual_Civil_brasileiro?auto=download. Acesso em 02.04.2020.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Pág. 121.

SOARES, Guido Fernando da Silva. Common Law: Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 26.

VIANA, Isabel. Violência e sexualidade nas adaptações fílmicas de Um bonde chamado Desejo de Tennessee Williams. Disponível em http://www.humanas.ufpr.br/portal/letrasgraduacao/files/2014/07/Isabel_Vianna.pdf. Acesso em 02.04.2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Em Direção ao Common Law? O Processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de Direito Processual - Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 371.

OS IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E SUAS CONTRIBUIÇÕES NA TRANSAÇÃO PENAL

Hellen Caroline Lopes de Almeida

Ygor Felipe Távora da Silva

Denison Melo de Aguiar

INTRODUÇÃO

A sociedade em sua história, possui rápida e constantemente modificações e, com isso, o Direito precisa acompanhar todas as mudanças propostas perante Lei e sociedade. Porém, alguns fatores burocráticos fazem com que o Direito não consiga acompanhar na mesma velocidade esta evolução. Isto ocasiona carência de informações dadas acerca de Juizado Especial, bem como melhorias nas diretrizes que correspondem ao Pacote Anticrime, por exemplo. Isto inclui também na carência de estudos aprofundados sobre tais assuntos, principalmente quando se trata da contextualização do que é novo e pertinente para a sociedade.

Contudo, ainda há carência em informações dadas a população sobre o pacote anticrime e suas contribuições na transação penal. Isto se torna o problema da pesquisa, partindo do pressuposto que, nos dias atuais, ainda é difícil para que a sociedade consiga fazer uma adequação destas contribuições para o cotidiano. Outra problemática é a falta de

estudos aprofundados sobre o assunto, principalmente quando se trata da contextualização dos impactos do pacote anticrime e suas contribuições na transação penal no âmbito do juizado especial criminal.

Assim sendo, a metodologia utilizada foi dada a partir de compilação de dados de retrospectiva histórica, pesquisas em bibliografias e observação da legislação brasileira acerca do pacote anticrime no âmbito do juizado especial criminal e quais suas contribuições na transação penal.

Este estudo tem por objetivo exibir uma reflexão lógica acerca dos impactos do Pacote Anticrime no âmbito do Juizado Especial Criminal (JECrim), abordando sua relevância e suas contribuições na transação penal. Com isso, busca-se entender como ocorreu a evolução do JECrim, quais suas atribuições perante a transação penal, identificando os desafios e problemática no âmbito profissional no Juizado Especial Criminal.

Para alcançar tais objetivos, o presente estudo está subdividido do seguinte modo. No segundo item, é apresentada uma retrospectiva histórica acerca do funcionamento do JECrim e a história de suas contribuições perante a sociedade e a Lei. O terceiro item aborda o surgimento do Pacote Anticrime e a importância do bom emprego de suas diretrizes. Já o terceiro capítulo explica as possibilidades de aplicação do Pacote Anticrime em sede de Juizado Especial, em especial na transação penal.

2. HISTÓRICO DO FUNCIONAMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

O Juizado Especial Criminal (JECrim) tem o papel de mobilizar esforços coletivos entre instituições e sociedade em geral, bem como proferir medidas de Proteção Integral a indivíduos na sociedade e, assim, promover a participação destes em todo o processo de construção de proteção (FAGUNDES et al., 2019). Tais esforços surgiram antes mesmo da criação da Lei 9.099/95, que já ultrapassa os 20 anos de existência (MOURA, 2015). A partir do momento em que a sociedade, como um todo, se sentiu desprotegida ou carente de proteções legais, movimentos foram criados para que tais direitos de proteção fossem criados e assim, estabelecidos e esclarecidos para todos.

Por estabelecer aproximação com o povo e sua linguagem, os Juizados Especiais representam grande mudança do Poder Judiciário (PINTO, 2009). Estes, antes denominados Juizados de Pequenas Causas em 1934, foram criados pela necessidade de resposta as vontades de inúmeras classes de jurista perante o setor de dinâmica processual (MOURA, 2015). A princípio, tais juizados fariam parte de uma pasta responsável pela lógica de informalização entendida como a busca de alternativas de controle eficazes e menos onerosas, quando comparadas a uma renúncia do Estado perante a influência de comportamentos e alargamento de margens da tolerância (BATITUCCI et al., 2010).

Ainda, o Juizado de Pequenas Causas foi instituído pela Lei Federal n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984, sendo voltado para a garantir o valor de Justiça aos cidadãos, com jurisdição adstrita à esfera cível, e alçada jurisdicional determinada pelo valor patrimonial da lide, como forma de possibilitar a resolução dos conflitos, sendo constituída em até vinte salários mínimos. Desta forma, vários Estados da Federação implantaram os seus Juizados de Pequenas Causas (PINTO, 2009).

Em 1988, com a criação da Constituição Federal, os Juizados Especiais passaram a ter responsabilidades constitucionais, fazendo com que, a partir disto, surgissem os Juizados Especiais Criminais, bem como os Juizados Especiais Cíveis, que ganharam dimensão de atuação até os dias atuais (PAULO, 2009). Em seu art. 98, I, a Constituição de 1988 antecipou em seus termos a criação de Juizados Especial Cível e Juizado Especial Criminal. Aquele momento, o rito sumário era a única presciência para um artifício diferenciado no âmbito criminal. Assim, os Arts. 531 a 538 do Código de Processo Penal serviam para contravenções penais e para alguns crimes de forma culposa (MOURA, 2015). A Consituição Federal de 1988, além de ser um marco para a história do Direito Brasileiro, abriu portas para a entrada do surgimento de diversas diretrizes e metodologias que contribuem diretamente com decisões na jurisprudência. Além disso, os Juizados Especiais marcam o início de trabalhos acerca da criminalista, baseados em fatores diversos oriundos de situações ocorrentes da sociedade em geral.

Pinto (2009) exemplifica a criação e promoção dos Juizados Especiais como:

Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (PINTO, 2009, p. 1)

A burocracia documental sempre se fez presente nos processos brasileiros e na criação dos Juizados Especiais não foi diferente. O próprio Judiciário, por muito tempo, não encontrava soluções técnicas e orçamentárias com facilidades para tal criação, o que dificultava a organização das demandas processuais, empilhando cada vez mais papel nos gabinetes dos juízes (MOURA, 2015).

Até na criação dos Juizados de Pequenas Causas houveram tais complicações pois, por representar a segurança do acesso à Justiça das amplas massas populacionais, houve cominação de interesse nacional. Carneiro, em seus trabalhos em 1985 explica que, se já não bastara o empilhamento de papeis, as despesas com custos e honorários de advogado, o medo de espera em uma longa tramitação da causa, o tempo perdido nas diligências preliminares ao ajuizamento da demanda, tornavam-se fatores que desestimulavam os prejudicados, de tentar em juízo aquilo que entendiam ser de seu direito (PISKE, 2009). Tais burocracias não só atrasaram a criação e a manutenção dos Juizados Especiais nos dias de hoje, como retardam a concepção da objetividade dos juizados pelos indivíduos que os recorrem, fazendo com que, assim, ocorra uma tramitação demorada das causas.

Neste processo, o Poder Judiciário conquistou participação ativa no processo democrático na Constituição de 1988. Isto se deu, principalmente, com a sua atuação mais efetiva na solução de conflitos, ampliando tal atuação com novas vias processuais. A partir de instrumentos jurídicos, normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma Justiça célere e distributiva, foi possível que o Poder Judiciário pudesse demonstrar preocupação voltada prioritariamente para a cidadania (PINTO, 2009). Ainda de acordo com Pinto (2009), em 1991 foi aprovada a Lei Estadual nº 9.466, do Rio Grande

do Sul. Nela consta a inovação sobre os Juizados Especiais sobre o que dispôs sobre competência. Após quatro anos, foi aprovada a Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, em decorrência do artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988, revogando expressamente a Lei nº 7.244/84.

De acordo com Moura (2015), a Lei 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e de outras providências, as diversas inovações constadas, estão relacionadas sobre o processo comum e seus princípios, enfatizando diferentes tipos de resolução para os conflitos existentes.

Em 2011, três ideais acerca de mediação extrajudicial em Juizados foram propostos por Marcella Beraldo de Oliveira (2011) que aponta:

Primeiro, a busca, por meio da comunicação, da responsabilização individual e da autorregulação, do restabelecimento de laços comunitários, da cultura de paz e da apropriação da solução dos conflitos pelos próprios atores que deles participam; outro, orientado pela agilidade e pela desburocratização da Justiça; e, um terceiro, que se centra no esforço de ampliação do acesso da população de baixa renda à Justiça, descentralizando os espaços de administração de justiça para além do Judiciário (OLIVEIRA, 2011, p. 194).

Atualmente, os Juizados aproximam-se daqueles em função de quem surgiu a ideia do acesso à Justiça. A criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais ocorreu com o objetivo de aliviar a eventual demanda crescente judiciárias brasileiras, o que ocasionou eficiência e eficácia à válida experiência do Juizado Informal (PINTO, 2009).

3.PACOTE ANTICRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Visando promover alterações pontuais ou tópicas na legislação, O “Projeto Anticrime” ganhou as manchetes dos jornais e passou a ocupar espaço na pauta política do Brasil. O ex-magistrado Sérgio Moro, depois de nomeado Ministro da Justiça em 2018, apresentou tal projeto

à sociedade e, posteriormente, o encaminhou ao Congresso, onde estes continham propostas de mudança em 14 leis, incluindo o Código Penal, o Código de Processo Penal (CPP) de 1941 e a Lei de Crimes Hediondos (RIOS et al., 2019).

A Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 apresentou estruturas de resolução consensual do processo, como a transação penal e a suspensão condicional, dando espaço para que houvessem negociações no âmbito processual penal no direito brasileiro. Porém, com a possibilidade de imposição imediata de pena privativa de liberdade, a proposta apresentada recentemente é única, tendo em vista que, caso o acusado aceite o acordo, esse terá efeito de sentença condenatória (FELIPE, 2019).

Depois de influências da classe política, o Pacote Anticrime ficou subdividido em três projetos de lei, tendo suas análises preliminares produzidas por instituições de referência nos campos da investigação acerca do sistema de justiça penal e da atuação prática no âmbito do sistema prisional. Desta forma, chamando atenção para os riscos que as alterações propostas representam para a já consumida democracia brasileira, tais análises assinalam para a natureza autoritária do projeto (ROORDA et al., 2019).

Como resultado do modelo da justiça penal negociada, é possível entender a ampliação do poder punitivo e suas mazelas apresentada pelo anteprojeto de lei anticrime, que determina ponderar como esse mecanismo está estruturado. Assim, almeja-se a inserção de dois novos artigos no Código de Processo Penal, marcado por diversas alterações, e uma nova redação para o § 17, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) (FURQUIM; NETO, 2019).

Portanto, os objetivos propostos no “acordo penal” implantado entre as medidas do Projeto Anticrime apresentado recentemente pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal brasileiro incluem:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

Outros casos incluem a explanação de se reagir a uma possível agressão que configura o mesmo que “prevenir iminente agressão”, as definições que constam neste projeto, são apresentadas no ordenamento jurídico como legítima defesa. Outro caso a se destacar, é a menção de caracterização pessoal do autor (policial ou agente de segurança pública), tendo em vista que a citação é superficial, dado que a legítima defesa é garantida para todos, sem distinção (TEIXEIRA; DURIGON, 2019).

Porém, o Projeto foi claramente criado por inspiração na legislação norte-americana. Isto faz com que este projeto tenha características graves e preocupantes, já que este apresente ampliação dos espaços de troca no campo penal, seguindo a tendência que já vem sendo percebida por aqui desde o fim dos anos 80 e começo da década de 90. Desta forma, o Projeto ampliar ainda mais o uso de institutos tidos como próprios de um sistema adversarial, em um sistema que permanece fiel a uma matriz inquisitória, mesmo depois de tantos anos e de toda a onda de reformas dos Códigos latino-americanos (RIOS et al., 2019).

O Ministro da Justiça Sérgio Moro, ao expor seu projeto para uma plateia de juristas, alegou que “o sistema judicial não existe para servir advogados, juízes ou promotores, mas o cidadão”. Fazendo uma interpretação desta fala, induz-se que existe inclusão da Constituição e do processo penal como óbices ao exercício naturalizado do poder punitivo (ROORDA et al., 2019). Com isto, para a melhor leitura do Projeto Anticrime e sua responsabilidade com a tomada de medidas cabíveis do ordenamento jurídico brasileiro, Fagundes et al. (2019) exemplifica o que foi afirmado pelos estudos de Elizabete Borgianni em 2004, que afirma que o a influência na tomada de decisão efetivada pelo posicionamento técnico. Neste contexto, a autora afirma que “nosso papel não é o de ‘decidir’, mas o de criar conhecimentos desalienantes sobre a realidade, a ser analisada para se deliberar sobre a

vida das pessoas” com as quais estabelecemos compromissos éticos e políticos (FAGUNDES, 2009).

Da forma que a presunção de inocência explanada constitucionalmente só beneficiaria ricos e políticos, faz-se necessidade em enfatizar que o Pacote Anticrime é apresentado como uma política judicial contrasseletiva, o que não modifica as dinâmicas massivas da justiça criminal e do sistema prisional. Os contextos distribuídos, com a pretensão de respaldo na empiria, provocam frontalmente a realidade operativa do sistema de justiça criminal, caracterizando o que Thais Lima (2016) chamou de “mercado das estatísticas” (ROORDA et al., 2019).

4. TRANSAÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A intenção na ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro parece ser inevitável, como afirmado há tempos. Cada vez mais, caminha-se para a inserção e ampliação de mecanismos negociais, de barganha e acordos penais, na justiça brasileira (VASCONCELLOS, 2019).

Um destes mecanismos é a transação penal que, assim como a conciliação, está em destaque entre os métodos introduzidos no processo penal. Sendo considerada uma novidade, a transação penal consiste em proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa pelo Ministério Público. Desde que preenchidos os requisitos adiante mencionados, tal pena restritiva ou multa são adicionadas ao infrator de crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima ou crime de ação penal pública incondicionada (ALMEIDA, 2011). Ela é uma figura jurídica inserida pelos art. 75 e 76 da Lei 9.099/1995, que institui a possibilidade em que a promotoria trocar a pena com o acusado, fazendo com que este receba uma sanção imediata, causando prejuízo em forma de espera por uma ao final do processo penal, o que seria muito caro para o judiciário e para as partes (KANT DE LIMA, 1997). A partir da materialização do procedimento negociado, tal inovação aproximaria o modelo instituído no JECrim com a sistemática do *due process of law norteamericano* (Devido Processo Legal), contraposto ao convencionalmente hierarquizado do procedimento convencional brasileiro (BATITUCCI et al., 2010).

Porém, o modelo estrangeiro está mais distante do nosso, como explica Rômulo Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal, que atribui as mudanças ao que ele chama de “americanização do processo penal brasileiro”, considerando este como um ato desastroso:

A primeira consequência é o aumento do número de presos como nos Estados Unidos, que concentra a maior população carcerária do mundo atualmente. Mas não é só isso, vai aumentar o número de presos pobres, em razão da seletividade do sistema penal, porque o rico terá toda a orientação técnica de um bom advogado. Mas o pobre não terá a mesma assistência e provavelmente será preso (MOREIRA, 2019).

Ao tratar de possibilidade da aplicação de transação penal, o art. 76 da Lei nº 9.099 de 1995, atribui os seguintes requisitos:

- a) não ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
- b) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa;
- c) se indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias judiciais;
- d) formulação da proposta pelo Ministério Público e aceitação por parte do autor da infração e seu defensor.

E ainda, quando não se tratar de hipótese de arquivamento do procedimento. Ocorrendo sua aceitação pelo autor da infração e seu defensor, haverá a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa (ALMEIDA, 2011). Assim, fica claro que a transação penal foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a fim de evitar a deterioração das partes com longos e cansativos processos em crimes de menor potencial ofensivo, caracterizando contravenções penais ou crimes que a pena máxima não seja superior a dois anos. Isto ocorre a partir da combinação da prática com a teoria, incluindo a exposição de exem-

plos simples e claros de como a transação penal acontece e como ela influencia a vida das pessoas. Desta forma, evita-se assim que o direito penal interfira em assuntos que não prejudicam a coletividade, seguindo o princípio da intervenção mínima (SANTOS et al., 2019).

A declaração da transação penal passa a se tornar indispensável, a partir do momento em que esta é resultante de acordo. Com o objetivo de verificar a ausência da posição de qualquer solução de intimidação e a concretização da autonomia da ambição do infrator, como liberdade de escolha, esta declaração usa da reafirmação de uma igualdade jurídica não frustrada pelas diferenças econômicas, técnicas, de etnia, credo etc. Em relação a história da autonomia de ambição deve ser alvo da crítica jurídica, ao que realmente ela é e representa e não ao que se gostaria que fosse, simplesmente de estar previsto em lei em uma sociedade fortemente caracterizada pelos desequilíbrios sociais como a nossa (ALMEIDA, 2011). Tal acordo pode ser, de acordo como proposto o juiz Sérgio Moro, ordenado a partir de *plea bargain*, que é traduzida no pacto entre a acusação e o réu, onde o acusado pode confessar o crime em troca de não ser submetido ao processo judicial e, assim, receber uma pena menos severa. Esta medida é análoga ao instituto pátrio e tem-se nos ordenamentos internacionais (GOMES et al., 2019).

Contudo, fazem-se necessárias críticas as modificações processuais propostas pelo ministro da Justiça. Tais mudanças abordam sobre a justiça penal negociada ou o *plea bargain*, mudanças estas que habilitarão uma vasta expansão do sistema penal e, assim, o poder punitivo conseguirá ampliar ainda mais o alcance de seu extermínio institucionalizado. Isto irá acontecer na medida em que artigos, para alcançarem o objetivo a que estão ligados, condicionam a suspensão da própria ordem jurídica convencional e constitucional (FURQUIM; NETO, 2019).

5. RELAÇÃO DOS IMPACTOS DO PACOTE ANTICRIME E SUAS CONTRIBUIÇÕES NA TRANSAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

A Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), respaldada constitucionalmente pelo art. 98, I, da Constituição Federal, autoriza a

criação dos juizados especiais em infrações penais de menor potencial ofensivo.

Aury Lopes Jr (2019), neste sentido, faz análise importante:

Sem dúvida, a Lei. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência. Mas, principalmente: marcou o ingresso do “espaço negocial” no processo penal brasileiro, que só tende a ampliar. (LOPES JR, 2019, p. 753)

Neste sentido, a Lei 9.099/95 ganhou destaque diante do processo penal brasileiro, criando propostas de mudanças em seus dispositivos, que mudaram a forma com que o ensino e prática de direito funcionavam até então, apresentando solução nos conflitos. Alguns dos dispositivos propostos no acordo penal inserido entre as medidas do Projeto Anticrime estabelecem:

Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento supriável por decisão judicial, e o Ministério Público ou o querelante poderão deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

Com a Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95), surgiu no Brasil um novo modelo de justiça criminal consensual, que estabeleceu novos métodos para resolver conflitos da esfera penal, de modo que quatro medidas despenalizadoras foram criadas: (1) composição civil, (2) transação penal, (3) suspensão condicional do processo e (4) prescindibilidade de representação da vítima em casos de lesões corpo-

rais culposas ou leves (GOMES et al., 2019). Estas medidas facilitam, por exemplo, casos de dependentes químicos que são conduzidos ao processo judicial para acompanhamento no JECrim. Neste caso, cabe ao juizado a responsabilidade pelos encaminhamentos legais do dependente, pois tais indivíduos estão, em sua maioria, sozinhos, sem a companhia de familiares ou responsáveis. Assim, é imprescindível que aja integração do mesmo com o JECRrim e a sua participação no grupo de apoio (FAGUNDES et al., 2019).

São necessárias algumas observações quanto às contribuições impostas ao pacote anticrime na transação penal. Uma delas é acerca da orientação realizada do acordo penal, que deve ser tida por critérios objetivos e previstos na Lei, controláveis pelo Poder Judiciário. Ou seja, o Ministério Público não pode fazer ou deixar de fazer o acordo por mera vontade ou simples discricionariedade. Portanto, a recusa ao contrato pelo MP deve ser devidamente determinada, em razão do não cumprimento dos critérios fixados na Lei e, com isso, o Poder Judiciário poderá realizar certa influência sobre tal fundamentação, fazendo com que o contrato possa ser homologado para que se obtenha o benefício de redução de pena em troca da confissão, em caso de recusa ilegítima (VASCONCELLOS, 2019).

Quando anexa aos vários problemas dogmáticos referentes à importação de instituto de sistema jurídico diverso e com o nosso incompatível, a extensão dos órgãos de justiça penal negociada estabeleceria formas a reconfigurar o Direito Penal como ferramenta para a conservação da seletividade do sistema penal e no gerenciamento diferencial da criminalidade. Isto se daria a partir da posição de classe do autor, pertencimento étnico, cultural, territorial e outros, sob o anseio de atribuir vigor e certeza na materialização imediata de uma pena, sem a defesa dos direitos e garantias e com liberação da acusação de sua carga probatória (FURQUIM; NETO, 2019).

Contemporaneamente, o Processo Penal por si só é, em geral, ineficiente, ocasionando danos incomensuráveis ao réu e a sociedade. Entretanto, o desejo de resolver este problema de forma avessa aos ditames legais, que historicamente regem o Direito brasileiro de forma apressada, não parece o ideal. Portanto, muito ainda há o que se fazer para a melhoria de diversas diretrizes, mas tentar encontrar soluções

para os problemas acerca do sistema penal brasileiro a partir de comparações aos problemas existentes ao sistema de justiça cível, por meio do *plea bargain*, por ora não é a melhor solução (FARACO NETO, et al. 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o exposto, conclui-se que houveram importantes contribuições ao ordenamento jurídico brasileiro a partir dos impactos do pacote anticrime no âmbito do juizado criminal e na transação penal. Tais contribuições incluem a aproximação do JECrim com a sociedade em geral e sua linguagem, ampliando a comunicação entre estes dois poderes e, posteriormente, a elucidação de problemas que ocorrem no cotidiano, sejam no âmbito judiciário como na sociedade civil.

A partir da reflexão lógica acerca de tais impactos, entende-se que as contribuições na transação penal que a progresso do JECrim ainda passa por desafios em sua formulação e que, com cautela e com o passar do tempo, o progresso em ações legislativas neste contexto ocorra.

Porém, ainda há deficiência em estudos nesta área por a Lei Anticrime fazer parte de um pacote recente. Recomendam-se mais pesquisas acerca do assunto e principalmente mais ferramentas para divulgação à sociedade das diretrizes, bem como esclarecimento para a academia jurídica de ensino.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, V. R. Incongruência na transação penal. **Sistema Penal & Violência**, v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: <http://revista-seletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7744/6418>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BATITUCCI, E.; DA CRUZ, M. V. G.; DOS SANTOS, A.; RIBEIRO, L. M. L.; DE SOUZA, L. G. A justiça informal em linha de montagem. Estudo de caso da dinâmica de atuação do JECrim de Belo Horizonte. **Civitas Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 245-269, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650006.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

- FAGUNDES, B.; AMARAL, C.; DA SILVA, M. C.; DA CS JESUS, R.; DA SILVA, V. G. A família como unidade de apoio e proteção no enfrentamento aos desafios da dependência química, no âmbito do juizado especial criminal de Várzea Grande (JECRIM). **Trabalho de concusão de Curso. Serviço Social**. Centro Universitário de Várzea Grande – UNIVAG. 2019. Disponível em: <http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/servsocial/article/view/437> Acesso em: 27 mar. 2020.
- FARACO NETO, P.; SANTOS, D. P.; LOPES, V. B. A (im)possibilidade de aplicação do sistema Plea Bargain no processo penal Brasileiro. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 22, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/7859>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- FELIPE, J. V. Barganha no processo penal: Uma análise crítica à (in)devida importação da negociação da sentença ao sistema processual penal brasileiro proposto no pacote anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito)**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/197785>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- FURQUIM, G. M.; NETO, S. S. **Expansão e seletividade**: a justiça penal negociada no pacote anticrime. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ANO 27, Nº 323. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/download/60760460/FURQUIM_G_M_e_SALVADOR_NETO__S_Expansao_e_seletividade-20191001-105431-1k6ti0w.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.
- GOMES, M. O.; SILVA, K. S.; GREFF, A. L. C. Adoção de soluções consensuais na justiça penal e a aplicação equiparada ao mecanismo norteamericano plea bargain na legislação criminal brasileira. **REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA**, v. 8, 2019. Disponível em: <http://200.181.121.137/index.php/RJDSJ/article/viewFile/4092/3153>. Acesso em: 25 mar. 2020.

KANTDELIMA, R. Polícia e exclusão na cultura judiciária. In: **Tempo Social: Revista de Sociologia da Universidade de São Paulo**, v. 1, n. 9, p. 169-183, maio 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20701997000100009&script=sci_arttext. Acesso em: 17 mar. 2020.

LOPES JR, A. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOURA, J. S. “Novas” formas de resolução de conflito e distribuição de justiça em um JECRIM de Natal/“New” forms of conflict resolution and distribution of justice in a special criminal court in Natal. **Vivência: Revista de Antropologia**, v. 1, n. 46, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/8769>. Acesso em: 28 mar.2020

PAULO, A. R. *Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais. Âmbito Jurídico. XII. 2009*. Disponível em: : http://ambitoju-ridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6919&revista_ca-derno=22 Acesso em: 23 mar. 2020.

PINTO, O. P. A. M. **Efetividade dos Juizados Especiais na concretização dos Direitos de cidadania**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4888>. Acesso em: 27 mar. 2020.

PINTO, O. P. A. M. **Abordagem histórica e jurídica dos juizados de pequenas causas aos atuais juizados especiais cíveis e criminais brasileiros**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. 2009. Completar. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4888>. Acesso em: 27 mar. 2020.

RIOS, L. P. C.; NEVES, L. G. B.; DE SOUZA ASSUMPCÃO, V. **Estudos temáticos sobre o “pacote anticrime”**. – 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. Disponível em: http://www.academia.edu/download/60575257/De_qual_reforma_proces-

sual_penal_precisamos20190912-13120-pwecnr.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

ROORDA, J. G. L.; MATOS, L. V.; DE AQUINO BARRETO, A. L. L. A economia política do pacote “anticrime”. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 27, nº 318. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/download/59578468/A_Economia_Politica_do_Pacote_Anticrime20190607-108379-jy-meid.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

SANTOS, A. P. F.; LIMA, A. L. F.; RIBEIRO, F. G.; OLIVEIRA, J. A. F.; BORGES, J. L. M.; MORAIS, K. V.; NEPOMUCENO, P. H. S. Transação Penal. **RESUMO EXPANDIDO DA VIII Jornada de Iniciação Científica e Interdisciplinaridade JICI-2019**. Centro Universitário Unievangélica. Anápolis GO. 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/1182>. Acesso em: 17 mar. 2020.

TEIXEIRA, J. S. T.; DURIGON, L. G. A LEGÍTIMA DEFESA NO PROJETO DE LEI ANTICRIME. **XXIV Seminário Interinstitucional de Ensino, Pesquisa e Extensão**. Unicruz. Cruz Alta, RS. 2019. Disponível em: <https://home.unicruz.edu.br/seminario/anais/anais-2019/XXIV%20SEMINARIO%20INTERINSTITUCIONAL/Mostra%20de%20Iniciacao%20Cientifica/Ciencias%20Sociais%20e%20Humanidades/RESUMO%20EXPANDIDO/A%20LEG%3%8DTIMA%20DEFESA%20NO%20PROJETO%20DE%20LEI%20ANTI-CRIME%20%20-%209053.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

VASCONCELLOS, V. G. Análise da proposta de “acordo penal”(art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBC-CRIM-Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 27. Nº 318. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/download/59155862/VASCONCELLOS_Acordo_Penal_Pacote_Anticrime_BOLETIM_201920190507-53834-104t0ib.pdf. Acesso em: 26 mar. 2020.

O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO DAS PARTES NO ÂMBITO PROCESSUAL CIVIL COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO CENÁRIO DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

Luciane Mara Correa Gomes

INTRODUÇÃO

Um dos maiores conflitos instalados no âmbito da legislação processual vigente é a possibilidade do indivíduo tornar-se tão responsável quanto o Estado na resolução de seus conflitos, esta ordem natural do agir dos interessados na demanda culminará numa necessidade premente de se capacitar os indivíduos a decidirem sob os rumos do litígio. É uma prática de empoderamento das partes no âmbito social, pois reflete acerca da contribuição no resultado do processo que verse conflitos de ordem social, não sendo exclusividade do Estado a inferência neste resultado e isto se assegura nas diversas garantias processuais constitucionais.

Tanto os envolvidos no litígio quanto o Estado se ocupam do equilíbrio e a ideia de ter um Estado como o entregador de beneplácitos sociais aos administrados começa a assumir uma nova postura e as partes, que outrora eram meio peões num jogo de tabuleiro chamado processo, passaram a assumir o protagonismo na decisão dos conflitos em que estão inseridos.

Num primeiro momento, a reflexão acerca da participação ostensiva das partes no resultado do processo foi inserida pela adoção de métodos de pacificação de conflitos, onde as partes passariam a agir de forma mais incisiva, exigindo, paralelamente, a modificação nos meios de formação acadêmica dos profissionais do Direito, para que houvesse uma ampliação destes efeitos. Necessita-se pontuar que, para as partes, é mínimo o grau de esclarecimento da importância da participação eficaz por estas rotinas introduzidas e que não fornecem as habilidades necessárias aos envolvidos nas lides.

Neste ponto urge destacar que as partes são compelidas a ingressarem em um processo colaborativo sem terem a opção de escolher que método adotar para a solução do litígio. No afã de reestruturar o campo judiciário para a entrega de prestações jurisdicionais tempestivas e mais céleres, criou-se uma regra de cooperação, impositiva, como aquela prevista no caput do artigo 334 do Código de Processo Civil, sem que houvesse a prévia preocupação em dotar os envolvidos das condições mínimas estruturais para a sua produção e desenvolvimento com o fim de alcançar um processo justo.

Neste ponto, a pesquisa discute a eficácia da normatização a partir dos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, com a funcionalidade dos dados estatísticos do Poder Judiciário nacional comparando o resultado advindo dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos havidos no ano de 2018, com a finalidade de averiguar a eficácia de tais regras, confrontando com as políticas adotadas. O trabalho é construído por metodologia qualitativa, por método de revisão bibliográfica, buscando os recursos conceituais em Leonardo Greco, Humberto Theodoro Junior e Humberto Dalla Bernardino de Pinho, dentre outros juristas.

2. A ANÁLISE DA ESTRUTURA JUDICIÁRIA BRASILEIRA A PARTIR DOS DADOS ESTATÍSTICOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Para que possa haver maior esclarecimento é devido entender o ritualismo do Poder Judiciário, através dos atos processuais tanto dos envolvidos, quanto do juiz e dos auxiliares da justiça é uma longa caminhada, pois o desenvolvimento do processo dá-se por atos que são praticados

pelas partes conflitantes e, por vezes, por agentes que sequer têm conhecimento do que ocorre naquela relação social. Estes atos processuais são cadenciados por um ritmo a ser adotado no momento que o conflito social já está instalado e não pode mais ser suportado e sufocado pelos envolvidos, sem argumentos ou razões para diminuir esta área de atrito.

Numa análise do retrato social brasileiro, dois tópicos merecem a ocupação do meio acadêmico, na busca de um ponto de intersecção no sentido de que melhores resultados serão atendidos quanto mais plurais forem os métodos adotados para minimizar o distanciamento existente entre a eficiência das decisões judiciais no Brasil e o crescente número de processos distribuídos a cada ano.

Segundo Flavia Piovesan (2014), a população se sente distanciada do Poder Judiciário, de acordo com índices apresentados pela consagrada pesquisadora, entre 70 e 80% da população tem esse sentimento. Salientando que o Poder Judiciário tem esta mesma visão de estar distante da sociedade. Para este fenômeno que a autora nomina estranhamento recíproco, que repercute na dualidade justiça mais acessível e quebra do distanciamento. Nesta linha de raciocínio, já que a credibilidade do Poder Judiciário está também acompanhada do prazo médio que uma demanda acarreta, desde a sua distribuição até a entrega da prestação jurisdicional efetiva. Isto se deve ao fato de que a solução destes conflitos se dirigida apenas pela cultura da sentença não contribuem para o agir democrático de maneira ampla, pelo fato de que a estrutura do Poder Judiciário tem uma limitação em recursos humanos que não é crescente em proporção ao quantitativo de processos distribuídos.

A estrutura do Poder Judiciário possui um total de 14.877 unidades judiciárias em primeiro grau de jurisdição, subdivididos em 10.708 varas estaduais, trabalhistas e federais que correspondem a 72%; os juizados especiais, num total de 1.494, a 10%; as zonas eleitorais, num total de 2.643, a 17,8%; contando ainda com 13 auditorias militares estaduais e 19 auditorias militares da União (BRASILIA, 2019).

Esta estrutura se movimenta pela força de trabalho de 450.175 indivíduos, em se tratando de recursos humanos, sendo deste total 18.141 magistrados, 272.138 servidores e 159.896 auxiliares (BRASILIA, 2019). Através desta mão-de-obra, faz-se a gestão judiciária compreendida pela movimentação processual e litigiosidade, que representam a carga de trabalho de magistrados e servidores face aos casos novos

e a taxa de congestionamento, representada pelo percentual de casos que permaneceram pendentes de solução em relação ao que tramitou.

O quantitativo de casos novos por ramo de justiça no ano de 2018 foi de para cada 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial com a seguinte proporcionalidade, a justiça estadual recebeu 19.579.314 processos, representando 69,8%; a justiça federal teve 4.203.804 processos (15,0%); a justiça do trabalho, com 3.460.875 processos (12,3%); os Tribunais Superiores, com 593.595 (2,1%); a justiça eleitoral, com 208.968 (0,7%); a justiça militar estadual, 4.831 (0,0%) e a auditoria militar da União 1.578 (0,0%) (BRASILIA, 2019).

Percebe-se, a partir destes dados, que a força de trabalho dos servidores de primeira instância do Poder Judiciário brasileiro não tem condições para impulsionar a marcha processual dos casos novos. Para ampliar o quadro do campo judiciário, passa-se a discorrer acerca dos casos pendentes, também divididos por ramo de justiça. O ano de 2018 teve na justiça estadual a pendência de 62.988.042 processos, correspondendo a 80%; a justiça federal, com 20.085.536 (12,8%); a justiça do trabalho, 4.861.352 (6,2%); os tribunais superiores, 602.693 (0,8%); justiça eleitoral, 147.915 (0,2%); justiça militar estadual, 3.403 (0,0%) e auditoria militar da União, 2.090 (0,0%).

Estes dados vêm ceifar qualquer alegação de que o homem médio busca ante todo fato juridicamente reprovável o Poder Judiciário, é um contra-senso, que não possui argumentos para se sustentar ante aos números acima apresentados. A realidade do acesso à justiça ainda que plural, não atinge a maior parte da população, pois o índice de processos que tiveram concessão de assistência judiciária gratuita, tomado pelo número de processos arquivados definitivamente e dividido pelo total de feitos arquivados, teve o percentual de 34% no ano de 2018.

3. A FACILITAÇÃO DE MECANISMOS DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA EM PROCESSOS DEMOCRÁTICOS E SUA REPERCUSSÃO NOS DADOS ESTATÍSTICOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Um fato que deve ser levado em consideração ao analisar a participação das partes no resultado prático do processo, sem que o Estado seja o

senhor supremo da condução do serviço público jurisdicional feito para acomodar situações conflituosas, é compreender que o impulso deve partir das manifestações dos interessados, ainda que esta participação do indivíduo seja numa resolução de conflitos alternativa à jurisdição. Apesar da grande parte das relações processuais no Brasil serem desenvolvidas a partir do decisionismo do Estado, é vital considerar que, sem estar comprometida com a busca para a solução do conflito, a sociedade não reconhecerá esta atuação como um fenômeno democrático.

A cultura da composição consensual de conflitos, não obstante as políticas públicas judiciárias implantadas no sentido de fomentar a sua prática no âmbito dos tribunais brasileiros, ainda não são percebidas pelas partes envolvidas no litígio como uma forma de colaboração na obtenção de uma prestação jurisdicional tempestiva, adequada e eficiente. O argumento aqui posto é pautado em Calamandrei (2000, p. 31) ao indicar que a postura de hostilidade das partes no âmbito processual em nada condiz com qualquer prática colaboracionista.

Enquanto o processo era concebido como um duelo entre os litigantes, em que o magistrado, como um árbitro num campo de esportes, limitava-se a assinalar os pontos e a zelar para que fossem observadas as regras do jogo, parecia natural que a advocacia se reduzisse a uma competição de acrobacias e que o valor dos defensores fosse julgado com critérios, por assim dizer, esportivos. Um dito espirituoso, que não fizesse a verdade dar um só passo mas que acertasse em cheio algum defeito do defensor adversário, entusiasmava a platéia, como hoje, no estádio, o chute de mestre de um jogador de futebol. E, quando o advogado se levantava para o arrazoado, virava-se para trás, para o público, com o mesmo gesto do pugilista que, subindo no ringue, ostenta o volume dos bíceps.

Mas hoje, quando todos saem que em todo processo, mesmo nos processos cíveis, não se realiza um jogo atlético, e sim a mais zelosa e alta função do Estado, as escaramuças não se ajustam mais às salas dos tribunais. Os advogados não são nem malabaristas de circo, nem conferencistas de salão – a justiça é coisa séria.

A hipótese atravessa a questão de haver um dispositivo legal compelindo as partes a se submeterem aquela etapa processual compositiva, seja por conciliação, seja por mediação, mas também repercute na escolha do método no momento mais oportuno para as partes. O brocardo latino *Nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio e ne eat iudex ultra petita partium* é visualmente presente nas novas disposições do código de processo civil, isto se deve ao fato de ser, a partir do movimento das partes, que o desenvolvimento da marcha processual será impulsionado. A leitura da redação do artigo 6º remete a repartição entre os envolvidos das atitudes adotadas para alcançar o fim da pretensão judicial. Explica-se, ao considerar que para a distribuição de uma demanda deve haver a iniciativa das partes, esta possibilidade assume o papel de garantia da liberdade do indivíduo exercer o seu direito subjetivo, o que mantém por outro lado a imparcialidade do juiz ao decidir sobre a vida, negócios e patrimônio deste que busca a atuação estatal. (GRECO, 2015, p. 512).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 158) são objetivos ao tratarem do papel que o juiz exerce no processo civil sob a ótica constitucional do processo civil. Embora o Estado atue numa função paternalista ao manter a autoridade sobre a decisão a ser adotada sobre o indivíduo, ainda que faça-se uma análise da contribuição dos princípios da iniciativa das partes e da imparcialidade do juiz, o magistrado deve exercer a função de diretor do processo, com a finalidade de assegurar o exercício da efetividade de qualquer direito material, através das normas processuais, sem que haja impedimento a efetiva prestação jurisdicional. Cumpre ressaltar que a colaboração está intrinsecamente vinculada a existência de desequilíbrio no processo, uma vez que ao juiz é possibilitada a imposição de algumas condutas para tornar a relação processual justa, onde se identificam o dever de esclarecimento, com o comparecimento das partes em juízo para suprir deficiências processuais; dever de prevenção, como suprir pressupostos processuais e dever de auxílio, como a participação ativa do juiz no processo, como se da na inversão do ônus da prova (LESSA, 2016, p. 154-156).

O que se deve observar, ao desenvolver a crítica a respeito da exigência dos direitos, deveres e obrigações processuais das partes, é que, no que tange aos direitos subjetivos repousam o de ação e o de defesa,

bem como o de participar de todos os atos do processo. Indispensável ainda conscientizar-se acerca das obrigações é identificar que as partes estão sujeitas a uma prestação de valor econômico para o regular desenvolvimento da demanda, identificando o estipêndio de numeração para as despesas dos atos processuais e o corresponde reembolso da parte vencedora e, por fim, situando os deveres processuais no rol de prestações de cunho não econômico que vinculam as partes, seus procuradores e terceiros, para atuarem na colaboração com a Justiça (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 184-185).

Nesta linha de raciocínio, é vital apontar que o Código de Processo Civil ao regulamentar a cooperação das partes aponta no sentido de que para ser funcional a atuação do Estado, para que o juiz possa conferir a solução final da causa, ou ainda, para que os interessados possam, por seus próprios motivos, decidir a solução do conflito, que todos devam concorrer para obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio, a exemplo do que se operacionaliza em terras ultramarinas (NERY, NERY, 2015, p. 218), todavia como poderá o indivíduo atuar sem que possua os parâmetros mínimos para inferir no processo democrático da colaboração processual, este é um dos pontos essenciais para a efetivação do princípio da colaboração na lide. Este agir em colaboração, sendo solidário no âmbito processual é decorrente do princípio da boa fé, uma vez que ao estar disciplinada no artigo 6º da Lei Federal n. 13.140 de 16 de março de 2015 traz um componente para o desenvolvimento do processo sem que haja qualquer privilégio de uma parte em razão da outra antagônica. A finalidade do legislador neste ponto de trazer para o processo civil, o princípio processual, que impulsionasse as partes a agirem com reciprocidade. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 218), ao comentarem a necessidade de acolhimento expresso do dever de cooperação no âmbito da legislação processual vigente, fizeram importante destaque.

A redação final deste dispositivo procurou explicitar a cooperação como princípio processual. E não se trata de colaboração no sentido de fornecer informações ou simplesmente não atuar com má-fé: todos – juízes, demais operadores do direito, auxiliares da justiça e partes – devem estar atentos para efetivamente

atuarem de forma colaborativa uns com os outros, para que o processo alcance seu objetivo. É preciso haver reciprocidade o que fica evidenciado para inclusão da expressão “entre si” no texto deste CPC 6º. Essa foi a intenção do legislador, ao que parece tendo em vista o referido pelo relator do projeto de novo CPC na Câmara dos Deputados – “há uma má compreensão do princípio da cooperação; não se trata de uma parte ajudar a outra; trata-se, sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma possível (RSCD, p. 194).

Ao formatar a ideia de cooperação no âmbito do processo entre as partes, é oportuno citar que Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 62) pontua que esta colaboração é estendida a toda sociedade, a guisa de exemplificação o que se adota no *amicus curiae*, onde a repercussão social é o motor das audiências públicas. Esta colaboração beneficia o processo, muito embora alguns assumam a posição de que comprometa a parcialidade do órgão jurisdicional, embora estas vozes também assegurem sua admissibilidade quando houver desequilíbrio de posições (LESSA, p. 151). Podendo ser uma das possibilidades adotadas pelo juízo a fim de minimizar os impactos da disparidade de armas entre litigantes.

Um dos problemas pontuais deste estudo é compreender a condição da efetiva atuação colaborativa do litigante no âmbito processual sendo que este não é dotado de instrumentos para atuar de forma responsável a solucionar o conflito social, seja no campo judiciário, como também na esfera da mediação. Este confronto de institutos em searas distintas urge ante a adoção de medidas necessárias ao resultado prático pretendido a ser entregue de forma a satisfazer os interesses em colisão. Ao pensar na participação democrática do indivíduo na mediação não significa apenas impor ao litigante que suas demandas sejam submetidas à mediação – ou à conciliação se for o caso – é para além desta conotação, é perceber que o modelo cooperativo de processo visa à recuperação dos valores éticos no processo (LESSA, 2016, p.149).

Cooperar para alcançar os objetivos do processo não significa necessariamente ser célere, mas por fazer as partes se tornarem res-

ponsáveis pelos resultados do processo, mesmo que defendendo seus interesses pessoais, uma vez que a colisão de interesses tem raiz nesta contraposição (MEDINA, 2015, p. 125). Importante salientar que Pinho (2015, p. 116) ressalta a necessidade de mudar a mentalidade dos litigantes, o que importa fazer uma revisitação de toda a sociedade sobre os conceitos de boa-fé e lealdade, todos os recortes para chegar ao processo justo, através da interação entre a postura do juiz e a atitude das partes.

Muitos debates surgirão a despeito da funcionalidade do princípio da obrigatoriedade ante ao princípio da autonomia da vontade das partes que, a partir da vigência da Lei Federal n. 13.140, de 16 de março de 2015, teve, em conjunto com a regra do artigo 166 do Código de Processo Civil, a imposição da realização da mediação a todos os conflitos que almejem a solução através da jurisdição. Neste ponto destaca-se que a mediação poderá perder sua essência de ato de vontade dos mediados, com a melhor atuação do indivíduo no processo colaborativo, o que tornaria a mediação apenas mais uma etapa processual a ser cumprida sem disposição para tentar solucionar adequadamente o conflito. Compelir a parte a colaborar sendo que uma das fases que ela toma parte é obrigatória não faz senso, sendo o embasamento teórico feito em Miranda Neto e Soares (2015, p. 116) que apontam ser a “*mediação não deve ser utilizada simplesmente para resolver o problema estatístico do Poder Judiciário no que concerne ao extraordinário número de processos*”, nesta linha de raciocínio a mediação poderá correr o risco de ter sua efetivação prejudicada, alongando o processo judicial. Esta posição também encontra ecos em Dinamarco e Lopes (2016, p. 54-5) ao conferir, à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, três atributos que devem permear a tutela: efetividade, tempestividade e adequação dos serviços jurisdicionais para que estes sejam de boa qualidade.

Atualmente, além de uma garantia de mero ingresso no Poder Judiciário com suas pretensões em busca de reconhecimento e satisfação, aquele dispositivo constitucional representa a garantia de outorga, a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (Kazuo Watanabe), além de impedir a imposição de óbices ilegítimos à concessão da tutela

eventualmente devida. Com serviços jurisdicionais de boa qualidade obtém-se uma tutela adequada, compatível e aderente aos interesses em jogo no processo e capaz de fazer justiça com observância dos valores presentes nas normas de direito material. A tempestividade da tutela jurisdicional decorre de sua prestação em um prazo razoável, compatível com a complexidade da causa, a urgência na obtenção da tutela e a conduta manifestada pelas partes no processo – sempre com a preocupação de obstar aos males corrosivos dos direitos representados pelo tempo-inimigo. A efetividade diz respeito à real satisfação do direito judicialmente reconhecido, ao seu implemento no mundo da vida.

Esta cooperação alerta para o movimento de pinçar a parte interessada da posição de espectadora para inseri-la na de participante, uma vez que sua atuação no poder influir decisivamente nos destinos do processo (MEDINA, 2015, p. 117), mantendo o equilíbrio entre as garantias constitucionais processuais e promovendo a conexão entre as partes envolvidas na busca por uma solução justa para o conflito, no sentido de dar a melhor solução de forma clara, leal e honesta (Pinho, 2015, p. 117).

Importa considerar que o índice de conciliação assinalado pelo Conselho Nacional de Justiça em todo país é correspondente ao percentual de sentenças e de decisões resolvidas por homologação de acordos. Neste montante estão inseridas as conciliações e as mediações, oriundas dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) e dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs).

A justiça estadual tem 1.088 CEJUSCs instalados em todo território nacional, no final do ano de 2018, sendo 11,5% de sentenças homologatórias de acordo prolatadas, onde 6% foram emitidas em processos na fase de execução e 16,7%, na fase de conhecimento. É oportuno salientar que a justiça trabalhista ainda é aquela que tem o maior percentual de casos solucionados por meio de acordo, no ano de 2018, 24% dos litígios foram resolvidos por acordo, de forma global e em fase de conhecimento de primeiro grau o percentual é de 39%. A

justiça federal contabilizou 9% na fase de conhecimento e 11% na fase de execução (BRASILIA, 2019).

Outro destaque que deve ser considerado é o índice de conciliação total, onde estão inclusos os procedimentos pré-processuais e as classes processuais que não são contabilizadas. Nesta etapa, o índice de conciliação aumenta para 12,3%, ainda que o índice da justiça estadual mantenha o mesmo (10,4%), a elevação se dá na justiça do trabalho (31,7%) e na justiça federal há elevação de 1,1 ponto percentual.

Desta forma, a pesquisa pode orientar no sentido de ser necessário um fomento à mediação e à conciliação como métodos aptos a concretização da cidadania no âmbito processual, contudo, para que haja um paradigma positivo, cabe considerar que as técnicas devem ser dissociadas da ritualística procedimental da qual está revestida, a partir da vigência do Código de Processo Civil, quando possibilitará aos envolvidos uma comunicação não-jurídica. Este canal irá romper com as desigualdades sociais e econômicas que se mostram evidenciadas nas relações jurídicas e faculta o melhor alcance da colaboração das partes no processo. Neste contexto, que a colaboração que hoje está reduzida em artigos de lei para moldar um recorte democrático ao processo, passando a um recurso utilizado pelos indivíduos, de forma consciente e efetivamente colaborativa na solução do conflito, pois o ônus processual pode ser cumprido como um ato protocolar e raramente será uma participação qualitativa no processo, caso não seja considerado como uma conquista democrática.

4. ADVERTÊNCIAS FINAIS

Para que se alcance a colaboração deve se pensar no processo revestido com autonomia da vontade das partes abarcando a aceitação livre e voluntária da mediação e não tê-la compulsoriamente como etapa processual; com a atuação de um mediador que não produza qualquer conduta no sentido de limitar as sessões ou constranger o diálogo ou cercear as opções de decidir; a participação direta e espontânea, para que as partes são as mais habilitadas para participar e construir a solução para a contenda; decidindo ao final por celebrar um acordo ou não.

Democracia participativa é ensinar a dialogar, resolver os conflitos da forma com a qual sabe argumentar, uma vez que o indivíduo

que vivencia o problema está mais capacitado para dizer se a condição proposta adéqua o seu interesse. O canal para atribuir ao indivíduo o empoderamento deve assim ser adotado pela comunidade, como pedra angular à fortificação destes laços culturais, sociais e econômicos, ao conferir segurança a falar está praticando o exercício da democracia, pois está tomando parte de uma realidade por ele vivenciada. Os interessados não estarão colaborando para um resultado prático, mas sim para uma tendência procrastinatória ao conflito quando não estejam capacitados para atuar nos debates e receber as armas necessárias para decidirem a lide. Regulamentar a participação colaborativa sem municiar as partes dos métodos para sua efetivação talvez não seja a solução, talvez faça mais um reflexo da compulsoriedade. Deve-se admitir que ainda há muito o que se refletir sobre colaboração, principalmente num país de extensão territorial continental e que teve no ano de 2018, as atividades judiciárias finalizadas com o computo de 78,7 milhões de processos em tramitação, quando há autonomia para decidir, pois a comunidade é um nicho revestido de hipóteses para educar o indivíduo a decidir, mediar conflitos e compreender que ele é responsável também pelo resultado do litígio.

REFERÊNCIAS

BRASILIA. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 02.abr.2020.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DINAMARCO, Candido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil de acordo com a Lei 13.256 de 4.2.2016**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LESSA, Guilherme Thofehrn. **Ausência de colaboração e evidência do direito.** Revista de Processo. V. 246, a. 40, p. 147-169. São Paulo: Ed. RT, ago. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** teoria do processo civil.v. 1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel. **Direito processual civil moderno.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama. SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil.*In* ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A mediação no novo código de processo civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109-119.

NERY Junior, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 16 ed., rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo.** v. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flavia. **Por um Judiciário democrático.** Caros Amigos. Ano XVII, edição especial n. 69. Ago. 2014. p. 17.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. V. I. 56 ed. rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

REFLEXÕES SOBRE A EFICÁCIA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA COMO INSTRUMENTO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E NO ACESSO À JUSTIÇA - DA ORIGEM ATÉ O CORONAVÍRUS

Katia Regina Monteiro

1-INTRODUÇÃO

O presente tema foi escolhido objetivando uma análise do termo de Ajustamento de Conduta- TAC- na solução de conflitos e no acesso à Justiça, em especial, sob a espécie da eficácia; se atende a sua finalidade, ressaltando-se alguns aspectos relevantes, observados no cotidiano, como está sendo o seu uso na sociedade atual, seus acertos e eventuais desacertos .

Sob o exame de casos concretos, aferir se há uma limitação de ordem objetiva, material, nas cláusulas que compõem o instrumento ou se o legitimado , tomador do compromisso está livre, para inserir no texto do termo, condições contendo matérias estranhas , ainda que em tese seja para alcançar o objetivo do TAC. Em se constatado abusividade nas cláusulas entabuladas, indagar-se-á: qual o remédio jurídico? Poderia o suposto título extrajudicial ter a sua nulidade declarada ? Como seria feita essa desconstituição? O Juiz poderia de ofício declarar a nulidade parcial de algumas cláusulas ou de todo o título ou

haveria necessidade de provocação do(s) interessado(s)? E quem seriam esses interessados?

Analisar se a proposta de Compromisso de ajustamento submetida ao promitente está devidamente justificada, se presentes os fatos motivadores a ensejar o compromisso do suposto ofensor. Mas caso inexistente o fundamento fático, mais uma vez pergunta-se: qual o caminho a seguir ?

Argumentar-se-á a hipótese da necessidade de um órgão fiscalizador para os compromissos firmados (pois com a exceção do Ministério Público, não há previsão legal nesse sentido), para trazer mais segurança jurídica e de outro lado, evitar TACS desnecessários ou abusivos.

Constatar como tem sido a atuação dos órgãos públicos legitimados, dos temas mais simples, até os mais complexos, e referente a temas atuais, como o coronavírus .

O tema explorado, por meio de pesquisa bibliográfica, consultas a artigos veiculados na internet, comparação e análise de compromissos realizados, obras literárias virtuais ou físicas, sem pretensão de esgotar o assunto, visa levantar reflexões no intuito de contribuição para aprimorar a aplicação de instituto tão importante, que orbita em nosso ordenamento jurídico há quase três décadas, como uma das modalidades alternativas de composição de conflitos , evitando lides , imprimindo celeridade no alcance do acesso à justiça .

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Ao longo de décadas, na busca do Acesso à Justiça, tamanha a importância do instituto, a partir das idéias semeadas pelas “três Ondas” na memorável obra “Access to Justice:” de Mauro Cappelletti,¹ juristas, estudiosos do direito, incessantemente se debruçam em desenvolver novas teorias , conceitos, fórmulas e formas para incrementar a sua concretude.

Hodiernamente, não satisfaz mais, apenas a possibilidade de ingresso no Judiciário com a conseqüente instauração de um processo e um provimento final, favorável ou desfavorável; para se concretizar o efetivo Acesso à Justiça.

No livro(*in prelo*) - Implementação de Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis-2, essa acadêmica destaca que para o acesso à justiça

dentro de uma demanda regularmente proposta, “a parte deverá conseguir a proteção jurisdicional plena, que é exatamente aquilo a que tenha direito, e num prazo razoável (Princípio da Razoável Duração do Processo)”.

O desenvolvimento mundial, os avanços sociais, econômicos e tecnológicos, cada vez mais clamavam por outros meios, aptos a tal fim, diversos da formalidade e entraves do processo judicial, em regra, muito longos para dirimir conflitos.

Num espaço um pouco mais liberal, de políticas públicas, de governo, foram criados outros mecanismos, que no campo doutrinário seriam meios alternativos de resolução de conflitos “fora do Poder Estatal” - *Alternative Dispute Resolution* - (ADR), também conhecidos como “meios alternativos de resolução de controvérsias (MASCs)” ou ainda “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias (MESC)s”.

Embora o Brasil tenha adotado em seu ordenamento jurídico alguns métodos alternativos de composição de conflitos, o modelo aqui empregado não os desvinculou do Poder Judiciário, funcionando sem autonomia, como um verdadeiro apêndice processual.

Como exemplo citamos, algumas leis, onde há a possibilidade de alguma forma de composição, mas todos no âmago do processo: a antiga Lei de Pequenas Causas, Lei 7.244/75; como a lei revogada, a lei 9099/95; Lei 8.429/1992, Lei 11.343/2006; Lei 7.492/86; Lei 13.140/2015; Lei 8069/90; Lei 7347/85; Lei 8078/90; Lei 13.964/2019.

Nesse contexto, surgiram os meios alternativos de solução de conflitos: conciliação, transação, arbitragem e nesse contorno também o termo de ajustamento de Conduta, instrumento do qual passaremos a tratar, com reflexão de seus aspectos relevantes como medida alternativa de solução de conflitos, acesso à justiça e pacificação social.

2.1 ORIGEM- TERMO DE AJUSTE DE COMPORTAMENTO

O Compromisso de Ajuste de Comportamento, usualmente conhecido como Termo de Ajuste de Comportamento- TAC- foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211, Lei 8069/90); após, ganhou amplitude no

Código de Defesa do Consumidor (art. 113 Lei 8078/90) ; e este diploma legal o inseriu na Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, §6º Lei 7347/85), *in verbis*:

Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990

Art. 211. 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.

Lei 8090/90

Art. 113. Acrescente-se os seguintes §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º. da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985:

“§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6.º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

(...) Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Lei 7347/85

Art. 5ª Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 6º 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. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

DO ELO ENTRE AS LEIS 8.078/90 E A 7.347/86

Fazendo um estudo sistemático das Leis, verificamos que a Lei 8078/90- CDC-, ao trazer a ação coletiva nas relações de consumo, fez a interação entre si (lei consumerista) e a Lei de Ação Civil Pública, permitindo a aplicação de ambas no âmbito processual para salvaguardar direitos difusos, coletivos e transindividuais homogêneos .

Para tanto, dispôs em seu artigo 90 o uso da Lei 7347/85, inclusive nos inquéritos civis; e para um fechamento amplo desse diálogo, em suas disposições finais, alterou a redação da Lei de Ação Civil Pública; para nesta acrescentar, vários dispositivos, dentre eles, o § 6º no artigo 5º , legitimando aos órgãos públicos (e somente a eles) a tomar dos interessados o compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, criando assim, um elo entre as duas normatividades.

NATUREZA JURÍDICA

O compromisso de ajustamento de conduta(art. 1º c/c, §6º, art. 5º Lei 7347/85)), o compromisso de ajustamento de conduta se presta para a responsabilizar o infrator por danos morais e patrimoniais, causados ao meio-ambiente, ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; à ordem urbanística; à honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social--- , daí se conclui que não estamos diante de uma transação, pois esta pressupõe renúncia de ambos os lados; e o tomador do compromisso não pode dispor do que lhe não pertence, são direitos difusos ou coletivos, direitos transindividuais, indisponíveis, portanto.

O acordo *strictu sensu* efetivamente não ocorre, pois S.M.J., embora os promitentes possam aceitar ou não firmar o compromisso, não participam do teor do termo e elaboração das cláusulas.

Isso porque a responsabilidade civil deriva de um ato ilícito, perpetrado contra um direito público indisponível; onde o ofensor (promitente) escolhe se prefere sofrer uma ação civil pública ou se sujeitar as obrigações de fazer ou de não fazer e/ou de pagar, buscando sempre que possível o ajustamento de conduta a reparação *status quo ante* .

Controvérsias à parte, se o TAC provém de transação, acordo, ato administrativo negocial, ou qualquer outra modalidade, certo é, após a assinatura do termo por todos que dele participam, estaremos diante de um título extrajudicial(§6º, art. 5º da Lei 7.347/85).

3- LEGITIMADOS

Apenas os órgãos públicos tem legitimidade para tomar o compromisso de ajustamento de conduta, e não todos os legitimados no rol para a propositura da ação civil pública, como muito bem advertido no artigo Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público (Revista de Direito Ambiental, vol. 41; p.93),- escrito por Hugo Nigro Mazzilli:3

“Isso significa que não são todos os legitimados à ação civil pública ou coletiva que podem tomar compromisso de ajustamento, mas só aqueles que somam à sua condição de legitimados ativos a condição de órgãos público.”

“Desta forma, associações civis, fundações privadas ou sindicatos, por exemplo, embora em tese possam propor ações civis públicas ou coletivas para defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não poderão, porém, tomar compromissos de ajustamento, em hipótese alguma.”

“Parece-nos que, quando se tratar de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que da chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento quando ajam na qualidade de entes estatais (quando prestem serviço público).“

Diante do entendimento acima esposado, nos órgãos com fins de exploração da atividade econômica, dos quais o Estado participe, não terão legitimidade ativa.

Não raro, veremos litisconsórcio ativo entre os diversos órgãos do Ministério Público, dos Estados, Federal, do Território, do Trabalho ou entre esse (s) , a Defensoria Pública .

A legitimidade passiva, isso é, a figura do promitente (aquele que promete), pode recair sobre qualquer pessoa, física ou jurídica ou até reverberar nos órgãos que tenham legitimidade ativa (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios).

LIMITES OBJETIVOS PARA AS CLÁUSULAS DO COMPROMISSO

O Ministério Público, em cumprimento de seus Institucionais e com papel de relevo no regime democrático, desenhado na Constituição Federal de 1988, não é exclusivo, porém é legitimado por excelência para a Ação Civil Pública, e, em decorrência, no Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Se firmado o Termo de Ajustamento de Conduta, consequentemente o inquérito civil e/ou peças de informações deverão ser arquivados, mas em obediência legal, antes, serão submetidos no prazo de três dias ao Conselho Superior do Ministério Público para a devida homologação (§1º, art. 9º da Lei 7347/85).

No mesmo sentido, Didier 4(Curso de Direito Processual Civil- Processo Coletivo):

“O compromisso de ajustamento de Conduta, quando realizado pelo Ministério Público, deve ser submetido à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, porque pode significar o arquivamento implícito do inquérito civil.”

No entanto, os demais órgãos legitimados ativos, à elaboração do TAC, não estão subordinados a qualquer ato normativo com a mesma finalidade.

Indaga-se então : não deveriam os demais órgãos públicos legitimados também ter tem norma similar para o controle e fiscalização de instituto de tamanha importância???

Inúmeros TACS, desde 1990, foram firmados, sobre diversos temas (trabalhista, preservação do patrimônio histórico, cultural, arqueológico, em defesa do meio-ambiente, dos trabalhadores e consumidores..) cujo desempenho é essencial para a reparação dos diversos

danos causados; dar celeridade ao acesso à justiça, no menor tempo possível, isso é indiscutível.

Todavia, alguns compromissos firmados, inclusive tendo o Ministério Público como legitimado ativo ou ainda em litisconsórcio com demais interessados, trouxeram algumas perplexidades, trazendo reflexões no seguinte sentido: será que se as condições impostas de comportamento ao infrator, causador do ilícito, por meio das cláusulas constantes do termo, embora em tese busquem possibilitar o fiel cumprimento do compromisso, não deveriam ficar limitadas apenas ao comprometimento da reparação do dano, ou poderia o órgão público legitimado, imiscuir-se em matérias alheias, estranhas ao TAC, assemelhando-se a exercer a “jurisdição”??? Ou ainda questiona-se: ou os fins justificam os meios???

Ou ainda a produção do TAC, que pela leitura conclui-se que fugiu aos motivos determinantes, não existindo em sua sustentação o motivo fático para a sua realização. Mais uma vez, indaga-se: nos casos apresentados ensejaria a desconstituição do termo?

POSSIBILIDADES DE DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Poderíamos adotar no caso de anulabilidade, o Princípio do Defeito/Vício dos Negócios Jurídicos (art. 171 do Código Civil/2002), cujo prazo decadencial em regra é de quatro anos (art. 178 do C.C/2002) e nos casos de inexistência de motivo fático, a sua nulidade com base na Teoria dos Motivos Determinantes, considerando que todos os atos da administração pública, aplicada a todos os órgãos públicos, onde a validade do ato fica vinculado aos motivos indicados como seu fundamento, assim, se inexistentes ou falsos tem como consequência a sua nulidade, e como sabemos o ato nulo não se convalida com o tempo (art. 169 do C.C./2002).

Valemo-nos do defendido pelo Professor Paulo César Pinheiro Carneiro referente à Ação Civil Pública (O Ministério Público no Processo Civil e Penal)⁵, cuja linha de pensamento, com algumas adaptações podem ser aplicadas para desconstituir o título executivo extrajudicial- Compromisso de Ajustamento de Conduta:

“Valem aqui, *mutatis mutandis*, os argumentos expendidos no item 2.6, do Capítulo Segundo, supra, no sentido do cabimento do mandado de segurança para extinguir ação civil pública, sem julgamento de mérito que não tenha fundamento fático, por abuso de autoridade do órgão do MP.”

Nessa linha de raciocínio, diante de um TAC firmado sem justo motivo (ausência de), o interessado (pode ser o próprio ofensor que sentiu-se prejudicado , mas que num primeiro momento o firmou sob a pressão de sofrer uma iminente Ação Civil Pública- ou qualquer dos demais órgãos públicos co-legitimados para firmar o acordo), não há dúvida da possibilidade do manejo de uma ação Declaratória de Nulidade do título Executivo Extrajudicial.

ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Passemos a análise de dois casos concretos que trouxeram polêmica, e influenciaram para essas reflexões sobre a necessidade de uma lei específica para o controle e a limitação das matérias constantes das cláusulas dos TACS, os meios de impugnação.

O primeiro ao celebrado como Tomadores do Compromisso de Ajustamento pelo Ministério Público Estadual – Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor de Niterói/RJ; Ministério Público Federal- 50º Ofício da Procuradoria do Rio de Janeiro; Defensoria Pública –RJ- Núcleo de Defesa do Consumidor e ANS- Agência.

Nacional de Saúde Suplementar; e do outro, por quatro promitentes: 1) Unimed-Rio Cooperativa;; 2) Unimed do Brasil- Confederação Nacional das Cooperativas Médicas, Unimed Seguros Saúde S A, Central Nacional Unimed- Cooperativa Central e Unimed do Estado do Rio de Janeiro; 3) SINDHRIO- Sindicato dos Hospitais e Clínicas do RJ; HERJ- Associação dos Hospitais do RJ; 4) Prestadores de Serviços Hospitalares , de Serviços de Análises, Diagnósticos e Terapêuticos- SADT.

Segue-se ao relatório e após as conclusões, sob o ponto de vista desta Acadêmica:

Ao analisar o presente documento, percebe-se em síntese:

1- A formação de litisconsórcio ativo entre os órgãos Estadual e Federal do Ministério Público, Defensoria Pública Estadual e ANS; de outro lado, como promitentes, outros personagens, diversos do ente gerador do dano (1º Promitente); os segundos na posição de garantidores do acordo, eis que pertencentes ao mesmo grupo econômico, embora detentores de CNPJ distintos; os terceiro e quarto, na qualidade de prestadores de serviços de forma direta ou indireta do causador do dano, mas comprometidos a não interromper em o atendimento aos usuários do plano de saúde enquanto em vigor o presente acordo.

2- O objetivo primordial do TAC com fulcro na CF/88, na Lei 8078/90 e demais normas protetivas dos direitos do consumidor foi o de resguardar o direito coletivo de um grupo (aproximadamente 800.000) de consumidores, aderentes ao plano de saúde ofertado pela UNIMED RJ.

3- Interessante ressaltar, que o presente ajuste engloba cláusulas com obrigações financeiras periódicas em relação à primeira compromissária, visando a capitalização de seu caixa, o que em tese poderia indicar a extrapolação das atribuições dos órgãos do Ministério Público, como da Defensoria Pública para a celebração de acordo referente aos assuntos dessa seara ali expendidos.

4- Merece destaque também o fato da menção do exaurimento das normas legais para a estabilização financeira da UNIMED RJ, sem êxito, por conseguinte, culminaria com a anuência do órgão fiscalizador (ANS) com a liquidação extrajudicial e extinção da pessoa jurídica; consequência postergada mediante a celebração do presente TAC.

CONCLUSÃO:

Vislumbra-se no Termo de Ajustamento de Conduta em questão, um acordo complexo, que numa primeira leitura pode demonstrar fuga a forma processual adequada para solucionar o assunto principal

posto- a manutenção do plano de saúde dos consumidores- ; como também as matérias veiculadas (recuperação financeira da Cooperativa, responsabilidade de entes que não causaram o dano), em desacordo com a Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, como a Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública).

Dentro de uma visão principiológica, da Proteção ao Consumidor; Direito à Saúde e à vida, para a efetividade do acordo, pode-se entender necessário contemplar matérias diversas (aparentemente estranhas ao tac, como a possibilidade e de que forma se alcançaria o equilíbrio –financeiro da empresa, a Preservação da Empresa, tendo como consectário a manutenção de muitos empregos, para que pudesse honrar com as suas obrigações perante os consumidores associados ao plano médico. , evitando-se o litígio, empreendendo-se celeridade na solução e alcançou a pacificação social.

Embora a exposição acima, tenha reconhecido a efetividade em alcançar o resultado final, indaga-se isso justificaria aos órgãos públicos legitimados ao TAC a adentrar sem limites a matérias estranhas ao ressarcimento do prejuízo?

O estudo do segundo TAC trouxe uma maior perplexidade, vejamos, em síntese:

- 1- A formação de litisconsórcio ativo entre os órgãos do Ministério Público Federal e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e de outro lado, como compromissária, a Gestora e herdeira da Fazenda Santa Eufrásia, Sra. Elisabeth Dolson.
- 2- Oriundo do Inquérito Civil para apurar violação de direitos fundamentais na programação turística na Fazenda Santa Eufrásia, e possível violação ao patrimônio histórico com finalidade educativa e de reparação simbólica de violações de direitos perpetradas no local em tempos passados, o objetivo primordial do TAC com fulcro na CF/88, na Convenção Americana dos Direitos do Homem, no conceito de Discriminação Racial; ao Direito à memória e à verdade; e que o crime de tráfico e de escravidão de pessoas constitui crime contra a humanidade foi o de preservar a cultura das pessoas escravizadas, negras, africanos ou seus descendentes e enaltecer a contribuição que com

seu trabalho deram à cultura, à lavoura e ao cultivo de café e ao engrandecimento econômico e financeiro, tanto ao País, quanto aos donos das Fazendas coloniais de Café.

3- Para prevenir e remediar supostos atos cometidos pela compromissária, tidas como violadoras dos direitos humanos e de racismo, foram estipuladas obrigações de fazer (pedido de desculpas pelo site; confecção de placas e panfletos com menções aos crimes cometidos naquele local pelos antepassados da compromissária; de frequentar curso de capacitação, dentre outros), como a de não fazer, consistentes na vedação de proferir as palavras: escravo e mucama; como também não permitir que qualquer pessoa se sirva do traje desta.

4- A Cláusula 6^a,estipulou uma obrigação de não fazer aos representantes da Fazenda, vedando qualquer banalização a história da escravização de pessoas e viu como menção pejorativa o seguinte:

“... Geralmente eu tenho uma mucama, mas ela fugiu; foi para o mato. Já mandei o capitão do mato atrás dela; mas ela não voltou (...) Quando eu quero um vestido, eu digo, duas mucamas, por favor! Porque ninguém alcança lá em cima! “

5- Por fim, a estipulação a infração a qualquer descumprimento das imposições(ainda que parcial) acarretará a multa diária (astreintes) no valor de R\$ 5.000,00.

CONCLUSÃO:

Não obstante toda a “boa intenção” dos compromitentes em salvaguardar direitos de reconhecimento ao povo de origem africana, que foram desumanamente escravizados pelos nossos ancestrais ; que não foram tratados como pessoas e sim como coisas; propriedades dos senhorios, obrigados a trabalhos árduos, sem recebimentos de qualquer reconhecimento ou contraprestação pelos serviços prestados, açoitados, e confinados à senzala , me parece que o presente TAC fugiu completamente da finalidade proposta na Lei 7.347/85, e que S.M.J. merece a devida anulação.

Tal afirmação se prende a algumas passagens do TAC, senão vejamos:

A primeira, em uma das considerações, onde se afirma que o Inquérito Civil foi instaurado para apurar violação de direitos fundamentais na programação turística na Fazenda Santa Eufrásia, e possível violação ao patrimônio histórico com finalidade educativa e de **reparação simbólica de violações de direitos perpetradas no local em tempos passados (grifei)**.

Em que pese, no local há anos atrás ter sido palco de verdadeiros desmandos e ações cruéis e de toda maldade perpetrada contra pessoas escravizadas, a herdeira e atual proprietária da fazenda, que não contribuiu de qualquer forma (e nem poderia ter contribuído), não pode por isso ser responsabilizada e penalizada, sob pena de violação ao Princípio da Intranscendência da pena e ultrapassar a pessoa do ofensor.

A segunda constatação de perplexidade do presente documento, encontra-se estampada na cláusula 6ª onde restou estipulada uma obrigação de não fazer aos representantes da Fazenda, **vedando qualquer banalização** a história da escravização de pessoas, vindo como menção pejorativa a seguinte fala da gestora, durante a encenação quando recebia aos turistas:

“... Geralmente eu tenho uma mucama, mas ela fugiu; foi para o mato. Já mandei o capitão do mato atrás dela; mas ela não voltou (...) Quando eu quero um vestido, eu digo, duas mucamas, por favor! Porque ninguém alcança lá em cima! “

Primeiro, há que se registrar que a vedação imposta :” a qualquer banalização” é um termo indeterminado, genérico e muito vago, pois o que poderia ser visto como “qualquer banalização à memória e história da escravização para uns, poderia não o ser para outras pessoas”; e posteriormente,, numa eventual execução do título extrajudicial, acarretaria a sua inexequibilidade (pelo menos quanto a essa cláusula), pois aprendemos que todo título executivo deverá ser certo, determinado e líquido.

Outrossim, mais uma vez pedindo vênias aos discordantes, as palavras proferidas pela proprietária da Fazenda, nada mais me parecem que a réplica teatral do que de fato ocorrera na história do Brasil, não

somente nessa fazenda, mas de todas as demais existentes à época da escravidão.

Nessa toada, há que se reconhecer que numa encenação, todos são personagens, tanto a proprietária quando se veste de sinhá; quanto aos demais, sejam as mucamas ou o capataz, capitão do mato, etc, todos com a finalidade de retratar uma época e fatos infelizmente verídicos, de conhecimento geral e que devem sim, ser lembrados por encenações para que as futuras gerações os conheçam e as abominem, para que nunca mais se repitam; portanto uma vez constatadas que as vestimentas, as falas e todo o cenário fazem parte de uma encenação teatral para a visitação dos turistas, para divulgação também da cultura deixada pelos africanos, mostram-se impassíveis de qualquer sanção, o que uma vez ocorrida, como ocorreu, dá lugar a uma perplexidade, tamanha a sua incompreensão, posto que no documento celebrado não demonstra a existência de motivo fático a embasar tantas sujeições por parte da suposta infratora.

Também parece desproporcional impor-se a obrigação de abstenção de alguém numa encenação trajar as vestes e ser chamada de mucama; como abster-se de usar a palavra escravo, nos parece fugir às raias do bom-senso, tampouco disponibilizar da propriedade de outrem, retirando do proprietário, ainda que momentaneamente, o seu uso e gozo para que terceiros (ainda que sejam afrodescendentes), se valham do local para exploração financeira.

Ao meu sentir, as imposições feitas pelos órgãos do Ministério Público e da Defensoria no documento ora analisado, não configura justiça a qualquer infração merecedora de reparação, em especial a de racismo ou sequer de discriminação racial, nem de violação a direitos humanos ou qualquer outro capaz de gerar tamanha reprimenda, ao revés, as cláusulas do presente termo, configuram um afronto ao regime democrático de direitos; à liberdade de expressão e ao direito de propriedade, todos eles garantidos pela Carta Magna.

4- CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontestável que ao longo de todos esses anos, o Compromisso de Ajustamento de Conduta tem exercido um papel de extrema

importância na obtenção do acesso à justiça , distanciando-se da longevidade das Ações Cíveis Públicas , caso propostas, demandariam esforços de toda a máquina judiciária e todo o seu aparato.

Merecedores de aplausos os órgãos legitimados, em especial o do Ministério Público e da Defensoria Pública que não poupam esforços em resolver no menor tempo possível problemas que assolam a nossa sociedade, sejam matérias simples ou complexas, mas que demandam soluções, e de forma rápida.

Tanto é assim, que nessa pesquisa, nos deparamos com um TAC celebrado em 20/03/2020, pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor, pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público dos Territórios, tendo como pano de fundo a atual pandemia causada pelo “coronavírus-COVID-19”, em face das diversas companhias aéreas que operam em nosso território, afim de solucionar conflitos provenientes de compra, remarcação de passagens, etc., durante esse respectivo período emblemático.

O presente TAC evitou que muitas ações fossem levadas individualmente ao Judiciário, ou ainda, a propositura da própria Ação Coletiva que além de necessitar se valer de todas as formalidades de uma petição inicial, percorrer pelas regulares fases 20 processuais, como a citação, prazo para a resposta, que acarretariam demoras , correndo-se o risco de ao se chegar ao provimento final, muitos consumidores não mais precisassem se valer do título executivo judicial, pois dele não lhes fosse aproveitável.

Há de ser reconhecida essa agilidade (e necessária) que o Compromisso de ajustamento de conduta possui, é fantástica.

De outro lado, as críticas reflexivas aqui trazidas, questionam algumas formas de condução de seu papel, que merecem atenção dos estudiosos do direito, na busca de aprimorar a sua eficácia no Acesso à Justiça; com segurança jurídica , promovendo a paz social como meio alternativo de conflitos.

BIBLIOGRAFIA

CAPPELLETTI, Mauro; I. Garth, Bryant- Acesso à Justiça, ,Ed. Pallotti 1978.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro- O Ministério Público no Processo Civil e Penal; Promotor Natural, Atribuição e Conflito- Ed. Forense, 2001.

JUNIOR, Fredie Didier- Curso de Direito Processual Civil- Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, vol. 1, 9ª edição- 2008, Bahia: JusPodivm.

MAZZILLI, Nigro Hugo- Artigo- Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público (Revista de Direito Ambienta,- 2006).-

MONTEIRO, Regina Katia- Implementação de Acesso à Justiça- Juizados Especiais Cíveis- 2020- Editora Dialética.

O que é A.D.R. Artigo- consulta virtual em <https://www.mediacaonline.com/blog/o-que-e-adr-alternative-dispute-resolution-e-odr-online-dispute-resolution>

JUSTIÇA RESTAURATIVA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Euller Xavier Cordeiro Soares

1. INTRODUÇÃO

A importância de se propor uma nova maneira de justiça deve-se do clamor da sociedade que, assolada pelas ondas de violência, assiste escandalizada a total ineficiência do atual sistema, seja para punir o infrator, reparar os danos sofridos pelas vítimas e também, após o fato crime, recompor a harmonia social perdida.

É fato que o atual sistema de justiça criminal não leva em consideração os anseios de seus interlocutores, fazendo com que o triângulo formado por infrator, vítima e sociedade constitua apenas meios de prova para a imposição da pena ao réu, vendo este como um imprestável que merece ser execrado da sociedade; quanto à vítima, esta deve contentar-se apenas com a punição do infrator e o restante da sociedade fica marginalizada desse processo de justiça.

Portanto fica evidenciado que o atual sistema de justiça criminal, dito retributivo, carece de mudanças, senão, pelo menos de uma complementação. É diante desse fato que a Justiça Restaurativa, ou do reconhecimento, visa reconstruir as relações quebradas devido à ocorrência do fato delitivo.

Tendo isto em vista a Justiça Restaurativa tem sua construção pautada no princípio da dignidade e na humanização do processo penal, passando a valorizar a vítima, beneficiar o réu e excluir a concepção unicamente retributiva, tornando o processo penal um real instrumento a serviço da sociedade e da justiça.

2. Da vingança privada a justiça criminal retributiva: Uma breve perspectiva histórica

O direito, ciência social que é, só pode ser concebido tendo em vista o homem vivendo em sociedade, pois não poderíamos falar em lei, ordem e normas sem objetivar como fim à institucionalização de uma sociedade.

Os etnólogos têm verificado que qualquer agrupamento humano por mais rudimentar que seja possui, a regular a vida grupal, um conjunto de normas consideradas obrigatórias e que disciplinam os comportamentos dos indivíduos que o compõem (SILVIO, 2003, p.1).

Não se pretende neste pequeno artigo explicar sobre a formação do Estado, porém, é importante ressaltar que a justiça como é tida atualmente só pôde existir levando-se em conta que há por trás desta um Estado munido de poderes coercitivos para promovê-la. Tendo isto em vista, pode-se apresentar a formação do Estado moderno de acordo com várias teorias, mas a que mais se adequa a este estudo é a teoria contratualista que trata da formação do Estado unindo a este a formação do Direito por meio de um contrato social. Nesta teoria os indivíduos abrem mão de uma parte de sua liberdade individual em favor de uma liberdade coletiva, por meio da instauração de leis, pondo fim ao Estado de beligerância elaborando um pacto social, ou contrato social.

Contudo, não bastaria apenas que os indivíduos abrissem mão de sua liberdade individual e fizessem um pacto social, era necessário armar as normas do pacto social com mecanismos que o protegesse dos indivíduos desviantes. Com isso surge a sanção, ou melhor, a pena, que seria imposta a todos os quais atentassem contra a paz e harmonia que o pacto social deveria garantir.

Em outras palavras, surge o direito como ordenador das condutas humanas e surge ao mesmo tempo o fundamento do Estado em poder punir, o chamado *jus punitiois*. Deve-se falar também do direito como o modo pelo qual a sociedade deverá resolver seus conflitos, não perdendo o foco de que a função básica do direito é harmonizar as relações entre as pessoas. Cabe ao Estado a realização da jurisdição, isto é, dizer o direito ao caso concreto, pois sem este não haveria como impor as decisões acima da vontade dos particulares. Como bem disse Beccaria

(...) a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade que constitui o fundamento de direito de punir. (BECCARIA, 1764, p.19).

Deve-se lembrar que o Estado nem sempre foi o detentor do *jus punitivis*, visto que houve uma época em que a retribuição ao delito cometido partia da própria vítima ou mesmo de seu clã, era a chamada vingança privada também conhecida como idade de ouro da vítima.⁵⁶¹

São marcas desse período a autotutela que é o “uso da força bruta para satisfação de interesses” (CAPEZ, 2005, p.5.) na solução do conflito que tem como características principais:

- “a) ausência de juiz distinto das partes
- b) imposição de decisão por uma das partes à outra”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p.21).

E a autocomposição, sendo três as formas desta:

- a) Desistência (renúncia à pretensão)
- b) Submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão)
- c) Transação (concessões recíprocas). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p.21).

Somente com os Estados já suficientemente fortalecidos é que estes podem lançar mãos de forças para dizer o direito ao caso concreto. É a jurisdição.

56¹ É chamada de Idade de Ouro não só por força da doutrina, mas, também porque com o fortalecimento do Estado esse passa figurar como único capaz de promover a punição –pena ao criminoso.

Vê-se que com o fortalecimento do Estado este começa a se comportar como a parte ofendida cessando a fase da vingança privada. A partir desse momento o ato criminoso mais do que afetar a vítima afetará a paz e a coesão social e a partir da agressão o Estado, e somente ele, poderá punir, pois violada a lei compete a este agir em defesa da sociedade.

Aos poucos a vítima será levada a um ostracismo. Sendo colocada em uma posição periférica no sistema, sendo relegada a um papel circunstancial informativo - mero instrumento de prova.

Estas são as bases da justiça criminal moderna que nega a vítima papel de destaque no processo. O Direito Penal, tendo em vista cumprir sua função punitiva, tem como característica principal à retribuição “ao mal injusto do crime o mal justo da pena”.

Ao analisar as escolas penais vê-se que a investigação do fundamento de punir e dos fins da pena distribui-se por três correntes doutrinárias: absolutas, relativas e mistas.

As Teorias Absolutas têm como fundamento à exigência de justiça por meio da sanção penal. Nesta teoria a pena é vista como retribuição a um mal cometido, sendo consequência deste. “Alega-se, destarte, que sob certo aspecto, talão seria a expressão mais fiel dessa corrente”. (NORONHA, 1973, p.28).

As Teorias Relativas dão um fim utilitário à pena, assim o crime não se resume como causa da pena, mas sim como ocasião para aplica lá. Desta forma a pena tem um fim preventivo. Nesta teoria passa-se ater uma preocupação com o criminoso e sua readaptação ao meio social.

As Teorias Mistas conciliam as anteriores. Com isso a pena contínua tendo natureza retributiva, com finalidade preventiva, além de reeducativas do condenado.

Tendo em vista essas teorias, o jurista Mirabete diz que (2005, p. 246) “Desde a origem até hoje, a pena sempre teve caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentado a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso (...)”.

Por mais que haja um esforço para ver essas medidas como ressocializadoras e reeducativas vemos que as “finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social

do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas”. (PIMENTEL, MA-NOEL PEDRO, 1983 apud MIRABETE, 2005, p.245).

Pode-se constatar que as teorias acima citadas discursam sobre o direito de punir e sobre as utilidades da pena, não considerando as vítimas conforme suas necessidades, anseios ou medos. Desta forma, diante do que foi afirmado até agora, pode-se dizer que o modelo de justiça criminal é puramente retributivo.

3. JUSTIÇA CRIMINAL E SUAS CARACTERÍSTICAS PARA VÍTIMA, INFRATOR E SOCIEDADE

Os atuais sistemas de justiça criminais, ditos retributivos, não são capazes de ultrapassar as barreiras da superficialidade e do formalismo imposto pelo processo e acabam tratando os envolvidos no conflito como meros objetos do próprio processo.

Assim sendo, pode-se dizer que a vítima ocupa um lugar periférico, seus anseios e reais necessidades não são considerados no decorrer do processo penal, faltando-lhe todo tipo de assistência, seja ela psicológica, econômica ou jurídica o que resulta em um verdadeiro descontentamento desta ante os processos jurídicos.

Quanto à sociedade, não lhe é conferida nenhuma participação ativa na justiça criminal retributiva, mesmo sabendo-se que a sociedade é a que mais sofre com a tensão social causada pelo sistema retributivo.

Já para aquele que deu causa ao litígio, este é levado em consideração tendo em vista sua “discutível” má formação de caráter, com isso este é tido como um ser humano que merece ser execrado do convívio social, acreditando-se que quanto maior o tempo em que ficar longe da sociedade melhor será para esta que se sentirá menos ameaçada. Ao mesmo tempo, o infrator não é responsabilizado efetivamente, e na grande maioria das vezes as penas não são eficazes.

Pode-se notar que o atual sistema de justiça criminal vem mostrando-se ineficiente para estabelecer paz e coesão social, pois, baseado numa premissa mecânica não trata os indivíduos envolvidos no processo de forma individualizada tornando ainda maior a animosidade entre as partes. Vê-se tal característica com maior precisão naqueles conflitos em que as partes envolvidas têm alguma relação de proximidade como:

parentes, relações entre vizinhos, questões familiares como as que envolvem guardas de crianças etc.

Tendo isto em vista a Justiça Restaurativa visa propor um novo olhar sobre o crime analisando-o em suas raízes, causas, conseqüências, necessidades e anseios de seus interlocutores, proporcionando uma resposta efetiva ao delito tendo como um dos seus princípios a dignidade humana.

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA: NOVA VISÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL

O país pioneiro na implantação das práticas restaurativas foi a Nova Zelândia que inspirada em costumes aborígenes maoris, com isso, reformulou em 1995 suas leis na área da Infância e Juventude. Dado ao grande sucesso deste novo sistema frente à prevenção, reincidência e reparação dos danos, outros países seguiram o modelo neozelandês e hoje projetos similares estão sendo desenvolvidos em países como a Argentina, Canadá, Reino Unido.

As iniciativas para a implementação de práticas restaurativas no mundo despertaram o interesse da Organização das Nações Unidas (ONU) que viram nesta prática uma maneira de encarar os conflitos da sociedade de forma que as relações sociais sejam preservadas, ou melhor, restauradas, a fim de manter a coesão e a estabilidade social, evitando que pessoas que cometam crimes menores sofram os mesmos rigores da lei que os grandes criminosos. Isto fez com que a ONU inserisse a Justiça Restaurativa na pauta do programa de propagação da cultura de paz (2001-2010), (Década Internacional para a Cultura da Paz e Não Violência para com as Crianças do Mundo).

A existência de uma Agenda para discussão do uso de práticas restaurativas pela ONU fez com que fossem elaboradas várias declarações que sugerem o debate entre os países membros da Organização para a adoção da Justiça Restaurativa e seus princípios. É importante ressaltar que estas declarações foram feitas em forma de resoluções o que designa seu caráter não obrigatório.

Podemos citar como exemplos de países que adotam a Justiça Restaurativa os seguintes:

País	Número de programas
África do Sul	1
Alemanha	293
Austrália	5
Áustria	Disponíveis em todas jurisdições
Bélgica	8
Canadá	26
Escócia	2
Estados Unidos	280
Finlândia	130
França	40
Noruega	54
Nova Zelândia	Disponíveis em todas jurisdições

FONTE: Scuro Neto, EMARF, V.6.

Em nosso país as práticas restaurativas ainda principiam, mas podemos destacar três projetos que contam com apoio da Secretaria de Reforma do Judiciário e do PNUD (Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento).

Esses projetos localizam-se em São Caetano do Sul / SP e Porto Alegre /RS ambos envolvendo apenas crianças e tendo como base áreas da Infância e Juventude. O único desses projetos que envolvem adultos é o de Brasília que funciona no Tribunal de Pequenas Causas do Núcleo Bandeirante.

Diante da emersão deste tema uma pergunta não pode deixar de ser respondida. O que seria essa chamada Justiça Restaurativa?

Fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas, pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envol-

vendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo (SCURO NETO, 2000).

A Justiça Restaurativa, em contraposição a Justiça Criminal comum, tem por objetivo não enfocar o passado. Assim, se a justiça criminal diz “Você errou, agora vai pagar por seu erro”, a retributiva, em contrapartida, questiona: “Você errou, agora, o que você pode fazer para concertar ou diminuir o erro o máximo possível?”.

A Justiça Restaurativa parte do pressuposto de que o crime não é simplesmente um ato contra uma pessoa, representada pelo Estado, mas sim, um ato criminoso que causa danos às pessoas e aos relacionamentos e que tais danos afetam diretamente toda uma comunidade.

Na Justiça Restaurativa são chamados a resolver o conflito à vítima, o infrator e a sociedade quando possível. Trata-se de uma justiça consensual que é guiada pelos critérios da oralidade, celeridade e economia processual onde todos têm seus papéis e responsabilidades no processo restaurativo.

O sistema objetiva: a) a reparação dos danos à vítima; b) a prestação de serviços à comunidade e c) a solução dos problemas causados pelo fato-crime, tanto para a vítima quanto para a comunidade, e a reintegração tanto da vítima quanto do autor do crime. O processo abrange procedimentos de mediação, audiências especiais e círculos de aplicação da pena (*sentencing circles*). (GOMES PINTO, 2004).

O novo paradigma não se concentra em determinar a culpa e punir o infrator, ele tenta se afastar da idéia simplista de impor uma pena ao transgressor como forma de saciar as necessidades do sistema e da vítima, por isso a Justiça Restaurativa vai além, tendo por escopo a efetiva restauração dos relacionamentos, a reparação do dano sofrido

pela vítima, a conscientização do infrator ante seu ato delituoso, além de sua real responsabilização.

Assim, na implementação da Justiça Restaurativa é preconizado um ou mais encontros entre vítima e infrator, e, quando apropriado, com a comunidade. Esse encontro é intermediado por um mediador⁵⁷ e todos envolvidos falam sobre o fato ocorrido expondo seus medos, angústias, receios, necessidades e reais intenções do encontro, sempre tentando entender o fato e suas causas e conseqüências.

Schmidt de Oliveira Diz:

O objetivo do modelo informal é, portanto, atingir a pacificação, a conciliação, promover a personalização do conflito. Bons resultados podem ser atingidos, inclusive quanto à ressocialização do autor. Também é possível que de um encontro face- a- face as duas partes tirem algum proveito, que a vítima compreenda as razões de sua vitimização, perca o medo, veja seu agressor como uma pessoa, conheça a sua história; que o autor tome consciência de seu ato, perceba as conseqüências dela. Há no modelo informal de conciliação um encontro de pessoas não de estereótipos, pois a identidade das partes não se perde nas engrenagens burocráticas do sistema penal. Os sentimentos de vingança, ódio, aversão podem ser substituídos por empatia e compreensão. (SCHMIDT DE OLIVEIRA, 1999, p.150 a 151).

Esse encontro apenas deve acontecer quando houver interesse dos envolvidos a cerca desta nova possibilidade, tomando-se cuidado para que a vítima não sofra uma revitimização e o infrator não seja vitimado, a fim de que ambos não sejam desrespeitados em sua dignidade humana. Desta forma o encontro só poderá acontecer em casos onde se tenha real interesse em restaurar laços sociais ou haja remorso, sensibilização por parte do infrator e vítima. Sendo assim, o novo paradigma é ideal para ser implementada em conflitos decorrentes entre familiares, em casos de brigas de vizinhos ou naqueles em que infrator

57 Este terá como tarefa traduzir expectativas e motivações dos envolvidos sem interferir de forma autoritária na resolução do conflito.

seja menor, por exemplo, enfim onde sempre haja alguma espécie de relação anterior ao delito.

Deve-se ressaltar que é necessário que sempre ocorra anuência dos envolvidos para que o encontro aconteça, pois, trata de um modelo de justiça consensual, voluntarioso e que os envolvidos possam requerer a forma tradicional de justiça caso assim desejarem ou caso ocorra algum infortúnio entre as partes.

A Justiça Restaurativa busca alcançar seus objetivos por meio de processos colaborativos e cooperativos (denominados círculos ou câmaras restaurativas) sendo esse processo gerenciado pelo mediador. Nessas câmaras restaurativas seria elaborado um acordo entre vítima e infrator e quando apropriado à comunidade tal acordo seria remetido ao Ministério Público e ao juiz competente que poderiam intervir no acordo ou não e homologá-lo ou não.

Essa chamada câmara restaurativa seria o espaço físico onde ocorreria o encontro entre os interlocutores do processo restaurativo (vítima, infrator, comunidade quando pertinente, e mediador). Elas poderiam localizar-se nas dependências dos fóruns ou em espaços comunitários, mas o mais importante é que se tenha uma estrita ligação com as redes de assistência social, com participação de psicólogos, terapeutas, pedagogos, assistentes sociais, entre outros que possam oferecer a reintegração e ressocialização tanto da vítima como do transgressor.

Pode-se esboçar as diferenças entre o modelo de Justiça retributivo e a Justiça Restaurativa por meio do seguinte quadro:

JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RETRIBUTIVA PRESSUPOSTOS.

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infração noção abstrata, violação da lei, ato contra o Estado.	Infração: ato contra pessoas, grupos e comunidades.
Controle: Justiça penal.	Controle: Justiça, atores e comunidade.
Compromisso do infrator: pagar multa ou cumprir pena.	Compromisso do infrator: assumir responsabilidade compensar o dano.
Infração: ato e responsabilidade exclusivamente individuais.	Infração: ato e responsabilidade com dimensões individuais e sociais.

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Pena eficaz: a ameaça de castigo altera conduta e coíbe criminalidade.	Castigo somente não muda condutas, além de prejudicar a harmonia social e a qualidade dos relacionamentos.
Vítima: elemento periférico no processo legal.	Vítima: vital para o encaminhamento do processo judicial e a solução de conflitos.
Infrator: definido em termos de suas deficiências.	Infrator definido por sua capacidade de reparar danos.
Preocupação principal: estabelecer culpa por eventos passados (Você fez ou não fez?).	Preocupação principal: resolver os conflito, enfatizando deveres e obrigações futuras (O que precisa ser feito agora?).
Ênfase: relações formais, adversativas, adjudicatórias e dispositivas.	Ênfase: diálogo e negociação.
Impor sofrimento para punir e coibir.	Restituir para compensar as partes e reconciliar.
Comunidade: marginalizada, representada pelo Estado.	Comunidade: viabiliza o processo restaurativo.

FONTE: Scuro Neto, 2004, p. 277.

Na Justiça Restaurativa o crime é visto como um dano causado não só a uma pessoa representada pelo Estado, mas, sim a uma coletividade, cabendo a todos envolvidos, portanto, trabalharem juntos para a pacificação do conflito, de modo que a paz e coesão social sejam mantidas.

Podemos ressaltar por último como preceitos básicos de uma Justiça Restaurativa a mediação entre vítima e infrator, a reparação do dano causado, a efetiva responsabilização do agente causador do dano e a substituição de penas restritivas de liberdade por serviços comunitários e outras penas alternativas, afastando os casos de menor gravidade da esfera judicial, evitando penas desproporcionais e satisfazendo, da mesma forma, os interesses da vítima e do Estado.

5. APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Alguns operadores do Direito com uma visão blindada deste e da Justiça poderiam argumentar que o novo paradigma não encontraria respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Contudo estes se esquecem de que o conceito de justiça, assim como o de direito, não é estático e, sim, dinâmico, sendo formulado e reformulado com o passar dos anos dada à ascendência de novos valores e o desprestigiamento de outros, cabendo ao direito atual evoluir de acordo com as necessidades e anseios da sociedade.

Apesar de não haver leis que expressamente atribuam o uso da Justiça Restaurativa no Brasil temos alguns dispositivos que se interpretados de forma extensiva de acordo com os fins sociais a que lei se dirige e às exigências do bem comum podem ser dotados de práticas restaurativas como a Lei nº 9090/95 que institui os Juizados Especiais Criminais. Essa lei abrange crimes de menor potencial ofensivo que são:

“a) as contravenções e b) os crimes que a lei comina pena máxima não abstrata não superior a dois anos, ou multa, de acordo com o parágrafo único da Lei n. 10.259/2001” (Damásio, 2004, p.13).

Os dispositivos que a referida lei trás podem se revestir de caráter restaurativo, pois devem ser regidos pelo princípio da oportunidade, tendo, por escopo a composição civil, transação penal e a suspensão condicional do processo (como medidas despenalizadoras).

A Lei nº 9099/95 em seus artigos 71 a 74 cuida da fase preliminar buscando sempre que possível a composição civil, ou seja, um acordo entre vítima e autor da ofensa, tendo por objetivo a reparação do dano e a aceitação de uma proposta de pena não privativa de liberdade. A composição do dano põe fim à questão criminal e esta só é possível de ser executada em delitos em que a lei exige representação ou queixa da vítima.

Esses procedimentos podem ser conduzidos por um conciliador (mediador) sob a orientação do juiz. E antes da homologação do acordo pelo juiz as partes podem ser encaminhadas para uma câmara restaurativa onde será elaborado esse acordo que passaria pelo crivo do

Ministério Público e do Juiz Natural. A câmara restaurativa também fica responsável pela fiscalização do acordo.

Na suspensão condicional do processo (art. 89) também é viável o procedimento restaurativo, pois, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, a lei permite que lhe seja proposta a suspensão do processo, pelo prazo de dois a quatro anos, ficando este obrigado a cumprir certas condições legais que cumpridas estas o processo se extingue.

Durante a suspensão do processo o acusado poderá ficar obrigado a obedecer algumas medidas como, a reparação do dano salvo impossibilidade de fazê-lo; a proibição de frequentar determinados lugares; a proibição de ausentar-se da cidade onde reside, sem autorização do Juiz; o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, além de outras condições que o Juiz poderá especificar, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Pode-se entender estas outras condições a ser especificadas pelo juiz como o comparecimento às câmaras restaurativas.

Um outro instituto em que podem ser aplicados processos restaurativos é a transação penal, isto é, a lei permite a o Promotor de Justiça fazer um acordo com autor do fato, propondo uma pena alternativa.

Mais uma lei que pode se revestir de caráter restaurativo é o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) principalmente se considerar seu artigo 101 que trata das medidas específicas de proteção, o artigo 112 e seguintes que tratam das medidas sócio-educativas, como a obrigação de reparar o dano e outras que devem visar ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (artigo 100) e o artigo 126 que trata da remissão como forma de exclusão do processo.

As mudanças até agora já implementadas no Brasil são poucas e possuem um caráter ainda restrito a algumas localidades e ocasiões, porém, é fato que é percebida uma necessidade da revisão do processo penal a fim de otimizá-lo como um real instrumento de efetivação da justiça, substituindo a visão puramente retributiva pela restaurativa.

6. CONCLUSÃO

É fato que o atual sistema de justiça criminal tal como se encontra hoje tem se mostrado ineficaz principalmente para os crimes de menor ofensividade e naqueles cometidos por menores infratores, pois é sabido da falência das penas privativas de liberdade para estes tipos de crimes, visto que o cárcere pode resultar numa verdadeira escola do crime.

Embora se possa ver na Justiça Restaurativa uma forma de desfogar o judiciário e de diminuir a super lotação dos presídios por meio de suas medidas despenalisadoras, este não deve ser seu fim primordial, mas sim, a Justiça Restaurativa deve contribuir para a humanização do sistema penal como um todo, propondo medidas mais compassíveis, menos graves e mais céleres, trazendo a vítima para o desenvolvimento do processo e, finalmente, reparando o dano.

O novo paradigma deve ser visto como uma alternativa para restaurar o tecido social, reintegrar à sociedade vítima e infrator e restaurar relacionamentos de modo a proporcionar uma reintegração do transgressor à sociedade sem estigmatizá-lo, sendo uma efetiva arma de prevenção a reincidência.

Enfim a Justiça Restaurativa não é uma panacéia, remédio para todos os males e nem tão pouco uma solução definitiva para a criminalidade, mas sim um mecanismo complementar que deverá ser testado e analisado, pois, pode tornar-se uma via efetiva para a promoção e propagação de uma cultura de paz.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO CINTRA, Antônio; PELEGRINI GRINIVER, Ada; RANGEL DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral Do Processo. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BECARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12^a.Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FABRINI MIRABETE, Julio. Manual de Direito Penal. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, abr.2004. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 26. Maio. 2005.

JESUS, Damásio E. de. Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. Direito Penal. 9^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1973. V1.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral. 30^a. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHIMIDT DE OLIVIERIA, Ana Sofia. A vítima e o direito Penal. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999.

SCURO NETO, Pedro. A Justiça Restaurativa como fator de implementação social. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/scuro2.html>> Acesso em: 21. abr.2005

SCURO NETO, Pedro. Modelo de Justiça para o século XXI. Rio de Janeiro, Revista da EMARF, V.6, [2004] Disponível em: <www.trf2.gov.br/emarf/revistaemarf.html> Acesso em: 26. Maio. 2005.

SCURO NETO, Pedro. Sociologia Geral e Jurídica 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OS DESAFIOS DO PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE

Amanda de Lima Vieira

INTRODUÇÃO

Uma das principais características da contemporaneidade é a percepção de crise em amplas magnitudes e que alcança diversas dimensões da vida neste período. Atualmente, o contexto sócio-histórico se funda nas reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos pela modernidade ocidental, segundo os quais esperava-se que a sociedade alcançaria o progresso ininterrupto em benefício da humanidade, graças ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia, e no fracasso do cumprimento das perspectivas iluministas de prevalência da tolerância, do humanismo e do respeito à natureza e de afirmação do direito à liberdade e à igualdade entre os homens.

Os desdobramentos sociais, políticos e econômicos serão abordados de forma resumida, tendo como principal destaque os movimentos transnacionais que ocorreram no ano de 1968. As manifestações reivindicavam avanços e progressos prometidos pela modernidade que não foram concretizados ou que não puderam universalizar a entrega de bem-estar. Em sentido oposto, eram cada vez mais frequentes os processos de fragmentação social.

Alguns autores afirmam que a eclosão das reivindicações contra as forças responsáveis pela desnaturação das estruturas sociais, responsáveis pela insustentabilidade do sistema posto, foram o marco do paradigma da pós-modernidade. Ao longo do trabalho, serão

abordados os reflexos dessa tomada de consciência nas diversas searas da sociedade.

Na sequência, a interdependência sistemática entre as estruturas sociais, econômicas, cultural e jurídica será abordada, juntamente com os evidentes impactos da pós-modernidade na configuração do sistema do Direito.

Para tanto, após discorrer sobre as questões típicas da contemporaneidade, será apontada a inadequação dos institutos do processo para trata-las de forma adequada. Ao final, será apontada a imprescindível elaboração de novos institutos, bem como uma reformulação teórica e a elaboração de uma nova propedêutica que busque diminuir a “inaceitável diferença entre o dever ser normativo e o ser da realidade histórico-social” (BITTAR, 2014, p. 165).

1. MODERNIDADE E PÓS-MODERNIDADE

Inicia-se com a abordagem dos temas com a conceituação do vocábulo moderno. Com origem no século V, a palavra *modernus* era utilizada para significar o novo cristão em oposição ao velho-pagão (HABERMAS, 2001). Desde então, de acordo com Habermas, o termo moderno passou a ter uma conotação de descontinuidade proposital do novo diante do antigo.

1.1. Aspectos históricos e sociais

O termo passou a ser utilizado na Europa, no período pós-renascentista, para expressar “uma nova época” (HABERMAS, 2001). Nesse sentido, a modernidade representava a necessidade de superação dos dogmas e limitações da idade medieval.

Este período, posterior à época medieval e anterior à Idade Moderna, apresentou como principal característica a necessidade de revisão do pensamento vigente, diante dos diversos acontecimentos modificaram as bases de relação do homem com o mundo. Foi neste período que Nicolau Copérnico demonstrou que a Terra não era o centro do universo, rompendo com o sistema posto por Ptolomeu; que Lutero deflagrara a Reforma; e, que a invenção da

imprensa favorecia a difusão desses novos pensamentos (NADER, 2012, p. 171).

Todas as transformações que ocorreram nas esferas política, religiosa, social, cultural e econômica inauguram o período moderno e representam a superação em relação ao anterior, que se tornou insustentável diante dos anseios de liberdade (comercial, intelectual, científica e religiosa) e da gradual crença na razão. A fé religiosa e em valores espirituais como determinantes da vida temporal, característicos do pensamento medieval, são substituídas pela fé racional e pela crença em explicações racionais, iniciando o movimento de laicização cultural do Ocidente (BITTAR, 2014, p. 29).

Segundo Bauman (2010, p. 157), a Modernidade inaugura nova sistematização do pensamento:

[...] a visão da história como marcha não irrefreável das *lumières*; uma luta difícil, mas ao final vitoriosa, da Razão contra as emoções ou os instintos animais; da ciência contra a magia; da verdade contra o preconceito; do conhecimento correto contra a superstição; da reflexão contra a existência acrítica; da racionalidade contra a afetividade e o domínio dos costumes. No interior dessa conceituação, a Era Moderna se definiu, acima de tudo, como o reino da Razão e da racionalidade; de maneira coerente, as outras formas de vida eram vistas como deficientes em ambos os aspectos.

A razão passa a ser a força diretiva das iniciativas humanas. O surgimento de uma preocupação metodológica-racionalista de demonstração de evidências científicas tem em Descartes seu maior representante. “Penso, logo existo” rompe com a imagem do homem como um mero espectador do mundo, dos fenômenos naturais. A natureza deixa de ser algo estático, divino e misterioso para ser alocada *sub foco* da ciência e da técnica. E uma vez apropriada, objetificada, transforma-se algo a produzir proveito. A dominação do meio pelo homem põe fim à ideia de que a humanidade habitava um mundo no qual encontra-se “à mercê de caprichos naturais e/ou divinos” (BITTAR, 2014, p. 31).

Porém, a razão instrumental ou pragmática, visão reducionista da concepção de razão,⁵⁸ colocada a serviço da produção de riqueza e bem-estar, combinada com as condições impostas pelo capitalismo, parece ter sido a origem de diversas distorções no processo de modernização (BITTAR, 2014, p. 32).

Um dos principais acontecimentos da modernidade, a revolução industrial. Foi a causa de uma ruptura social entre empregados e empregadores, entre os incluídos e excluídos pelo capitalismo, evidenciando a frustrada promessa de universalização de bem-estar. Os principais efeitos colaterais negativos do novo modelo social-econômico foram: desemprego, desigualdade social, degradação do meio-ambiente. Esse é o cenário no qual Touraine proclama que “[a] força libertadora da modernidade esgota-se à medida que ela triunfa” (TOURAINÉ, 1994, p. 113).

O distanciamento cada vez mais evidenciado entre burguesia e proletariado foi o ponto de partida para movimentos de difusão das ideias socialistas, oriundas de teorias políticas anticapitalistas que pregavam a necessidade de se pensar em uma **sociedade igualitária**. No fim do século XIX e início do século XX, o marxismo difundiu-se na Europa, principalmente, por conta dos sindicatos e dos partidos de orientação socialista e comunista que surgiram no período, fazendo com que grande parte da classe trabalhadora, enxergasse a **situação de exploração** em que vivia e que o sistema posto funcionava para manter o *status quo* pré-industrial de exploração e dominação.

No cenário político internacional, a tensão política e econômica entre comunistas e capitalistas, no auge do enfrentamento ideológico entre esses dois blocos, personificados pelos Estados Unidos, de um lado, e pela URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), caracterizou o período da Guerra Fria. Em consequência da disputa de poder e influência, esses países apostaram em investidas bélicas em ou-

58 “[...] a razão pragmática não é nova. Todavia, a filosofia que há por trás disso, a ideia de que a razão, a mais alta faculdade humana, se relaciona exclusivamente com instrumentos, ou melhor, é um simples instrumento em si mesma, é formulada mais claramente e aceita mais geralmente hoje do que jamais foi outrora. O princípio de denominação tornou-se o ídolo ao qual tudo é sacrificado”. HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002. p. 109.

tros países. As rivalidades indiretas entre as duas potências rivais em busca de maior poderio político e, principalmente, militar sobre as diferentes partes do mundo, tiveram a Guerra do Vietnã como exemplo mais emblemático.

Os Estados Unidos se envolveram diretamente no conflito, com o objetivo de frear o comunismo crescente do Vietnã do Norte, enviando mais de 500 mil soldados ao conflito, fornecendo armamento e treinamento militar. Imagens da violência dos combates e o crescimento no número de soldados americanos mortos levaram a intensos protestos nos Estados Unidos pelo fim da guerra. Esses protestos eram organizados, principalmente, pelos movimentos de **contracultura**.⁵⁹

O conjunto de eventos ocorridos ao redor do mundo ficou conhecido como “Maio de 68”. Resumidamente, foi caracterizado por jovens de diversos países, influenciados pelo movimento estudantil que eclodiu em Paris e com motivações variadas, passaram a questionar as estruturas sociais em que viviam, o *establishment*.⁶⁰ Entre esses questionamentos estavam: a Guerra Fria, a bipolaridade política, as corridas armamentista, nuclear e espacial, o capitalismo e o processo de globalização do capital sem compromisso com qualquer cor de bandeira (por meio das chamadas multinacionais). Rebelião, resistência e revolução foram palavras marcantes dessa década.

A massa de manifestantes tinha sede de progresso, avanços e se mostrava cada vez mais insatisfeita em relação a uma sociedade incapaz de atender a seus anseios por prosperidade, justiça e liberdade. Na – aquela época, eclodiam diversos acontecimentos – conquistas e derrotas entre diversas classes sociais, os discursos políticos e ideias revolucio-

59 Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2018/05/05/Maio-de-1968-as-origens-e-os-ecos-do-movimento#section-5>>. Acesso em: 14.03.2020.

60 “Em outras palavras, é uma recusa a continuar aceitando e a se conformar com a cultura da sociedade estabelecida, não só com as condições econômicas, não só com as instituições políticas, mas com todo o sistema de valores que eles sentem estraçalhado no âmago. Penso que a esse respeito pode-se de fato falar também de uma revolução cultural, incluindo a moralidade da sociedade existente”. MARCUSE, Hebert. *A grande recusa hoje*. Trad. Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 63 e 64.

narias. No entanto, todos apresentavam um ponto em comum: mudar a sociedade.⁶¹

O progresso foi o objetivo perseguido pela modernidade. Porém, a condução ao bem-estar não foi concretizada. Ao contrário, observava-se processos de desintegração social e profundas distorções na vida social:

O progresso, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao polo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso (BAUMAN, 2007, p. 16).

Não se pode negar o progresso técnico e material alcançados neste período. No entanto, o meio pelo qual as realizações da modernidade se deram permite questionamentos, sobretudo no tocante a seus efeitos colaterais negativos. Como já abordado, o pragmatismo que decorre da ideia progressista alimenta os processos de acelerada destruição dos recursos naturais e estruturas sociais, colocando em risco a própria sobrevivência da humanidade. Como advertiram Adorno e Horkheimer (1985, p. 46), “[a] maldição do progresso irrefreável é a irrefreável regressão”.

Contra essas forças destrutivas, eclodem as reivindicações de transformação social, profundamente influenciadas pelos referenciais marxianos, que representam uma mudança radical de concepção de mundo. Ali estava nascendo a pós-modernidade (BITTAR, 2014, p. 82). O pensamento de Agnes Heller (1998, p. 200) também confirma que “[c]omo teoria social, o pós-modernismo nasceu em 1968”.

A pós-modernidade é um período marcado pela transição e pela incapacidade de gerar consensos, inclusive em relação ao próprio termo. A expressão pós-modernidade é contestada e passível de severas críticas. Há autores que adotaram outras expressões, como supermo-

61 Disponível em: <<https://www.politize.com.br/maio-de-1968/>>. Acesso em: 14.03.2020.

dermidade (Georges Balandier), modernidade reflexiva (Ulrich Beck); modernidade líquida (Zygmunt Bauman), modernidade tardia (Anthony Giddens), sem a mesma adesão da literatura especializada, no entanto. A despeito da ausência de unanimidade estendida igualmente à definição e à determinação da data definida como marco de início deste período, a pós-modernidade é entendida como

[...] um estado atual de coisas, um processo de modificações que se projeta sobre diversas dimensões da experiência contemporânea de mundo (valores, hábitos, ações grupais, necessidades coletivas, concepções, regras sociais, modos de organização institucional...) [...]. [...] processo de ruptura como modo de diferenciar e de se designar com clareza o período de transição irrompido no final do século XX, que possui por traço principal a superação dos paradigmas erigidos ao longo da modernidade (BITTAR, 2014, p.85).

Os períodos de transição paradigmática são caracterizados por ambientes de “incerteza, de complexidade, de caos que se repercute nas estruturas e práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais [...], na vida vivida e na personalidade” (SANTOS, 2001, p. 257). Isso porque ainda há uma grande força gravitacional de estruturas estabelecidas no período anterior, mas que já não são capazes de atrair todos os corpos que compõem o universo social, deixando-os soltos e flutuando sem órbita, de forma desordenada.

É incontestável a identificação da pós-modernidade como um estado reflexivo da sociedade perante suas próprias disfunções, “capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*” (BITTAR, 2014, p. 94). Nesse sentido, para Giddens (2012, p. 12), a modernização reflexiva – expressão utilizada para o autor para fazer referência ao período seguinte à modernidade – significa a “possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial”. No entanto, a transição não se dá de forma abrupta e por isso a pós-modernidade deve ser percebida como uma condição de amadurecimento social, político, econômico e cultural que perdurará por muitas décadas até sua completa consolidação (BITTAR, 2014, p. 94).

Sobre esse ponto, importa destacar que as transformações sociais impactam diretamente a dimensão cultural de uma sociedade. Isto porque a cultura “é um aspecto particularmente sensível da vida cultural” (LEMERT, 2000, p. 43). E qualquer fator que influencie as dimensões culturais, traduz-se em transformações (soluções ou crises, inovações ou retrocessos) que impactam diretamente mundo jurídico, “tendo em vista que todo o cerne das questões jurídicas está implantado no cerne das questões culturais” (BITTAR, 2014, p. 92).

1. O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

Nesse contexto atual, em meio a incontáveis transformações socioculturais, o Direito passa a ser concebido como um “processo em transformação, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais” (BITTAR, 2014, p. 92). Ocorre que as mudanças sociais acontecem em uma velocidade muito superior em relação às mudanças normativas e, por esse motivo, o abismo entre normas jurídicas e facticidade tende a aumentar cada vez mais.

As modernas formas de relacionamento induzidas pela era tecnológica e os novos produtos e serviços dela advindos não encontram paralelo nas decisões dos tribunais e normas jurídicas. Como exemplo, podem ser citados os conflitos decorrentes de aplicativos como UBER e AIRBNB.

A globalização, outro alicerce da pós-modernidade, é o fenômeno responsável pela mundialização das relações sociais, políticas, econômicas e que “faz a vida ser ao vivo” (JOBIM, 2016, p. 53), pelas transmissões de notícias e informações em tempo real, eliminando o fator tempo-espço. Aliada ao alcance a ilimitado número de pessoas proporcionado pelos avanços tecnológicos nos meios de comunicação, a difusão maciça de conteúdo e produtos reforça e facilita o comportamento atávico de consumo imposto pelo capitalismo. Corroborando essa ideia, Baudrillard (2008, p. 261) afirma que

[t]udo foi reassumido por essa lógica, não apenas no sentido de que todas as funções, todas as necessidades se encontram objectivadas e manipuladas em termos de lucro, mas ainda no

sentido mais profundo de que tudo é espectacularizado, quer dizer, evocado, provocado, orquestrado em imagens, em signos, em modelos consumíveis.

O comportamento de hiperconsumo leva, fatalmente, seu portador a buscar o Judiciário. Isso porque, se aumentam as relações – interpessoais, entre pessoa e site, entre pessoa e aplicativo – aumenta o número de relações que apresentam algum problema. E, se valendo de uma equivocada interpretação do comendo constitucional previsto no artigo 5º, XXXV, as pessoas recorrem aos Tribunais para que estes tratem de solucionar suas questões. Porém, as limitações teóricas e institucionais, representadas pela permanência dos institutos tradicionais, se mostram inadequadas para apresentar a melhor resposta possível, em um prazo devido.

Ainda em relação à inadequação institucional, a unidade do mecanismo processual se torna insuficiente ao tratamento de demandas num quadro de pluralidade de grupos de interesses sociais, em que as relações intersubjetivas no estado de plena conectividade produzem ampla diversidade de demandas triviais e complexas que a ausência de instâncias prévias remete diretamente ao judiciário e ao processo.

Nesse sentido, surge na sociedade movimentos adaptativos das relações interpessoais consistentes no compartilhamento da condução e solução das controvérsias, subministrados pela transdisciplinariedade em que o conhecimento de diversas áreas do conhecimento é organizado em forma de novos saberes e aplicados como substitutivos ou coadjuvantes dos métodos tradicionais como a jurisdição e o processo. Assim, metodologias e técnicas como a mediação e os sistemas híbridos compõem um novo cenário que se adapta ao conceito ampliado de jurisdição e ao ambiente de processualidade a que alude Ada Pelegrini Grinover (2016, p. 20). Com isso, métodos antes desconsiderados tornam-se, pela validação resultante dos êxitos obtidos, preferenciais aos próprios mecanismos tradicionais, a exemplo do que ocorre em países como os EUA.

Esses mecanismos representam a tendência democratizante dos processos decisórios, exigindo um modo de participação mais direto e imediato pelos interessados, os quais protagonizam não apenas a

construção da solução, mas também de eventual procedimento, caso infrutífero, ainda que parcialmente, o consenso.

Essa forma de construção de solução implica em modificações substanciais nas perspectivas do conflito e do litígio, os quais passam a ser vistos a partir de esquemas e programas transdisciplinares, suplantando os limites estreitos do processo judicial, fator reconhecido por Carnelutti (2000) ainda nas primeiras décadas do século passado.

Nesses termos, a democratização dos procedimentos não está limitada ao processo judicial. Conquanto a legislação recentemente reformada tenha de fato promovido vigorosa ampliação das possibilidades de conformação pelos interessados e pelo juízo, seguindo tendência internacional de tornar o processo mais próximo à realidade que pretende atender, a processualização como direito fundamental aplicável inclusive às relações privadas e a flexibilização dos métodos e procedimentos significa importante passo na direção da democratização.

Parece certo que questões não divisadas emergem dessa norma ordem e que precisarão ser enfrentadas. Por exemplo, as soluções consensuais promovidas em larga escala – aspecto não apenas factível, mas esperado, diante do avanço da tecnologia sobre o universo jurídico – exigirão reflexões acerca da isonomia e ao tratamento igualitário nos acordos, ao modo de precedentes que se tornem vinculativos, especialmente quando em um dos sujeitos parciais for litigante habitual.

Da mesma, a solução alcançada em comum pelos interessados, legitimadas pelo consenso, poderá ser reivindicada como fonte normativa secundária, a exemplo da própria jurisprudência, exigindo maior ônus argumentativo em eventual tangenciamento, superação ou distinção pelos atores processuais de caso futuro.

Essas são questões que se impõem e que estão relacionadas à conformação de um sistema de justiça pós-moderno.

2. DESAFIOS DO PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE

A percepção de inadequação institucional às demandas de uma sociedade complexa é a principal característica da pós-modernidade.

Essa percepção também alcança o processo. Isso porque os mecanismos processuais contemporâneos foram concebidos na modernida-

de e para a modernidade, período no qual havia uma maior simplicidade nas relações, típica do momento inicial da revolução industrial.

A aquisição de produto ou serviço é um bom exemplo. Ante da interconectividade plena e da globalização econômica, a aquisição de uma mercadoria era algo simples. O consumidor dirigia-se ao mercado, pagava o valor do produto ao vendedor e levava sua aquisição para casa. Hoje em dia, as compras podem ser realizadas pela internet. Por meio do acesso a um site, que frequentemente é um hub de diversos vendedores, o artigo é escolhido. Para realizar o pagamento, o consumidor é direcionado a uma outra plataforma e, mais um personagem é inserido nesta relação, uma o produto pode ser entregue por uma transportadora que é uma empresa distinta.

Essa realidade também se reflete nos mecanismos de solução de controvérsias. Concebidos para as relações interpessoais simples em polaridades bem definidas, as controvérsias contemporâneas alcançam plurissubjetividades de agrupamentos nem sempre determinados, exigindo dos profissionais do direito soluções pragmáticas diante de realidades não contempladas pela teoria e pela ciência. Exemplos dos acidentes climáticos e eventos de alcance multitudinários, como recentemente ocorridos em Mariana e Brumadinho, resultaram na adaptação procedimental e no estabelecimento de relações intersistêmicas e transdisciplinares a fim de se atender às exigências de uma realidade imprevista.

Assim, na atualidade, os procedimentos litigiosos nem sempre serão suficientemente adequados para tratar tanto as questões hipercomplexas, que reclamam soluções estruturais⁶² – como nos

62 Sobre o tema, leciona Matheus Galdino: “Para tais situações de direito material não se presta um processo que trabalha com uma relação causa-efeito, sendo necessária a compreensão de uma relação processual que tome o estado fático pretendido como fim e articule os meios para seu alcance³⁷ e dessa forma tomará indiretamente a causa e o efeito³⁸. Sequencialmente seria a seguinte estrutura: Causa=>efeito=> processo (certifica o fim e o efetiva por meios) => efetividade. Neste caso, o processo não se detém sobre uma relação de causa - efeito, mas pressupondo determinada causa e que a necessidade de alcance de determinado efeito exige o alcance de determinado estado fático, buscando este como um fim, definindo e executando os meios necessários, adequados e proporcionais para tanto”. GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Setembro a

exemplos dos casos de Mariana e Brumadinho, além do processo de Recuperação Judicial da Oi⁶³ –, quanto de questões decorren-

Dezembro de 2019 Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/41950/30563>>. Acesso em: 16.03.2020.

63c Algumas notícias veiculadas sobre o processo de Recuperação Judicial da Oi: “O juiz Fernando Viana, da 7ª Vara Empresarial do TJ do Rio, ganhou a menção honrosa no VIII Prêmio Conciliar é Legal, do Conselho Nacional de Justiça, pela apresentação da prática “Valorização do Mecanismo de Autocomposição nas Recuperações Judiciais”. A entrega será nesta terça-feira, dia 6, às 17h, na sede do CNJ, em Brasília. O magistrado - que conquistou o prêmio na categoria “Juiz individual/Justiça estadual” - é o responsável pelo processo de recuperação judicial da Oi. A informação foi dada ao presidente do Tribunal de Justiça do Rio, desembargador Milton Fernandes de Souza, pela presidente do CNJ, ministra Cármen Lúcia. O Prêmio Conciliar é Legal, do CNJ, busca identificar, premiar, difundir e estimular a realização de ações de modernização no âmbito do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e, conseqüentemente, o aprimoramento da Justiça”; “O plano de recuperação judicial da Oi, homologado no Brasil em dezembro do ano passado, foi agora aprovado pelos Estados Unidos. No começo deste mês, o Plano já havia sido aprovado pelos credores das subsidiárias holandesas da empresa, a Portugal Telecom International Finance e Oi Brasil Holdings Coöperatief”; “O desembargador Cesar Cury, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), participa, nesta quinta-feira, dia 7, do Seminário de Inteligência Artificial e o Direito, promovido pelo Centro do Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília. Ele vai participar da mesa-redonda, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Ricardo Villas Bôas Cueva, sobre o tema ‘Projetos de inteligência artificial voltados para os tribunais’. O desembargador vai apresentar, em sua palestra, dois exemplos do uso de inteligência artificial pelo TJRJ: o processo de recuperação judicial da Oi, todo desenvolvido em ambiente virtual, e os projetos que contam com as participações da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e das empresas de saúde suplementar para atendimento das demandas sobre saúde”; “A 8ª Câmara Cível, na sessão de terça-feira, dia 29, julgou cinco processos de autoria de um grupo composto, em sua maioria, por instituições financeiras que são grandes credores da empresa Oi, em recuperação judicial. De forma geral, os Agravos de Instrumento questionaram os efeitos da adesão dos credores menores no procedimento da mediação requerido pela Oi e deferido pelo juiz da 7ª Vara Empresarial. Com o resultado dos julgamentos, a Oi poderá dar sequência ao processo de mediação sem que isso impeça as empresas que aderirem à conciliação de participar da Assembleia Geral de Credores (AGC). Os processos apreciados foram os de números 0018325-28.2017.8.19.0000, de autoria do Banco do Brasil; 0018882-15.2017.0000, da Caixa Econômica Federal; 0017885-32.2017.8.19.0000, do Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES); 0019043-25.2017.8.19.0000, do Banco Itaú; e 0018957-54.2017.8.19.0000, de diversas outras instituições financeiras, entre elas BNP Paribas. Por maioria de votos, os desembargadores negaram provimento

tes do consumo de massa, intensiva e seriadas e de baixo desafio cognitivo.

A atualização teórica e metodológica do processo e seus institutos torna-se assim uma necessidade, com as contribuições da doutrina e da jurisprudência. É preciso lembrar que a validação teórica é conferida por sua adequação e capacidade de solução das questões que justificaram a sua concepção. Não se trata, evidentemente, de conformar a teoria à realidade prática, o que implicaria numa volatilidade conceitual incompatível com a metodologia científica. Mas a teoria não pode desprezar as modificações sociais, as quais devem ser submetidas à critérios de unidade e generalidade que a tornem perene, a partir daí vinculando as relações sociais.

Na pós-modernidade, a realidade social impõe às ciências e às teorias o desenvolvimento de conhecimentos sem precedentes na historicidade, como aquelas relações decorrentes da interconectividade e cuja integralidade a dogmática contemporânea não contempla.

Nesse sentido, sem abdicar das conquistas filosóficas e teóricas, é preciso atentar para as viradas do conhecimento, buscando compatibilizar os avanços proporcionados pelos extremos da revolução tecnológica e da nova hermenêutica filosófica.

CONCLUSÃO

Pode-se afirmar que não há conduta humana que não esteja submetida à determinada estrutura teórica, que por sua vez não esteja sob influência de determinado campo filosófico, ainda de disto não se tenha consciência.

No limiar disruptivo do momento atual, em que fenômenos hiper-complexos e sem precedentes surgem recorrentemente nos variados se-

aos três primeiros recursos e parcial provimento aos outros dois. No Agravo de Instrumento do BNP Paribas, foi dado o parcial provimento ao recurso, estipulando que os credores que aderirem à mediação possam participar pessoalmente ou por representação por meio de seus mandatários livremente escolhidos, sem imposição pelas recuperandas de pré-determinação de seu voto. Assim, esses credores poderão manifestar sua própria vontade a favor ou contra o plano de recuperação". Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia?> Acesso em: 16.03.2020.

tores da sociedade, as teorias existentes se mostram insuficientes para o equacionamento dos *disagreements* decorrentes das novas relações interpessoais que não encontram paralelo no ordenamento jurídico, mas que reclamam respostas adequadas à solução das controvérsias e que não se constituam em obstáculo ao desenvolvimento socioeconômico e tecnológico.

Nesse sentido, exige-se uma nova propedêutica para uma adequada conformação teórica para a presente quadra da história, em que se busca atender aos imperativos constitucionais e democrático de legitimidade decisória pela efetiva participação e o desenvolvimento da sociedade.

O legislador processual, atento a essa necessidade, incorporou algumas contribuições de parte da doutrina, instituindo a possibilidade de relações intersistêmicas para permitir o diálogo do processo com métodos autocompositivos, especialmente para conflitos para os quais o processo controversial não se apresenta mais adequado, como os complexos e triviais decorrentes do consumo de massa

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Theodor W.; HOKHEIMER, Max. *A dialética do esclarecimento*. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre a modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

_____. *Tempos líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2. ed. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 3. ed. mod. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: ClassicBook, 2000.
- GALDINO, Matheus Souza. Processos estruturais: uma transição entre estados de coisa para a tutela dos direitos. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Setembro a Dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/41950/30563>>. Acesso em: 16.03.2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Marcio Seligman-Silva. São Paulo: Littera-Mundi, 2001.
- HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Trad. Marcio Santarrita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Trad. Sebastião Uchoa Leite. São Paulo: Centauro, 2002.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- LEMERT, Charles. *Pós-modernismo não é o que você pensa*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.
- MARCUSE, Herbert. *A grande recusa hoje*. Trad. Isabel Loureiro e Robespierre de Oliveira. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- NEXO. *Maio de 1968: as origens e os ecos do movimento*. 13.jun.2019. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/explicado/2018/05/05/Maio-de-1968-as-origens-e-os-ecos-do-movimento#section-5>>. Acesso em: 14.03.2020.

POLITIZE! *Maio de 1968*: você sabe o que foi esse movimento social? 19.dez.2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/maio-de-1968/>>. Acesso em: 14.03.2020.

SANTOS, Boaventura Souza. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Instituto Piaget: Lisboa, 1994.

AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E O QUESTIONAMENTO SOBRE O AGRAVO DE INSTRUMENTO, À LUZ DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Carlos Augusto Gomes de Moraes Salles

INTRODUÇÃO

A presente obra visa a pesquisa sobre a limitação dos recursos perante o Juizados Especiais da Fazenda Pública, principalmente em relação àquelas possibilidades tidas como possíveis, previstas pelo Código de Processo Civil, porém se esbarrariam na previsão legal própria do regramento de operacionalização dos recursos face às decisões interlocutórias, descritas na Lei regente nº12.153/09, também em perspectiva daquelas matérias todas como de competência absoluta para tramitações os JESP da Fazenda Pública, quando a parte não teve a liberalidade de ajuizar a sua demanda persecutória perante a justiça comum, onde teria acesso ao procedimento comum, com maior opção de atingir a plenitude do duplo grau de jurisdição.

A criação dos Juizados Especiais atendeu ao comando constitucional, como anseio do constituinte ao pleno acesso “à justiça”, conduzindo aos cidadãos maior operacionalização de seus direitos não

plenamente concedidos, de maneira facilitada, prevendo a opção pela necessidade do patrono. Vejamos entendimento do doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p.735/736), *verbis*:

“Para alcançar essas demandas e facilitar, ainda mais, o acesso à justiça, a Constituição Federal, em seu art. 98, I, impôs a criação de Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitidos a transação e o julgamento de recursos por Turmas de juízes de primeira instância.

Enquanto o art. 98, I, da Constituição Federal exige a criação de Juizados Especiais para causas cíveis de menor complexidade, seu art. 24, X, confere competência legislativa concorrente à União e aos Estados para a criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas.

Há, portanto, previsão constitucional para criação de juizados de menor complexidade e de juizados de pequenas causas. Aqueles não se confundem com estes. Não se trata de nomes diferentes para o mesmo órgão jurisdicional. A Constituição Federal prevê a possibilidade de criação de juizados para causas de pouca complexidade, independentemente do valor envolvido, bem como de juizados destinados a causas de pequeno valor econômico.

Os critérios de identificação do que seja causa de menor complexidade constituem matéria de Direito Processual, devendo, portanto, ser definidos em lei federal (CF, art. 22, I), não se outorgando tal poder ao legislador estadual, pois não se trata de questão meramente procedimental, escapando do âmbito do art. 24, X, da Constituição Federal.”

Porém, a utopia da criação dos juizados especiais visando a maior celeridade e resolução de conflitos entre as partes, com a conciliação figurando como meio plenamente competente para tal restou falida

com o passar do tempo, certo de que em todo o país verifica-se a maior duração do processo, mesmo no rito sumaríssimo. Dessa forma, o estudo sobre a possibilidade recursal ganha enfoque e importância.

OS JUIZADOS ESPECIAIS EM TERMOS GERAIS

Como já supracitado, os Juizados Especiais, em sua regra geral prevista na Lei nº9.099/95 que deixou de fora a previsão recursal em face às decisões interlocutórias, e em seu art.2º, dispôs que “*o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.*” Muito provavelmente, em razão dos princípios orientadores do processo, mandamentos de ordem previstos na lei, desencadearam a intenção do legislador na mínima previsão recursal no rito sumaríssimo.

Em razão dos princípios insculpidos no art.2º, consubstanciado na carência de previsão legal, o entendimento majoritário sustenta a impossibilidade de manejar irresignação em face das decisões interlocutórias. Porém, a dita irrecorribilidade das interlocutórias nos Juizados Especiais não é uníssona entre os estudiosos. Vejamos a tese defendida pelo doutrinador Theodoro Júnior (2010, p.437), que assevera pela possibilidade do manejo do agravo de instrumento, fazendo socorro supletivo ao Código de Processo Civil, *verbis*:

“Questões preliminares poderão ser dirimidas antes da audiência ou no intervalo entre a de conciliação e de instrução e julgamento. Havendo risco de configura-se a preclusão em prejuízo de uma das partes, caberá o recurso de agravo, por invocação supletiva do Código de Processo Civil.”

Assim, em uma primeira demonstração sobre o problema a ser enfrentado no presente artigo, o autor Mantovanni Colares Cavalcante (2007, p.57) demonstra que a ideia do legislador não foi abandonar o pleno atendimento ao duplo grau de jurisdição em sua inteireza por desleixo ou esquecimento, e sim, proposital ao diferenciar-se ao rito comum, evitando longos processamentos de demandas de menor complexidade. Vejamos:

“Observe-se que o rito sumaríssimo dos feitos submetidos ao Juizado Especial Cível impõe a realização da instrução e julgamento em uma única audiência, não devendo haver interrupção da audiência nem mesmo se as partes apresentarem documentos, e todos os incidentes que possam interferir no andamento do feito serão resolvidos de plano, ficando as demais questões para decisão na sentença.

Permitir a utilização do agravo no juizado especial cível e, a meu ver, causar distorção no rito sumaríssimo, e contrariar o princípio da celeridade inerente ao juizado especial.

Caso aquela decisão interlocutória venha a causar dano irreparável à parte, ela poderá então se utilizar do mandado de segurança.”

COMPETÊNCIAS E A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

A Lei nº12.153/2009, no §4º de seu art. 2º, prevê que no foro onde já estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência será absoluta. Consubstanciado no preceito legal do regramento geral dos Juizados, mais precisamente no art. 4º da Lei nº9.099/1995, também se aplicam aos Juizados Estaduais da Fazenda Pública. Assim, as demandas em que os promoventes particulares judicializem, perseguindo eventual direito em desfavor do ente público em geral nos Juizados Estaduais da Fazenda Pública, devem ser propostas no foro do domicílio do réu, no foro do lugar da obrigação e, nas ações de reparação civil, e do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Sobre a competência para processar e julgar as ações em que a Fazenda Pública participa perante os Juizados Especiais, transcrevo trecho da obra de Leonardo Carneiro da Cunha (2018. p.776):

“O art. 2º da Lei 12.153/2009 estabelece ser da competência dos Juizados Estaduais da Fazenda Pública “... processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos”. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública também são competentes para processar as execuções de seus próprios julgados.

Embora o dispositivo refira-se apenas a Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, não fazendo menção a autarquias, fundações, nem empresas públicas a elas vinculadas, é inegável que os Juizados Estaduais da Fazenda Pública são igualmente competentes para processar, conciliar e julgar causas de interesse de tais entes integrantes de suas Administrações indiretas. E isso porque o art. 5º, II, da Lei 12.153/2009 dispõe que podem ser partes nos Juizados Estaduais da Fazenda Pública, como réus, as autarquias, fundações e empresas públicas vinculadas a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios.”

Como bem asseverado pelo autor, no rito sumaríssimo, o ente público estadual, municipal e distrital, bem como suas autarquias, fundações e empresas pública serão apenas réus nas ações em que os particulares buscaram seus pretensos direitos. Nas ações em que os entes públicos buscarem a prestação jurisdicional, deverão ajuizar as demandas perante a justiça comum.

Com esses entendimentos sobre a questão, estabelece-se o objeto em análise, que abrange tal pesquisa sobre a possibilidade recursal em sede dos Juizados Especiais, eis que não há para os litigantes perante o Juizados da Fazenda Pública a liberdade de escolha das partes entre eles e a Justiça comum ordinária e, dessa forma, a ritualística procedimental recursal fixa inalterada nos molde do positivado nas legislações especiais.

AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS, POSSIBILIDADE DE RECURSOS E A ANÁLISE ETIMOLÓGICA DOS TERMOS DA LEI

Neste prisma, o viés do presente trabalho passa a analisar os termos da lei, no que se refere a parca possibilidade recursal prevista na legislação vigente, no que se refere os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Com a finalidade de esmiuçar o debate, temos como marco teórico a Lei regente dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, nº12.153/09, mais precisamente no seus arts.3º e 4º, que fazem referência às tutelas de urgência, bem como as possibilidades recursais. Vejamos:

“Art.3. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias

no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação.

Art. 4. Exceto nos casos do art. 3º, somente será admitido recurso contra a sentença.”

O doutrinador Luiz Manoel Gomes Júnior (2011, p.76/77) descreve em sua obra sobre as possibilidades da decisão de tutela antecipada em sede dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, eis que como marco introdutório, passo a citar:

“Possível o deferimento de tutelas de urgência, nos termos do art.3, da Lei 12.153/2009. Aliás, referida possibilidade decorre da própria interpretação sistemática do art.5, inc.XXXV, da CF/1988, na posição do Supremo Tribunal Federal: (STF, ADCT 4-6, j. 11.02.1998. rel. min. Sepúlveda Pertence. j. 05.02.1998. No mesmo sentido: Luiz Otávio Sequeira de Cerqueira (comentários à nova Lei do Mandado de Segurança, p.91) “A construção e corretíssima. Reporto-me às considerações teóricas que expendi na ADIn 223, ao concluir que o poder cautelar e inerente à jurisdição, menos como proteção ao direito da parte do que como proteção à eficácia do processo, instrumento da função pública da jurisdição. É o Poder Judiciário o titular da jurisdição, como todo poder, destinado a atuar sobre a realidade, o que lhe traz, implicitamente, os poderes resguardar a eficácia futura do exercício legítimo do seu poder”.

Assim, expressamente prevista no Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública a possibilidade de deferimento de tutelas de urgência, entendido as cautelares e as antecipações de tutela. Anota-se que possível, inclusive, o ajuizamento de medida cautelar incidental ou preparatória, já que ausente de qualquer vedação no Sistema dos Juizados.

O art.3 da Lei 12.153/2009, permite, na linha das regra da fungibilidade, que seja possível tanto o deferimento de tutela cautelar ou daquela que tenha natureza antecipatória.”

O referido autor, inicialmente, já percebe o mal-uso do legislador em relação às limitações de possibilidade recursal. Frise-se que em relação às demandas de competência obrigatória dos Juizados Especiais da Fazenda, a parte resta tolhida do manejo do recurso em face das decisões que indeferem as tutelas de urgência. Não seria somente, já que nem mesmo os embargos de declaração foram legalmente possibilitados, eis que em razão da construção doutrinária e jurisprudencial, restou pacificado a possibilidade do manejo dos declaratórios, em face também das decisões interlocutórias, já que tal vedação não seria razoável a luz do pensamento dos operadores e dos princípios gerais norteadores do direito.

Vejamos a irresignação do autor com as variações pela tentativa de implicar a possibilidade de impetração do remédio constitucional do mandado de segurança, porém tal *questio* não fora aceita pela Corte Constitucional (2011. p.88/89), que tem relação com a linha de pesquisa do presente trabalho, *verbis*:

“Deve ser anotado que a impossibilidade de interposição de recurso contra decisão que cause prejuízo à parte, a nosso ver, torna viável a impetração de mandado de segurança (art.5, inciso II, da Lei 12.016/2009). Contudo, outra foi a posição do Supremo Tribunal Federal: 1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei 9.099/95. 2. A Lei 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art.5, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Apesar da omissão legislativa, temos que o recurso correto é disciplinado nos arts. 41 e seguintes da Lei 9.099/95 – recurso

inominado –, já que referido texto legal possui maior vinculação com a Lei 12.153/09 do que esta com o Código de Processo Civil.

Entende Antônio Cesar Bochenek, analisando os termos da Lei 10.258/01, que, uma vez ausente disciplina normativa específica, deve-se buscar integração com a Lei 9.099/95 e somente depois no Código de Processo Civil. Esta posição pode ser invocada na interpretação da Lei 12.153/09”.

Os termos legais são claros, no sentido da limitação recursal nos juizados especiais, prezando pelos princípios da celeridade e simplicidade, explicitamente relacionados ao rito sumaríssimo. Apesar de haver regramento em legislação própria para os Juizados Especiais da Fazenda Pública, o preceito de se buscar a composição previa, visando mitigar a extensão da lide compactua dos mesmos ideais da Lei nº9.099/95.

O doutrinador Mantovanni Colares Cavalcante (2007, p.57) assevera sobre tal mitigação recursal nos Juizados Especiais em termos gerais. Vejamos:

“Pode-se aduzir que a parte tem o direito de questionar decisões proferidas pelo juiz no curso do processo, podendo inclusive afetar o julgamento da causa, na hipótese de não ser essa decisão interlocutória revista. Nesse caso, barrar a utilização do agravo significaria prejudicar o direito da parte.”

Em uma análise dos termos utilizados pelo legislador, etimologicamente, analisando em conjunto os art.3º e 4º, ambos da Lei regente dos Juizados Especiais da Fazenda Pública estadual, o termo expressamente utilizado fora “*deferir*”, no corpo do art.3º, quando admite que o magistrado possa, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação.

Já no artigo subsequente, prosseguindo aos termos legais, o legislador previu as possibilidades recursais, fazendo referência ao artigo supra-mencionado antecessor, excetuando a situação nele prevista, ou seja, ca-

bível o recurso (agravo de instrumento) naquela situação, frise-se, apenas quando houver o deferimento da providência de urgência, (exceto nos casos do art.3º), somente será admitido recurso contra a sentença.

Em uma construção de ideias, vejamos entendimento do doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p.764/765) sobre a possibilidade ou não recursal em face das decisões interlocutórias que deferem ou indeferem tutelas de urgência nos Juizados Especiais Federais, *verbis*:

“Recurso contra decisão que concede ou nega tutela provisória

O art. 4º da Lei 10.259/2001 prevê a possibilidade de ser concedida medida cautelar incidental 19.3.5.6 no procedimento dos Juizados Especiais Federais. Já se viu, no subitem 19.3.4 supra, que se permite, na verdade, a concessão de qualquer provimento provisório, antecedente ou incidental, cautelar ou satisfativo.

Da decisão que defere a tutela provisória – dispõe o art. 5º da Lei 10.259/2001 – cabe recurso. São irrecorríveis as demais decisões interlocutórias.

Na verdade, cabe recurso da decisão que defere ou indefere a tutela provisória no Juizado Especial. A lei de regência não esclarece qual o recurso cabível. Deve-se, no particular, aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, de sorte que o recurso cabível não pode ser outro senão o agravo de instrumento.

Segundo dispõe o art. 1.015, I, do CPC, cabe agravo de instrumento da decisão que versa sobre tutela provisória.

Enfim, da decisão que concede ou nega uma tutela provisória no Juizado Especial cabe agravo de instrumento, interposto diretamente na Turma Recursal, aplicando-se as regras próprias do Código de Processo Civil relativas a tal recurso.”

O autor é categórico em asseverar que, mesmo havendo a previsão da possibilidade recursal apenas para as decisões que deferem tutelas de urgência *lato sensu* – ressalvada a sentença – levando em consideração o direito positivado, na sequência de seu estudo, aponta pela possibilidade do recurso ser manejado em ambas as situações, quando houver deferimento ou indeferimento dos provimentos de

urgência (?), delimitando ainda a modalidade recursal via agravo de instrumento, trazendo ao paralelo do Código de Processo Civil, na tentativa de suprir eventual falha do legislador, quando deixou de fora do texto o termo “*indefere*”.

Vejamos as lições do professor Luís Sequeira de Cerqueira (2011, p.222/223), *verbis*:

“Em matéria recursal, o art.4 desta lei só prevê o recurso inominado contra a sentença, sendo o agravo de instrumento admitido contra as decisões que apreciem os pedidos de natureza cautelar e antecipada.

Em sede de recurso extraordinário, são plenamente admissíveis o agravo contra decisão denegatória de processamento do recurso, o agravo interno e o agravo regimental, segundo o Enunciado do Fonaje 15: “Nos juizados especiais não é cabível o recurso de agravo, exceto nas hipóteses dos arts. 544 e 557 do CPC”, que não é de todo aplicável aos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, cujas normas de regência admitem o agravo de instrumento no caso de provimentos cautelares e antecipatórios.”

Na mesma linha autoral do que asseverou sobre a Fazenda Pública Federal, em sua obra “A Fazenda Pública em Juízo”, o autor pouco tece sobre a parca possibilidade recursal em face às decisões interlocutórias perante os JESP da Fazenda Estadual, simplesmente constata o fato ora trabalhado. Vejamos (2018. p.787):

“O art. 3º da Lei 12.153/2009 prevê a possibilidade de ser concedido qualquer provimento de urgência no procedimento dos Juizados Estaduais da Fazenda Pública. E, de acordo com o art. 4º desse mesmo diploma legal, cabe recurso da decisão que defere o provimento de urgência, sendo oportuno verificar tudo que se diz no subitem 19.3.5.5 supra.”

Ao descompasso dos autores pesquisados, a linha jurisprudencial no vai no sentido literal do regramento previsto na lei dos JESP’s da Fazenda Pública, não se admitindo o recurso aviado visando a salva-

guardar pretensão daquele que teve seu pedido indeferido. Vejamos apenas em exemplificação, julgado da Turma Recursal de Joinville no TJSC, *verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA - CABIMENTO APENAS CONTRA DECISÃO QUE CONCEDA PEDIDO DE NATURALIZAÇÃO LIMINAR - LEITURA CONJUNTA DOS ARTS. 3º E 4º DA LEI 12.153/2009 - PROCESSO QUE SEGUIU O RITO DO JUIZADO ESPECIAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO AUTOR QUANTO AO PROCEDIMENTO ADOTADO - PRECEDENTES - RECURSO NÃO CONHECIDO.”O agravo de instrumento é cabível unicamente contra decisão que deferir providência cautelar e antecipatória no curso do processo, para evitar dano de difícil ou incerta reparação, conforme previsto no art. 4º da Lei 12.153/09 (...)” (6ª Turma de Recursos - Processo n. 2012.600218-6, de Videira - Rel. Juiz Jaime Machado Junior - j. em 16.04.2012).”Da interpretação conjunta dos dois dispositivos retira-se que (1) é possível a antecipação de tutela ou deferimento de cautelar no Juizado Especial da Fazenda Pública (2) como regra, só é admissível recorrer da sentença (3) excepcionalmente é possível recorrer de despacho interlocutório, mas isso tão--somente contra a decisão que antecipa a tutela ou que defere liminar” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.501528-8, de Joinville, rel. Juiz Cesar Otavio Scirea Tesseroli, j.05-08-2013).

Acompanhando o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, transcrevo fundamentação do voto condutor do acórdão proferido pela Turma Recursal de Jurisdição Exclusiva, de lavra do Eminentíssimo Juiz Paulo Sérgio Tinoco Nérís (2020), no mesmo sentido, *verbis*:

“É o breve relato, decido.

No aspecto jurídico, o presente recurso, previsto na Lei Federal nº12.153/2009, sem nomenclatura legal definida, restou recepcionado

como agravo de instrumento, por se tratar de incidente recursal não devidamente descrito e disciplinado na lei de regência.

É de sabedoria desta relatoria que, em regra, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, descabe qualquer pretensão recursal contra decisão que indefere quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, por ausência de previsão recursal contra decisões interlocutórias proferidas nos Juizados.

Consoante interpretação gramatical do artigo 4º da Lei Federal dos Juizados Especiais da Fazenda Pública – Lei nº 12.153/2009, somente é possível o manejo de recursos em face das decisões incidentais previstas no artigo 3º da mesma legislação, que consistem naquelas que deferem medidas cautelares e antecipatórias no curso do processo, de ofício ou mediante requerimento das partes (decisão concessiva), salvo contra sentença. omissis. Posto isso, não conheço do agravo interposto, por falta de amparo legal para tanto. Intime-se. Comunique-se ao Juízo de origem. Sem custas, na forma legal.” (Agravo de Instrumento PJE nº: 6900959-65.2019.8.13.0024 - Turma Recursal de Jurisdição Exclusiva Belo Horizonte, Betim e Contagem - Recurso Agravo de Instrumento - 5º Titular - Relatoria Juiz Paulo Sérgio Tinoco Nêris - Juizados Especiais Cíveis - Unidade Francisco Sales - TJMG).

CONCLUSÃO

Sobre a utilização subsidiária ou não do CPC em uma lacunosa ou minimamente incongruente comando legislado, frise-se que apesar da previsão da utilização do regramento geral nos termos processuais quando a *legis* específica fosse omissa (art.27 da Lei nº12.153/09), tenho que tal utilização, trazendo o regramento geral onde a legislação específica trouxe regramento próprio, mesmo que de maneira não abrangente à assegurar plenamente o duplo grau de jurisdição à ambas as partes, parece-me forçoso a interpretação, além do regramento positivado.

Há na doutrina, como já supra explicitado, a defesa do manejo do mandado de segurança, como alternativa à suprir a omissão legislativa, a salvaguardar eventual incorreção da decisão interlocutória denegatória como sendo apta a ferir direito líquido e certo do particular promovente nas ações em curso nos JESP da Fazenda Pública. Vejamos

artigo científico Juizados Especiais da Fazenda Pública: peculiaridades e vicissitudes do microsistema, dos autores Davidson Jahn Mello e Bruno Bartelle Basso (p.10), *verbis*:

“Somente será admitido recurso contra a sentença, exceto nos casos em que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação. Perceba-se: não cabe agravo de instrumento da decisão que indeferir o pleito antecipatório, podendo-se, eventualmente, a parte prejudicada utilizar-se do Mandado de Segurança.”

Vejamus verbete do enunciado sobre a possibilidade de manejo do remédio constitucional do mandado de segurança nos casos insolúveis sobre a dita *omissio* legal nos casos do indeferimento da tutela antecipatória, *verbis*: “Enunciado n. 88, do FONAJEF: *É admissível Mandado de Segurança para Turma Recursal de ato jurisdicional que cause gravame e não haja recurso.*”

O referido enunciado, que parece ser elucidativo em uma questão pouco debatida, mostra-se incongruente com o regramento positivado. Apesar de privilegiar o ente público, já que apenas esse poderá manejar agravo de instrumento, já que o pleito deferido em tutela, pelo menos nas situações *inaudita altera pars*, será sempre em seu desfavor o comando obrigacional, verifica-se que o desvirtuamento dos julgamentos perante os Juizados Especiais, eis que atualmente não mais se alcança o provimento jurisdicional em tempo mínimo, a simplicidade inicialmente pretendida quando da criação dos *JESP's*, poderia explicar a mínima previsão recursal da legislação em comento.

Porém, em uma tentativa de concluir o estudo, de modo a realizar uma opção mais constitucionalizada e que não fira os brocardos legais, apesar da ausência de robustez teórica, verifica-se que em alternativa a mitigação da legislação, melhor seria, de fato, a impetração do mandado de segurança, ante ao não atendimento do regramento próprio quando se utiliza em uma visão mais ampla ao atendimento do duplo grau de jurisdição, ferindo o princípio da preferência da lei especial do que a lei geral, quando alguns doutrinadores se utilizam do Código de Processo Civil no mundo limitado do rito sumaríssimo.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei 9099/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2020.

BRASIL. Lei 12.153/09. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2020.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Recursos nos juizados especiais. São Paulo: Dialética, 2007.

Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública : Lei 12.153/2009 / Luiz Manoel Gomes Júnior... [et al.] ; prefácio Luiz Rodrigues Wambier. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo / Leonardo Carneiro da Cunha. – 15. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. Enunciado nº 88. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/fonajef/enunciados-fonajef/247-enunciados-iv-fonajef>. Acesso em 20 mar. 2020.

MELLO, Davidson Jahn e BASSO, Bruno Bartelle ; JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA: PECULIARIDADES E VICISSITUDES DO MICROSSISTEMA ; (p.10). Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonaje/wp-content/uploads/2015/04/Artigo-JEFP-.pdf>. Acesso em 20 de mar. 2020.

PEGHINI, Rodrigo Perfeito. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/6126>>. Acesso em 03 de abr. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: procedimentos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERCEPÇÕES EMPÍRICAS SOBRE OS ATORES NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Marcelo Pereira de Almeida

1. Introdução⁶⁴

A presente pesquisa de Pós-Doutorado, desenvolvida no âmbito do PPGD da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, objetivou investigar os métodos de solução de conflitos repetitivos, no âmbito dos tribunais brasileiros, efetivados pelos instrumentos que compõem o microsistema de resolução de causas com questões comuns, principalmente pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e pelos recursos excepcionais repetitivos. O objeto da investigação mostra-se relevante na medida em que esse modelo de julgamento gera um pronunciamento judicial com força normativa capaz de refletir nos processos que veiculam pretensões consideradas semelhantes que tramitam, ou possam vir a tramitar, nas demais esferas do Poder Judiciário.

No decorrer da investigação, o objeto da pesquisa sofreu um novo recorte em virtude das inferências alcançadas na primeira etapa da in-

64 Artigo oriundo do relatório final da pesquisa de Pós-Doutorado desenvolvida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro sob a orientação do Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

investigação, que constatou uma intensa deflagração de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas perante os tribunais brasileiros, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, com potencialidade mais ampla de abarcar números significativos de processos que versam sobre questões comuns.

Assim, após sugestão do supervisor do estágio pós-doutoral, Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, o objeto da pesquisa foi redirecionado, de sorte a catalogar os dados relevantes do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em trâmite nos Tribunais de Justiça Brasileiros, tais como: o perfil dos sujeitos que propuseram sua instauração, os critérios de escolha das causas comuns, a publicidade das informações referentes ao incidente e a valoração do contraditório, de sorte a permitir uma avaliação inicial do comportamento desses tribunais no tratamento do instrumento, haja vista a real perspectiva de otimização gerencial da atividade judicante neste seguimento.

O redimensionamento do objeto da pesquisa se justificou pela quantidade de IRDRs suscitados no curto período de vigência do Código de Processo Civil de 2015, exigindo uma investigação de fôlego para a análise quantitativa e qualitativa das informações relevantes oriundas desses instrumentos, no intuito de identificar o perfil do tratamento dado pelos tribunais em relação aos seus aspectos mais sensíveis. Para tanto, o proponente protocolizou um requerimento pleiteando a prorrogação do prazo do estágio pós-doutoral por mais um ano, com o objetivo de desenvolver com mais propriedade essa nova vertente da pesquisa.

O projeto foi afetado ao Grupo de Pesquisa coordenado pelo Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, cadastrado no CNPQ, que tem por objeto o estudo permanente dos instrumentos destinados a tutelar os interesses coletivos de forma ampla.

Conforme indicado na proposta originária, a coletivização jurisdicional de lides tornou-se uma realidade no direito brasileiro, que se verifica, aparentemente, em julgamentos concentrados ou definições de teses a partir de julgamentos sequenciais, a respeito da mesma questão jurídica, com a repetição de teses aos demais processos, inclusive futuros, em especial nas chamadas lides de massa.

Apesar de o sistema processual brasileiro ter caminhado no sentido de buscar a otimização das demandas judiciais massificadas com a criação de vários instrumentos destinados a este fim, tais como os citados acima, optou-se, inicialmente, na presente proposta de pesquisa, por investigar o modelo de recursos especiais repetitivos no âmbito do STJ, ao passo que este modelo representa um dos instrumentos com maturidade temporal e reflexos consistentes no gerenciamento de processos, além dos evidentes impactos que seus resultados vêm proporcionando na gestão de processos judiciais em todo o país. Porém, diante da justificativa apontada acima, optou-se por redimensionar o espectro da pesquisa de sorte a se realizar a investigação do comportamento dos Tribunais, sobretudo, os estaduais, em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que se desenha como o instrumento que potencializa um resultado mais abrangente. Além do mais, os resultados a serem alcançados pela pesquisa também podem, em certa medida, servir de paradigma para eventuais aprimoramentos dos demais instrumentos, diante de suas aproximações ontológicas.

Conforme apontado, a presente investigação se mostra relevante, pois a Lei nº 13.105/15, 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 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 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 o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, objetivando conferir uniformidade na aplicação do direito pelos Tribunais Regionais e Estaduais, através de um discurso de justificação pautado pela necessidade de tornar efetiva a tutela de interesses veiculados em

processos seriais e reduzindo o número de processos individuais com causas comuns.

Como um dos principais balizadores metodológicos da investigação destinados a averiguar a qualidade da decisão alcançada no processo modelo, apresenta-se a observação da iniciativa para deflagrar o IRDR, a escolha da causa a ser afetada, a delimitação do objeto, a publicidade das informações pertinentes ao incidente e o respeito, ou não, da garantia do contraditório e sua valorização, com a participação em maior ou menor intensidade das partes envolvidas, dos eventuais interessados na forma de *amicus curiae* e da realização, ou não, de audiências públicas.

Assim, 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, à luz dos dados referentes aos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas admitidos nos Tribunais dos Estados, a verificação dos pontos sensíveis indicados no recorte metodológico.

Deste modo, o primeiro capítulo trata da legitimidade para requerer a instauração do incidente, abordando os problemas apresentados pelas opções feitas pelo legislador processual, bem como pela atuação dos tribunais. Em seguida, nos capítulos segundo e terceiro, analisa-se o tratamento dispensado pelo Judiciário à adequada delimitação da tese jurídica a ser debatida, bem como da seleção dos processos que serão afetados como representativos da controvérsia no momento preliminar ao julgamento e, por fim, após abordagem do modo de valorização da publicidade dos atos processuais durante a tramitação do IRDR, avalia-se a participação dos interessados no incidente, bem como a concretização do contraditório a partir da consideração dos argumentos trazidos por eventuais entidades que tenham ingressado na condição de *amicus curiae*, assim como das alegações presentes nas audiências públicas realizadas pelo órgão jurisdicional quando do exercício da prestação jurisdicional final.

Destaca-se que as informações e inferências constantes no presente relatório servem apenas como premissas para sugerir

posturas que possam melhorar a prestação jurisdicional neste ambiente sensível, pois, diante da potencialidade desses instrumentos gerarem pronunciamentos judiciais vinculantes, há necessidade de se manter observação permanente neste seguimento de tutela dos direitos para evitar que direitos fundamentais processuais sejam suplantados sob o discurso de aprimoramento da prestação jurisdicional.

2. O pedido de instauração do IRDR

Conforme disposto no art. 977, CPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá ser instaurado por iniciativa das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública, bem como de ofício pelo juiz, em processos que tramitam na primeira instância, ou relator, em processos pendentes nos tribunais. Neste particular, a legitimação conferida ao Poder Judiciário para deflagrar o incidente tem suscitado algumas preocupações, principalmente em razão de uma das principais críticas direcionadas ao instituto se referir a possibilidade de sua utilização como instrumento destinado exclusivamente a imprimir celeridade na atividade jurisdicional, ampliando sensivelmente os poderes dos órgãos judicantes nessa direção, o que potencializaria a eliminação do maior número possível de processos sem o necessário tratamento individualizado. Nesse sentido, em incisiva crítica à possibilidade de instauração de ofício do IRDR, Luiz Guilherme Marinoni indica que

O Código de Processo Civil, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, não prevê a necessidade da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes. Ao contrário, afirma-se apenas que “o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: (i) pelo juiz ou relator, por ofício; (ii) pelas partes, por petição; (iii) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. (art. 977 do CPC/2015). Dar ao juiz ou ao relator poder para instaurar incidente de resolução de demanda repetitiva é dar

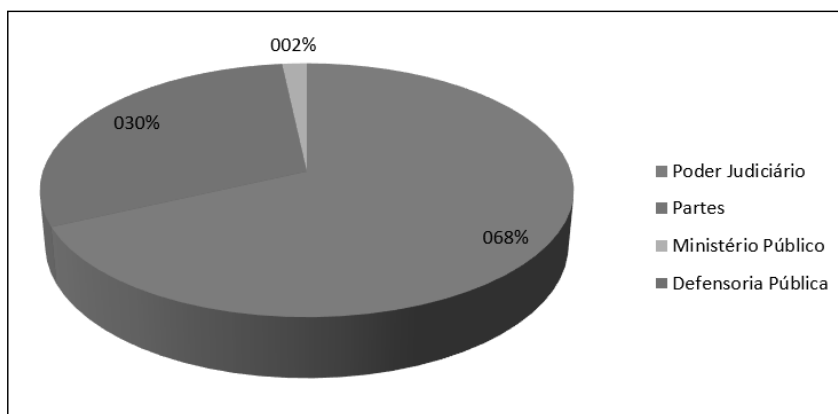
ao Estado o poder de sobrepor a otimização da solução dos litígios em face do direito fundamental ao contraditório. Enfim, também é fácil perceber que o poder conferido às partes, Ministério Público e Defensoria Pública é para requerer a instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos vários litigantes presentes nos casos que pendem. Ora, basta ver que a parte jamais poderia ter essa legitimidade e o Ministério Público e a Defensoria Pública não é aí visto como legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos (MARINONI, 2015).

De fato mostra-se difícil antever o interesse dos legitimados previstos no inciso III do art. 977 do CPC pelo IRDR, porquanto sua atuação adstringe-se ao requerimento de instauração, o que não tem exata correspondência com sua função institucional de proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis e defesa do interesse dos necessitados, conforme o perfil delineado pelo constituinte para o Ministério Público e Defensoria Pública, respectivamente, já que, conforme observado na passagem supracitada, não postula em favor dos interesses versados nos processos sobre os quais incidirão os efeitos do julgamento do incidente, mostrando-se difícil conceber a ideia de que a seleção por um mecanismo processual em que sua participação mostra-se mais limitada possa efetivamente justificar sua utilização em detrimento das ações coletivas ou outras nas quais também sejam legitimadas a propor, sobretudo no caso do Ministério Público, tendo em vista que sua atuação como *custos legis* se mostra obrigatória durante o processamento do incidente.

Além disso, é questionável a utilidade da realização de pedido de instauração do IRDR pelas partes, não só porque para elas não há qualquer distinção dos efeitos de decisões proferidas no incidente e em uma ação individual que possam lhe beneficiar, como pelo fato de sofrerem com seus efeitos com risco de que não lhe seja oportunizada participação; não poder impedir o julgamento a partir da desistência do processo caso seja selecionado como paradigma; propor nova ação re-discutindo a matéria por tratar-se de hipótese que permite o julgamento liminar de improcedência, conforme art. 332, CPC e, tampouco,

poder provocar a revisão da tese jurídica firmada, faculdade conferida apenas ao próprio Poder Judiciário, ao Ministério Público ou Defensoria Pública, conforme dispõe o art. 986, CPC, ainda que seja possível interpretação extensiva para que seja conferida legitimidade também às partes, o que, entretanto, gera mais uma dificuldade por impor ônus argumentativo denso ao interessado.

Nesta perspectiva, visando identificar a preponderância do interesse pelo instituto, foi realizada pesquisa quantitativa a partir da data de início de vigência do novo Código de Processo Civil até o dia 28 de maio de 2018, a fim de identificar os sujeitos processuais responsáveis pela instauração dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas admitidos nos tribunais estatuais brasileiros, levando-se em consideração os processos nos quais foi possível a identificação do suscitante do incidente nas vinte e sete unidades da federação⁶⁵, ou seja, em 116 processos, dentre os 145 admitidos constantes no site do CNJ⁶⁶, chegou-se às seguintes conclusões, sintetizadas no gráfico abaixo:



65 Para uma análise de cada região do país, individualmente considerada, conferir gráficos constantes no Anexo I.

66 Imperioso destacar que, apesar de não constar no site do CNJ a informação sobre o sujeito processual que requereu a instauração do incidente no tribunal, tendo sido referidas informações obtidas nos sites dos respectivos tribunais a partir da pesquisa dos processos que constam Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios.

Do gráfico acima se infere que dos 116 Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas nos quais foi possível a identificação do requerente, 79 (68,10%) foram instaurados de ofício; 35 (30,17%) por parte, 2 pelo Ministério Público e nenhum pela Defensoria Pública. Portanto, é possível concluir que o IRDR tem sido suscitado preponderantemente de ofício, corroborando, portanto, as inferências acima esposadas, porquanto a pesquisa demonstra o claro desinteresse do Ministério Público e da Defensoria Pública pela utilização do incidente, já que não houve qualquer pedido de instauração por esta e somente dois daquele, bem como pouco interesse pelas partes, se comparado ao número de instaurações ocorridas de ofício.

Além do problema mais amplo referente à legitimidade conferida ao Poder Judiciário para promover a instauração do IRDR, a possibilidade de deflagração a pedido do juízo de primeira instância também tem suscitado debates, notadamente em razão das diversas alterações pelas quais passou o projeto de lei (PLS 166/10 e PL 8046/10) que culminou na elaboração do Código de Processo Civil atualmente em vigor⁶⁷. Não obstante a existência de argumentos em sentido contrário⁶⁸,

67 Conforme descrevem Aluísio Mendes e Sofia Temer em comentários ao aludido dispositivo legal: “A previsão legal que confere legitimidade para o juiz de primeiro grau requerer a instauração do incidente é ponto que vem gerando controvérsias doutrinárias. Na versão do CPC aprovada pelo Senado, em 2010, o instituto poderia ser instaurado logo em primeiro grau, quando houvesse potencial de repetição de causas, à semelhança do modelo alemão (art. 930 do PLS 166/2010). Na versão posterior, aprovada pela Câmara revisora, o instituto mudou de feição, somente sendo admitida sua instauração quando houvesse efetiva repetição e causa de competência do tribunal pendente de julgamento, sendo a iniciativa de instauração restrita ao relator, não compreendendo o juiz de primeiro grau (art. 988 do SCD ao PLS 166/2010). Por ocasião da votação e aprovação final pelo Senado, foi revigorada a autorização ao juiz para requerer ao tribunal a instauração do incidente, mediante ofício (art. 977, I), suprimindo-se a regra relativa à obrigatoriedade de pendência de causa no Tribunal. Não obstante, foi inserida no parágrafo único do art. 978 uma previsão que menciona que o órgão que julgar o incidente deverá julgar o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do qual este se originar, o que sugere que o(s) processo(s) de onde se originar o incidente deverá(ão) estar tramitando perante os tribunais. (MENDES; TEMER, 2016).

68 Conforme sintetizam Aluísio Mendes e Sofia Temer: “No que se refere à primeira leitura – instauração a partir do primeiro grau – podemos apontar os seguintes fundamentos: a) a literalidade do art. 977, I, permite a instauração por provocação do juiz, o

uma interpretação conforme a Constituição induz necessariamente à submissão da deflagração do IRDR à existência de processos discutindo a matéria no âmbito do tribunal responsável pelo julgamento do incidente, na medida em que, além de evitar a utilização preventiva do IRDR, permite maior amadurecimento do debate acerca da questão antes de sua uniformização.⁶⁹

A adoção desta exegese tem o condão de influenciar toda a tramitação do incidente, na medida em que propicia a adequada delimitação da tese a ser debatida a partir de uma maior amplitude e qualidade dos argumentos esposados, bem como aumento das possibilidades seleção de processos potencialmente passíveis de afetação e, conseqüentemente, ampliação do diálogo e da participação de eventuais interessados e da sociedade civil, privilegiando, por conseguinte, o contraditório efetivo. Nesse sentido, alertando para os riscos da admissão do IRDR com fundamento em divergência inexistente em processo que esteja em tramitação no tribunal, afirma Leonardo Greco:

A sua vulgarização, além de comprometer o contraditório e o direito de defesa, que devem ser assegurados com amplitude, pode transformar-se num mecanismo de coletivização de demandas por iniciativa dos próprios juízes de primeiro grau, entregando nos braços dos desembargadores, e mesmo antes de qualquer decisão de primeiro grau, todas as novas questões de direito que se afigurem passíveis de virem a ser suscitadas em multiplicidade de demandas. Além disso, esse

que, de modo intuitivo, leva à conclusão de que isto ocorreria a partir de um dos processos sob sua competência; b) a instauração a partir do primeiro grau seria uma das características mais relevantes do novo instituto, por evitar a multiplicação de demandas por tempo indevido, com potencial de gerar de modo mais célere a previsibilidade, uniformidade e segurança almejadas. Este fundamento, aliás, constou do relatório apresentado para votação no Plenário do Senado, que eliminou as disposições constantes do projeto aprovado pela Câmara que restringiam a instauração a processos em segundo grau". (MENDES; TEMER, 2016).

69 Não por outro motivo o Enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal".

tipo de cognição, destinada a revelar o sentido da lei, se afasta completamente do método tradicional de exercício da jurisdição, sempre voltado para a revelação da vontade da lei em face dos fatos e circunstâncias do caso concreto, cuja identidade perfeita dificilmente se apresenta quando se escolhe um determinado processo como paradigma de todos os outros, reduzindo a cognição ao que possam desvendar que tenham em comum e, em contrapartida, ignorando as suas especificidades e diferenças (GRECO, 2016).

No mesmo sentido Dierle Nunes aponta que

Igualmente, a admissão do IRDR preventivo, que permitiria a padronização decisória de casos antes mesmo do dissenso interpretativo, implicaria em se valer do instituto com viés puramente utilitarista e como mera técnica de gerenciamento de casos. Como resultado, decorreria um *precedente fictício*, já que a análise dos argumentos relevantes só se mostra francamente possível após a divergência. (...) Esse modo de utilização dos precedentes como padrões decisórios preventivos (e superficiais) e de função eminentemente gerencial é especialmente problemática ao se considerar a suspensão de inúmeros processos que versem sobre a questão, obstando que diversas pessoas tenham suas pretensões e argumentos apreciados, sem que sequer haja um debate efetivo sobre a tese jurídica controvertida (NUNES; MARQUES; WERNECK, 2017).

Além disso, uma seleção precipitada de processos para sua afetação como representativos da controvérsia que estejam desconectados da amplitude da questão debatida atentam contra a própria lógica do instituto, nomeadamente seu escopo de proporcionar segurança jurídica, pacificando os conflitos surgidos do debate de questões idênticas e concretizar o princípio da razoável duração dos processos ao reduzir o número de demandas em tramitação a partir da aplicação da tese jurídica fixada, na medida em que eventuais prejudicados pelo açodamento do tribunal poderiam provocar a dis-

tinção ou mesmo a superação da decisão, protelando a pacificação almejada pela utilização do IRDR.⁷⁰

Não parece, entretanto, que o delineamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de acordo com a interpretação feita por parte considerável dos tribunais estaduais brasileiros tenha seguido esta sorte, porquanto, excluídos os tribunais nos quais não houve a instauração de IRDR, bem como daqueles nos quais não foi possível identificar o suscitante⁷¹, em nove, de treze tribunais, admitiu-se a instauração de incidente a requerimento de magistrados de primeira instância, a saber: Tribunais dos Estados de São Paulo⁷², Espírito Santo⁷³,

70 Neste sentido: “Em termos pragmáticos, também é importante delimitar critérios mais claros para o manejo do instituto, pois uma decisão prematura pode vir a sofrer inúmeras distinções (*distinguishings*), superações (*overrulings*) ou ser questionada pela via da reclamação (art. 985, § 1o, do CPC/2015), a ponto de esvaziar a própria utilidade do instituto e estimular a litigiosidade. No mesmo sentido, aponta Leonardo Carneiro da Cunha, ao afirmar que, em qualquer assunto, o dissenso inicial gera ambivalência, incerteza e até mesmo ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. A essa altura, quando ainda se iniciam as discussões e se instaura a polêmica, ainda não se chegou ao melhor momento para que o tribunal se posicione e fixe uma tese jurídica a ser aplicável a casos futuros. (...) Logo, não se deve considerar salutares os primeiros debates acerca de determinadas questões, pois esse dissenso inicial é importante para a renovação do entendimento jurisprudencial e para a construção democrática e dialética do Direito, por meio da jurisprudência que se criará. Ademais, o próprio inciso II do art. 976 do CPC/2015 exige a efetiva configuração de risco à isonomia e à segurança jurídica, o que denota um sentido muito mais profundo do que meras divergências iniciais.” (GONCALVES, 2015)

71 Tribunais de Justiça do Estado de Sergipe, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Maranhão, Piauí, Tocantins, Pará, Amapá, Roraima, Acre, Santa Catarina, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul

72 IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000 e 0037860-45.2017.8.26.0000, admitidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e instaurados pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba e Juiz de Direito da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo

73 IRDR nº 0019611-81.2016.8.08.0000, admitido no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por provocação de Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal e da Fazenda Pública de Linhares

Paraná⁷⁴, Distrito Federal⁷⁵, Rondônia⁷⁶, Alagoas⁷⁷, Rio Grande do Sul⁷⁸, Pernambuco⁷⁹ e Rio de Janeiro⁸⁰.

74 IRDRs nº 0016464-25.2016.8.16.0000 e 0042228-49.2016.8.16.0182, admitidos no Tribunal de Justiça do Paraná a pedido do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba e Juíza de Direito do 4º Juizado Especial da Fazenda Pública de Curitiba, respectivamente. Parece entretanto, que este entendimento não é pacífico no âmbito do Tribunal, conforme a seguinte ementa exemplificativa: “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PROFESSORA DE ENSINO PÚBLICO. LIMITE DA JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. INCIDENTE SUSCITADO POR MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU VIA OFÍCIO. SUSCITAÇÃO ANTERIOR À PROLAÇÃO DE SENTENÇA. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FEITO QUE ORIGINOU O INCIDENTE ESTAR PENDENTE DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 978, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NCP. “É preciso que haja causa pendente no tribunal. O IRDR é instaurado a partir de um caso que esteja no tribunal, seja um processo originário, seja um recurso (inclusive a remessa necessária). Somente cabe o IRDR enquanto pendente causa de competência do tribunal. A causa de competência do tribunal pode ser recursal ou Documento assinado digitalmente, conforme MP n.º 2.200-2/2001, Lei n.º 11.419/2006 e Resolução n.º 09/2008, do TJPR/OE Página 2 de 9 originária. Caberá o IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não cabe mais o IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada” (DIDIER JR., Fredie, in “Curso de Direito Processual Civil, Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, volume 3”, 13ª ed., Salvador: Ed. Juspodvim, 2016, pág. 628). (TJPR, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1560729-9, Rel. DES. SHIROSHI YENDO Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 21/10/2010, Data da Publicação no Diário: 08/11/2016)

75 IRDRs nº 2016002048736-3, 2017002011909-9 e 2016002020348-4 admitidos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios após serem suscitados pelo Juízo da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, Juiz de Direito da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais e Juíza de Direito Substituta de 2º Grau, respectivamente

76 IRDR nº 0803460-17.2016.8.22.0000 suscitado por Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal e admitido no Tribunal de Justiça de Rondônia

77 IRDR nº 0801408-06.2016.8.02.0000, admitido no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, após requerimento do Juízo da 16ª Vara Cível da Capital

78 IRDRs 0266590-72.2017.8.21.7000 e 0035044-46.2018.8.21.7000 suscitados pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Esteio e Juíza de Direito da 2ª Vara de Três de Maio

79 IRDR nº 0011342042016.8.17.0000, suscitado por Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública do Recife

80 IRDRs nº 0023205-97.2016.8.19.0000, 0032321-30.2016.8.19.0000, em tramitação

Pertinente é a passagem que se refere ao ponto aqui discutido e constante na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao exercer juízo positivo de admissibilidade do IRDR nº 0023205-97.2016.8.19.0000, nos seguintes termos:

Neste ponto, cabe fazer uma observação sobre o cabimento deste incidente em casos como este, em que o processo originário nº 0135325-80.2016.8.19.0001, deflagrado por ação de obrigação de fazer, tramita em primeira instância. É que uma leitura apressada do parágrafo único do art. 978, do Código de Processo Civil, poderia levar à conclusão, a meu ver, equivocada, de que o incidente só seria cabível se suscitado em recurso, remessa necessária ou em processo de competência originária do Tribunal. Ocorre que, segundo penso, não faz sentido restringir o seu cabimento a feitos em trâmite no Tribunal, pois seria um estímulo à desnecessária proliferação de ações marcadas pela mesma controvérsia. No entanto, a meu pensar, naquele parágrafo único estão expressos os casos em que o próprio colegiado competente para decidir o incidente julgará a questão constitutiva do mérito dos processos originários, o que não acarretará supressão de instância, nem significa dizer que o incidente não seja cabível se suscitado em caso como este. Aliás, o art. 977, I, prevê expressamente a legitimidade do juiz para provocar instauração do incidente ao Presidente do Tribunal e, neste caso, a todas as luzes, feito o pedido por Juíza de Direito em ação de obrigação de fazer em fase de citação, sem que tenha sido nela interposto qualquer recurso, é de se afirmar, desde já, que não poderá ocorrer a avocação do parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil, porque o incidente se originou de processo que tramita em primeira instância, a qual não pode ser suprimida e, por isso, excluída fica a competência para julgar o feito originário. Então, segundo penso, já que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de juiz pedir a

no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro após serem deflagrados por iniciativa de Juíza de Direito da 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital e Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias

instauração do incidente, é desnecessária a existência prévia de recurso ou ação originária no tribunal, que, neste caso, julgará apenas o incidente, fixando a tese jurídica. Em outros termos, dar-se-á aqui uma cisão cognitiva, pois compete a este Órgão julgar apenas o incidente e ao primeiro grau julgar a causa contida no feito originário.

Na mesma direção, em decisão de admissão do IRDR nº 32321-30.2016.8.19.0000, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Preliminarmente, tenho que deve ser afastada a tese de não ser possível a admissão do incidente, arguida por juiz de primeiro grau, por não estar o feito que originou o incidente em trâmite recursal. Esta questão foi intensamente debatida nos meios jurídicos, notadamente pelo Prof. Aluisio Gonçalves de Castro Neves [sic], que aponta a função específica do IRDR, de DEFINIR TESE JURÍDICA, com origem no direito alemão (Mustervenfahren), prevenindo insegurança jurídica. Das discussões travadas, onde inclusive se apreciou a tese trazida pela Ilustre Procuradora de Justiça, a conclusão da ENFAM foi a da não necessidade de haver processo em curso no Tribunal para que o juiz de primeiro grau possa suscitar o incidente, posto que tal inclusive desvirtuaria o objetivo de uniformizar as teses a serem aplicadas, evitando a dilatação de julgamentos contraditórios

Entretanto, mesmo que se entenda que a deflagração do incidente a partir da primeira instância não implique necessariamente em sua utilização em caráter preventivo ou que em razão disto sua legitimidade democrática estaria contaminada, como no precedente citado acima, se reconhece que a deflagração somente em segundo grau seria escolha mais adequada.⁸¹ Afinado com essa

81 [...] Admitida a instauração a partir do primeiro grau, haveria risco de ausência de amadurecimento e debate da questão para se alcançar uma padronização decisória excelente. Nessa linha, seria prudente esperar a tramitação de diversos processos em pri-

interpretação, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim decidiu:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. INSTAURAÇÃO. REQUISITOS. ART. 976, CAPUT E §4º, DO CPC. EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS SOBRE IDÊNTICA QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA. ART. 978, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. PROCESSO ORIGINÁRIO EM TRÂMITE PERANTE O TRIBUNAL. REQUISITO NÃO CONFIGURADO. INADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE. 1. - Nos termos do artigo 976, caput e §4º, do Código de Processo Civil, a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas é cabível diante, simultaneamente, (1) da efetiva repetição de demandas que versem sobre idêntica questão unicamente de direito; (2) de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; e (3) da ausência de afetação por tribunais superiores de recurso para definição de tese sobre idêntica questão de direito material ou processual repetitiva. 2. - Da redação do parágrafo único do artigo 978 do Código de Processo Civil extrai-se ainda que para o fim de instauração do IRDR o processo do qual se originou o in-

meio grau, com a prolação de decisões judiciais a respeito e interposição dos recursos com as razões de reforma de tais decisões, para que o tribunal enfim uniformizasse a questão a partir do IRDR. Boa parte da crítica à instauração em primeiro grau equiparava ao julgamento preventivo. Concordamos que o amadurecimento da questão e o efetivo debate sobre o tema são indispensáveis para a boa aplicação do instituto. Contudo, não se pode esquecer que mesmo que revigorada na versão final do Código a permissão ao juiz de primeiro grau para instaurar o incidente (art. 977, I), não foi reproduzida a versão inicial do projeto de lei, que permitia a instauração do incidente a partir do “potencial” de multiplicação de demandas (art. 930 do PLS 166/2010). De fato, exige-se a efetiva repetição como requisito de instauração do IRDR. Desse modo, a instauração a partir do primeiro grau não implica necessariamente a formação de incidente com caráter preventivo e nem significa que haverá déficit democrático, pela ausência de debates sobre o tema, muito embora reconheçamos que a instauração a partir de processos no segundo grau seria melhor em termos de debate, participação e amadurecimento da questão controvertida. (MENDES; TEMER, 2016).

cidente deve encontrar-se em trâmite perante o Tribunal, seja em razão de sua competência originária, seja em grau recursal.

3. - Para a instauração de IRDR, cujos efeitos do julgamento se estenderão à totalidade das causas que versarem idêntica questão, é indispensável a existência de entendimentos divergentes no âmbito da Corte julgadora, sendo salutar a apresentação de eventuais manifestações de pensamento em sentidos diversos, o que contribui para a maturação do debate acerca da controversia jurídica e, por conseguinte, para que seja alcançada a melhor interpretação do Direito aplicável à espécie.

4. - Consoante os termos do artigo 976, §3º, do Código de Processo Civil, a “inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”.

5. - Incidente de resolução de demandas repetitivas inadmitido. **CONCLUSÃO: ACORDA O EGRÉGIO TRIBUNAL PLENO NA CONFORMIDADE DA ATA E NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA SESSÃO, QUE INTEGRAM ESTE JULGADO, À unanimidade: Não recebido o recurso de GABRIELA NUNES DOS SANTOS.** (TJES, Classe: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Nº 0039689-96.2016.8.08.0000, Relator: DES. DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 08/02/2018, Data da Publicação no Diário: 08/02/2018).

De qualquer forma, atentos à importante ressalva no sentido de que os mecanismos de ampliação do debate como a adequada seleção dos processos paradigma a serem afetados e de participação democrática, como a intervenção dos interessados e do *amicus curie*, a realização de audiências públicas e ampla divulgação da instauração e julgamento do IRDR, poderiam afastar a crítica, passa-se à análise do tratamento dispensado pelo Judiciário a estes pontos e, à luz do princípio constitucional do contraditório, apresenta-se críticas acerca de sua atuação, bem como sugestões acerca do que se considera uma interpretação constitucionalmente adequada das normas que regulamentam o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

3. A delimitação do objeto do IRDR

A delimitação do objeto do IRDR tem por escopo a organização e estabilização do debate, permitindo a redução do tempo processual através da diminuição da recorribilidade e reformas decisórias. Assim, o primeiro problema diz respeito à necessidade de adequada e precisa delimitação da questão a ser submetida a julgamento, que, uma vez dimensionada corretamente, a partir da apreciação de todos os fundamentos referentes à matéria a ser uniformizada, permitirá a suspensão adequada de todos os processos análogos que estejam tramitando no tribunal, impedindo que sejam suspensos processos nos quais não se discuta exatamente a questão debatida, obrigando as partes a recorrerem contra a decisão de sobrestamento⁸², bem como a identificação da questão afetada, de modo a oportunizar a participação influente dos interessados, mitigando a ocorrência de divergência quando da aplicação do acórdão paradigma. Nesse sentido:

A identificação precisa da questão jurídica é fundamental para que se possa aferir precisamente o grupo de causas pendentes que deverão ser suspensas. O direito à distinção (arts. 1.037, §§ 8.º a 13, CPC (LGL\2015\1656), aplicáveis ao IRDR por força do microsistema), para fim de requerer a retirada do caso do sobrestamento, somente poderá ser exercido adequadamente se houver uma decisão bem delimitada que possa ser utilizada

82 Importante destacar que em que pese a versão aprovada pela Câmara dos Deputados, que previa o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que indevidamente negasse a suspensão de processo similar ou suspendesse processo que versasse sobre questão distinta da do incidente (art. 990, § 4.º, SCD ao PLS 166/2010), não ter sido mantida na versão aprovada pelo Senado, parece que a recorribilidade da decisão nestes casos é a medida que se impõe, tendo em vista as deletérias consequências do inadequado sobrestamento, por atentar contra o contraditório, impedindo que aquele que teve seu processo suspenso se insurja contra a decisão, bem como contra a razoável duração do processo, na medida em que a haverá inútil interrupção da marcha processual, haja vista a inaplicabilidade da tese fixada no julgamento do IRDR no caso de reconhecimento de inexistir no processo coletivo ou individual suspenso questão de direito idêntica aquela presente na tese estabelecida. De qualquer forma, caso assim não entenda a jurisprudência restará tão somente a via do mandado de segurança.

como paradigma. Ademais, a identificação da questão afetada é essencial para delimitar o que constará na decisão final de mérito, porque a ela ficará vinculado o tribunal, que não poderá fixar teses sobre outras questões, sob pena de quebra do dever de congruência (DIDIER JR.; TEMER, 2016).

A ausência de uma normatização acerca desta fase preliminar pelos regimentos internos de alguns tribunais tem permitido, por exemplo, o que ocorreu no IRDR nº 0018608-85.2016.8.19.0000, admitido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual se discutiu a forma de pagamento de incorporação da gratificação especial de atividade (GEAT), instituída pelo Decreto Estadual nº 26.248/2000, ratificado pelo Decreto Estadual nº 25.585/2001 e pela Lei 3.691/2001, em cujos autos, antes de proferida a decisão de admissão, o Estado do Rio de Janeiro, entendendo que não houve adequada delimitação das teses a serem discutidas por parte do magistrado que suscitou a instauração do incidente, requereu sua ampliação, ao que obteve resposta do relator no seguinte sentido:

Todavia, é importante destacar que a indicação das teses jurídicas controversas, a cargo do órgão judicial suscitante ou da parte arguente, tem a finalidade exclusiva de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a deflagração do incidente. Não se trata, à evidência, de teses veiculadas em forma de questionamento, de modo a vincular o órgão judicial *ad quem* no julgamento da causa primitiva e na aferição das premissas jurídicas adequadas. Diversamente, competirá a esta colenda Seção Cível o completo exame da matéria, aqui representada pela discussão a respeito da forma de aplicação do reajuste concedido no Decreto 28.585/2001 (e nas Leis 3.691/2001 e 3.586/2001), sem encontrar-se emoldurado pelas teses jurídicas controvertidas inicialmente apontadas, que serviram de base tão somente para o melhor exercício do juízo de admissibilidade do incidente.

Entretanto, em que pese o relator afirmar que o pedido de instauração não vincula tribunal porque o requerimento antecedeu a decisão de admissão, não houve posterior discussão a respeito questão subme-

tida a julgamento, o que representa clara violação do contraditório, na medida em que, conforme se infere da parte da decisão acima transcrita, o órgão jurisdicional alega ser possível abordar outras questões para além daquelas delimitadas anteriormente, impedindo a eventual apresentação de argumentos em relação aos pontos que extrapolam o que foi afetado antes de proferido acórdão, o que pode gerar grave desrespeito do dever de congruência caso o tribunal venha a decidir sobre questões sobre as quais não tenha ocorrido prévio debate. Nesse sentido afirma Didier e Temer que

Ademais, a identificação da questão afetada é essencial para delimitar o que constará na decisão final de mérito, porque a ela ficará vinculado o tribunal, que não poderá fixar teses sobre outras questões, sob pena de quebra do dever de congruência. É absolutamente inafastável esta correlação, a despeito da revogação do parágrafo segundo do art. 1.037 pela Lei 13.256/2016, sob pena de ofensa ao contraditório. A decisão que extrapole o objeto delimitado na decisão de organização (que, em realidade, espelhará o juízo colegiado de admissibilidade) terá efeitos meramente persuasivos e, por isso, não ensejará as mudanças procedimentais decorrentes da eficácia vinculativa própria da decisão de mérito do IRDR (DIDIER; TEMER, 2016).

Outro exemplo digno de nota é o ocorrido no IRDR nº 0017256-92.2016.8.19.0000, admitido também pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual o Ministério Público requereu o envio dos autos para o magistrado que suscitou o incidente para que explicitasse de maneira adequada a controvérsia.⁸³ Entretanto, além de

83 Afirma o Ministério Público “Analisando-se os autos, constata-se a necessidade de melhor serem esclarecidas as questões e teses jurídicas que efetivamente pretende o Arguente ver dirimidas no tocante ao tema objeto do incidente, eis que essas não se encontram minuciosamente delineadas no pedido de instauração do IRDR. Destarte, opina-se pelo encaminhamento dos autos ao Arguente, para o detalhamento das questões ou teses jurídicas que pretende ver dirimidas, sustando-se, por ora, o exame da admissibilidade do recurso”.

o tribunal sequer ter apreciado o pedido do MP, proferiu decisão de admissão com a mera transcrição do conteúdo do ofício apresentado pelo magistrado requerendo a instauração do IRDR⁸⁴.

4. A escolha dos casos representativos da controvérsia

Ponto sensível diz respeito à seleção dos processos que servirão como paradigma para o debate empreendido. Quanto a este aspecto, tendo em vista a omissão do Código de Processo Civil, a doutrina tem elencado diversos critérios para orientar a escolha pelo tribunal, de modo que possa instruir o procedimento de maneira adequada, evitando a sub-representação dos processos afetados e, conseqüentemente, a ausência de legitimidade da decisão proferida, como, por exemplo, a amplitude e qualidade dos argumentos, a ocorrência de contraditório efetivo e a inexistência de restrições à cognição e à prova.

Quanto à questão, destaca-se o amplo papel conferido ao relator para seleção dos representativos da controvérsia em razão da omissão do CPC na matéria, sobretudo tendo em vista este não estar vinculado ao processo originário do qual tenha surgido o pedido de instauração do incidente (DIDIER; TEMER, 2016). Ou melhor, não só não está o relator limitado pelo processo originário, como sequer está adstrito à escolha de apenas um processo, muito pelo contrário, a seleção de mais de um tem o condão de enriquecer o debate com o maior número de argumentos possíveis e conferir maior legitimidade na aplicação da tese jurídica fixada no julgamento do IRDR. Parte da doutrina, inclusive, tem sustentado a aplicação analógica do art. 1.036, § 1º do CPC, que determina a escolha de pelo menos dois recursos a serem encaminhados aos tribunais superiores para fins de afetação. Nesse sentido:

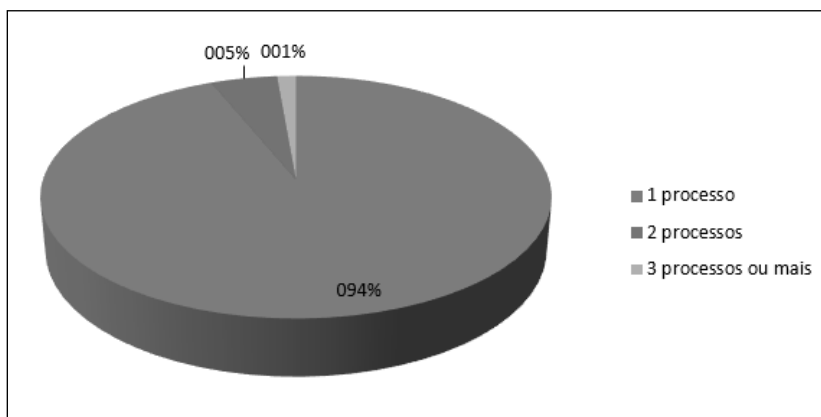
84 Assim decidiu o tribunal: “E desta forma decidem, adotando como fundamentação “per relationem” - STF, EDcl. no MS 25936/DF (Rel. Ministro Celso de Mello, Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº 0017256-92.2016.8.19.0000 2 Julgamento: 13/06/2007, DJe:18/09/2009) e STJ, EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Julgamento: 05/02/2013, DJe:14/02/2013), os termos do d. parecer de fls. 81/84, que passamos a transcrever: (...)”

Para que a questão de direito, futura tese jurídica, possa ser, de fato, representativa da controvérsia geral, o legislador aprimorou o próprio julgamento de recursos repetitivos, para estabelecer, no art. 1.036, § 1º, do CPC, a seleção de dois ou mais recursos, e não apenas um, como fixado no estatuto anterior, de modo a se permitir esta verificação tanto pelo órgão *a quo*, quanto pelo *ad quem*. Do mesmo modo, no âmbito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a questão representativa da controvérsia deve ser extraída não apenas de um processo, mas dos múltiplos processos existentes. Por isso, a indagação deve ser comum não apenas a um ou dois processos, mas a uma quantidade significativa, que se justifique numericamente, a ponto de ensejar efetiva economia processual. Do contrário, o IRDR não estará cumprindo seu escopo (MENDES, 2017).

Contudo, infelizmente, a maioria dos tribunais brasileiros não tem trilhado este caminho, ignorando o impacto sistêmico provocado pelo julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, além de raramente empreender a uma discussão madura sobre os contornos da questão jurídica debatida, conforme analisado no capítulo anterior, não procura-se analisar a representatividade adequada dos processos selecionados⁸⁵, não determina-se a complementação dos argumentos com outros divergentes eventualmente presentes nos demais processos análogos, tampouco fundamenta-se as escolhas feitas, limitando-se a dar continuidade à tramitação do incidente a partir do caso selecionado pelo suscitante, não havendo, inclusive, a seleção de mais de um processo-paradigma, salvo raras exceções, fatos que colocam em cheque a legitimidade das teses firmadas nos respectivos processos, sobretudo levando-se em consideração seu amplo espectro de aplicação.

No gráfico abaixo é possível verificar a quantidade de incidentes nos quais foram selecionados um, dois, três, ou quatro ou mais processos como representativos da controvérsia:

85 Exemplo disso é o que ocorreu nos Tribunais de Justiça dos Estados de Goiás e Amazonas, nos quais foram selecionados como representativos da controvérsia processos que estão sob sigilo de justiça. São os processos nº 91000-18.2015.8.09.0000 e 0005477-60.2016.8.04.0000.



Verifica-se que, dos 145 incidentes admitidos até a data da finalização da pesquisa, em 136 deles foram selecionados apenas um processo como paradigma, em sete foram selecionados dois, dentre os quais cinco admitidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios⁸⁶ e dois no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸⁷, em apenas um, também admitido por este tribunal, foram selecionados quatro processos representativos da controvérsia⁸⁸ e também somente em um IRDR, admitido no Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, foram selecionados três processos.⁸⁹

5. 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

86 Processos nº: 2016 00 2 013471-4, 2016 00 2 020348-4, 2016 00 2 024562-9, 2016 00 2 034904-4, 2016 00 2 048748-4.

87 Processos nº: 0212283-08.2016.8.21.7000, 0240033-82.2016.8.21.7000.

88 Processo nº: 0137884-08.2016.8.21.7000.

89 Não consta no CNJ, tampouco no site do tribunal o Número do IRDR, mas consta no primeiro o número dos processos selecionados como representativos da controvérsia e são: 0837800-95.2014.8.23.0010, 0001589-21.2017.8.23.0000, 0837588-74.2014.8.23.0010.

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.

Em relação ao tema aqui analisado, o respeito à publicidade é de extrema relevância, 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, CPC⁹⁰ ou mesmo provocar a superação da tese. Nesse sentido afirmam Aluísio Mendes e Sofia Temer que

90 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).

A ampla publicidade do incidente deve compreender tanto o momento de sua admissão, com a identificação precisa da questão de direito controvertida 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, 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 admitidos⁹¹ e julgados pelos tribunais, permitindo sua consulta pública.

91 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 im-

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 exemplos⁹², consta no site do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá a admissão de quatro incidentes (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) 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 2 dois IRDR no 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

portante, 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).

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

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 identificá-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:

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - 12999999 - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

XXXXXXXXXX

NUT:	8.06.1.000003
Descrição:	TTTTTTTTTTT
Situação:	Possível revisão de tese
Assuntos:	267
Total Paradigmas:	1 Download
Total Sobrestados:	0

[Fechar](#)

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - 12999998 - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará ✕

XXXXXXXXXX

NUT:	8.06.1.000004
Descrição:	TTTTTTTTTT
Situação:	Possível revisão de tese
Assuntos:	287
Total Paradigmas:	1 Download
Total Sobrestados:	0

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 incidentes⁹³ 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 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

93 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.

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).

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 16/2009⁹⁴, dificultando o acesso do jurisdiciona-

94 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.

do 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 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).

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 judiciais, 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, conforme se analisará no capítulo seguinte, 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.

Com efeito, observa-se que 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 os sites dos Tribunais de Justiça dos Estados, bem como pelas deficiências na comu-

nicação do órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do IRDR e os juízos inferiores, o que, somado à insuficiência das informações disponibilizadas, impede, sobremaneira, a implantação de um sistema de precedentes judiciais de maneira legítima, na medida em que a publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle das decisões judiciais pelas partes e pela sociedade.

6. A participação dos interessados e da sociedade

A participação dos interessados e da sociedade civil durante a tramitação e julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos mecanismos em geral que compõem esse microsistema, parece ser um dos pontos mais sensíveis, uma vez que permite conferir um grau mais elevado de legitimidade democrática aos resultados alcançados neste ambiente de tutela dos direitos⁹⁵. De fato, a efetiva observância do contraditório ganha especial relevo no sistema de precedentes implantado pelo CPC/2015, na medida em que 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 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.

Contudo, não se pode olvidar da existência de juristas igualmente abalizados que, em sentido diametralmente oposto⁹⁶, advogam que a

95 Quanto a este ponto, imperioso destacar que, ao contrário do *Musterverfahren*, o IRDR prevê a vinculação dos processos futuros à tese fixada pelo tribunal e não apenas daqueles processos individuais registrados no momento em que proferida a decisão.

96 É o caso de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, que leciona: “Ressalte-se, quanto aos fundamentos supramencionados, que as partes dos processos em tramitação perante o tribunal são intimadas da existência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e da suspensão do seu processo individual. E que o Código de Processo civil estabeleceu a possibilidade de intervenção dos interessados. Portanto o exercício do contraditório é disponibilizado para os interessados com processos já ajuizados e também para os titulares de direitos que tenham conhecimento em razão da divulgação

regulação do IRDR no novo Código de Processo Civil não só demonstra o compromisso do codificador com a necessária inserção de mecanismos de resolução de processos repetitivos como forma de evitar a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas, em respeito à isonomia e à segurança jurídica, bem como proporcionar celeridade e produtividade da função jurisdicional, concretizando, portanto, o princípio constitucional da razoável duração do processo⁹⁷, como também não viola o princípio do contraditório, na medida em que prevê instrumentos de participação efetiva dos interessados e da sociedade civil por meio da designação de audiências públicas e a intervenção de *amici curie*, que, portanto, consubstanciam mecanismos compensatórios da alegada ilegitimidade democrática do instituto, bem como de concretização do contraditório participativo, conferindo legitimidade da tese jurídica firmada.

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

da existência do IRDR. Sendo assim, não se pode afirmar a existência de violação do contraditório.” (MENDES, 2017).

97 Conforme enunciou a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil apresentada em 08 de junho de 2010 ao Senado Federal: “ (...) é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos ‘tempos mortos’ (= períodos em que nada acontece no processo).

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). 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, destinado 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).

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 apontados no capítulo anterior, mesmo que o Poder Judiciário chancela o entendimento aqui propugnado, sua efetiva concretização somente encontrará terreno fértil caso superadas as inconsistências relativas à publicidade que foram objeto de análise anterior.

No que tange à participação da sociedade civil nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, o Código de Processo Civil projetou duas formas: a intervenção do *amicus curiae* e a possibilidade de designação de audiências públicas. A primeira decorre da faculdade conferida aos interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia de requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, conforme *caput* do art. 983, CPC e a segunda por expressa previsão do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

No âmbito dos instrumentos de resolução de demandas repetitivas, a participação do *amicus curiae* tem especial importância, notadamente no que tange ao impacto que seu julgamento causará na interpretação e aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais submetidos à jurisdição do tribunal competente para a fixação da tese jurídica. Por sua vez, as audiências públicas consubstanciam importante mecanismo de participação direta possibilitando a influência dos cidadãos e da sociedade civil em geral no julgamento da causa, conferindo legitimidade democrática às decisões judiciais, sobretudo em razão da extensão das atribuições da jurisdição no século a partir da segunda metade do século XX diante da notória crise da democracia representativa e consequente transferência de questões cuja resolução, tradicionalmente limitada à esfera de atribuições da política majoritária, para ao Poder Judiciário.⁹⁸

Assim, visando identificar os processos nos quais o Judiciário se utilizou dos aludidos instrumentos de ampliação do contraditório, realizou-se uma pesquisa nos processos até então julgados pelos tribunais estaduais nacionais e chegou-se às seguintes conclusões: no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foram julgados três incidentes, em todos foi permitida a participação de *amicus curiae*⁹⁹, entretanto, em nenhum deles houve designação de audiência pública; no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foram julgados oito incidentes¹⁰⁰, mas

98 Tema que pela sua extensão não será aqui abordado, na medida em que sua análise adequada perpassaria por discussões envolvendo a separação de poderes, bem como de fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial. Questões que podem ser encontradas em ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais - Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

99 IRDR nº 0018608-85.2016.8.19.0000, no qual foram admitidos os *amicus curie* Marcos Pereira Cardoso e FASP - Federação das Associações e Sindicatos dos Servidores Públicos no Estado do Rio de Janeiro; IRDR nº 0023484-83.2016.8.19.0000, no qual foi admitido o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de São Gonçalo como *amicus curiae*; IRDR nº 0032321- 30.2016.8.19.0000: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Batista Barbalho dos Santos.

100 IRDR nº 2059683-75.2016.8.26.0000, IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000, IRDR nº 2121567-08.2016.8.26.0000 IRDR nº 0023203-35.2016.8.26.0000, IRDR nº 2151535-83.2016.8.26.0000, IRDR nº 0055880-21.2016.8.26.0000, IRDR nº 0056229-24.2016.8.26.0000, IRDR nº 0034345-02.2017.8.26.0000.

em nenhum deles houve designação de audiência pública ou a admissão de *amicus curiae*; no Tribunal de Justiça do Amazonas foi julgado um incidente, no qual consta a admissão de *amicus curiae*¹⁰¹; no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram julgados quatro incidentes, contudo, em nenhum deles consta a participação por meio de *amicus curie*, não sendo possível analisar eventual designação de audiências públicas, na medida em que o tribunal não permite acesso ao inteiro teor dos processos, conforme se analisará; no Tribunal de Justiça de Minas Gerais foram julgados dezessete incidentes. Em nove¹⁰² deles não consta a participação de *amicus curiae*, ao contrário dos demais.¹⁰³ Entretanto, apesar de o tribunal disponibilizar o andamento processual, não permite acesso a todo seu conteúdo, mas tão somente de determinadas decisões.

101 Trata-se do IRDR nº 0005477-60.2016.8.04.0000, no qual consta a admissão da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Amazonas como *amici curiae*

102 IRDR nº 0328324-31.2016.8.13.0000, IRDR nº 0371332-58.2016.8.13.0000, IRDR nº 0378378-98.2016.8.13.0000, IRDR nº 0169124-85.2016.8.13.0000, IRDR nº 0333985 88.2016.8.13.0000, IRDR nº 0002201-34.2014.8.13.0002, IRDR nº 0062466 71.2012.8.13.0713, IRDR nº 0107379-70.2017.8.13.0000, IRDR nº 0127203-15.2017.8.13.0000

103 IRDR nº 032797965.2016.8.13.0000, no qual intervieram nessa qualidade a Associação de Praças no Interior de Minas Gerais, Associação dos Oficiais da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militares do Estado de Minas Gerais - AOPMBM, Associação dos Praças Policiais e Bombeiros Militares de Minas Gerais; IRDR nº 1432813-40.2010.8.13.0024, no qual consta ingresso da Associação dos Praças Policiais e Bombeiros Militares de Minas Gerais como *amicus curiae*; IRDR nº 0327953-67.2016.8.13.0000, no qual participaram nesta qualidade o Banco Do Brasil S/A e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais; IRDR nº 0776024-65.2013.8.13.0024, no qual foram admitidos três *amicus curiae*: o Sindicato dos Peritos Criminais do Estado de Minas Gerais, Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público do Estado de Minas Gerais, Sindicato dos Delegados de Polícia de Minas Gerais - SINDEPOMINAS; IRDR nº 0057858-55.2013.8.13.0079 e IRDR nº 0359479-86.2015.8.13.0000, nos quais houve participação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais nesta qualidade; IRDR nº 0032089-12.2014.8.13.0693, no qual ingressaram como *amicus curiae* a Associação Mineira de Defesa dos Consumidores e a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor - ABRASCON e; IRDR nº 0940292-09.2016.8.13.0000, no qual participaram como *amicus curiae* o Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros Metropolitanos - SINTRAM, Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros De Belo Horizonte - SETRABH, e o Departamento de Edificações de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DEER/MG

Nos demais tribunais, segundo os dados constantes no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, presente no site do Conselho Nacional de Justiça, não houve julgamento dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, exceto algumas exceções presentes nos Tribunais dos Estados de Santa Catarina, Ceará e Distrito Federal, cuja pesquisa, entretanto, restou prejudicada em razão do desrespeito ao dever de proporcionar ampla publicidade dos incidentes imposto aos tribunais, conforme analisado no capítulo anterior. No primeiro – Tribunal de Justiça de Santa Catarina – apesar de constar o julgamento de um processo,¹⁰⁴ o site do tribunal não disponibiliza *link* de acesso ao conteúdo dos autos, mesmo problema compartilhado pelo Tribunal do Estado do Ceará e do Distrito Federal. Este último, apesar de disponibilizar o andamento dos processos, não permite o acesso ao conteúdo dos atos processuais apresentados.

Entretanto, não basta a admissão da intervenção de *amicus curiae* ou a designação de audiências públicas sem que os argumentos e subsídios trazidos à consideração do Judiciário pelo primeiro e os debates empreendidos durante a segunda, influenciem efetivamente no julgamento da causa, o que se verifica por meio da fundamentação das decisões judiciais, quando ao explicitar suas razões de decidir, o Poder Judiciário submete-se ao controle da esfera pública, notadamente em razão da moderna acepção do contraditório, que, tradicionalmente concebido como direito de informação e manifestação, adquire, contemporaneamente, um novo âmbito de proteção. Somado à obrigatoriedade de o órgão jurisdicional informar as partes sobre os atos praticados no processo e sobre seu conteúdo, bem como assegurar a possibilidade de manifestação sobre os elementos constantes nos autos, acresce-se o direito dos interessados de verem seus argumentos considerados quando da prolação da decisão. Ou seja, para além da mera ciência bilateral e da possibilidade de reagir contra os atos processuais praticados, o contraditório passa a significar também a efetiva participação dos destinatários no desenvolvimento e resultado do processo.

Com efeito, mostra-se imperiosa uma mudança de postura do Poder Judiciário que comumente mostra-se refratário à consideração

104 IRDR nº 1000576-74.2016.8.24.0000.

dos argumentos trazidos¹⁰⁵, bem como ao dever de fundamentação das decisões.^{106 107} Porém, infelizmente, a análise de como se deu a participação destes interessados durante a tramitação dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, bem como o modo como seus argumentos foram considerados pelo tribunal quando de seu julgamento, encontraram obstáculo na incipiência do instituto, somente havendo incidentes julgados em oito tribunais, dificultando uma análise mais abrangente, bem como no fato de haver violação ao dever de ampla específica publicidade preconizada pelos art. 979, CPC, na medida em que somente no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro foi possível o

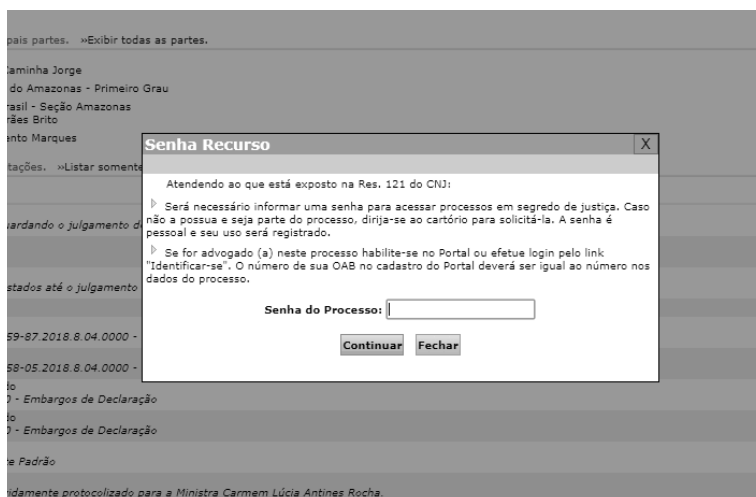
105 Conforme já observado em outra oportunidade, na qual foram coletados dados referentes à participação dos *amici curie* em processos no STF, STJ e nos TRFs das 1ª e 2ª Regiões que pudessem gerar precedentes com potencialidade de refletir em demandas de massa, foi constatada a incapacidade destes de conduzir seus argumentos e influenciar a decisão a ser proferida em razão da postura refratária adotada pelos tribunais. No STF foram analisados 21 acórdãos oriundos de processos em que houve requerimento de intervenção na qualidade de *amicus curiae*. Observou-se que em apenas em 4 acórdãos aparecem os argumentos trazidos pelo *amicus curiae*. Na coleta de dados do STJ, dos 39 processos em que os *amicus curiae* foram admitidos a intervir, apenas em um se enfrentou argumentos veiculados por ele, e mesmo assim, no voto de vista. Somente em 6 processos, em que se admitiu a intervenção, aparecem a referência do ente interventor no relatório do acórdão, e em 2, essa menção ocorre apenas na ementa. No TRF da 1ª Região, foram inadmitidas as intervenções em 11 dos 13 processos analisados, sem apresentação aprofundada dos argumentos que conduziram a inadmissão. Dos 2 processos em que o *amicus curiae* foi admitido, em 1 deles aparece referência a sua admissão somente na ementa do acórdão, e, no outro, o acórdão menciona apenas a admissibilidade. Por fim, no TRF da 2ª Região, dos 8 processos em que se admitiu a intervenção, somente em 2 acórdãos os argumentos do *amicus curiae* aparecem na *ratio decidendi*. (ALMEIDA, 2014).

106 Em diversas oportunidades consignou-se que o julgador não está obrigado a enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes do processo. A título de exemplo: STF. AI nº 791.292-QO/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 18.03.2010, RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje. 19.12.2006.

107 O que, infelizmente parece contar ainda com o aval do legislador, porquanto, mesmo com a permanência do art. 489, CPC, mostra-se simbólica a alteração do texto do §3º, do art. 1.038 do CPC que determinava a apreciação pelo julgador de todos os fundamentos jurídicos suscitados, favoráveis ou contrários e, com a nova redação dada pela Lei. 13.256/16, limitou o alcance do dispositivo para impor que o conteúdo do acórdão somente abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese discutida.

acesso ao inteiro teor dos processos, mesmo assim, somente em razão da militância dos pesquisadores no âmbito deste tribunal e por terem, deste modo, certificado digital apto a permitir acesso aos autos.

Assim, conforme acima adiantado, os Tribunais do Rio Grande do Sul, Santa Catarina¹⁰⁸ e Minas Gerais, que juntos somam mais da metade dos incidentes até então julgados, não permitem acesso ao inteiro teor dos processos, mas tão somente de algumas decisões judiciais (não incluindo os acórdãos) inviabilizando a análise dos argumentos trazidos pelos interessados, exceto daquilo que consta nos relatórios das referidas decisões. Além disso, no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, apesar de constar a admissão da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Amazonas como *amicus curiae*, bem como a participação de um interessado, não foi possível acessar o conteúdo dos autos, por tratar-se de processo em segredo de justiça, conforme imagem abaixo.



108 Neste Tribunal, apesar de haver publicação de tabela com informações eferentes aos incidentes em tramitação, somente há a divulgação do número dos processos-paradigma, impedindo o acesso ao IRDR, salvo duas exceções, sendo certo que o IRDR tem numeração independente do processo do qual ele surgiu, até porque, as duas exceções referidas demonstram justamente isso. Trata-se dos processos nº 1000576-74.2016.8.24.0000 e 4017466- 37.2016.8.24.0000. Entretanto, mesmo acessando o andamentos destes incidentes, observa-se não haver a disponibilização do conteúdo do acórdão, inviabilizando a pesquisa quanto ao tema ora proposto.

Com efeito, levando-se em consideração apenas os incidentes julgados no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo,¹⁰⁹ por serem os únicos nos quais foi possível uma análise mais abrangente dos processos, chegam-se às seguintes constatações: a) nos oito incidentes julgados pelo Estado de São Paulo, não houve designação de audiência públicas, tampouco a intervenção de *amicus curiae*, somente consta no IRDR nº 2059683-75.2016.8.26.0000 a participação como interessado de Marcelo Amilcar Ferreira Pena, não havendo qualquer referência a ele no acórdão, tampouco sobre eventuais argumentos que tenha apresentado, bem como no IRDR nº 2121567-08.2016.8.26.0000 a participação como interessados do Banco do Brasil S.A., Febraban - Federação Brasileira de Bancos, Banco Central do Brasil, cujos eventuais argumentos, entretanto, não foram expressamente considerados no acórdão; b) nos três incidentes julgados no Rio de Janeiro, somente no julgamento do IRDR nº 0032321-30.2016.8.19.0000 houve a consideração dos argumentos apresentados pelos *amici curiae*, nomeadamente a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Batista Barbalho dos Santos. Contudo, no IRDR nº 0018608-85.2016.8.19.0000 e no IRDR nº 0023484-83.2016.8.19.0000, em que pese constar a participação de Marcos Pereira Cardoso e FASP - Federação das Associações e Sindicatos dos Servidores Públicos no Estado do Rio de Janeiro e do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de São Gonçalo na condição de *amicus curiae*, não há expressa menção aos argumentos por eles apresentados. Deste modo, pelo menos à luz dos dados extraídos dos tribunais nos quais foi possível pesquisa mais abrangente, a mudança de perspectiva acima preconizada não parece ter acolhida pelo Poder Judiciário, conforme se infere da análise empreendida.

109 Imperioso consignar que o Tribunal de Justiça de São Paulo também não disponibiliza acesso público ao inteiro teor dos processos, mas pelo menos, permite acesso ao conteúdo do acórdão, permitindo, para os fins propostos, a análise dos dados, que se cinge à expressa referência ou não dos argumentos trazidos pelos *amici curiae* como razão de decidir do acórdão.

7. Conclusões

Após a catalogação dos dados coletados nos Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal sobre os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas processados no âmbito de suas respectivas competências, permitiu-se alcançar algumas inferências a respeito dos pontos sensíveis eleitos como objeto da presente pesquisa e que podem sugerir a necessidade de adoção de políticas públicas para aprimorar o seu tratamento.

Inicialmente, em razão de uma das principais críticas direcionadas ao instituto dizer respeito a possibilidade de sua utilização como instrumento destinado exclusivamente a imprimir celeridade na atividade jurisdicional, de modo a possibilitar a eliminação do maior número possível de processos sem o necessário tratamento individualizado, o presente trabalho, visando identificar a preponderância do interesse pelo instituto, apresentou pesquisa quantitativa, a fim de identificar os sujeitos processuais responsáveis pela instauração dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas admitidos nos Tribunais de Justiça brasileiros e constatou que dos 116 Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas nos quais foi possível a identificação do requerente, 79 (68,10%) foram instaurados de ofício; 35 (30,17%) por parte, 2 pelo Ministério Público e nenhum pela Defensoria Pública.

Assim, infere-se que o IRDR tem sido suscitado preponderantemente de ofício, e demonstrou o claro desinteresse pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública pela utilização do incidente, já que não houve qualquer pedido de instauração por esta e somente dois daquele, bem como pouco interesse pelas partes, se comparado ao número de instaurações ocorridas de ofício, parecendo possível, por conseguinte, identifica-lo como verdadeiro instrumento de gestão judiciária.

Além do problema mais amplo referente à legitimidade conferida ao Poder Judiciário para promover a instauração do IRDR, analisou-se os diversos problemas relacionados à possibilidade de deflagração a pedido do juízo de primeira instância e não obstante a existência de argumentos em sentido contrário, propôs-se uma interpretação conforme a Constituição no sentido de submeter a deflagração do IRDR à existência de processos discutindo a matéria no âmbito do tribunal

responsável pelo julgamento do incidente, na medida em que, além de evitar a utilização preventiva do IRDR, permite maior amadurecimento do debate acerca da questão antes de sua uniformização.

Esta exegese, conforme aduzido, tem o condão de influenciar positivamente toda a tramitação do incidente, na medida em que propicia a adequada delimitação da tese a ser debatida a partir de uma maior amplitude e qualidade dos argumentos esposados, bem como aumento das possibilidades seleção de processos potencialmente passíveis de afetação e, conseqüentemente, ampliação do diálogo e da participação de eventuais interessados e da sociedade civil, privilegiando, por conseguinte, o contraditório efetivo.

Além disso, pode-se observar que uma seleção precipitada de processos para afetação como representativos da controvérsia que estejam desconectados da amplitude da questão debatida, pode atentar contra a própria lógica do instituto, nomeadamente seu escopo de proporcionar segurança jurídica, na medida em que eventuais prejudicados pelo açodamento do tribunal poderiam provocar a distinção ou mesmo a superação da decisão, protelando a pacificação almejada pela utilização do IRDR.

Contudo, à luz dos dados apresentados, o delineamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas de acordo com a interpretação feita por parte considerável dos Tribunais de Justiça brasileiros não seguiu esta sorte, porquanto, excluídos os tribunais nos quais não houve a instauração de IRDR, bem como daqueles nos quais não foi possível identificar o suscitante, em nove, dentre treze tribunais, admitiu-se a instauração de incidente a requerimento de magistrados de primeira instância,

De qualquer forma, tendo em vista a importante ressalva no sentido de que os mecanismos de ampliação do debate como a adequada seleção dos processos paradigma a serem afetados e de participação democrática, como a intervenção dos interessados, a realização de audiências públicas e ampla divulgação da instauração e julgamento do IRDR, poderiam afastar a crítica, mas os dados revelaram problemas intensos nessa seara.

Quanto à delimitação do objeto, observou-se que a adequada e precisa delimitação da questão a ser submetida a julgamento a partir da

apreciação de todos os fundamentos referentes à matéria a ser uniformizada, permite a correta suspensão dos processos análogos que estejam tramitando no tribunal, impedindo que sejam suspensos processos nos quais não se discuta exatamente a questão debatida, obrigando as partes a recorrerem contra a decisão de sobrestamento, bem como a identificação da questão afetada, de modo a permitir a participação influente dos interessados, mitigando a ocorrência de divergência quando da aplicação do acórdão paradigma, o que, conforme analisado, não tem sido feito pelos tribunais brasileiros.

Outro ponto sensível objeto da pesquisa diz respeito à seleção dos processos que servirão como paradigma para o debate empreendido. Quanto a este aspecto, assentou-se a necessidade de instrução do procedimento de maneira adequada, evitando a sub-representação dos processos afetados e, conseqüentemente, a ausência de legitimidade da decisão proferida e consignou-se que a seleção de mais de um tem o condão de enriquecer o debate com o maior número de argumentos possíveis, o que permite conferir maior legitimidade na aplicação da tese jurídica fixada no julgamento do IRDR.

Contudo, a pesquisa revelou que a maioria dos tribunais brasileiros não tem trilhado este caminho, ignorando o impacto sistêmico provocado pelo julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, além de raramente empreender uma discussão madura sobre os contornos da questão jurídica debatida, limitando-se a dar continuidade à tramitação do incidente a partir do caso selecionado pelo suscitante, não havendo, inclusive, a seleção de mais de um processo-paradigma, salvo raras exceções, na medida em que dos 145 incidentes admitidos até a data da finalização da pesquisa, em 136 deles foram selecionados apenas um processo como paradigma, em sete foram selecionados dois, em apenas um foram selecionados quatro processos representativos da controvérsia e também somente em um IRDR foram selecionados três processos, colocando em cheque a legitimidade das teses firmadas nos respectivos processos, sobretudo levando-se em consideração seu amplo espectro de aplicação.

No que concerne à publicidade, observou-se a desatualização 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.

A inobservância da publicidade reverberou também da análise da participação dos interessados e da sociedade civil na tramitação e julgamento dos incidentes admitidos nos Tribunais de Justiça, impedindo que houvesse uma análise aprofundada do tema. De qualquer forma, observando os incidentes nos quais foi possível uma análise mais ampla da questão, constatou-se que na quase totalidade dos processos não houve a participação de *amicus curiae* e mesmo nos processos em que houve a intervenção do terceiro, o órgão jurisdicional não incluiu os argumentos por eles trazidos nas suas razões de decidir.

Assim, como síntese dos argumentos aqui empreendidos a partir da pesquisa que ora se apresenta, é possível inferir que Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem sido utilizado única e exclusivamente como instrumento de gestão de processos a partir da primazia conferida à eficiência e celeridade, em detrimento da promoção dos demais direitos fundamentais de caráter processual e da indevida mitigação do princípio dispositivo, culminando na desproporcional redução da participação do jurisdicionado e a demasiada ampliação dos poderes do órgão jurisdicional, em contrariedade com as expectativas que são depositadas no Poder Judiciário no contexto de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, onde a par-

ticipação popular e o respeito aos direitos fundamentais deve conformar toda atuação do Estado.

8. Referências

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

DIDIER Jr., Fredie ; TEMER, S. . A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo* , v. 258, p. 257-278, 2016.

GONCALVES, G. F. M. ; DUTRA, V. B. . Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa* , v. 208, p. 189-202, 2015.

GRECO, Leonardo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no processo do trabalho*. Palestra proferida em 2 de junho de 2016 na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região no Rio de Janeiro.

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.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, L. C. P.. Ações Coletivas e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, p. 127-161, 2017.

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.

NUNES, Dierle José Coelho; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho; WERNECK, Isadora Tofani Gonçalves Machado; FREITAS, Laura. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooperação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. In: Paulo Henrique dos Santos Lucon; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). *Panorama atual do Novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito*, 2017, v. 2, p. 121-146.

ADOLESCÊNCIA, JUSTIÇA RESTAURATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS: CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DE ESTIGMAS E DA CONFLITUOSIDADE

Renan Cauê Miranda Pugliesi

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretendeu pautar-se na multidisciplinariedade, com enfoque em questões atinentes à área da Infância e da Juventude, pautando-se no ECA e na Constituição Federal, principalmente diante da realidade vivenciada no Brasil, em que a exclusão social se acirra, os discursos são cada vez mais punitivistas, a realidade do jovem em conflito com a lei está cada vez mais semelhante à do adulto encarcerado e as perspectivas de melhora são minguadas, não havendo reais expectativas de que estes adolescentes possam ser reeducados e passem a integrar a sociedade.

Assim, o objetivo principal do trabalho foi demonstrar que a visão que se têm do problema que envolve o adolescente em conflito com a lei tem se mostrado limitada, havendo a necessidade de se superá-la para alcançar uma *visão global*, ou seja, permitindo que se vislumbre o problema num aspecto mais amplo, de forma que se perceba que o objetivo no tratamento do jovem infrator deve ser gerar novas perspectivas, desconstruir algumas falsas impressões da realidade, demonstrar que existe sempre um alternativa de mudança, criando estímulos para

tanto, através da música, esporte e educação, bem como através da inclusão e empoderamento do jovem quanto às questões relevantes da própria vida, (re)educando-o quando entra em conflito com a lei, mas atuando também de forma a prevenir que a infração aconteça.

Para atingir tal finalidade, fez-se uso do método dedutivo, para o fim de evidenciar alguns dos conceitos básicos que circundam o adolescente e sua relação com o Direito, para depois buscar-se uma solução específica ao problema. Além disso, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica indireta, com a consulta a livros, artigos e demais produções científicas.

1 ADOLESCENTE, ATO INFRACIONAL E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Entre as situações mais complexas envolvendo o Direito está o trato do adolescente, em conflito com a lei ou com os demais membros da sociedade, principalmente diante do pensamento social que abraçou certos discursos sensacionalistas e punitivistas, marcados pelo preconceito e sob tons de exclusão, notadamente racial e social.

Não fosse assim, as maiores referências da população quanto ao jovem em conflito com a lei não seriam a FEBEM, Fundação Casa, ou a imagem da falência do sistema de justiça pela não punição do menor. Desconhece-se o ECA – a seguir tratado –, para se apoiar nos estereótipos mais comuns e dignos de repreensão: “bandidinho”, “futuro bandido”, “futuro encarcerado”, dentre muitos outros.

Vivencia, o jovem no Brasil – principalmente da classe mais pobre –, um verdadeiro sentimento de exclusão, tendo suas opiniões e a si próprio largados nas sarjeta do esquecimento, nas sombras do mais cruel preconceito, à mercê da própria sorte, sem voz. Seus desejos, vontades, anseios são constantemente negados, desde os mais simples bens materiais, aos mais caros sonhos e esperanças.

Diante dessas constatações iniciais, primeira coisa que se apresenta como digna de destaque é que, diferentemente do que prevê o artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, que não faz qualquer distinção entre criança e adolescente, enquadrando todos na mesma categoria, o ordenamento jurídico pátrio traz uma diferencia-

ção própria, por não considerar que todas as pessoas com até dezoito anos podem ser enquadradas no mesmo grupo, que agem e devem ser tratadas da mesma forma. Assim, o art. 2º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que *criança* é aquela pessoa com 12 anos incompletos, considerando como *adolescente* a pessoa entre 12 e 18 anos.

Agiu bem o legislador pátrio, pois é preciso diferenciar a situação da criança e do adolescente. Aquela possui pouca compreensão acerca de moralidade e, conseqüentemente, das complexas normas de comportamento que regem a sociedade, enquanto que este, mais bem desenvolvido, é capaz de melhor compreender suas ações e as conseqüências delas advindas. Da mesma forma, há que se diferenciar o adolescente do adulto, pois aquele ainda não se encontra – em tese – em estágio de desenvolvimento completo, não podendo ser punido como um adulto que compreende suas ações de forma plena.

Embora tais parâmetros sejam marcados por uma certa dose de arbitrariedade legislativa, tal medida se mostra salutar com vistas a tratar diferentes e ímpares fases da vida de acordo com suas peculiaridades. Além do mais, ainda que se possa questioná-la – e se o legislador tinha conhecimento disso –, há certo fundamento biológico para a distinção, conforme discorrido por Salvador Nogueira (2007, s.p.). Segundo o autor, “é possível dividir a vida cerebral em várias etapas: a fase infantil, que dura mais ou menos até os 12 anos, a fase do cérebro adolescente, a fase adulta e uma ligada à terceira idade”.

Nesse sentido:

O cérebro infantil, como todo mundo que convive com criança pequena sabe, é incansável. Tudo é motivo para alegria ou tristeza, as emoções afloram com facilidade e, de uma forma geral, a capacidade racional é ofuscada pela confusão e por uma profusão de sensações diferentes. Não é à toa. Embora a genética e o desenvolvimento já forneçam um padrão de organização para o cérebro, com regiões diferentes servindo a propósitos diferentes, elas ainda não tiveram tempo e experiências suficientes para se fixarem no cérebro. Isso equivale a dizer que, nesse ponto do tempo, o córtex da criança (região mais externa do

cérebro, responsável pelas funções cognitivas) é praticamente um livro aberto (NOGUEIRA, 2007, s.p.).

Nogueira (2007, s.p.) explica como se dá o desenvolvimento cerebral: o cérebro infantil conta com um grande número de sinapses – espécie de ponte de conexão entre os neurônios –, o que significa grande número de possibilidades vislumbradas pela criança, mas nada certo e consolidado. No entanto, a partir da adolescência, as sinapses em excesso passam a diminuir, restando aquelas que foram mais utilizadas ao longo da infância, havendo o início da consolidação do desenvolvimento cerebral, cada parte em seu ritmo. Assim, é apresentada justificativa biológica para a diferenciação entre criança e adolescente, havendo coerência por parte do ECA, que trata diferentemente situações distintas.

Atente-se, ainda, que a legislação interna, com intuito de garantir maior proteção, dispôs além da própria Convenção, ao trazer uma diferenciação mais apta a lidar com as diferentes fases da vida do ser humano. As diferenças acabam por abranger, inclusive, o âmbito penal, uma vez que seria desproporcional tratar uma criança, em termos de cobrança quanto à compreensão das normas jurídicas – e até mesmo normas sociais –, da mesma forma que os adolescentes – e o mesmo no que diz respeito ao adolescente diante do adulto.

Ainda assim, algumas similitudes se perpetram, conforme se percebe da análise do artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que, ao tratar do conflito da criança e do adolescente com a lei, mais propriamente no cometimento de atos considerados crimes ou contravenções penais, atribui uma nomenclatura própria, qual seja, *ato infracional*. Ou seja, “[...] toda conduta praticada por criança ou adolescente que se amolde à figura típica de um crime previsto no Código Penal ou em leis extravagantes, ou a uma contravenção penal, configura-se como ato infracional” (BANDEIRA, 2006, p. 26-27).

Entretanto, as semelhanças, a nível normativo, se encerram aí, pois as consequências do cometimento do ato infracional serão distintas para os dois personagens principais do ECA. Para as crianças, a infração à lei penal ocasionará a aplicação das *medidas de proteção* previstas no artigo 101 do ECA, podendo-se inferir, da própria expressão, que

o enfoque principal da medida será de proteção, cuidado. Por outro lado, para os adolescentes, haverá a aplicação das famigeradas *medidas socioeducativas* – que, em verdade, não impede a aplicação das medidas de proteção, se se mostrarem adequadas –, de sorte que estas não se resumem à internação, sendo ela apenas uma das medidas – e a mais grave – do rol previsto no art. 112 da lei.

No que diz respeito ao ato infracional, lembra a doutrina que o legislador não foi leviano ao atribuir tal nomenclatura, como se esta fosse um mero eufemismo, mas pautado numa finalidade: de elaboração de uma norma especial que busca enfatizar a natureza extrapenal da matéria, assim como o caráter especial do atendimento prestado ao adolescente em conflito com a lei (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, p. 155). Assim, por não se tratar de crime nem contravenção propriamente, ao menos tecnicamente, não há que se falar em pena, mas em medida socioeducativa, que visa, em última instância, reeducar o adolescente para que se adeque às normas sociais.

O ECA trouxe o rol de medidas socioeducativas a serem aplicadas ao adolescente em conflito com a lei, estabelecendo verdadeira graduação entre elas, da mais branda à mais gravosa:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade [*sic*]; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

A graduação prevista no artigo deve ser proporcional à infração cometida pelo adolescente. Isso porque, embora não seja uma pena, em si, tem-se uma medida que, de alguma forma, representa o poder coercitivo estatal, sendo desarrazoado que se interne um adolescente, limitando sua liberdade, diante do cometimento de um ato infracional leve e ocasional, algo que poderia trazer sérios prejuízos, em vez de educar.

As previsões do ECA trilham nesse sentido, conforme se observa do § 1º do art. 112 do ECA, o qual informa que a medida

aplicada ao adolescente levará em conta determinados requisitos, quais sejam, a capacidade do jovem de cumpri-la, bem como as circunstâncias que cercaram o cometimento do ato infracional, além da gravidade deste. Ou seja, deve atender aos imperativos do próprio microsistema do ECA, tendo em vista a proteção e o melhor interesse do adolescente.

A propósito, o ECA foi pensado e elaborado com um só objetivo, qual seja, a proteção da criança e do adolescente, em consideração à hipossuficiência e vulnerabilidade fática destes, em razão da tenra idade e, de certa forma, diante de sua incompleta inserção na sociedade – algo que se dá normalmente com o trabalho, diante dos primados do capitalismo regente das relações sociais –, vulnerabilidade esta que, em decorrência, se faz também jurídica.

Contudo, o ECA retirou fundamento jurídico e lógico da Constituição Federal, com destaque para o art. 227, que consagrou o princípio da *prioridade absoluta da criança e do adolescente*, base axiológica fundamental para o estudo, a compreensão e a aplicação das normas que visam a proteção da criança e do adolescente.

Nesta linha, para evidenciar a amplitude de tal princípio, não ignorando uma função sistematizadora, a doutrina traz uma subdivisão deste, que está consubstanciada na *doutrina da proteção integral* e no *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente* (ISHIDA, 2015, p. 2). Essas seriam as duas normas basilares, verdadeiros princípios específicos regentes do ECA e decorrentes daquele previsto na Constituição, que devem se fazer presentes em toda e qualquer interpretação e aplicação em situações que digam respeito aos direitos e garantias da criança e do adolescente.

A doutrina da proteção integral refere-se ao necessário reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes, de acordo com o artigo 3º da Lei 8.069/90; tem-se a necessidade, normatizada, de se analisar as situações sob um prisma distinto, com escopo de garantia e efetivação dos direitos fundamentais dessa classe de pessoas. Já o princípio do melhor interesse, de acordo com o artigo 3º, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, significa que em todas as medidas relativas às crianças – em sua acepção utilizada pela Convenção, que tem por criança aquela pessoa de até 18

anos incompletos –, terão consideração primordial os interesses superiores desta (ISHIDA, 2015, p. 2-4).

A despeito disso, no que diz respeito às medidas socioeducativas, é preciso notar que tais medidas, por mais que sua previsão seja pioneira e louvável nas intenções, têm se mostrado ineficazes, havendo sempre um apelo pela medida de internação, que deveria ser a *ultima ratio*. A busca da população pela punição e segregação do adulto, imersa no sensacionalismo e nas ilusões do discurso punitivista, bem como a forte sensação de insegurança e impunidade que se prolifera a cada dia, são fatores de influência no que diz respeito ao tratamento e na imagem que a sociedade constrói acerca do adolescente em conflito com a lei – ocasionando, inclusive, a insistente volta da temática da redução da maioridade penal à agenda política brasileira, medida que tem o apoio da grande maioria da população.

Para simbolizar a ineficácia da forma como os atos infracionais têm sido enfrentados no Brasil, traz-se alguns dados. De acordo com levantamento do Conselho Nacional do Ministério Público (2019, p. 26-28), em 2018, o Brasil contava com 16.161 vagas para internamento de adolescente por tempo indeterminado. Entretanto, o sistema contava com 18.086 adolescentes internado, um déficit de 1925 vagas, ou seja, uma taxa de lotação de 111,91%, além de 2011 jovens na “fila de espera”.

Os dados demonstram o apego à medida de internação, inclusive com excesso de demanda ante as vagas existentes. Tudo isso sem contar a prática do dia a dia dos fóruns, em que a internação é vislumbrada como a primeira *ratio*, mas a ausência de vagas leva os profissionais do Direito a buscarem outras medidas alternativas – uma inversão da lógica de aplicação.

É esse o panorama brasileiro, de patente afronta aos direitos do adolescente, presentes não apenas no ECA, mas na Constituição Federal – e, claro, em tratados internacionais –, bem como de proliferação e perpetração de discriminação, preconceitos e estigmas, com a busca desenfreada pela tirada do jovem da sociedade, da família e da escola, relegando-o à miséria, à exclusão e ao aprisionamento – não a nível técnico, mas pragmático –, algo que se dá através das medidas que cerceiam a liberdade.

2 O ADOLESCENTE E SUA PECULIAR REALIDADE ENQUANTO SER EM FORMAÇÃO

Esse estado do sistema de interação pode significar a perpetuação de certa situação de exclusão, marginalização e preconceito, mas a pretensão é que seja uma via para a desconstrução de todos esses males. Afinal, o sucesso na reeducação e em proporcionar melhores oportunidades ao jovem, incluindo-o na sociedade, dando-lhe voz, participação ativa e concretizando seus direitos mais elementares, principalmente a dignidade humana, auxilia a formar um cidadão incluído democraticamente no seio da sociedade, evitando-se a “construção” de uma personalidade voltada ao crime. Quer-se evitar que o “mais um” nas estatísticas da medida de internação passe a integrar, no futuro, as estatísticas da superlotação carcerária.

Além disso, é preciso sempre ressaltar que não é somente situações de pobreza e miséria que dão origem ao conflito do adolescente com a lei. Ao contrário, muitos dos mais abastados, diante dos sacrifícios que fazem para chegar a essa condição, acabam por atrair para o seio familiar muitos problemas, de alienação a violência, impactando de forma decisiva na vida do adolescente.

Nessa linha de intelecção, cabe salientar a perspectiva trazida por Amstutz e Mullet (2012, p. 29), que se aprofundam nos motivos pelos quais a criança e adolescente acabam por ter condutas desviadas do que a sociedade prega como ideal. Assim, ao tratarem da criança num sentido amplo, nos termos da Convenção supramencionada, expõem que:

Sabemos que as crianças se comportam mal por variados motivos. Elas podem não ter aprendido ainda a diferença entre certo e errado. Podem estar perturbadas, desestimuladas, ou se sentindo rejeitadas. Talvez se sintam impotentes diante de alguma situação. Ou podem estar simplesmente passando por uma fase própria da idade – o mau comportamento muitas vezes está associado a estágios de crescimento específicos. Mas, mesmo que a maioria das crianças siga padrões gerais de desenvolvimento semelhantes, nem sempre entram e superam essas fases ao mesmo tempo. Cada criança tem seu próprio ritmo de de-

envolvimento interno e, portanto, cada uma delas progride em seu próprio tempo.

De fato, muitas são as transformações e questões delicadas vivenciadas durante a adolescência, havendo sempre muita pressão pela vida adulta que se aproxima, inclusive do ponto de vista neurobiológico e psicossocial, como já destacado. Ao mesmo passo, a orientação dos pais está cada vez mais escassa, ou mesmo ausente, diante das demais circunstâncias que cercam o seio familiar e comunitário. É quase inevitável trazer as noções de modernidade líquida de Bauman (2001, *passim*), que destaca justamente o individualismo exacerbado e o distanciamento das pessoas, algo que, sem dúvida, potencializa os diversos sentimentos vivenciados pelo adolescente, principalmente diante de uma situação em que a família não se faz presente.

Embora, obviamente, a questão da criminalidade não esteja intrinsecamente relacionada à condição social, esta, por vezes, acaba por implicar numa série de carências e problemas, muitas das quais acabam advindo da própria sociedade, excludente e preconceituosa por si só. Não se está aqui nem querendo justificar a criminalidade, muito menos reforçar o preconceito social que a envolve, mas apenas destacar que, numa fase já muito sensível, as carências, a miséria, a exclusão e os sentimentos daí advindos geram um contexto propício para as atividades delituosas, extremamente difícil de ser superado.

Irene Rizzini (2011, *passim*), através de estudo aprofundado, partindo de uma análise histórica da criança na sociedade brasileira, constatou que, após muito tempo, a elite brasileira deu luz à pretensão de que a criança poderia ter ímpar relevância para a reconstrução e reforma do Brasil, em busca de um país culto e civilizado. Através dessa “constatação”, vislumbraram a necessidade de sanear e civilizar o país, através da imposição de uma moral a determinadas crianças, de acordo com a tipificação que lhes fosse atribuída: se fossem frutos da pobreza, cabia o “assistencialismo”, que por meio desse eufemismo pregava a ampla intervenção do Estado em busca da “restauração da ordem social”, em franca política higienista e excludente, chegando, por diversas vezes, à internação do “delinquente”, do jovem pobre.

Como se percebe, há uma forte relação histórico-social para a exclusão do jovem atualmente. Com as devidas ressalvas, a pretensão higienista – de uma sociedade “limpa da delinquência” (ou, de forma mais franca, livre da pobreza) – continua a pautar muitos dos discursos que vêm diariamente à tona, encabeçada pela mídia e por pretensas elites, que tentam sedimentar cada vez mais discursos racistas, preconceituosos e excludentes.

Além dessas questões, ganha destaque a figura do *bullying*, que pode ser definido como “toda e qualquer forma de agressão intencional praticada repetidamente e adotada sem motivo real por uma ou mais pessoas contra outro, causando-lhe uma extrema angústia (SOARES, 2013, p. 53). São as provocações, a exaltação vexatória de uma característica, o preconceito em forma de “brincadeira” e menosprezo, que causa intenso sofrimento à vítima, ocasionando os mais variados sentimentos: ódio, rancor, anseio por vingança, depressão, infelicidade consigo, vergonha de si, autoimagem de desprezo, sentimentos que levam à construção de um ser em conflito consigo e agressivo.

O *bullying*, embora cada dia mais comum nas escolas públicas e privadas de nível fundamental e médio, tem sido ignorado e/ou não admitido por muitas instituições de ensino, havendo também casos daquelas que o desconhecem ou se negam a enfrentá-lo (SOARES, 2013, p. 53). Contudo, é preciso que a instituição, com o apoio da família e da comunidade, assuma posição proativa, buscando a efetiva reeducação do adolescente, trazendo, se preciso, novas perspectivas a este, algo essencial para novos recomeços.

3 CAMINHOS PARA A REEDUCAÇÃO: (RE) CONSTRUINDO PERSPECTIVAS

Diante da necessidade de inculcar no jovem novas perspectivas, trazendo novos tons a uma vida marcada, por vezes, pelo estigma, violência, ou mesmo o *bullying* nas escolas, desponta, como exemplo de sistemática de enfrentamento à situação de adolescente em conflito com a lei, a figura da *justiça restaurativa*.

De forma simplificada, a justiça restaurativa é um modelo alternativo de justiça, que centra sua preocupação não na ideia de “repres-

são-medo-prevenção”, como se dá no modelo retributivo, mas com a tríade “dano-reparação-prevenção”, considerando como prioridade os interesses, necessidades e expectativas da vítima no que atine à reparação do dano sofrido, a honesta e voluntária reabilitação do infrator e a busca do bem-estar geral da comunidade (CHÁVEZ, 2016, p. 30). Trata-se de enfrentar os males do crime ou ato infracional num viés não apenas processual, com vistas à punição, mas permitir o diálogo para que a haja a restauração, inclusive psicológica, dos envolvidos, possibilitando que superem o evento traumático.

Nessa linha, poderia se falar em *disciplina restaurativa*, a ser aplicada nas escolas através do diálogo, buscando prevenir ou refrear o mau comportamento, de forma a ensinar reações mais positivas às diversas situações de tensão, que deem suporte à vida do jovem. É uma forma de prestar apoio não somente àquele prejudicado pelo mau comportamento, mas a todos os demais envolvidos na situação geradora do dano, algo que se dá com aplicação de metodologias envolvendo o amplo diálogo, buscando conhecer os envolvidos, para que possam se manifestar e assumir as responsabilidades de seus atos, através da reflexão pessoal. Cria-se, assim, um ambiente de solidariedade e compreensão mútua (AMSTUTZ; MULLET, 2012, p. 28).

Nessa linha trilham os ensinamentos de Brenda Morrison (2005, p. 297), ao expor que a escola pode ser um ambiente de muitos traumas na vida do adolescente, mas também um ambiente apto a potencializar a reconstrução:

A conclusão para a justiça restaurativa é que através da construção da capacidade de estimular relações de companheirismo entre estudantes, as escolas podem abordar os sentimentos de alienação e desesperança que alguns estudantes sentem. A evidência sugere que a base do bem-estar individual, da resiliência, do desenvolvimento social e da cidadania produtiva é nutrir relações positivas dentro da comunidade escolar e da comunidade mais ampla. As teorias que apóiam [*sic*] a prática de justiça restaurativa têm, de diferentes modos, realçado a influência recíproca entre os indivíduos e os grupos na construção de uma cidadania responsável e zelosa.

A abordagem restaurativa tem sido aplicada, em verdade, nos mais diversos âmbitos: desde a justiça criminal, chegando a escolas, locais de trabalho e instituições religiosas. Inclusive, muitos defendem a ideia de que tais práticas, como os *círculos restaurativos*, por exemplo, possam ser usadas para trabalhar e resolver os conflitos em geral (ZEHR, 2012, p. 14). É o que vislumbra Kay Pranis (2010, p. 16), ao descrever que os círculos restaurativos têm sido utilizados para restaurar a paz em bairros, após a ocorrência de um crime, bem como nas escolas, locais de trabalho e no âmbito da assistência social, sendo uma ferramenta multifacetária.

Tais lições valem, igualmente, para o processo de apuração do ator infracional, em que o adolescente se vê no polo passivo da pretensão coercitiva do Estado, momento em que há grande pressão e muitos são os sentimentos que se forma, bem como as realidades que se constroem. Não é incomum que o adolescente se sinta injustiçado, principalmente por não ter voz e participação ativa no processo. Nesse sentido, um procedimento em que há sua participação efetiva se mostra como um caminho para superar tal problemática.

Deveras, a ideia de um procedimento consensual para menores infratores já vinha sendo defendida pela doutrina, pautada na utilização, pelo juiz, de estudo psicossocial realizado por equipe interprofissional (art. 150 do ECA), a fim de conhecer a história do jovem e de sua família, estudando o caso, com o intuito de, juntamente com os demais atores, encontrar a medida socioeducativa adequada ao adolescente. Assim, buscar-se-ia a medida de caráter preponderantemente pedagógico, oferecendo ao jovem a oportunidade de conhecer seus limites e se afastar do mundo do crime (BANDEIRA, 2006, p. 63-64). Além disso, o fato de incluir o jovem na tomada de decisão é ponto nevrálgico, pois implica em que ele reconheça o seu erro e compreenda sua gravidade, obtendo parâmetro para, em conjunto, discutir acerca da medida mais adequada.

Embora não fosse a justiça restaurativa propriamente dita, verificasse-se, indiscutivelmente, um pouco de sua essência. Na linha de Bandeira (2006, p. 74-75), seria posição de abandono parcial do sistema antigo, de repressão e quase nenhum benefício ao adolescente, para um mais consentâneo com seu desenvolvimento, pautando-se pelo consenso.

O métodos restaurativos vão além, pois não apenas possibilitam a aplicação da melhor medida socioeducativa a determinado adolescente, mas também permitem que este possa participar ativamente do processo, dialogando com a vítima e com os demais atores processuais. Almeja-se, assim, uma restauração do próprio adolescente, que se verá diante do sofrimento causado e de todos os sentimentos que o acompanham, desconstruindo certas formulações e proporcionando maiores chances de que este compreenda seus atos, aceitando suas consequências e buscando a reparação do dano e seu aprimoramento como cidadão.

Apesar desse recorte, dando-se uma atenção especial à justiça restaurativa, inclusive para lidar com o *bullying*, e principalmente por ser um instrumento democrático, que pode ser utilizado por qualquer um – com certa técnica, obviamente –, mas que não tem padrões complexos e um engessamento metodológico, é preciso ter em mente que essa modalidade de justiça, por si só, não está apta a resolver os complexos problemas envolvendo o adolescente em conflito com a lei. Nesse sentido, as políticas públicas e o envolvimento social são primordiais na construção de perspectivas de vida, algo que, em última análise, impulsiona o ser humano para o desenvolvimento enquanto indivíduo e enquanto ser social.

Aproveitando-se dos estudos de Carl Hart (2014, *passim*) acerca de neurociência e drogas, é possível analisar a questão do envolvimento do jovem com a criminalidade e a criação de *estímulos*, ou seja, a possibilidade de se proporcionar ao jovem outras possibilidade que não o envolvimento com o crime, de forma que estas novas vias se apresentem como mais vantajosas que aquela delituosa, não se dispensando, eventualmente, a participação do corpo social, da família e do Estado não somente na criação dos estímulos, mas na importante missão de criar reforços positivos, como se fossem recompensas por estar, o jovem, nesse e não naquele caminho.

É nessa perspectiva que não somente a justiça restaurativa, mas políticas públicas de incentivo ao esporte, à permanência na escola e, é claro, o envolvimento com a música, são instrumentos aptos para apresentar ao jovem novas perspectivas quanto à vida e novos caminhos a serem trilhados.

Diante disso, a proposta que surge dos estudos aqui apontados é multidimensional, uma vez que engloba uma relação necessária entre

diversos métodos para que novas perspectivas sejam criadas ao adolescente. O objetivo é que o jovem em situações de conflito com lei penal, que estão suscetíveis a elas diante do ambiente em que vivem, ou que vivenciam conflitos diários com demais membros da sociedade, não assumam o personagem criado pela sociedade excludente, a figura do “futuro criminoso” e todos os demais estereótipos que são diariamente reforçados, mas que vislumbrem algo além disso, seja através da participação em encontros restaurativos, algo que depende de sua vontade de dialogar e assumir o controle de determinados aspectos da sua vida, decidindo pela participação nessa modalidade de encontro, ou através de políticas públicas que criem estímulos, novas vias para uma vida distante da criminalidade e conflitos traumatizantes.

CONCLUSÃO

A situação envolvendo o jovem no Brasil é altamente delicada. A estrutura que se criou pouco auxilia em seu desenvolvimento, principalmente se este adolescente integrar as camadas mais pobres da população, pois, então, será relegado à marginalização e à exclusão, fatores que apenas se agravam ao entrar em conflito com a lei, cometendo um ato infracional. A partir daí, a exclusão só se acentua, panorama que não é alterado com a aplicação da medida socioeducativa, principalmente diante da consciência que se criou na sociedade e no mundo jurídico, de que a resposta ao problema é restringir a liberdade do adolescente.

De outra sorte, a neurociência e a psicanálise explicam a delicadeza da situação que envolve o desenvolvimento do adolescente, com consequências psicológicas que influenciam em seu comportamento e o torna suscetível a ser impactado pelas mais diversas situações, algo que não pode ser desconsiderado. Por outro lado, muitos são os fatores, inclusive sociais, que refletem no comportamento do adolescente, inclusive algumas vivências na escola, como no caso do *bullying*.

Tendo isso em mente e buscando uma solução, a adoção de métodos restaurativos para a inclusão do jovem no que tange aos mais variados aspectos da vida e visando dar novas perspectivas à vida, associada à criação e efetivação de políticas públicas inclusivas através

da música e do esporte, por exemplo, gerando estímulos àquele que construiu uma visão determinista acerca do mundo – nos caminhos da criminalidade, longe das escolas e do seio social –. parece ser um caminho promissor, um primeiro passo na direção de uma sociedade inclusiva, que não esteja pautada unicamente na exclusão do jovem através das medidas socioeducativas de limitação da liberdade.

REFERÊNCIAS

- AMSTUTZ; Lorraine Stutzman; MULLET, Judy H. **Disciplina restaurativa para escolas**: responsabilidade e ambientes de cuidado mútuo. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- BANDEIRA. Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dent. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRASIL. Constituição federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- CHÁVEZ, Reyley Rodríguez. **Justicia restaurativa**: bases para la reforma del Poder Judicial peruano a partir del programa de prevención ‘Justicia, Paz y Seguridad’. 1ªed. Lima: Essentia Iuris, 2016.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros**. Brasília, 2019. Disponível em:<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/LIVRO_PROGRAMAS_SOCIOEDUCATIVOS_WEB.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020

- DIGIÁCOMO, Murillo José. DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6^a ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_anotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- HART, Carl. **Um preço muito alto**: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução de Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.
- MORRISON, Brenda. Justiça restaurativa nas escolas. In: SLAKMON, Catherine; et al. **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 297-322.
- NOGUEIRA, Salvador. As idades do cérebro. Pode ir se preparando: nossa organização cerebral passa por reformas periódicas ao longo dos anos. E cada região do córtex envelhece num ritmo diferente. In: **Revista Galileu**, edição 191, junho de 2007. São Paulo: Editora Globo, 2007. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0,,EDG77438-7855-191-1,00-AS+IDAS+DO+CEREBRO.html>>. Acesso em: 03 abr. 2020.
- PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SOARES, Alexandre Saldanha Tobias. **A responsabilidade civil das instituições de ensino em relação aos efeitos do bullying**. 1.ed. Curitiba/PR: J.M. Livraria Jurídica e Editora, 2013.
- ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: teoria e prática – série da reflexão à ação. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

AS (NOVAS) MEDIDAS EXECUTIVAS E AS LIMITAÇÕES DE SUA APLICAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA

Nicole Fontes Pinheiro de Lima

Taís Batista Fernandes Braga

INTRODUÇÃO

Na atualidade a tutela jurisdicional do Estado acaba muitas vezes não atingindo sua finalidade de garantir que o processo seja justo, célere e efetivo aos interessados. A justeza é característica faltante quando ocorrem arbitrariedades e excessos. A celeridade e a efetividade se perdem na ineficácia dos meios que geram demora em coletar bens para a satisfação, ocasionando a suspensão do processo.

O sentimento de ineficácia está em vias de ser modificado pelas novas medidas que o magistrado poderá adotar para que satisfaça o direito do exequente; porém, isso será às custas dos direitos do executado? No decorrer do artigo, o assunto será tratado com cautela, mas de antemão se destaca a necessidade, já costumeira quando tratamos do Judiciário, da ponderação processual e constitucional, de princípios, normas, direitos e garantias.

A regra em que se baseia o estudo do presente texto, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), que traz expressamente a ampla possibilidade de aplicação das medidas executivas atípicas, já existia no revogado Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) de forma mais restrita quanto ao âmbito de utilização.

A jurisprudência, já na tentativa de melhorar a efetividade da execução do processo para trazer satisfação às suas decisões, vem aplicando os meios coercitivos atípicos como subsidiários das medidas típicas previstas no Código Processual, caso contrário, sabe-se que violar-se-iam os direitos do executado e se contrariariam, completamente, os preceitos processuais e constitucionais.

O objeto do presente estudo são as limitações que os juízes devem respeitar na aplicação dessas novas medidas, gerais e específicas, pertinentes à Fazenda Pública, em razão de seu regime jurídico específico lastreado no interesse público.

1. Tutela Jurisdicional na Fase de Execução

É necessário que sejam estabelecidas, primeiramente, as noções iniciais e gerais da execução. Cabe ressaltar que ela sofreu algumas alterações do CPC/73 para o atual, porém nada que modificasse sua razão de ser.

Deve-se resumir a execução como satisfação de prestação devida, podendo ela ser espontânea (quando voluntária) ou forçada (quando praticados atos executivos pelo Estado). É raro no ordenamento jurídico brasileiro a execução espontânea, sendo a execução forçada e judicial a regra, com todo o seu procedimento em contraditório (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 45).

Quando se trata da execução, alguns princípios gerais do processo devem ser observados, pois se trata da segunda parte do processo, quando sincrético, ou, ainda, de processo autônomo para que aquilo que foi certificado seja efetivado, ou seja, é a atividade de transformação de título executivo em realidade prática (CÂMARA, 2017, p. 277).

Um deles é a duração razoável do processo, que está estabelecida na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LXXVIII, que dispõe “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”(BRASIL, 2016). Isso significa que o processo como um todo deve observar a celeridade, tanto no conhecimento quanto na execução. O Judiciário e as partes, conforme o princípio da coo-

peração, devem atuar de forma a que o processo tenha seguimento, evitando-se morosidade desnecessária.

Se a efetividade decorrente da decisão não ocorrer em tempo hábil e razoável, constatar-se-á injustiça, porque o processo justo e efetivo é caracterizado pela satisfação alcançada em tempo satisfatório com a atuação do juiz e das partes em conjunto (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 65).

O artigo 4º, do CPC/2015, discorre que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”(BRASIL, 2015), o que revela, ainda mais, o fato de ser a duração razoável aplicável tanto no conhecimento, quanto na execução. Garantia pouco observada na prática jurisdicional, pois há muitos obstáculos quando se inicia a satisfação da prestação.

Consoante discorre Campos (2018, p. 62-63), essa efetividade corresponde à eficácia social, por tratar da análise do comando normativo e o que realmente ocorre na prática diária do Judiciário. Se este comando normativo for cumprido, tem-se caracterizada a efetividade; todavia, com base nos dados quanto às execuções do Justiça em Números de 2019 oriundo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sabe-se que há delonga de, em média, quase 6 anos para que a norma surta efeito e concretize a decisão, o que não se compatibiliza com a necessidade de celeridade na prestação jurisdicional (CNJ, 2019).

Outro princípio é o da eficiência, que está estabelecida no artigo 6º do CPC/2015, que dispõe “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”(BRASIL, 2015). Isso significa que para que o processo seja eficiente deve haver cooperação. Este princípio também está previsto expressamente no artigo 8º do CPC/15, “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”(BRASIL, 2015).

Segundo o princípio da eficiência, devem ser utilizados os meios necessários para que sejam alcançados os fins do processo satisfatoriamente (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 112-113). Esses meios a serem escolhidos serão alvo de análise posterior no presente artigo, todavia

são medidas que o juiz adota a fim de tornar concreta a prestação devida, buscando até quando for possível a eficiência da atividade do Poder Judiciário. Assim, necessária a análise dos poderes do juiz quanto a tais meios e como eles podem auxiliar a devida satisfação do processo.

2. Poder Geral de Efetivação

O CPC/2015 trouxe tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, que, conforme Didier Júnior (2017, p. 100), é um “poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta.”

Esse poder está consagrado, de forma geral, no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (BRASIL,2015).

Essa cláusula geral traz a atipicidade dos meios executivos, o que significa que, à luz do caso concreto, serão adotadas, conforme o princípio da adequação para a efetivação da decisão judicial, sendo seu objetivo o auxílio na concretização do direito fundamental à tutela executiva (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 599-600).

Esse poder geral de efetivação está sujeito a limites processuais e constitucionais, devendo haver atenção aos direitos das partes. O magistrado não está adstrito à medida executiva proposta, possível, portanto, a mitigação da regra da congruência objetiva, pois pode ser requerida medida ineficaz, excessiva ou até não ser requerida, deste modo, autorizando atuação de ofício (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 117-118).

Theodoro Júnior (2018, p. 263-264) também se refere a esse poder e coloca que o juiz, ao determinar tais medidas, visa garantir o cum-

primimento da obrigação, levando em consideração os direitos de exequente e do executado, além de ser interferência mais ativa na construção do ordenamento jurídico para viabilizar a justiça efetiva (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 102), o que exige o estudo de medidas executivas, típicas e atípicas, além dos limites da atipicidade para aplicação, analisando-as sob um viés constitucional e processual, geral e específico.

3. Medidas Executivas

Nota-se que “o chamado princípio da tipicidade dos meios executivos foi cedendo espaço ao chamado princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 100), e, como já visto, *há previsão expressa para tal no Brasil*.

Existem medidas executivas típicas e atípicas; as primeiras são aquelas previstas na legislação; e as segundas, as adequadas ao caso concreto, mas sem previsão expressa.

As medidas atípicas são como apoio, não estando o magistrado restrito às típicas, na hipótese do caso em análise necessitar. Todavia, é imperioso ressaltar que a atipicidade é subsidiária, devendo *prima facie* utilizar dos meios típicos de execução (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 106). E, nesse sentido, Theodoro Júnior (2018, p. 264) preleciona que “a aplicação do art. 139, IV, portanto, deve ocorrer em caráter extraordinário, quando as medidas ordinárias se mostrarem ineficazes.”

Outrossim, conforme Didier Júnior (2017, p. 111), a escolha desses meios “deve pautar-se nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, bem como nos princípios da eficiência e da menor onerosidade da execução.” Em consideração a isso e ao entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conclui-se que o juiz não pode de maneira arbitrária estabelecer tais medidas; elas devem ser fundamentadas e necessárias à satisfação da tutela executiva, assim como deve ser verificada a ocultação de patrimônio, caracterizando a má-fé.

Nos casos concretos normalmente, em relação à quantia certa, busca-se o crédito diretamente e mediante pesquisas eletrônicas, havendo ainda a possibilidade de, por exemplo, busca e apreensão.

São amplamente utilizados na busca por patrimônio para satisfação de crédito a penhora on-line, buscas nos sistemas on-line de pesquisa BacenJud, Renajud e Infojud, e, também, a apreensão de bens móveis e imóveis quando possível.

Verifica-se que, para que a regra da atipicidade seja adotada, é necessário o esgotamento dos meios tradicionais, sob risco de que no caso se faça o contrário, violando-se o direito do executado, uma vez que sua aplicação é subsidiária.

Atualmente, os meios atípicos têm ainda mais prestígio, porque se traduzem no esforço para dar satisfação à tutela jurisdicional, tendo em vista a ineficácia frequente dos meios típicos. Afirmação essa que, segundo Marinoni (2006, p. 5), possibilita ao juiz e aos litigantes, em meio às mudanças diárias da realidade, maior poder e maior variedade para as medidas utilizadas nos casos concretos.

Sua aplicação não é descontrolada, pois há alguns requisitos a serem observados.

Primeiro, a medida deve ser adequada, o que “impõe que o juiz considere abstratamente uma relação de meio/fim entre a medida executiva e o resultado a ser obtido, determinando a providência que se mostre mais propícia a gerar aquele resultado.” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 113).

Segundo, a medida deve ser necessária, tendo em vista que

O critério da necessidade estabelece um limite: não se pode ir além do necessário para alcançar o propósito almejado. Deve, pois, o órgão julgador determinar o meio executivo na medida do estritamente necessário para proporcionar a satisfação do crédito – nem menos, nem mais. (DIDIER JÚNIOR, 2017, p.114).

Terceiro, a medida deve conciliar os interesses contrapostos, o que impõe que

o magistrado deve ponderar os interesses em jogo, aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, de modo que as vantagens da utilização da medida atípica escolhida superem as desvantagens do seu uso. (DIDIER, 2017, p. 114-115).

Por último, a medida deve ser fundamentada, conforme Didier Júnior (2017, p. 116-117):

O papel da fundamentação ganha ainda mais importância quando o órgão julgador exercita o poder geral de efetivação previsto nos arts. 139, IV e 536, § 1º, do CPC, determinando medida atípica para forçar o cumprimento de determinada prestação. É pela análise da fundamentação que se poderá controlar a sua escolha por esta ou aquela medida executiva atípica.

Deve o juiz, na fundamentação decisória, expor racionalmente os motivos da sua escolha, demonstrando, com atenção ao art. 489, § 1º, CPC, de que modo a sua opção atende os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com base nisso e no fato de ser ainda processual a matéria, deve haver contraditório, para que o devedor, caso se sinta prejudicado e injustiçado, possa se insurgir, e a fundamentação será a base para sua tese.

Os julgados apontam em dois sentidos: aqueles que veem a violação dos direitos fundamentais constitucionais e os que não. Os primeiros dizem haver violação de direito de locomoção, por exemplo; os segundos dizem que não houve cooperação por parte do devedor e, como ele não indicou outras medidas, sofreu as restrições.

Os entendimentos já possuem uma uniformidade sobre quando devem ser utilizadas ou não as tais medidas coercitivas atípicas. Todavia, na ADI 5941/DF, que está em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF), busca-se avaliar a constitucionalidade do dispositivo que permite essas medidas, como bloqueio de cartão de crédito, suspensão de CNH e passaporte.

O STJ, em seus julgados RHC 97876/SP e REsp 1788950/MT, de relatoria, respectivamente, do Ministro Luis Felipe Salomão e da Ministra Nancy Andrighi, trouxe uma visão inicial de não cabimento das medidas citadas anteriormente quanto ao passaporte e a CNH, porque no caso concreto entendeu-se como desproporcional tal meio e que houve tentativa de localização dos bens para penhora infrutífera, não havendo sinalização de ocultação patrimonial, fator que retira a razoabilidade de sua aplicação.

Contudo, a mesma Corte possui julgados no sentido contrário, como o RHC 99606/SP e REsp 1782418/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que além de estabelecer os critérios de análise de possibilidade de aplicação das medidas coercitivas, entendeu ser coerente com o casuísmo a adoção das medidas, por serem razoáveis em face da não cooperação, pela falta da boa-fé por parte do executado no cumprimento da obrigação, bem como pela não indicação de meios menos onerosos e a possível existência de bens aptos à satisfação da dívida.

Conforme visto acima, existem limites claros para a aplicação das medidas, sendo elas deferidas apenas em casos que a medida seja competente a satisfazer a dívida e seja a atitude do executado eivada de má-fé, estas e outras limitações serão analisadas a seguir.

4. Limites para a aplicabilidade e o regime jurídico da Fazenda Pública

Inicialmente, observando os conflitos que podem decorrer dessas situações, é mister, sob o prisma do direito processual constitucional, examinar o sistema processual e seus institutos à luz da Constituição, momento em que se impõe a regra da proporcionalidade, que é responsável pela harmonização e justo equilíbrio entre meios e fins (DINAMARCO, 2017, p. 54).

Quando se fala em colisão de direitos, antes de se analisá-la pela ponderação, deve-se examinar pelo viés do devido processo legal. É direito do exequente a satisfação e direito do executado o contraditório e proteção da dignidade humana.

Para Didier Júnior (2017, p. 55), “o devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo.” E essa efetividade traduz-se na existência de meios executivos capazes de satisfazer o direito.

A execução está baseada em certos princípios limitadores, como já dito anteriormente, e que cabe explicação sucinta de cada um.

A proporcionalidade, conforme Didier Júnior (2017, p. 82-83),

O art. 8º do CPC consagra, expressamente, o dever de o órgão jurisdicional observar a proporcionalidade e a razoabilidade ao aplicar o ordenamento jurídico, o que também deve ser observado em sede de execução.

Realmente, não se deve ter como absoluta tal regra, relativizando-a tanto em prol do exequente como em prol do executado, sopesando-se os princípios da efetividade da execução e o da dignidade da pessoa humana.

A menor onerosidade, prevista no artigo 805 do CPC/2015, impõe que “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”(BRASIL, 2015), o que visa impedir o abuso do direito pelo exequente.

A patrimonialidade, além de princípio, estabelece limite quanto aos direitos fundamentais a serem restringidos pelas medidas atípicas, e diz que “(“toda execução é real”), somente o patrimônio do devedor (art. 789, CPC/2015), ou de terceiro responsável, pode ser objeto da atividade executiva do Estado.” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 68). Assim como, segundo Liebman (1986, p. 85-86), “ao poder executório do Estado e à ação executória do credor corresponde a responsabilidade executória do devedor, que é a situação de sujeição à atuação da sanção”, sendo esses bens os passíveis de satisfazer o direito do credor.

E esses princípios devem ser observados à luz da constituição, dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

A execução deve ser restrita ao limite da dignidade da pessoa humana, pois ultrapassá-lo violaria o mínimo existencial do executado. Essa garantia constitucional está disposta no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e serve de valoração para interpretação dos demais direitos (FERNANDES, 2017, p. 408). Para Silva (2005, p. 93), a dignidade da pessoa é princípio político-constitucional fundamental e devem regular relações específicas da vida social e casos concretos.

A maioria dos direitos fundamentais estão estabelecidos no art. 5º da CF/88. Exemplos são a liberdade de locomoção e circulação (art. 5º, LXVIII, CF), além da privacidade e honra (art. 5º, X, CF). O primeiro pode ser violado no caso de restrições referentes à CNH e ao passapor-

te e os outros quanto às restrições do cartão de crédito e nome inscrito em órgão de proteção de crédito.

A liberdade de locomoção e de circulação são diretamente ligadas à condição de pessoa física, tendo como garantia o direito de ir, vir e permanecer em períodos de paz. Por isso, entendimentos no sentido de que seria possível a restrição à CNH e ao passaporte violariam em parte esses direitos. Em razão disso, na jurisprudência ainda há controvérsias quanto a sua aplicação, sendo o caso concreto e suas especificidades determinantes para o cabimento.

A privacidade e a honra são direitos ligados à proteção da esfera pessoal dos sujeitos, assim como os entendimentos no sentido da restrição aos cartões de crédito e quanto ao nome ser gravado no SERASA, por exemplo, seriam violação e esses direitos. Todavia, é mais comum, por possuir relação mais estreita com o patrimônio, o deferimento delas, quando no caso se caracterizar a má-fé.

Conclui-se que é no caso concreto que se fará a ponderação para a escolha da medida adequada, como enfatiza Didier Júnior (2017, p. 66):

Exatamente por tratar-se de uma técnica de restrição a um direito fundamental, é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto.

A fim de que seja obedecido o devido processo legal e justo, os direitos de satisfação do exequente devem ser ponderados aos direitos fundamentais do executado, de forma a garantir por meio dos aparatos jurídicos o máximo possível de efetividade.

Em análise geral, pode-se dizer que existem como limites o principiológico, o funcional, o subjetivo e o objetivo. No primeiro, garantem-se os princípios processuais e constitucionais; no segundo, a atuação motivada e imparcial do juiz; no terceiro, a responsabilização das partes da lide quanto ao patrimônio; e, no quarto, os direitos previstos no ordenamento jurídico (PITTA, 2020, p. 703).

Não se aplicam essas medidas apenas às pessoas físicas; podem ser, também, utilizadas contra as pessoas jurídicas, obedecendo também o princípio da patrimonialidade. Ressalta-se que para ambos não é per-

mitido que as medidas tomadas ultrapassem a sua pessoa e resulte em prejuízo para terceiros.

É nesse aspecto que, também, surge a dúvida quanto à aplicação de tais meios de coerção contra a Fazenda Pública, que é uma das figuras mais presentes no Judiciário brasileiro. Nesse contexto, além dos limites gerais, deve-se atentar também para a máxima (inerente à sua atividade) relacionada ao Poder Público e seus bens: o interesse público (PEIXOTO; SOARES; PEIXOTO, 2020, p. 161-162).

A análise é cabível por serem as pessoas jurídicas de direito público submetidas ao regime jurídico administrativo, que possui como fundamentos, que para alguns são chamados de privilégios, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade dele, o que fomenta prerrogativas diversas para serem conciliadas quando analisados o casuísmo e as medidas a serem adotadas. O limite material, no caso, será, principalmente, o da não interferência na continuidade do serviço público e das políticas públicas, porque seria violação ao interesse geral (BRANCO; PEREIRA, 2020, p. 672-673).

É imperioso ressaltar que o regime administrativo tem como prerrogativa para sua atuação a satisfação dos interesses coletivos (DI PIETRO, 2017, p. 102). É aqui que surgem as restrições quanto a suas verbas e bens, pelo fato de que já possuem destino certo e haver uma burocracia maior quanto ao pagamento, por exemplo, de precatórios; entretanto, esse limite pode ser ultrapassado quando verificado que algum direito fundamental da sociedade está sendo ferido, como exemplo, quando relacionado à entrega de medicamentos.

É o que se observa do julgado no Recurso Especial 1069810/RS do STJ, sob relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em que foi admitida a aplicação do bloqueio de verbas públicas visando ao fornecimento de medicamentos para portadores de doença grave, ratificado pela Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 607582/RS do STF, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie.

Nessa perspectiva, apresentam-se algumas hipóteses viáveis de medidas atípicas contra a Fazenda Pública, como: a suspensão e cancelamento de eventos públicos, que depende da natureza da obrigação e de não haver prejuízo à coletividade; o bloqueio de verbas públicas, sendo utilizado em caráter subsidiário e sem prejuízo aos precatórios;

o bloqueio do recebimento de créditos de outros entes ou particulares, sendo estes utilizados para pagamento de obrigações em ordem cronológica; e, o bloqueio de cartões corporativos dos agentes públicos responsáveis pelo cumprimento da obrigação, que servirá de incentivo para a determinação de cumprimento de forma célere. São inviáveis: a penhora sobre os bens públicos, prisão, suspensão de fornecimento de energia e suspensão de pagamento dos vencimentos (PEIXOTO; SOARES; PEIXOTO, 2020, p. 176-177).

Em virtude do que foi mencionado, tais medidas, ditas como coerentes, possuem aplicação mais razoável quando se trata da satisfação do processo, por estarem ligadas aos gastos, além de não violarem, em grande parte, a continuação dos serviços públicos ou o estabelecimento de políticas públicas de interesse da sociedade.

CONCLUSÃO

É evidente a insuficiência dos meios típicos, o que traz a necessidade dos meios atípicos do art. 139, IV, do CPC/2015. Porém, resta claro que eles devem estar limitados a ponto de não ferirem os direitos fundamentais e postulados constitucionais, devendo o juiz examinar minuciosamente as circunstâncias do caso concreto, a fim de que se concretize a tutela jurisdicional executiva, sem violar os limites estabelecidos na legislação, jurisprudência e doutrina.

É função do Judiciário solucionar os conflitos entre exequente e executado, para que, de forma harmônica, alcance a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Pela análise jurisprudencial e doutrinária, são vistas como medidas adequadas ao atingimento do fim almejado, havendo assim relação de meio e fim, apenas aquelas que visam à satisfação da dívida e não apenas uma restrição pessoal, e, no âmbito da Fazenda Pública, as restrições referentes às verbas públicas, pelo fato de que, quando usadas corretamente e de forma subsidiária, não ferem mais que o patrimônio e garantem a responsabilização daquele executado em específico, sem causar prejuízos ao interesse primário da sociedade.

Caso fossem largamente aplicadas as restrições de caráter mais pessoal, como CNH, passaporte, eventos públicos e cartões corporativos,

isso resultaria em excesso, com restrições punitivas; e, quanto ao Poder Público, seriam violadoras do interesse público, e, também, não satisfativas, o que seria extremamente desproporcional à realidade e inadequado à efetividade do processo.

O cuidado do magistrado ao determinar medidas executivas deve seguir à risca os princípios processuais, constitucionais, administrativos e direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 97876-SP 2018/0104023-6. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=97876&b=ACOR&thesaurus=-JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1788950-MT 2018/0343835-5. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1788950&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 99606-SP 2018/0150671-9. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=99606&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1782418-RJ 2018/0313595-7. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível

em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1782418&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1069810-RS 2008/0138928-4. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1069810&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no recurso Extraordinário n° 607582-RS. Relator: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28607582%2ENUME%2E+OU+607582%2EPRCR%2E%29%28289%2ETEMA%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/t7vpx6s>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. O interesse público seria limite à aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC, às execuções em face da Fazenda Pública? In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.) **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freita. **O novo processo civil brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CNJ. **Justiça em Números 2019**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Car-
rilho. **Teoria geral do novo processo civil**. 2ed. São Paulo:
Malheiros, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ed.
Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitu-
cional**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 5ed. São Paulo: Sa-
raiva, 1986. apud YARSHELL, Flávio Luiz. Ampliação da res-
ponsabilidade patrimonial: caminho para solução da falta de efe-
tividade da execução brasileira? **Revista Mestrado em Direito**.
Osasco, ano 13, n.1, p.221-245
- LOPES, Renan Kfuri. **A (Im)Possibilidade de utilização de me-
didas atípicas nas obrigações pecuniárias e nas obrigações
de fazer**. Disponível em: < [http://www.rkladvocacia.com/im-
possibilidade-de-utilizacao-de-medidas-atipicas-nas-obriga-
coes-pecuniarias-e-nas-obrigacoes-de-fazer/](http://www.rkladvocacia.com/im-possibilidade-de-utilizacao-de-medidas-atipicas-nas-obrigacoes-pecuniarias-e-nas-obrigacoes-de-fazer/)>. Acesso em: 2
abr. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITI-
DIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. V.2. 3ed. São
Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a
partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revis-
ta da Escola Nacional de Magistratura**. São Paulo V. 1, n.1,
abr. 2006.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; SOARES, Patrícia de Almei-
da Montalvão; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Das medidas
atípicas de coerção contra o Poder Público: aplicabilidade e limi-
tes. In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.)
Medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2020.
- PITTA, Fernanda Pagotto Gomes. Por uma teoria das medidas execu-
tivas atípicas – limites para a concessão. In: TALAMINI, Eduar-

do; MINAMI, Marcos Youji (coord.) **Medidas executivas atípicas**. Salvador: Juspodivm, 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

STJ. **Não é possível adotar meios executivos atípicos contra devedor sem sinais de ocultação patrimonial**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nao-e-possivel-adotar-meios-executivos-atipicos-contradevedor-sem-sinais-de-ocultacao-patrimonial.aspx>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V.3. 51.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; RAMOS, Newton. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

Liane Isoldi Linhares

1. INTRODUÇÃO

A Mediação como uns dos métodos alternativos ou adequados de solução de conflitos tem se destacado por força de dois diplomas, a Lei 13.195/15 e a Lei 13.140/15. Observa-se desde então um movimento de popularização deste procedimento acessível, que oferece uma comunicação simplificada, proximidade com o mediador e possibilidade de construção da solução mais adequada para o conflito.¹¹⁰

Surge como uma esperança de solução mais célere para a gama de conflitos que diariamente desembarcam no Judiciário, através de um “processo autocompositivo”, onde as partes em conflito são auxiliadas, por um terceiro imparcial a alcançar de uma solução.

A mediação apresenta vantagens e sem dúvida ocupará lugar de destaque na preferência dos meios alternativos de solução dos conflitos.

Contudo é importante que se registre que, em primeiro a mediação não se presta a resolver qualquer situação. Em segundo que a finalidade da mediação não é descongestionar o Poder Judiciário.

110 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016

A finalidade da mediação bem como dos métodos alternativos de solução dos conflitos não é a substituir via judicial, mas disponibilizar opções de solução de maneira mais célere e efetiva.

Na abordagem do procedimento da mediação, surge questionamento relevante na doutrina acerca da natureza da participação do advogado.

A divergência tem início a partir da redação do artigo 11, da Res.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

2. Mediação: princípios e vantagens

2.1. Princípios – breves considerações

O CNJ, em seu manual de mediação judicial, define a mediação como “uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro”.¹¹¹ Trata-se de um conceito que busca sintetizar este relevante método de resolução de conflito.

Diversas definições são encontradas na doutrina, descrevendo a mediação como um “processo autocompositivo” ou um procedimento previsto em lei, mas em grande parte a compreensão é similar no que diz respeito ao modo como se desenvolve, ou seja, conduzido por um terceiro imparcial que através da comunicação e das técnicas de negociação auxilia as partes em conflito a identificar os interesses em comum e a encontrar soluções que atendam essas necessidades.

Este terceiro denominado mediador deve ser entendido como o profissional habilitado que assume função delegada pelos interessados de agir na qualidade de facilitador desta busca pela compreensão do conflito e suas possibilidades de composição.

Este “processo autocompositivo” ou procedimento de mediação enquanto meio adequado de solução está disciplinado pela Lei 13.140/15 e orientado pelos princípios previstos na Lei 13.105/15.

Constatamos que em ambos os diplomas a referência aos métodos consensuais de solução dos conflitos é reconhecida como forma de

111 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016

acesso à justiça, reafirmando a distinção já exaustivamente debatida na doutrina entre acesso a justiça e acesso à jurisdição.

Nas lições Humberto Theodoro Júnior, a jurisdição se apresenta como atividade secundária,

“através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido “primariamente” exercida de maneira pacífica e espontânea pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão” (Theodoro Jr 2017, p.108)

Diante da afirmação resta a compreensão de que a primeira opção deve ser a autocomposição, a solução dos conflitos deve ser construída pelas partes envolvidas, visto que a melhor forma de composição é aquela alcançada espontaneamente sem a imposição de uma decisão de um terceiro estranho aos interesses e necessidades das partes.

Este método de solução adequada é orientado pelos princípios previstos no artigo 2º da Lei de Mediação e no artigo 166, do CPC.

Na primeira, estão elencados: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e a boa-fé.

No diploma processual civil, conforme o artigo 166 são princípios norteadores: independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Nota-se entre os diplomas mencionados expressa coincidência na previsão legal em relação a certos princípios, contudo ainda que outros que não se encontram previstos no mesmo dispositivo, estão relacionados ao instituto quando interpretados de maneira sistemática.¹¹²

O princípio da boa-fé, por exemplo, previsto no artigo 5º do CPC, trata-se de um princípio indissociável, dirigido indistintamente a todos que participam de qualquer espécie de relação seja na via judicial ou extrajudicial.

Os princípios da independência, da isonomia e da decisão informada se harmonizam com a atividade desenvolvida na mediação legitimando o procedimento.

112 Domingos, J.;Freitas,U.;Passos,C.Comentários à Lei de Mediação.Rio de Janeiro:Editora Processo,2019.

A independência aduz à liberdade de atuação do mediador, enquanto profissional habilitado na condução do procedimento, não havendo relação de subordinação, estando a salvo de pressões por parte dos órgãos judiciários ou das partes propriamente ditas. A independência está diretamente relacionada à imparcialidade, a atuação imparcial, outro corolário deste procedimento só é possível quando resguardada a independência.

A igualdade de oportunidade de manifestação através da exteriorização de opiniões e sentimentos das partes em conflito durante as reuniões, elemento de extrema importância para a conscientização das partes diante situação posta em debate e a retomada do diálogo na construção da solução adequada aos interesses e necessidades.

Analisando de forma breve os princípios comuns aos dois dispositivos legais supracitados, destacamos em primeiro a confidencialidade. A garantia de sigilo das informações fornecidas durante as reuniões possibilita um ambiente de confiança e proporciona condições de obtenção de uma composição satisfatória e duradoura.

A autonomia da vontade concede as partes o controle do desenvolvimento do processo de identificação das questões em conflito, da forma como desejam que sejam tratadas as questões e qual será a solução mais adequada para todos os envolvidos, sem se sujeitarem as exigências típicas da via judicial no que diz respeito a ordem das etapas, prazos e intervenção Estatal na decisão da questão processada.

Por último a oralidade, princípio que abarca a essência desse método consensual de solução dos conflitos. A forma oral do procedimento beneficia a restauração da comunicação, o reconhecimento das reais questões que impulsionaram o conflito, a percepção das necessidades e existência de interesses convergentes. Através de uma comunicação livre de formalidades as partes terão oportunidade de compreender o significado e a relevância das questões para si e para a outra parte e terão condições de estabelecerão um diálogo produtivo e legítimo com vias alcanças uma composição que atenda mutuamente.

2.2 Vantagens da Mediação

A mediação enquanto “processo autocompositivo” apresenta características peculiares.

A proximidade das partes no procedimento de mediação se destaca como importante diferencial do procedimento observado nas relações submetidas à via judicial. A intervenção direta e imediata dos envolvidos no conflito, a oportunidade de escolha das regras que serão aplicadas na condução do diálogo e a forma de composição a ser adotada, conferem segurança ao procedimento escolhido e confiança na obtenção de um resultado adequado. As partes podem a qualquer tempo encerrar a reunião da mediação ou até mesmo desistir de todo o procedimento, sem a necessidade de observar qualquer formalidade legal. Essa autonomia das partes em relação ao procedimento contribui para o restabelecimento da comunicação e propicia condições para uma solução. Ainda atua de forma a conscientizar as partes de sua capacidade de gerir seus conflitos.

A solução mais adequada aos interesses e necessidades em conflito como resultado da participação dos envolvidos é uma das mais relevantes vantagens deste procedimento. O sucesso na composição de interesses garantirá espontâneo cumprimento e manutenção do acordo e o fortalecimento da relação preexistente. Alcançada à solução todos serão vencedores, ou seja, trata-se de um procedimento que visa atribuir ganhos aos envolvidos..

A independência e a autonomia, previstas no CPC, concedem a liberdade de atuação do mediador, outra considerável vantagem, permitindo-lhe a escolha das estratégias na condução das reuniões de mediação. Incumbe ao mediador avaliar cada caso individualmente, atento às particularidades da situação, a condição das partes e da relação destas entre si. A percepção destas condições aliada a liberdade e autonomia de atuação orientará o ritmo do trabalho junto as partes. Amparado nesta independência tem o mediador ambiente propício para conduzir, não estando adstrito a nenhuma regra acerca do tempo de duração da reunião nem tampouco limite do número de sessões nem tampouco se submete a “metas” de resultado.

A prospecção é uma característica marcante dos processos auto-compositivos, que se traduz em significativa vantagem. O procedimento de mediação tem compromisso com o futuro, se projeta além da conclusão daquela questão, busca através das técnicas de comunicação conscientizar as partes de que são potencialmente capazes de prevenir ou enfrentar e conflitos futuros.

A celeridade, dentre as vantagens elencadas, se destaca em contraponto a morosidade dos processos judiciais. A mediação, enquanto procedimento flexível na tramitação e acessível as partes quanto às regras de condução muito tem a contribuir em termos de redução da permanência do conflito. A atuação direta das partes, a ausência de imposição legal acerca da ordem ou duração das etapas se traduz em um itinerário indiscutivelmente menos moroso que a via judicial.

A perspectiva de alcance de uma solução que atenda as necessidades e interesses comuns num curto espaço de tempo fortalece a adesão das partes a esse procedimento e estimula o desinteresse no sistema judicial que atua substituindo as partes na solução dos conflitos de forma imperativa, por um prazo indeterminado e por impondo-lhes uma decisão inevitável sem garantia de satisfação de suas necessidades.

A celeridade é uma vantagem que transcende aquela determinada questão submetida à mediação, uma vez que a opção por um processo autocompositivo acarreta redução no número de processos levados ao judiciário.

A despolarização do conflito é uma estratégia utilizada na mediação que consiste na conscientização das partes de que será possível enxergar interesses comuns numa situação de conflito. As partes deverão ser orientadas pelo mediador a adotar uma postura menos combativa. A despolarização tem efeito positivo, neutraliza o desgaste emocional e consequentemente cria um ambiente favorável à comunicação.

Afastada a litigiosidade as partes serão capazes de enxergar o quanto uma disputa acirrada pode ser improdutiva e nociva e terão condições de avaliar que uma solução adequada não implica “retirar do outro alguma coisa ou condição”.

Outra vantagem que constitui relevante diferencial do processo judicial é a confidencialidade. Na mediação as reuniões são sigilosas, realizadas a portas fechadas, com proibição de acesso de terceiros e preservadas quaisquer informações veiculadas durante o procedimento de mediação. Esta garantia de sigilo propicia um ambiente de segurança e confiança entre as partes que servirá de um estímulo para externarem suas necessidades e interesses. O sucesso de uma eventual composição dependerá da sinceridade das informações expostas.

Elencadas as vantagens, ainda que de forma breve e sem a pretensão de esgotar o tema encerramos esta referência no sentido de que a mediação sempre apresenta um aspecto positivo na medida em que proporciona as partes em conflito a chance de tomar para as rédeas da situação e promover uma composição satisfatória e duradoura.

3. A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

Com a entrada em vigor do CPC/15, os meios adequados de solução dos conflitos ganharam maior visibilidade, em especial a mediação, através da Lei 13.140/15, pelas vantagens oferecidas aos envolvidos em termos de celeridade, redução do desgaste emocional, possibilidade de restauração dos vínculos entre outras.

Não se questiona o aspecto positivo deste procedimento autocompositivo, no entanto para que se reconheça a legitimidade das soluções alcançadas através deste método a percepção dos envolvidos acerca das questões e ocorrências nas reuniões deve ser plena e consciente sob todos os aspectos.

O questionamento que surge na doutrina está relacionado à capacidade de compreensão das partes em discernir as questões que podem ou devem ser objeto de composição, qual a melhor forma de enfrentar o complexo de situações e como alcançar uma solução satisfatória e duradoura para todos os envolvidos. A resposta para esse questionamento encontra amparo legal, no artigo 26 da Lei 13.140/15,

“Art. 26 As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis nos 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.”

Entendemos que a participação do advogado na mediação é indispensável e deve ocorrer em todas as suas etapas, até o encerramento.

O incentivo pelos advogados da adoção dos métodos de solução consensuais dos conflitos cria para a advocacia uma forma diferenciada de assistência, distinta do modelo combativo tradicional. O procedimento de mediação como mencionado anteriormente apresenta pe-

culiaridades ao envolver o enfrentamento de questões objetivas, mas também de questões subjetivas; tratamento dispensado ao conflito difere do tradicional modelo observado na via judicial.

Na mediação as partes têm a oportunidade de expor aspectos emocionais, sentimentos, expectativas e todo esse complexo de situações será levado em consideração para que seja alcançada uma solução.

Diante desse cenário é importante que o advogado procure desenvolver habilidades técnicas de comunicação e de negociação para ter melhores condições de assistir seu cliente, quando este já optou por submeter o conflito à mediação.

“A contribuição do advogado para o êxito da mediação é inestimável. Contudo, mostra-se indispensável uma adaptação comportamental e estratégica em sua postura, com vistas a potencializar as chances de sucesso da mediação e amainar, ao invés de incrementar, o grau de litigiosidade entre as partes.”

Esta atuação também poderá ser solicitada a título de consulta sobre a viabilidade de solução do conflito através da mediação, o que exigirá do advogado conhecimento necessário sobre este processo autocompositivo e aptidão para esclarecer seu cliente acerca das vantagens e possibilidades de solução através da mediação ou até mesmo afastar essa opção por entender incompatível com a situação apresentada e as reais necessidades de seu cliente.

Esta forma diferenciada de atuação do advogado encontra resistência em determinados setores da sociedade, sob a justificativa que a solução obtida pelas partes na mediação retiraria o trabalho do advogado. Esta afirmativa carece de fundamento, considerando a natureza da função do advogado. É inerente ao desempenho de sua atividade ter conhecimento dos métodos de solução de conflitos seja autocompositivos ou heterocompositivos justamente para ter condições de avaliar de forma técnica qual será a melhor estratégia para resguardar os interesses de seu cliente.

A assistência do advogado na mediação contribui para garantir que não restem dúvidas acerca das interações ocorridas nas reuniões bem como orientará as partes assistidas na tomada de decisão informada,

conforme prevê o diploma processual civil. É cediço que o procedimento de mediação tem como característica a informalidade e que ao mediador não se permita abordar questões de natureza técnica ou jurídicas, todavia não se pode desconsiderar que as soluções alcançadas através deste método repercutirão na vida das partes envolvidas e qualquer decisão equivocada pode frustrar todo o empenho das partes em solucionar o conflito bem como comprometer a sua manutenção.

Eventualmente surgirá a necessidade de esclarecimentos jurídicos durante as reuniões, e esta função incube exclusivamente os advogados. A informação pelo advogado à parte assistida durante a reunião não compromete a natureza autocompositiva do procedimento, a postura do advogado na mediação é colaborativa. A assistência do advogado durante todo o procedimento de mediação contribui de forma positiva para auxiliar a parte no processo de despolarização. Atuar de forma colaborativa também é zelar pelos interesses de seu cliente.

Quando o advogado incentiva seu cliente a buscar uma solução que atenda a todos os envolvidos, está estabelecendo com ele uma relação de confiança, que se fortalecerá com um resultado satisfatório.

Importante esclarecer neste momento que a atuação do advogado, reconhecidamente indispensável, se dará na qualidade de assistente, ou seja, não retirando das partes o poder de decidir. Ao advogado incumbe analisar as propostas e orientar seu cliente sobre os benefícios ou eventuais prejuízos.

Impende reiterar que enxergar na mediação um procedimento que permite a construção de uma solução pelas partes e que atenda mutuamente os interesses e necessidades dos envolvidos não é fácil, quando estes participam do procedimento sem assistência de um advogado. Na prática se observa um evidente desconforto das partes ao primeiro contato com o ambiente da sala de reunião quando não estão acompanhadas de seus respectivos advogados. Embora o mediador seja experiente e tenha o domínio das estratégias necessárias para conduzir as partes a esta percepção, na prática esta tarefa muitas vezes não atinge o resultado esperado em razão da insegurança das partes que por não entender em sua plenitude a realidade da situação e os interesses envolvidos, assumem uma postura defensiva, por vezes repetem comportamentos próprios das audiências dos processos judiciais.

Não se pode negar que a litigiosidade é elemento presente em nossa cultura e as disputas acirradas fazem parte do cotidiano das pessoas, mesmo entre as que possuem conhecimento técnico.

Pretender que num curto espaço de tempo que a mudança se opere em todos os setores da sociedade na mesma medida compreendendo que a solução alcançada pelas partes é a que tem maiores condições de satisfazer as necessidades e que os métodos de solução dos conflitos constituem igualmente formas de acesso a justiça é no mínimo uma atitude ingênua. A adoção da mediação ou de qualquer outro método de solução autocompositivo representa uma mudança de cultura e como tal não se dará em curto espaço de tempo.

Essa nova forma de atuação deve ser entendida pela sociedade e também pelos advogados sob uma perspectiva positiva de que a competência profissional passará a ser avaliada pela aptidão de solucionar os conflitos de forma adequada, célere e eficiente.

4. Resolução 125/10 do CNJ e a participação do advogado na mediação

Recente questionamento envolvendo a participação do advogado na mediação culminou na propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6324) no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para questionar a validade do artigo 11 da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),

“Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.”
(Res. 125/2010)

A iniciativa, dirigida pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, se fundamenta na redação do referido artigo, diante da expressão “poderão atuar”, onde se denuncia a imprecisão do termo permitindo interpretações distintas. Entendida como “autorização geral para que os causídicos tenham acesso às instalações dos Cejuscs e lá exerçam atividade advocatícia”, se mostra em harmonia com o comando

constitucional, no entanto se a interpretação leva a compreensão de que a participação do advogado é considerada como facultativa estaremos diante de um dispositivo potencialmente violador do comando constitucional.

Citados na inicial os seguintes fundamentos o “art. 133 da CF que dispõe sobre a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça ; o art. 5º, LV, da CF, que dispõe sobre ampla defesa; e o art. 103-B, § 4º, da CF que dispõe sobre as competências do Conselho Nacional de Justiça”.

A questão tomou dimensões judiciais a partir do posicionamento expressado pelo CNJ, em resposta ao pedido de providências, nº 0004837-35.2017.2.00.0000,¹¹³ a adesão à interpretação que considera facultativa a participação do advogado.

No mesmo sentido, o parecer da Presidente da Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania,

“A Resolução CNJ n. 125/2010 contempla dimensões distintas de acesso à ordem jurídica justa e, por essa perspectiva ampliada de acesso à justiça, prevê a possibilidade, e não a obrigatoriedade, de atuação de membros do Ministério Público, de defensores públicos, de procuradores e/ou de advogados nas demandas apresentadas aos CEJUSCs.”

O tema, será discutido em sede de ADIn pelo STF, contudo não se subtrai a oportunidade de expressar apoio pelo referido questionamento pelas razões expostas neste artigo. A participação do advogado em todas as formas de acesso a justiça é indispensável

A tese da facultatividade da assistência do advogado no procedimento da mediação não se harmoniza com os desígnios constitucionais e fragiliza o movimento de conscientização da sociedade da importância da adoção de meios alternativos de solução dos conflitos.

A função do advogado, conforme o texto constitucional, é “indispensável a administração da justiça”, diante dessa afirmativa não nos parece razoável considerar uma função ora indispensável ora facultativa em determinadas situações.

113 <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=50012>

A manutenção da redação contida no artigo 11, da Res.125/2010, repercute na sociedade de maneira negativa, atraindo a insegurança para as partes em conflito, que sem compreender o correto alcance do dispositivo, restará por desconsiderar a possibilidade de adoção dos procedimentos autocompositivos para enfrentar suas desavenças e buscando a solução pela via judicial.

Entendemos que a dúbia interpretação do referido dispositivo pode representar um retrocesso na trilha da almejada desjudicialização.

Reafirmamos a participação do advogado como função indissociável em qualquer forma de acesso a justiça.

5. CONCLUSÃO

A mediação como meio de pacificação dos conflitos, se apresenta como um instrumento potencialmente capaz de inspirar mudanças em nossa cultura marcada de litigiosidade, pelas disputas, pela postura combativa. Difundir na sociedade a compreensão do alcance de um instrumento que concede poder as próprias partes para solucionar suas desavenças é contribuir para a concretização da justiça.

Significa elevar a sociedade a um novo patamar das relações interpessoais. Reconhecer em si mesmo a capacidade de solucionar seus conflitos representará um dos maiores ganhos da sociedade.

Compreende-se que a mudança na cultura da litigiosidade depende da como serão desenvolvidos e aplicados os métodos de solução dos conflitos, é imperativo rever as formas de tratamento dos conflitos, desconstruir a estrutura do processo judicial. Enxergar os conflitos sob a ótica dos envolvidos, e através dos métodos de solução atender as necessidades reais é só início de um longo caminho.

Acrescente-se, que o sucesso da mudança depende da contribuição daqueles que detém o conhecimento técnico para avaliar a melhor e mais produtiva estratégias de pacificação para cada situação. Desta forma não se pode afastar a importância da participação do advogado. A atuação do advogado não pode ser interpretada como a representação da parte na via judicial. A participação do advogado é devida em qualquer via de acesso à justiça.

O texto constitucional eleva à função do advogado a categoria de “indispensável à administração da justiça”, ou seja, o advogado exerce sua função dentro e fora do judiciário, presta assistência jurídica e judicial, defende os interesses de seus representados ou assistidos. A participação do advogado deriva do comando constitucional de ampla defesa e contraditório; qualquer iniciativa que pretenda inibir ou limitar o seu acesso pode colocar em risco a credibilidade do procedimento.

Referencias Bibliográficas

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016.

<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=50012>

PELAJO, Samantha; FIGUEIREDO, Rodrigues, Souza, Marcela; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOUZA E LIMA, Evandro. Comentários à Lei de Mediação. Rio de Janeiro: Processo Ed. 2019.

THEODORO, Jr. Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol.1.58.ed. Rio de Janeiro. 2017

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: CPC/1973 VS. CPC/2015: A EMENDA SAIU PIOR DO QUE O SONETO?

Fabiana Marcello Gonçalves Mariotini

1. Introdução

Não é de hoje que debates atinentes à **coisa julgada** ganham corpo em obras jurídicas. Há anos os processualistas se dividem entre a possibilidade de relativização e a manutenção da confiança no ordenamento jurídico.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), a Lei 11.232/05 promoveu a consagração da relativização da coisa julgada, reconhecendo a existência e o cabimento da chamada coisa julgada inconstitucional.

Além de trazer dispositivos sobre a inaugurada fase de cumprimento de sentença, implementando o sincretismo processual, a citada lei criou normas de constitucionalidade duvidosa, insculpidas nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC/1973.

As mencionadas normas tornaram inexecutável o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal (CRFB).

O novo Código (CPC/2015) modificou o regramento, contemplando previsões detalhadas sobre o assunto. Em vista disso, passou-se a indagar se persistiria a alegação de (in)constitucionalidade.

Indaga-se: as críticas apontadas pela doutrina no que diz respeito aos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC/1973, foram equacionadas de maneira satisfatória no CPC/2015? É sobre tal questionamento que pretendemos nos debruçar, investigando com maior cautela os possíveis ganhos do CPC/2015 quanto ao polêmico tema da coisa julgada inconstitucional.

2. A sistemática da coisa julgada inconstitucional no CPC/1973

2.1. Resgate histórico: a Lei 11.232/2005 e a consagração da relativização

A Lei 11.232/2005 é comumente associada à chamada Reforma do Processo de Execução. É incontestado a relevância das mudanças inseridas na Lei 11.232, em especial a consagração do sincretismo processual no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, para fins de desenvolvimento do estudo, o que nos importa de fato na Lei nº. 11.232 é a inserção do polêmico artigo 475-L, §1º, bem como a manutenção do artigo 741, parágrafo único, do CPC/1973 (com adaptações), consagradores da coisa julgada inconstitucional.

Abriu-se a possibilidade de rediscussão de decisões transitadas em julgado após decisão de inconstitucionalidade exarada pelo STF, visto ser considerado inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a CRFB.

Passou-se a admitir que uma decisão transitada em julgado pudesse ser rediscutida com base em fatos ulteriores ao seu proferimento, impedindo que o processo cumprisse o seu principal desiderato: o gozo do direito material com definitividade.

Recorde-se que as hipóteses arroladas nos artigos 475-L e 741, do CPC/1973, constantes no projeto original elaborado pelo Instituto

Brasileiro de Direito Processual (IDBP), ao fundamentarem o manejo da impugnação ao cumprimento de sentença e da execução, citavam vícios que não possuíam conexão com a fundamentação da sentença proferida.

A *ratio* dos incisos constantes nos artigos 475-L e 741, do CPC/1973, originalmente, não era oportunizar ao sucumbente nova chance de rediscutir o mérito da sentença, mas possibilitar ao impugnante ou embargante trazer para o processo vícios que inquinariam o título executivo (falta ou nulidade de citação, inexigibilidade do título, penhora incorreta, ilegitimidade das partes, excesso de execução, etc.).

O parágrafo único do artigo 741, inclusive, havia sido excluído no projeto elaborado pelo IDBP, sendo inserido por uma emenda de redação proposta pelo deputado Inaldo Leitão. Após a inserção do parágrafo 1º ao artigo 475-L pela Comissão de Constituição e Justiça, se propôs igual alteração ao artigo 741, para fins de adequação, visto se tratar de matéria idêntica.

Diante disso, restou consagrada a polêmica relativização da coisa julgada inconstitucional, possibilitando às partes a rediscussão do mérito de decisões transitadas em julgado em sede de impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução.

O problema em se permitir que uma decisão de inconstitucionalidade desse azo à rescisão de um julgado transitado residiria no fato de que qualquer juiz, invocando a inconstitucionalidade de uma norma (declarada inconstitucional pelo STF), viesse a negar execução a qualquer decisão, incluindo as proferidas por órgãos judiciários superiores (ZAVASCKI).

Comprometeu-se um dos escopos primordiais do processo – a pacificação social. Até porque, a nova decisão (relativizadora da coisa julgada) também deveria ficar sujeita à crítica da parte agora vencida (MOREIRA, p. 108). Quem impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença? O óbice concebível seria o da coisa julgada. Mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, por qual razão não poderia sê-lo em relação à segunda?

Muitos autores, em defesa das normas introduzidas pela Lei nº. 11.232, as comparavam a normas do sistema alemão, haja vista que o § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal impediria a

execução de sentença fundada em norma declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Heck (HECK, 2005, p. 295), ao estudar a Lei Fundamental alemã, cita a normativa expressa no § 78, a qual alude que, caso o Tribunal Constitucional Federal chegue à convicção de que o direito federal é incompatível com a Lei Fundamental ou direito estadual é incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, então, declara essa lei nula.

A diferença reside no fato de que a Lei Fundamental alemã prevê que as decisões que não mais podem ser impugnadas, ainda que baseadas em norma declarada nula pelo Tribunal Constitucional Federal, devem permanecer intactas.

Greco (GRECO, 2005) leciona que o sistema alemão serviu de inspiração para o direito brasileiro. Entretanto, o legislador importou a regra pela metade, permitindo o bloqueio da execução sem garantir a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada.

Considere-se, ainda, que, no sistema alemão, a declaração de nulidade total de uma lei ocorre raramente, vez que pressupõe a incompatibilidade de todos os dispositivos com a Lei Fundamental (MENDES, 1996, p. 193). Marinoni (MARINONI, 2010, p. 129) destaca outra diferença: a exceção ao princípio da intangibilidade da coisa julgada expressa na Lei do Tribunal Constitucional alemão tem um fundamento não presente no direito brasileiro, qual seja, o fato de que o juiz ordinário não teria poder para tratar de questões constitucionais.

Fato é que a Lei n.º. 11.232 trouxe para as terras brasileiras normas extremamente controversas, tema que será explorado adiante.

2.2. A ponderação legislativa prevista nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC/1973

Com o neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais passaram a gozar de vinculatividade. As novas Constituições se distanciaram de modelos clássicos, *“passando a ostentar características ímpares, levando a literatura a designar o movimento pela expressão neoconstitucionalismo”* (MOREIRA NETO, 2006, p. 21).

Sem embargo, apesar dos princípios passarem a usufruir de normatividade, esta não se expressa exatamente como no caso das regras. E não poderia ser diferente, já que os princípios seriam *“normas de relevância que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito”* (LARENZ, 1991, p. 474).

A clássica diferenciação entre as regras e os princípios justifica a aplicação das regras no modo do “tudo ou nada”, consoante afirmado por Dworkin (DWORKIN). Ávila (ÁVILA, 2006, p. 36) aduz, nesse sentir, que *“se a hipótese de incidência é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”*.

Com os princípios, a lógica seria diversa: *“os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”* (ÁVILA, 2006, p. 37). Daí a afirmação de que os princípios teriam dimensão de peso.

Binenbojm (BINENBOJM, 2006, p. 109) define a ponderação como sendo *“um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico”*.

A ponderação se afigura como técnica utilizada para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais. De acordo com Sarmento (SARMENTO, 2003, p. 99), *“o intérprete, quando se deparar com uma possível colisão entre interesses constitucionais, deve tentar traçar os limites imanentes dos princípios que os consagram, para verificar se, de fato, ocorre o embate”*.

Traçadas essas observações preliminares, outro passo há de ser dado.

As normas previstas nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC/1973, objetivavam solucionar um conflito entre princípios, por meio da ponderação.

Nos casos de declaração de inconstitucionalidade exarada pelo STF, havendo decisão prévia, ainda que transitada em julgado, seria possível desconsiderar a coisa julgada em fase executiva por intermédio de embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença.

Ao privilegiar uma suposta supremacia constitucional, admitindo-se que decisões transitadas em julgado fossem revistas em sede de execução, vilipendiou-se o princípio da segurança jurídica.

Pode causar estranheza, inicialmente, a ideia de ponderação legislativa, pois, costumeiramente, trata-se da ponderação como uma técnica a serviço do judiciário. Todavia, a ponderação não se encontra exclusivamente nas mãos dos magistrados.

O problema da ponderação legislativa efetuada nos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC/1973, reside no fato de que não houve respeito à anterior ponderação constitucional (no sentido de preservação da coisa julgada – artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB).

Concordamos, nessa esteira, com aqueles que defendiam a inconstitucionalidade dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC/1973: ao efetuar uma ponderação, esqueceu o legislador do valor superlativo da coisa julgada, que impediria a ponderação legislativa, visto preexistir uma ponderação constitucional em prol da segurança jurídica.

Louvável, portanto, a iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2418/DF, que, dentre outros escopos, objetivava a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 741, do CPC. Embora a ação tenha recebido, em 2003, parecer favorável da Procuradoria Geral da República (opinando pela procedência), teve o mérito julgado improcedente.

O tema debatido está longe de ser pacífico, devendo ser defendido, para muitos doutrinadores, o valor superlativo da coisa julgada. Para outros, não há como preservar a estabilidade das decisões em casos nos quais existe inconstitucionalidade, ainda que declarada posteriormente à formação da coisa julgada.

3. As mudanças empreendidas pelo CPC/2015

O CPC/1973 se limitava a afirmar que seria inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a CRFB. A fluidez da norma em comento, todavia, gerava dúvidas quanto à sua aplicação.

O CPC/2015, para solucionar os embaraços da norma anterior, promoveu importantes modificações.

Um **primeiro aspecto** diz respeito ao tipo de declaração de inconstitucionalidade exarado pelo STF: na vigência do CPC/1973, o legislador não havia estabelecido se as normas eram aplicáveis tanto em decisões exaradas em sede de controle difuso quanto concentrado.

Defendemos que a ausência de especificação quanto ao tipo de controle seria intencional, razão pela qual não seria possível afirmar que o âmbito de aplicabilidade das normas se restringiria a um tipo de controle. Contrariamente, Osmar Paixão (PAIXÃO, 2007, p. 673) aduzia: “(...) não é qualquer interpretação, mas aquela adotada em controle concentrado de constitucionalidade (...)”.

Em esclarecedora dissertação, Odilon Romano (ROMANO NETO, 2010, p. 153) ressaltava que, em relação aos precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade, “nenhuma dúvida resulta acerca de que os mesmos podem servir de fundamento a eventuais embargos do executado ou impugnação ao cumprimento de sentença”. A dúvida emergiria nos casos de decisões provenientes do controle difuso.

Defendemos, nessa linha, que a aplicação dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, pressuporia que a decisão proferida pelo STF fosse vinculante. Caso contrário, não seria obrigatório que os juízes e Tribunais adotassem posicionamentos exarados pela Corte Suprema. Seria indiferente se a decisão exarada se origina de controle difuso ou concentrado, bastando ser capaz de gerar vinculatividade (ainda que por meio de súmulas vinculantes).

Nessa esteira, Talamini (TALAMINI, 2008, p. 116) defendia ser possível falar em relativização por coisa julgada inconstitucional nos casos em que o STF proferisse decisões dotadas vinculantes (ou que viessem a ser dotadas, por força do artigo 52, X, da CRFB).

Não há mais razões, hoje, capazes de justificar a necessidade de aplicação do Art. 52, X, da CRFB, conquanto a abstrativização do controle concreto é uma realidade. O próprio STF vem demonstrando que o sistema dual de controle sofre, hoje, uma tendência à abstrativização (LENZA).

Diante disso, não haveria qualquer margem para interpretações discricionárias dos artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, razão pela qual o legislador do CPC/2015 acertou ao deixar claro na

atual normativa a ampla aplicabilidade dos dispositivos, seja em sede de controle concentrado, seja em controle difuso.

Um **segundo aspecto** que merece atenção tem a ver com a atual previsão de que a decisão do STF deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Ora, não havendo trânsito em julgado e, conseqüentemente, formação de coisa julgada, é legítimo ao legislador que, ponderando os valores em jogo, entenda que a proteção da CRFB deva prevalecer.

Talvez o problema diga respeito à cognição, notadamente por conta da limitação cognitiva do cumprimento de sentença. A cognição é fundamental para a própria justiça das decisões (ZAVASCKI), sendo “*prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes*” (WATANABE, 2012, p. 41).

Por essa razão, poderia ser questionada a relativização em cumprimento de sentença, visto que as partes sequer teriam plena oportunidade de rediscutir questões relevantes.

O maior problema emerge quando nos debruçamos sobre um **terceiro aspecto**: o CPC/2015 estabelece que, se a decisão do STF for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória.

Fux (FUX, 2005, p. 850), na égide do CPC/2015, defendia que o impasse ocorria quando a declaração de inconstitucionalidade exsurgesse no prazo da rescisória. Para o i. Ministro, sendo a inconstitucionalidade originária, o problema pode ser solucionado via rescisória. Contudo, a decisão “*deve ser proferida em sede de controle concentrado*”. Caso contrário, prestigia-se a coisa julgada.

Entendemos, em sentido contrário, que se a decisão de inconstitucionalidade do STF for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, independentemente de ser uma decisão oriunda do controle concreto ou difuso, caberá rescisória.

Com isso entramos no **quarto aspecto** da temática: o melhor entendimento seria no sentido de que o prazo máximo de alteração de qualquer decisão transitada coincidiria com o prazo da ação rescisória, contado a partir do trânsito em julgado.

Inconcebível, então, a regra trazida no CPC/2015, que estabelece que, mesmo transitada em julgado a decisão, eventual declaração

de inconstitucionalidade proferida pelo STF será apta a desconsiderar a coisa julgada validamente formada, devendo o prazo da rescisória ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pela Corte Suprema.

3.1. § 15 do Art. 525 e § 8º do Art. 535 (CPC/2015) e o princípio da segurança jurídica

Permitir que uma decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo STF (a qual não se sabe quando e se será proferida) viole coisa soberanamente julgada é algo inimaginável em um Estado Democrático.

Ainda que a doutrina tente criar parâmetros interpretativos para o § 15 do artigo 525 e para o § 8º do artigo 535, aplicando o artigo 975, § 2º, do CPC/2015¹¹⁴ por analogia, por exemplo, trata-se de mera opinião não vinculativa ou persuasiva. A própria utilização da analogia é duvidosa. Não se pode aferir com exatidão se houve lacuna legislativa. Talvez estejamos diante de uma hipótese de silêncio eloquente.

Não há como se concluir de forma diversa: o § 15 do Art. 525 e § 8º do Art. 535, ambos do CPC/2015, constituem violações frontais à segurança jurídica.

Muito se fala sobre segurança jurídica quando a temática em pauta envolve questões acerca da estabilidade das decisões judiciais. A defesa da segurança jurídica tem o seu fundamento no próprio ordenamento constitucional brasileiro, tendo a CRFB lhe atribuído fundamentalidade.

Os § 15 do artigo 525 e § 8º do artigo 535 constituem afronta à coisa julgada. O CPC/2015, a pretexto de regulamentar a coisa julgada inconstitucional, acabou piorando uma situação que já era ruim, legitimando expressamente a eternização de discussões em processos judiciais, especialmente aqueles que envolvem temas controvertidos, passíveis de oscilações cognitivas pelo STF.

114 Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Historicamente, sempre se associou a segurança jurídica ao direito positivo. Tanto que Mascaro (MASCARO, 2010, p. 25) preceitua que o pressuposto mínimo para que se cogite falar em segurança jurídica consiste na existência de um direito positivado. Por isso, nos períodos antigos das civilizações, não se falava em segurança jurídica.

Ainda que se reconheça que a Antiguidade não deu muitos passos ao encontro da segurança jurídica, em Roma, o princípio surgiu de forma embrionária. É claro que Roma não possuía um sistema jurídico positivo estruturado. Todavia, a edição da Lei das XII Tábuas foi “um passo orientado para a segurança jurídica” (SALDANHA, Daniel).

Ávila (ÁVILA, 2012, p. 41) corrobora a doutrina de Alex Mascaro e ressalta que, no Direito Romano, alguns elementos já podiam ser associados direta ou indiretamente à segurança jurídica.

Chegando à Idade Média, a situação não evoluiu (MASCARO, 2010, p. 25). Isso fazia com que a Idade Média fosse marcada por instabilidades política, jurídica, econômica e social. A ausência de centralismo estatal inviabilizou a concretização da segurança jurídica, princípio que possui íntima relação com o Estado (MASCARO, 2010, p. 27).

Como a figura do ente estatal, nos moldes que conhecemos atualmente, surge com a Modernidade, é possível se afirmar que o princípio da segurança jurídica ganha corpo no Estado Moderno. Pela primeira vez passa-se ao Estado a tarefa da estruturação das relações sociais e a soberania nasce como uma das marcas desse modelo estatal.

Com a mudança de postura do Estado e com o fortalecimento da soberania, a segurança jurídica ganha corpo, surgindo como imperativo da autoridade estatal. Só que isso trouxe um problema: a segurança jurídica se corporificou em um cenário absolutista, o que faz com que muitos, até hoje, encarem o princípio como um resquício do Estado absolutista.

Com a ascensão do liberalismo, a segurança jurídica passa a assumir papel central. Mas não é só: o liberalismo, como destaca Bobbio (BOBBIO, 1988, p. 17), é uma doutrina do Estado limitado. Por esse motivo, Streck (STRECK, 2010, p. 58) aponta para um quadro referencial unívoco que caracteriza o movimento liberal: a ideia de limites. E como falar em limites do Estado sem se falar em segurança jurídica?

Pensar em um Estado limitado é pensar em um Estado seguro, no qual os cidadãos possam confiar na estabilidade das decisões. O cons-

titucionalismo apresenta-se como condição *sine qua non* para a concretização da segurança jurídica.

Por constitucionalismo entenda-se o estabelecimento de um documento fundamental capaz de estabelecer limites ao poder político, trazendo, ainda, garantia dos direitos fundamentais individuais, com o estabelecimento de limitações explícitas ao Estado (STRECK, 2010, p. 59).

As limitações explícitas presentes na Constituição são uma forma de garantir ao cidadão a confiabilidade nas decisões tomadas pelo Estado, evitando que estas sejam arbitrárias e violem a segurança que sempre deve estar presente.

O princípio da segurança jurídica, que já sofria influência do constitucionalismo, sofre uma releitura, no Brasil, com a edição da CRFB/1988, deixando de ser visto como mero formalismo e passa a ter sua importância efetivamente reconhecida.

Hugo de Brito Machado (MACHADO, 1994) destaca que o instituto da coisa julgada e o princípio da segurança jurídica *“se completam para viabilizar a convivência, não sendo possível, sem um mínimo de segurança, equacionar o relacionamento humano de forma justa”*.

A segurança jurídica, na contemporaneidade, se coaduna com a perspectiva instrumentalista assumida pelo processo civil, notadamente com o seu aspecto político – o processo exsurge como um espaço para a afirmação da autoridade do Estado (JOBIM, 2011, p. 91).

O grande dilema reside no embate entre segurança jurídica e constitucionalidade das decisões. Esse é um aspecto fundamental, visto ser inegável que as previsões contidas no § 15 do artigo 525 e no § 8º do artigo 535, do CPC/2015 constituem as mais evidentes afrontas (legalmente admitidas) já vistas à segurança jurídica, permitindo que decisões acobertadas pelo manto da coisa julgada venham a ser desconstituídas a qualquer tempo.

Não se quer dizer, de forma alguma, que o valor segurança jurídica seja absoluto, como doutrina Dinamarco (DINAMARCO) ao reconhecer a relatividade do mencionado princípio. Contudo, após a formação da coisa soberanamente julgada, parece que foi uma opção do constituinte preservar a estabilidade das decisões judiciais.

Nelson Nery Junior (NERY JR., 2009, p. 311) defende que deve ser dada especial importância ao valor segurança. Havendo choque en-

tre segurança jurídica e justiça das decisões (constitucionalidade, inclusive), deve prevalecer a segurança jurídica.

Ávila (ÁVILA, 2006, p. 69), nessa senda, ressalta que a busca desse estado ideal se justifica por conta dos efeitos negativos que a insegurança jurídica provoca.

Privilegiar a segurança jurídica não implica subverter a ordem natural do sistema, fazendo com que a sociedade se subordine às vontades do processo. Como Barbosa Moreira (MOREIRA, 2000, p. 12) lecionava, “*o processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo*”. Reconhecer a importância da segurança jurídica não altera o cenário.

Com o perdão da obviedade, entendemos que a proteção da segurança passaria a ser soberana apenas após a formação da coisa soberanamente julgada, já que, ao longo de todo processo, privilegia-se a justiça e constitucionalidade das decisões. A despeito disso, situações excepcionais admitiriam o relativismo após a formação da coisa julgada (a ação rescisória denota isso).

A confiabilidade, no âmbito do direito processual civil, não somente se restringe ao dever de coerência interna, mas também à necessidade de estabilização das decisões judiciais. Não há como se confiar em algo que a qualquer momento pode ser alterado. Por isso, o judiciário se autolimita (CANOTILHO, 1999, p. 74), sendo coisa julgada o nível máximo de segurança pelo qual precisa passar o processo, o ponto final.

3.2. Coisa julgada: um limite à supremacia constitucional?

A Constituição é o primeiro documento da vida jurídica do Estado, afirmação que justifica a necessidade de deferência do ordenamento jurídico às normas constitucionais (BARROSO, 2001, p. 204).

Como produto social que é, a Constituição deve retratar da forma mais fidedigna possível a vontade do titular do poder constituinte originário, sendo um espelho fiel da realidade da sociedade. Esta consonância entre sociedade e Constituição reflete o que Habermas chama de patriotismo constitucional (HABERMAS, 2001).

Este patriotismo constitucional gera para a sociedade um sentimento de pertencimento, favorecendo a eficácia das Cartas Constitu-

cionais. Quanto mais integrada à realidade, mais fácil é manter o seu nível de efetividade da Constituição.

Para viabilizar a comunicação entre a Constituição e a realidade social, Mendes (MENDES) lança mão da doutrina de Häberle, defendendo que, no âmbito do judiciário, é necessário que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, o que garantiria não somente a efetividade, mas a supremacia constitucional.

Mas não é só, pois de nada adianta a ampliação dos canais de comunicação existentes entre a sociedade e os juízes se o respeito à Constituição não for praticado por todos os poderes. O legislativo não possui uma carta branca para legislar.

A Constituição precisa ser vista não somente como um instrumento norteador da atuação dos juízes, mas como um conjunto de disposições básicas reguladoras da vida do Estado. Todas as funções estatais devem reverência aos comandos constitucionais (SILVA NETO, 2006, p. 159).

Os sistemas constitucionais contemporâneos surgem exatamente com o intuito de proteger os cidadãos das arbitrariedades do legislativo, fazendo com que as leis efetivamente se submetam ao controle constitucional (SILVA NETO, 2006, p. 159).

Foi uma opção do constituinte proteger a coisa julgada. A proteção conferida à coisa julgada não é somente a uma regra de processo. Trata-se de regra constitucional indispensável à própria existência do discurso jurídico.

A inovação trazida pelo CPC/2015, quando criou a possibilidade de eternizar discussões via ação rescisória, trouxe retrocesso em termos de supremacia constitucional, remontando à época na qual a simples conformação dos atos do Estado com o princípio da legalidade era suficiente para garantir a proteção dos indivíduos.

Poderiam os autores relativistas contra-argumentar na linha de que a manutenção de decisões inconstitucionais, ainda que transitadas em julgado, também é capaz de enfraquecer a força constitucional. Concordamos, mas, certo é que o constituinte teve que fazer uma escolha difícil.

Foi uma opção do constituinte proteger a coisa julgada, evitando que decisões posteriores pudessem vir a vilipendiar a segurança

jurídica alcançada após o exercício da jurisdição. Entendeu-se que violar a coisa julgada constituiria uma afronta inaceitável ao sistema constitucional.

A segurança jurídica não é absoluta. De toda forma, após a formação da coisa julgada, as decisões precisam, ao menos, se aproximar de um *status* absoluto, *status* este que é mitigado pela ação rescisória, mas que não pode ser mitigado eternamente. Conviver com erros e pontuais inconstitucionalidades é um ônus que o sistema precisa suportar.

Respondendo a indagação que abre esse título, afirmamos que o respeito à coisa julgada não limita a supremacia da Constituição, mas pelo contrário: trata-se de uma emanção da superioridade constitucional, já que a deferência às decisões transitadas em julgado foi prevista pelo constituinte.

Optar pela estabilização das decisões judiciais após o trânsito em julgado não foi somente uma decisão acertada do constituinte originário, mas uma decisão necessária para que o Estado possa exercer a sua função de tutelar direitos.

4. Conclusão

O relativismo corrói o direito ao enfraquecer a força normativa do direito. Ou seja, depreda-se o direito, atacando uma de suas bases fundamentais: força normativa. E a força normativa do Direito está ligada à eficácia das normas (HESSE, 1991).

Isso não significa dizer que devemos fazer vista grossa a decisões eivadas de vícios graves (tal como a inconstitucionalidade) em nome da autoridade estatal. A doutrina de Marinoni (MARINONI, 2010, p. 206), nesse aspecto, é formidável: “*não há falta de tutela ao jurisdicionado que teve contra si proferida sentença com vício grave (...)*”.

O Estado somente pode impor as suas decisões, afirmando a sua autoridade, se as normas insculpidas no ordenamento jurídico gozarem de força normativa. Caso contrário, o direito perde a sua credibilidade perante os jurisdicionados. O relativismo amesquinha o exercício da função jurisdicional.

Barbosa Moreira (MOREIRA, 2000, p. 103) lecionava que as normas concretas contidas na sentença, com o trânsito em julgado,

“adquirem vida própria, não sendo a sentença atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata”.

Admitir que decisão transitada em julgado venha a sofrer alterações, seja em sede de execução, seja em qualquer outro momento posterior à formação da coisa julgada, e especialmente após o término do prazo legalmente instituído para as ações rescisórias, corrói um dos pilares do direito e traz consequências incalculáveis.

O relativismo obsta que o direito dê a cada um o que é seu, impedindo que os conflitos se pacifiquem, pois é impossível se falar em paz social sem segurança jurídica.

Sob esse prisma, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (CARNEIRO, 1999) propõe o estudo do acesso à justiça fincado em quatro grandes princípios, sendo um deles a utilidade. Por utilidade, assevera o autor, entende-se que é fundamental que o processo possa assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível.

Se admitirmos a legitimidade das teses relativistas sem restrições, permitiremos que, em determinados casos, se desconsidere a coisa julgada, violando o subprincípio da utilidade.

Sob outro ângulo, aspecto relevante diz respeito ao poder que é conferido ao STF, quando se permite que uma decisão de inconstitucionalidade, proferida a qualquer momento, seja o marco zero de contagem de prazo de uma ação rescisória veiculada em combate à uma decisão inconstitucional.

Oscar Vilhena (VIEIRA) advertiu que o excessivo poder que o Supremo tem concentrado em suas mãos seria agravado caso venha a se admitir que as decisões de inconstitucionalidade por ele proferidas sempre poderão vir a desconstituir decisões transitadas em julgado anteriores.

Nessa linha de argumentação, defende-se a inconstitucionalidade do § 15 do artigo 525 e § 8º do artigo 535, do diploma processual civil.

Isso não quer dizer que o relativismo será sempre algo negativo. Em termos gerais, o estudo leva a concluir que, abrir as portas para o relativismo, de maneira indiscriminada, é temerário, eis que enfraquece a coisa julgada e a segurança jurídica. Na mesma linha, vilipêndia a força normativa do direito, elemento imprescindível à sobrevivência do Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 22.

_____. O juiz e a cultura da transgressão. **Revista Jurídica**, v. 267, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. **Arquivos de direitos humanos**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. Fundação Mário Soares, Lisboa, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. **Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A impugnação ao cumprimento de sentença, do artigo 475-L do CPC, e a relativização da coisa julgada. In: DOS SANTOS, Ernane Fidélis [et al] (Coord.). **Execução Civil**. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido. **Relativizar a coisa julgada material.**

Instituto OCW Brasil. Disponível: <http://xoomer.virgilio.it/direitoustp/curso/dina1.htm>.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **University of Chicago Law Review.**

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**, Volume I, 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Leonardo. Ainda a coisa julgada inconstitucional. In: **Estudos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Ciudadanía e identidad nacional. In: **Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático derecho em términos de teoría del discurso**. 3. ed. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JOBIM, Marco. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 6ª ed. München: Beck, 1991.

LENZA, Pedro. **O senado federal é um “mero menino de recado”?** Artigo publicado no *blog* do autor. Disponível: <http://pedro-lenza.blogspot.com.br>.

MACHADO, Hugo de Brito. **Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais**. RTJE, v. 13, novembro/1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**, 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MASCARO, Alex Antonio. **Segurança jurídica e coisa julgada. Sobre cidadania e processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Princípios do processo na constituição federal**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROMANO NETO, Odilon. **Coisa Julgada Inconstitucional: proposta interpretativa dos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC**. 184 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

SALDANHA, Daniel. **Apontamentos para uma ideia de justiça em Roma**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi>.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina [et.al] (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio. **A estória da “katchanga real” – recolocando as coisas no lugar ou de como se pode “katchangar” sem**

se dar conta de que se está “katchangando” – uma homenagem a Luis Alberto Warat. Disponível: <http://www.lenios-treck.com.br>.

_____. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010,

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade, **Processo civil – leituras complementares para concursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada.** Bahia: Editora JusPodivm, 2008.

VILHENA, Oscar. **Supremocracia.** Revista Direito GV 08. Disponível: <http://www.scielo.br>.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional.** O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori. **Inexigibilidade das sentenças inconstitucionais.** Disponível: <http://www.esmafe.org.br/web/revista>.

_____. **Ação rescisória em matéria constitucional.** Disponível: <http://bdjur.stj.jus.br>.

DIREITO E BIG DATA: OS LIMITES E GARANTIAS DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS

Fernanda Bragança

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo tratar sobre os limites e garantias das decisões automatizadas. O número de publicações científicas sobre o tema cresce e este trabalho se insere neste conjunto para aprofundar e propor algumas análises sobre essa tomada de decisão automatizada particularmente considerado estes dois aspectos. No contexto atual, os algoritmos ganham um espaço crescente e a sua utilização pode consistir em três utilidades: fornecimento de informações; predição ou servir de guia para uma escolha a ser feita.

O funcionamento dessas ferramentas e o(s) tipo(s) de utilização que são realizados pelas empresas são, na maior parte das vezes, completamente desconhecidos pelas pessoas. O cenário atual, portanto, é que todos estão sujeitos aos algoritmos, mas poucos conhecem os impactos que estes podem ocasionar em suas vidas.

A pesquisa se desenvolve da seguinte maneira: uma primeira parte que aborda as limitações desses resultados baseados em algoritmos a partir de uma reflexão sobre a qualidade dos dados, insuficiência de informações e opacidade ilustrada com o caso do COMPAS; e a segunda que trata sobre as garantias legalmente previstas para controlar essas decisões algorítmicas com base nas disposições normativas do

Regulamento Europeu e na Lei Geral de Proteção de dados brasileira. A metodologia consistiu em uma revisão bibliográfica sobre o assunto que privilegiou as discussões mais recentes da doutrina estrangeira.

O algoritmo corresponde a um conjunto de instruções que podem ser processadas pelo computador para resolver um problema ou concluir uma tarefa. No entanto, a crescente disponibilidade de dados e da capacidade de processamento das máquinas influenciaram o seu uso para outras funções como a previsão do comportamento e a automatização das decisões. Essas novas aplicações têm a proposta de aumentar a produtividade e permitir tomadas de decisão mais eficientes e informadas por governos, empresas e entidades públicas.

As decisões algorítmicas podem se basear em sistemas artesanais que usam mecanismos de pontuação reduzida, ou a identificação de palavras-chave ou a extração de linguagem natural. As regras podem ser articuladas diretamente pelos programadores ou ser dinâmicas e flexíveis com base no aprendizado de máquina de dados contextuais (ROYAL ACADEMY OF ENGINEERING, 2017, p. 1).

Atualmente, os debates se concentraram nas oportunidades e implicações do uso de algoritmos de aprendizado de máquina na tomada de decisões (CASTELLUCCIA; LE MÉTAYER, 2019). Este é um tipo de inteligência artificial que fornece aos computadores a capacidade de extrair inferências automaticamente quando expostos a novos dados, sem serem explicitamente programados para isso.

O uso de algoritmos está crescendo rapidamente à medida que grandes quantidades de dados são criadas, capturadas e analisadas. Além da atenção com o *Big Data*, os seus utilizadores precisarão garantir a existência de mecanismos que detectem e solucionem quaisquer erros ou consequências não intencionais das decisões tomadas.

I. LIMITES DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS

Os algoritmos são dependentes de informações disponíveis e bem selecionadas. Mas algumas vezes os dados estão incompletos e mal classificados e isso compromete a confiabilidade nos resultados. Uma pesquisa que comparou as notas de crédito de três agências nos Estados Unidos que usavam ferramentas automatizadas verificou que 29% dos

consumidores tiveram pontuações de crédito que diferiram em pelo menos cinquenta pontos de uma a outra. Essas variações sugeriram avaliações arbitrárias no sistema de concessão de créditos (CITRON; PASQUALE, 2014, p. 12).

A baixa qualidade dos dados¹¹⁵ e escolhas metodológicas inadequadas também podem conduzir a resultados marcadamente discriminatórios, quando, por exemplo, os erros atingem mais um determinado grupo do que outro. Este problema é bastante conhecido e não somente os algoritmos refletem os valores e preconceitos dos programadores, mas eles trabalham a partir de dados que carregam a discriminação por si só.

É possível ainda que esses resultados enviesados sejam reflexo de uma insuficiência de informações relacionadas ao grupo social discriminado. Um estudo sobre o *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions - COMPAS*, um sistema desenvolvido nos Estados Unidos para avaliar a probabilidade de reincidência do acusado, identificou que os erros relacionados ao programa foram duas vezes mais frequentes entre a população negra comparativamente à branca (ANGWIN et. Al, 2016). Nenhum critério ético foi levado em consideração pelo algoritmo, o que leva a crer que essa disparidade se deu em decorrência desta ausência e/ou da combinação com outros fatores como número de parentes processados ou condenados e a situação econômica dos indivíduos.

A opacidade ou transparência é um outro limite para os algoritmos. O efeito de “caixa preta” atinge particularmente a *machine learning*, no entanto, é precisamente quando não se pode formular uma regra precisa que descreva o fato que se deseja prever ou representar que o aprendizado de máquina é essencial.

Nestes casos, o resultado é muito difícil de ser interpretado à luz dos dados que foram utilizados na programação diante das complexas e numerosas correlações que são feitas entre eles (DELTORN, 2017). Assim, quanto maior a complexidade do sistema, maior a sua opacidade.

115 A qualidade dos dados influencia o valor da análise e a credibilidade da tomada de decisões. A comunidade de engenharia de software e ciência da computação reconhece que esse é um desafio significativo, especialmente para o aprendizado de máquina (Ibid., p. 3).

A opacidade¹¹⁶ própria à tecnologia se reveste ainda de uma dificuldade jurídica tendo em vista que os algoritmos são, em geral, protegidos por sigilo ou direitos de propriedade intelectual; o que dificulta o acesso à metodologia. Este inclusive foi o caso dos indivíduos que foram submetidos ao COMPAS.

Um precedente que evidenciou essas questões foi o de Eric Loomis, que em 2013, foi sentenciado a seis anos de prisão por um juiz do estado de Wisconsin, por dirigir um veículo roubado e fugir da polícia. Um dos argumentos usados pelo magistrado foi justamente o fato de que o relatório produzido pelo COMPAS avaliava Eric como cidadão que oferecia um “grande risco para a sociedade” (LIPTAK, 2017).

O advogado de Eric apelou para a Suprema Corte do Estado de Wisconsin alegando violação do direito a um julgamento justo e que seu cliente teria sido condenado sem ao menos ter conhecimento sobre quais os fatores impactaram neste tipo de classificação e qual metodologia o algoritmo utilizou, tendo em vista que, por se tratar de sistema desenvolvido por uma empresa privada é protegido por segredo comercial (Idem).

A decisão não foi reformada e o caso chegou à Suprema Corte dos EUA. O então procurador-geral, Eric Holder, alertou que as pontuações de risco poderiam estar influenciando os tribunais. Ele pediu que a Comissão de Condenação do país estudasse mais detidamente sobre como estavam sendo realizadas essas avaliações, considerando que as mesmas poderiam estar reproduzindo disparidades que são bastante corriqueiras tanto no sistema de justiça criminal quanto na sociedade.

A Corte se posicionou no sentido de que a avaliação feita pelo algoritmo não constituía o único fundamenta da decisão e os juízes tinham a liberdade de segui-la, considerá-la conjuntamente com outros elementos ou até mesmo desconsiderá-la. A sentença não abordou a questão da metodologia algorítmica, a qual não foi disponibilizada ao condenado nem tampouco aos juízes.

116 Jenna Burrell (2016) tratou com profundidade sobre a opacidade e suas formas: opacidade enquanto sigilo corporativo ou estatal intencional; opacidade enquanto analfabetismo técnico; opacidade enquanto a maneira como os algoritmos operam na escala da aplicação.

O *software* da *Northpointe Inc* está entre as ferramentas de avaliação mais utilizadas nos EUA, entretanto, a empresa não divulga publicamente os cálculos feitos para chegar às pontuações de risco dos réus, de modo que não é possível entender o que pode estar impulsionando essa discrepância. As informações disponibilizadas se restringem tão somente às perguntas feitas ao indivíduo, de modo que não há uma explicação para o réu ter um maior ou menor índice de reincidência e nem como cada resposta influencia no resultado final (NUNES; MARQUES, 2018, p. 6).

II. GARANTIAS LEGAIS

O legislador brasileiro seguiu a mesma direção do Regramento Europeu (RGPD) sobre a proteção de dados e privilegiou a informação dos indivíduos confrontados ao auxílio dos algoritmos para a tomada de decisão. Não obstante, o Regulamento da UE foi mais assertivo quanto ao consentimento do titular. É interessante notar que ambos os textos fazem referência às decisões tomadas sem a intervenção humana independentemente do grau de sofisticação da tecnologia empregada.

A legislação europeia (que inclusive foi a grande inspiração da LGPD) prevê expressamente três garantias frente à automação da tomada de decisão: direito à informação das pessoas relacionadas; possibilidade de intervenção humana, manifestação do seu ponto de vista ou de contestação; e outras garantias que visam limitar o preconceito e a discriminação.

O artigo 22 da RGPD estabelece que o titular dos dados tem o direito de não ficar **sujeito** (grifo nosso) a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.

As exceções foram previstas no parágrafo 2º e concernem a três hipóteses: quando for necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; for autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito e estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os

legítimos interesses do titular dos dados; ou estiver baseada no consentimento explícito do titular dos dados.

O direito da União ou o ordenamento jurídico dos Estados membros podem autorizar, portanto, certas decisões automatizadas afim de controlar e de prevenir fraudes e evasão fiscal ou para assegurar a segurança e a confiabilidade de um serviço. As mesmas são igualmente aceitas quando necessárias à conclusão ou à execução de um contrato entre uma parte e o responsável pelo tratamento; o que diz respeito diretamente às atividades de uma grande parcela das plataformas de intermediação ou de *e-commerce* (G'SELL, 2020, pp. 102-103).

A legislação brasileira foi bem mais sucinta e estabeleceu que o titular dos dados tem **direito a solicitar a revisão** (grifo nosso) de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as que são destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. E não dispôs sobre exceções.

O recurso aos algoritmos será incentivado à condição que ele se apresente da forma mais transparente possível. O artigo 13 da RGPD prevê que a pessoa em causa será informada do caráter automatizado da decisão para que possa obter as informações concernentes à lógica subjacente assim como sobre a importância e as consequências previstas uma vez que o tratamento dos dados seja realizado.

Na doutrina europeia há bastante discussão sobre este artigo. Alguns autores entendem que a RGPD consagra um direito à explicação sobre o funcionamento do algoritmo que serviu de apoio à tomada de decisão (GOODMAN; FLAXMAN, 2016). Em contrapartida, uma outra tese é a de que o regramento não faz nada além do exigir que uma informação limitada sobre o processamento, a significação e as consequências do uso do algoritmo no processo decisional. Segundo esta corrente, portanto, se trata mais propriamente de um direito à informação do que à explicação¹¹⁷ (WACHTER; MITTELSTADT; FLORIDI, 2016).

117 O direito à explicação pode fazer referência a dois tipos de esclarecimentos: a funcionalidade do sistema, isto é, lógica, significância, consequências previstas e funcionalidade geral de um sistema automatizado de tomada de decisão, por exemplo a especificação de requisitos do sistema, árvores de decisão, modelos predefinidos, critérios e estruturas de classificação; ou para decisões específicas, ou seja, a justificativa, razões

O parágrafo 3º do artigo 22 dispõe que o responsável pelo tratamento de dados precisa adotar medidas que protejam os direitos, liberdades e interesses legítimos do indivíduo, ao menos o acesso à uma intervenção humana para que possa exprimir seu ponto de vista ou contestar a decisão. O efeito prático desta disposição parece ser o contato com um outro ser humano com o qual aquele que teve suas informações tratadas pode apresentar suas observações e suas críticas ao resultado. A norma não prevê expressamente uma reconsideração ou recurso nos moldes do direito processual.

A LGPD consagra no parágrafo 1º do artigo 20 que o controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. Ou seja, a norma trata sobre o direito à informação, mas não dispõe sobre intervenção humana. Não obstante, a lei brasileira foi mais adiante que a europeia ao afirmar em seu artigo 22 que a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva. Nesse sentido, o legislador abre espaço à recorribilidade.

Contra a discriminação, o artigo 9º parágrafo 1º da RGPD proíbe o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como de informações genéticas e biométricas que possam identificar uma pessoa de forma inequívoca, ou disponham sobre a saúde, a vida sexual ou a orientação sexual do sujeito. O parágrafo 2º elenca pelos menos dez exceções à esta vedação.

e circunstâncias individuais de uma decisão automatizada específica, por exemplo a ponderação de recursos, regras de decisão específicas de caso definidas por máquina, informações sobre grupos de referência ou perfil.

Além disso, também é possível distinguir as explicações no que tange ao tempo no processo de tomada de decisão: explicação *ex ante* ocorre antes da tomada de decisão automatizada. Esta pode lidar logicamente apenas com a funcionalidade do sistema, pois a lógica de uma decisão específica não pode ser conhecida antes que a decisão seja tomada; explicação *ex post* ocorre após a decisão automática, que pode abordar a funcionalidade do sistema e a lógica de uma decisão específica (WACHTER; MITTELSTADT; FLORIDI, 2016, p. 6).

No entanto, a orientação clara da normativa europeia, em especial no seu considerando nº. 71, é quanto à aplicação de medidas técnicas e organizacionais apropriadas para que os riscos de erro e os efeitos discriminatórios sejam diminuídos ao máximo.

A não discriminação é um princípio fundamental da LGPD. Os dados relativos à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato, à organização de caráter religioso, filosófico ou político, à saúde, à vida sexual, à genética ou biometria, quando vinculados a uma pessoa natural são classificados enquanto sensíveis e só podem ser tratados nas hipóteses específicas do artigo 7º da lei.

Tanto o Regulamento europeu (em vigor em 25 de maio de 2018) quanto a legislação brasileira (que entrará em vigor em 15 de agosto de 2020) contém diversos termos que ainda geram dificuldades de interpretação como a própria definição de definição automatizada ou então de “tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses”. Ainda há a discussão sobre as decisões que se apresentam como não automatizadas, mas nas quais os decisores se limitam a ratificar a recomendação do algoritmo que é, de fato, a única base para o resultado final.

Mesmo o conceito de direito à informação consagrados em ambas as legislações têm diversos obstáculos. A publicação da codificação fonte dos algoritmos pode satisfazer os especialistas, mas é insuficiente para a compreensão da população em geral. E aí aparece o seguinte paradoxo: ou a informação será sucinta e insuficiente para uma compreensão global do sistema ou será tão sofisticada e técnica a ponto que será ininteligível pelos cidadãos. No plano jurídico, a proteção dos direitos de propriedade intelectual e de segredo comercial também podem limitar fortemente a concretude da transparência (G’SELL, 2020, p. 107).

Com relação aos dados, é sabido que a maior parte das pessoas autoriza o uso dos dados sem leitura dos termos de uso ou das condições gerais para ter acesso a um serviço *online*. E por isso, alguns autores sinalizam descrédito em relação à aceitação por um simples clic, no sentido de que seria insuficiente para representar um verdadeiro consentimento (GOODMAN, 2016-A).

E alguns estudiosos mais pessimistas afirmam que nenhuma garantia, seja de cunho legal ou mercadológico como a monetização dos dados, é capaz de deter os efeitos antidemocráticos dos algoritmos. Para

este grupo, é preciso informar melhor a população sobre os efeitos negativos do *Big data* e prever outras salvaguardas, inclusive tecnológicas, para impedir abusos ou compartilhamento indevido de dados pelos responsáveis pelo tratamento (MOROZV, 2013).

Diante dessas complexidades, o Parlamento Europeu sugeriu a criação de uma Agência Reguladora Europeia de Inteligência Artificial e da tomada de decisão algorítmica com a atribuição de controlar as análises de impacto e de investigar possíveis violações de direitos fundamentais. Na mesma linha, o legislador brasileiro previu uma Autoridade Nacional com diversas competências relacionadas à proteção de dados pessoais (artigo 55-J).

CONCLUSÃO

O grande limite das decisões automatizadas é a questão da opacidade, também denominada de transparência. Os sistemas mais avançados, em particular, os que usam a técnica de aprendizado de máquina são muito complexos para serem decifrados e monitorados. Além disso, ainda há a barreira da legislação que protege os segredos comerciais e a propriedade intelectual, que impediu os condenados dos EUA submetidos à avaliação do COMPAS de compreenderem com profundidade quais os critérios e o peso de cada um para a cominação da pena.

As garantias previstas tanto no Regramento Europeu quanto na lei brasileira vão justamente de encontro a esses limites, privilegiando o direito à informação e/ou à explicação (que é bastante debatido) e a não discriminação enquanto um valor fundamental a ser protegido, a qual faz com que determinados dados só possam ser tratados nas hipóteses expressamente previstas.

Não obstante alguns autores se mostrem incrédulos quanto à real eficiência dessas garantias é preciso uma reflexão e busca constante por mecanismos legais que efetivamente preservem os titulares das informações e consigam coibir abusos e erros por parte dos controladores dos sistemas algoritmos. Nesse sentido, uma previsão importante foi a criação de órgãos controladores, sendo na Europa uma agência reguladora e no Brasil uma autoridade nacional para supervisionar, dentre outras atribuições, a proteção de dados.

REFERÊNCIAS

- ANGWIN, Julia et al. Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks, 23 de maio de 2016. Disponível em <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>> acesso em 31 de março de 2020.
- BURRELL, Jenna. How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, January–June 2016. Disponível em <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053951715622512>> acesso em 2 de abril de 2020.
- CASTELLUCCIA, Claude; LE MÉTAYER, Daniel. Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges. Study. Panel for the Future of Science and Technology. Brussels, European Parliamentary Research Service, 2019. Disponível em <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU\(2019\)624261_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf)> acesso em 2 de abril de 2020.
- CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, v. 89, no. 1, pp. 1–33, 2014. Disponível em <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=400020126087065100116091086065115010096068026065069063076087021102113027127116097127028021100056061044043004103121110122089108049022017012058028010078125076123090064093085106031103071117125027028000123085071064114112027107017103113091074009066095017&EXT=pdf>> acesso em 31 de março de 2020.
- COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTÉ. Comment permettre à l'Homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle. Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une république numéri-

que, décembre 2017. Disponível em < https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf> acesso em 2 de abril de 2020.

DELTORN, Jean-Marc. La protection de données personnelles face aux algorithmes prédictifs. *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. 12

G'SELL, Florence. Les décisions algorithmiques. In: G'SELL, Florence. *Le Big Data et le droit*. Paris: Dalloz, 2020.

GOODMAN, Bryce. A Step Towards Accountable Algorithms? Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection. 29th Conference on Neural Information Processing Systems (NIPS 2016), Barcelona, Spain, 2016-A. Disponível em < https://pdfs.semanticscholar.org/f0b7/7ffb3d751c7d62dbe003b3e9e-441ca10c629.pdf?_ga=2.235727745.1848412325.1585860256-431906920.1585860256> acesso em 2 de abril de 2020.

GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. European Union Regulations on Algorithmic Decision making and a right to explanation. *AI Magazine*, Vol 38, nº 3, pp. 1-9, 2017. Disponível em < <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>> acesso em 31 de março de 2020.

LIPTAK, Adam. Sent to Prison by a Software Program's Secret Algorithms. *The New York Times*, Sidebar, 1 de maio de 2017. Disponível em < <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-software-programs-secret-algorithms.html>> acesso em 31 de março de 2020.

MOROZOV, Evgeny. The Real Privacy Problem. *MIT Technology Review*, 22 de outubro de 2013. Disponível em < <https://www.technologyreview.com/s/520426/the-real-privacy-problem/>> acesso em 2 de abril de 2020.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisórias às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285, pp. 421-447, nov. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?qid=1559291025147&uri=CELEX:32016R0679#d1e1564-1-1>> acesso em 31 de março de 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu de 12 de fevereiro de 2019, sobre uma política industrial europeia completa no domínio da inteligência artificial e da robótica (2018/2088(INI)). Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_PT.html> acesso em 31 de março de 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei no. 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm> acesso em 31 de março de 2020.

ROYAL ACADEMY OF ENGINEERING. Algorithms in decision-making. A response to the House of Commons Science and Technology Committee inquiry into the use of algorithms in decision-making, april 2017. Disponível em <<https://www.raeng.org.uk/publications/responses/algorithms-in-decision-making>> acesso em 2 de abril de 2020.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation. International Data Privacy Law, 2017. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2903469> acesso em 2 de abril de 2020.

MEDIAÇÃO E DIREITO CONTRATUAL

Fernanda Bragança

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como proposta discutir a seguinte questão: a mediação seria uma forma de implementação da justiça pelo contrato? Esta temática já é algum tempo tratada pela doutrina estrangeira, marcadamente européia, mas é ainda tem pouca repercussão no Brasil, em que pese a importância do esclarecimento deste ponto para melhor compreensão do meio alternativo.

Para aprofundar esta matéria, este estudo está dividido nas seguintes partes: contratualização da Justiça; a convencionalidade na mediação; e aspectos jurídicos do acordo final estipulado. O desenvolvimento desses pontos se fez a partir de uma revisão bibliográfica majoritariamente internacional, com destaque para a literatura francesa.

A mediação, bem os meios alternativos em geral, costumam ser tratados como institutos anexos e há poucos trabalhos que efetivamente fazem a correlação desses métodos com elementos e áreas do Direito. Com esta perspectiva, esta pesquisa aborda algumas reflexões ligadas sobretudo à seara contratual.

I. A CONTRATUALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

De início, cabe destacar a principal razão pela qual a contratualização da Justiça é tão pouco debatida e explorada pela doutrina, tanto

processual quanto civilista. Este tema desperta um forte receio porque remonta à ideia de privatização que, por sua vez, se tornou sinônimo de implementação de uma justiça privada e de perda de garantias. No entanto, o que mais atrapalha o aprofundamento deste assunto é a grande confusão terminológica que existe entorno dele.

A partir dessa constatação, Loic Cadiet (2001, p. 177) introduz o tema fazendo a distinção entre justiça *no* contrato e *pelo* contrato. A primeira é a que resulta dos textos da lei, dos princípios gerais do Direito e das decisões de jurisprudência e que tem por objetivo assegurar que as relações contratuais aconteçam de maneira justa e equilibrada.

Este aspecto ressalta o papel do juiz revestido de um poder regulador e cujo principal meio é a processualização do contrato (CADIET, 1999, p. 23). Essa intervenção do magistrado fica ainda mais latente quando demandado para a execução do pacto, em que há a ocasião para se questionar se deve privilegiar a lei ou a intangibilidade das disposições acordadas. A tendência geral da jurisprudência mundial tem sido no sentido da remodelação do ajuste afim de assegurar o equilíbrio das obrigações firmadas (Idem).

Com relação ao segundo sentido – Justiça *pelo* contrato – é preciso compreender esses ajustes enquanto meios de solução do litígio, tendo em vista, em particular, as espécies contratuais do compromisso e da transação¹¹⁸. A novidade mais recente foi a ampliação desse fenômeno a tal ponto que deu origem aos métodos adequados de resolução de conflitos, que se desenvolveram tão intensamente a ponto de ser possível verificar a criação e o aumento significativo de organismos e de literatura especializada bem como do número de profissionais engajados nesta área.

A justiça pelo contrato é propriamente o objeto que interessa à esta investigação com a seguinte proposição: as cláusulas de mediação

118 Interessante que a definição do instituto da transação trazida no artigo 2044 do Código Civil francês é semelhante ao do artigo 840 do Código Civil brasileiro:

Art. 2044 do Código Civil francês: A transação é um contrato pelo qual as partes encerram uma disputa já existente ou previnem o surgimento de uma. Este contrato deve ser redigido por escrito (tradução livre da autora).

Art. 840 do Código Civil brasileiro: É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

ou o próprio método podem ser tidos como um meio convencional de restaurar a justiça no contrato? De imediato cabe ressaltar que aqui também valem as regras gerais aplicáveis ao direito contratual que tem por escopo evitar qualquer excesso.

A opção das partes seguirem pela via consensual e resolverem o problema por meio de um acordo no curso do processo é uma alternativa festejada por muitos legisladores, filósofos e pensadores em todo o mundo. Mas o que de fato leva a crer *a priori* que um consenso entre as partes seja melhor que uma decisão do juiz?

Tanto o acordo quanto a decisão judicial se conjugam quando por exemplo, as partes submetem o pacto firmado à homologação judicial, seja por imperativo legal, seja porque preferem desta maneira. Por outro lado, a transação costuma ser apresentada enquanto um acordo por meio do qual as partes atuam como juízes do próprio caso.

Não obstante, o acordo não está incólume a erros ou desequilíbrios, assim, é possível que o mesmo gere um contrato não razoável porque manifestamente desequilibrado em detrimento de uma das partes. Esta circunstância retrata justamente o problema da justiça contratual: deve-se ater ao que foi acordado independentemente da injustiça produzida ou uma autoridade externa ao conflito deve interferir na esfera convencional para corrigir o que foi estipulado? Em outros termos, a justiça contratual é reduzida ao acordo e o juiz deve seguir as estipulações das partes ou transcende o pacto e o magistrado deve, se necessário, retificá-lo a seu critério? A resposta a esta pergunta não é inequívoca e depende da filosofia do contrato e, mais amplamente, da filosofia do direito adotada (CHAZAL, 2004, p. 1).

De todo modo, alguns parâmetros, notadamente, princípios são apontados para nortear esta interferência (ou não) do magistrado. A doutrina civilista majoritária trabalha com a ideia de um voluntarismo temperado; o que significa que onde o legislador se absteve de intervir, a liberdade contratual das partes (por vezes chamada de voluntarismo social) mantém a sua prevalência.

Mesmo na sua versão temperada, o voluntarismo é geralmente caracterizado pelo sacrifício da justiça contratual em benefício da segurança das convenções e da previsibilidade das soluções em caso de litígio. A inviolabilidade dos acordos, a rejeição do prejuízo como mo-

tivo geral para rescisão de contratos, bem como a relutância em admitir a revisão por razões imprevistas são consequências concretas deste princípio.

Uma outra referência é a equidade. No contrato, equidade significa que cada parte deve receber o equivalente ao que transmite, sendo essa igualdade, na filosofia de Aristóteles, a base da troca. Segundo a tradição aristotélica-tomista a justiça consiste, para o juiz, em seguir a vontade das partes consagradas no direito privado, mas essa liberdade contratual não é ilimitada e, portanto, não pode acarretar injustiças (GHESTIN; LOISEAU; SERINET, 2013).

De acordo com essa concepção do contrato, o juiz não é um auxiliar servil do acordo das partes. Ele está justificado em modificá-lo ou desconsiderá-lo (em parte ou no todo) se sua aplicação levar a uma solução manifestamente injusta. Este é particularmente o caso quando o contrato revela um desequilíbrio entre direitos e obrigações em decorrência de um abuso de poder econômico.

No século XIX, a concepção justa do contrato foi quase substituída por uma concepção liberal e individualista mais relacionada às necessidades da economia capitalista em expansão. No entanto, já no final daquele século, os excessos gerados pela liberdade contratual e pelas desigualdades econômicas levaram a questão social ao cerne do debate. Alguns autores deste tempo (CHAZAL, Ob. Cit., p. 9) defenderam a prevalência no direito contratual do coletivo sobre o indivíduo, da cooperação social sobre o egoísmo particular e da solidariedade sobre a liberdade (JAMIN, 2001, pp. 441 e ss).

A boa fé alargou sua dupla função interpretativa e sancionadora para ser a fonte de um dever de cooperação entre as partes contratantes, transformando o contrato em uma espécie de pequena empresa onde todos devem trabalhar por um objetivo comum (MAZEAUD, 1999, pp. 617 e ss). Esse conceito, que permaneceu minoria na doutrina durante o século XX, ganhou um novo protagonismo na última década.

A contratualização da solução do conflito, mesmo sob o amparo de um terceiro mediador, coloca em evidência o equilíbrio de forças, pelo qual cada parte tenta minimizar as concessões que terá que fazer. Consequentemente, é necessário que mecanismos para conter o dese-

quilíbrio contratual e diminuir as tensões econômicas entre os conflitantes sejam previstos previamente.

A paridade de armas também faz emergir uma outra necessidade que é a obrigação de informação igualitária e efetiva das partes sobre todos os elementos que compõem a disputa; o que realça o caráter democrático da mediação.

II. A CONVENCIONALIDADE NA MEDIAÇÃO

A mediação tem, portanto, origem contratual e ainda tem a peculiaridade de gerar um acordo entre partes com a participação de um terceiro. Essa intervenção é entendida, *a priori*, como uma garantia. As partes não privatizam a justiça no sentido de uma privatização da instituição judicial quando escolhem livremente ser ajudadas por um terceiro para encontrar uma solução amigável para sua disputa. Esta abordagem surge da ideia de contratualização, ou seja, do recurso ao contrato.

Em que pese este não ser o objeto deste trabalho, é preciso esclarecer que a convencionalidade na mediação não envolve apenas a escolha pelo procedimento; das regras que irão regê-lo; e as disposições que irão encerrar o conflito. Há diversas questões contratuais que poderiam ser tratadas no que tange à contratação do mediador e que ainda são suscetíveis às nuances da instituição que tenha sido encarregada de implementar o procedimento. Em razão dessas variações conforme a entidade escolhida, as convenções que serão analisadas neste estudo excluem este ponto.

A opção pela mediação não tem como foco, portanto, a rejeição da jurisdição estatal, mas a reivindicação das partes sobre a própria disputa. Essa vontade das mesmas se distingue em três momentos precisos: o do consentimento original, ou seja, na escolha de recorrer à mediação em caso de conflito; o da participação voluntária no procedimento uma vez que a disputa esteja instaurada; e finalmente, no momento de aceitar a solução construída conjuntamente com o outro interessado.

O recurso à mediação pode ser estabelecido por meio de um contrato específico ou através de uma simples cláusula inserida em outro ajuste entre as partes. Quando isso acontece, este instrumento con-

tratual representa uma prestação de serviço privado e contém todas as regras referentes ao procedimento uma vez que ele seja instaurado, tais como: lugar, duração de cada sessão, remuneração do mediador, repartição de custos, modalidades de pagamento.

De maneira geral, a cláusula de mediação também é considerada por si só como uma convenção. A tradição romano-germânica reconhece que essa cláusula contém uma verdadeira obrigação e não apenas uma declaração de intenção. Esse reconhecimento também se consolidou mais recentemente nos países de *common law* (JAROSSOM, 2005, p. 38).

Os ordenamentos jurídicos que conhecem a distinção entre obrigações de meio e resultado facilitam a reflexão da doutrina no sentido de que uma cláusula que prevê a mediação pode ser entendida como uma obrigação de resultado enquanto que a permanência no procedimento é necessariamente uma simples obrigação de meio, tendo em vista que as partes podem desistir a qualquer momento uma vez que a mediação seja instaurada (Idem).

As legislações da França, Inglaterra, Itália e Bélgica, por exemplo, preveem sanção para a hipótese de descumprimento da cláusula de mediação. Essa violação gera um efeito de caráter processual por parte do juiz ou árbitro que não conhece do litígio até que as partes passem pela etapa da mediação. Em outras palavras, a demanda ajuizada em inobservância dessa cláusula fica como que temporariamente bloqueada (VOSEK, 2002). No mesmo sentido, algumas decisões europeias mais atuais entenderam essa preliminar de mediação como um *pactum de non petendo* (JAROSSOM, Ob. Cit., p. 39).

A ideia de uma competência jurisdicional “confiscada” em razão da violação de uma cláusula vinculativa das partes não é mantida caso as partes iniciem e logo em seguida desistam da mediação (o que é lógico) porque não se trata de contestar a jurisdição de um juiz em benefício de outro, mas submeter a disputa primeiro a um terceiro cuja missão é diferente da do magistrado.

No Brasil, o artigo 23 da Lei nº. 13.140/2015 estabelece a possibilidade de incluir um pacto de não litigância na cláusula compromissória de mediação até o escoamento de determinado prazo ou condição estipulada pelas partes, sob pena de suspensão da ação ou procedimento arbitral em curso. A princípio, portanto, a simples existência da

cláusula não impede o prosseguimento judicial ou arbitral; para isso é preciso que as partes expressamente convençionem.

Assim, caso seja iniciada demanda judicial ou procedimento arbitral com violação ao ajuste das partes, o juiz ou árbitro em exercício deverá suspender o andamento da lide até que seja concretizada a condição estabelecida entre as partes, ou até escoado o prazo.

Este efeito suspensivo só é excepcionado para casos de tutela de urgência.

A jurisprudência inglesa sugere um meio termo entre uma sanção contratual e uma processual: a possibilidade do árbitro ou o juiz conhecer do mérito do litígio, mas terá que levar em conta a atitude de recusa de uma parte no momento em que fixar a repartição de custos do processo (Ibid., p. 40).

A jurisprudência francesa¹¹⁹, por sua vez, já teve ocasião de afirmar que a cláusula que prevê preliminarmente a submissão do conflito à mediação não impede o juiz de autorizar medidas de urgência. Esta possibilidade parece razoável e sua adoção por outros países deve ser encorajada.

O mediador tem uma atuação chave para a formação de um acordo entre as partes. Ele deve agir de maneira independente, imparcial e de boa fé sem favorecer um ou outro lado da disputa. Daí vem o ditado de que “o mediador é tudo menos um juiz; ele deve ser tudo menos injusto” (Ibid., p. 46).

Os centros de mediação de todo o mundo bem como organizações profissionais começaram a editar em todo o mundo códigos de conduta justamente para garantir uma condução adequada. Mas além da questão deontológica, o mediador tem a difícil missão, que pode variar a depender seu conhecimento acerca do Direito aplicável, de velar pela redação de um pacto juridicamente válido, conforme as normas escolhidas para reger a disputa.

119 Arbitrage - Conciliation obligatoire, CA Paris, 23 mai 2001

RÉFÉRÉ:

L'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas qu'une partie puisse, en cas d'urgence, saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions.

De fato, há um grande número de normas comuns que incidem tanto sobre a mediação quanto sobre os contratos, com destaque para a boa fé e a lealdade. Sob o aspecto jurídico, este meio alternativo pode gerar um corpo de regras aplicáveis sobre a situação; e sob o plano filosófico, este conjunto de diretrizes retrata uma busca por justiça.

A ideia de contratualização da justiça não tem realmente um significado autônomo (Ibid., p. 45): a reflexão sobre o acordo que encerra o litígio não se apresenta de maneira diferente do que de um contrato em geral. O controle *a posteriori* do juiz, seja por iniciativa de uma das partes ou por imperativo legal é uma importante garantia.

III. ASPECTOS JURÍDICOS DO ACORDO FINAL DE MEDIAÇÃO

Na sua maioria, as legislações acerca da mediação não dispõem especificamente sobre o contrato a ser firmado ao final, caso as partes acordem dessa forma. Notadamente, este acordo deve respeitar as disposições do direito civil, particularmente do ramo contratual no que concerne ao seu conteúdo.

Além das condições de validade dos contratos em geral, um acordo de mediação também deve respeitar a ordem pública. Normalmente, a forma deste pacto é livre, mas um ajuste verbal pode gerar dificuldades de prova; o que pode ocasionar problemas probatórios em locais que só admitam a prova documental do que foi acordado, como acontece em alguns estados norte-americanos, por exemplo. Não obstante esta ressalva, a cultura do litígio presente mundo afora contribui para a preferência pelo formato escrito.

Em resumo, são duas as principais balizas para as partes firmarem um acordo juridicamente válido: a livre disposição sobre o direito com o que compactuam e a observância das normas de ordem pública, sob pena de nulidade. Este contexto supõe que o mediador tenha um conhecimento jurídico mínimo sobre o Direito que regula a disputa e deve estar atento à conveniência da assistência por advogados.

No entanto, isso não significa que a solução da disputa tenha que ser dada com a aplicação estrita da lei. Em alguns casos, no âmbito de um acordo amigável, as partes encontram uma solução adaptada e

inovadora que satisfaz seus interesses e necessidades, mas que não corresponde a desfecho integralmente baseado na legislação.

O acordo tem força obrigatória como todo contrato, que equivale à lei entre as partes, mas alguns países discutem a sua executoriedade automática. Na França, a força do Estado materializada através da homologação pelo juiz ou da sua autenticação¹²⁰ é necessária para a execução do ajuste. Por outro lado, no Brasil, a sua natureza de título executivo é determinada por lei (tal como os contratos em geral) e depende apenas que a parte que teve o seu direito violado ajuíze uma ação de execução¹²¹, sem necessidade de prévia homologação.

O fato do acordo ser homologado não modifica a sua natureza contratual. Nesta hipótese, o juiz atua de maneira distinta à sua atividade decisional. Este ofício do magistrado se assimila à uma jurisdição graciosa, em que verifica as condições para a concessão de força executória ao pacto.

A homologação é um caminho aberto a todos aqueles que assim desejarem. No entanto, naquelas circunstâncias em que seja exigido por lei o controle pelo magistrado sobre o teor do que foi estipulado é sensivelmente mais apurado (JAROSSOM, Ob. Cit., p. 42). Em todo caso, cabe fazer uma precisão importante: o fato do acordo ser homologado não equivale a um certificado de validade (BALENSI, 1978, pp. 46 e ss). Desde que as regras de direito comum sejam atendidas, a contestação do pacto junto ao juiz é admitida.

Com o intuito de encerrar definitivamente a discussão, algumas legislações autorizam as partes a inserir no acordo uma cláusula de

120 O direito francês prevê que o acordo pode ser submetido a um notário para um ato de autenticação.

121 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

CAPÍTULO IV. DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA REALIZAR QUALQUER EXECUÇÃO

Seção I. Do Título Executivo

Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

renúncia do direito de agir relativamente à(s) questão(ões) pactuadas. Nesses ordenamentos, a demanda se torna inacessível ao Judiciário no que tange ao mesmo objeto¹²². Ainda assim, esta previsão não obstaculiza uma eventual ação anulatória.

Um outro tópico que tem bastante repercussão é o reconhecimento e a execução de um acordo de mediação transfronteiriço e este tema tem particular interesse para o contexto europeu considerada a grande mobilidade de pessoas e dispersão das empresas pelo bloco. No âmbito da União Europeia, uma vez que o ajuste tenha ganho força executória por uma jurisdição ou autoridade de um Estado membro, nas condições previstas na Diretiva n.º. 2008/52 do Parlamento Europeu e do Conselho¹²³, o mesmo é reconhecido e dotado de executoriedade em outro país do bloco, sem que uma nova declaração que autorize a sua execução seja necessária, conforme o Regulamento UE n.º. 1215/2012.

No dia 7 de agosto de 2019, quarenta e seis países assinaram a Convenção de Singapura¹²⁴, que pretende facilitar a execução dos acor-

122 Por exemplo, artigo 2052 do Código Civil francês:

As transações têm, entre as partes, a autoridade de coisa julgada.

Elas não podem ser contestadas por causa de erro de lei, nem por lesão (tradução livre da autora).

123 Artigo 6º. Executoriedade dos acordos obtidos por via de mediação

1. Os Estados-Membros devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expresso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório. O conteúdo de tal acordo deve ser declarado executório salvo se, no caso em questão, o conteúdo desse acordo for contrário ao direito do Estado-Membro onde é feito o pedido ou se o direito desse Estado-Membro não previr a sua executoriedade.
2. O conteúdo de um acordo pode ser dotado de força executória mediante sentença, decisão ou acto autêntico de um tribunal ou de outra autoridade competente, de acordo com o direito do Estado-Membro em que o pedido é apresentado.
3. Os Estados-Membros informam a Comissão dos tribunais ou das outras autoridades competentes para receber os pedidos nos termos dos n.ºs. 1 e 2.
4. O presente artigo em nada prejudica as regras aplicáveis ao reconhecimento e à execução noutro Estado-Membro de um acordo que tenha sido declarado executório, nos termos do n.º.1.

124 A íntegra do texto está disponível em < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> acesso em 29 de março de 2020.

dos envolvendo disputas de comércio internacional firmados através de mediação. Ela é fruto dos trabalhos e debates iniciados em 2015 pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – a UNCITRAL.

Para a garantia da exequibilidade do acordo é preciso atender aos seguintes requisitos: que o pacto seja firmado sob a forma escrita; assinatura das partes; comprovação do procedimento de mediação – pela assinatura do mediador, através da atestação da instituição, Câmara ou Centro ou qualquer outra comprovação que possa ser acolhida pelo Estado executante; e o seu objeto seja restrito à uma questão comercial internacional.

O intuito dessa convenção foi criar para a mediação comercial internacional, as mesmas condições favoráveis que obteve a arbitragem após da adoção da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova York em 1958. A proposta pretende a geração de dois efeitos: promover a mediação comercial internacional como meio alternativo eficaz de solução das controvérsias internacionais bem como fomentar o desenvolvimento da harmonia nas relações econômicas entre os países.

Portanto, caso o tratamento da disputa que verse sobre relação jurídica comercial internacional alcance um acordo e as partes desejem revesti-lo com a garantia da execução é preciso que fiquem atentas às condições e elementos exigidos por esta convenção bem como pertencerem aos Estados signatários da mesma.

CONCLUSÃO

Este artigo teve a proposta de relacionar e ao mesmo tempo aprofundar os aspectos da mediação que interagem com maior proximidade com o direito contratual. Partindo do princípio que os meios alternativos de um modo geral são formas de contratualização da Justiça, o estudo desenvolveu sobre os princípios comuns a ambos os institutos, tais como a voluntariedade, a equidade, a boa-fé e a paridade de armas.

O estudo tratou ainda das convenções que são feitas pelas partes no que concerne ao procedimento em si e tratou sobre a cláusula de mediação, a distinção enquanto obrigação de meio e de resultado bem

como os efeitos processuais da sua inobservância que se materializam na inadmissibilidade da demanda no Poder Judiciário até que as partes iniciem a mediação, ainda que desistam logo em seguida.

Por fim, esta pesquisa abordou sobre o acordo final, a sua produção de efeitos e as particularidades relativas à sua homologação, à sua executoriedade, bem como reconhecimento e execução transfronteiriça no ambiente europeu. Todos esses pontos podem sofrer alguma variação conforme a legislação aplicável, não obstante, a grosso modo, há muito mais uniformidade do que divergência legal entre os países.

Ainda que muitas outras questões existam para serem trabalhadas em relação em cada um dos três tópicos escolhidos, esta investigação pretendeu dar mais um passo em direção à uma sistematização teórica mais aprofundada acerca da mediação.

REFERÊNCIAS

- BALENSI, Ivan. L'homologation judiciaire des cates juridiques. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1978, no. 4, pp. 46 e ss.
- C. Paris (14e ch. A), 23 mai 2001: Port Royal c. Pebay et Samper. JARROSON, Charles. Décision commentée à la Revue de l'arbitrage 2003-2, p. 405.
- CADIET, Loïc. Une justice contractuelle. In: *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*. Paris: LGDJ, 2001, p. 177.
- _____. *Les jeux du contrat et du procès. Mélanges offerts à Gérard Farjat*. Paris: éditions Frison-Roche, 1999.
- CHAZAL, Jean Pascal. Justice contractuelle. In: CADIET, Loïc. *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2004, pp. 1-12.
- CONFÉRENCE DES NOTARIATS DE L'UNION EUROPÉENNE. Note de la CNUE sur la force exécutoire de l'accord de médiation. Disponível em <<http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2003/CO11-note-juridique-def-13-02-03-fr.pdf>> acesso em 26 de março de 2020.

GHESTIN Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. La formation du contrat: le contrat, le consentement. Paris: LGDJ, 4a ed., 2013.

JAMIN, Christophe. Plaidoyer pour le solidarisme contractuel. In: Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle. Paris: LGDJ, 2001, pp. 441 e ss.

JAROSSOM, Charles. Médiation et Droit des Contrats. In: CADIET, Loic; CLAY, Thomas; JEULAND, Emmanuel (Orgs.). **Mémediation et arbitrage. Alternative Dispute resolution – alternative à la justice ou justice alternatives? Perspectives comparatives.** Paris: Lexis Nexis Litec, 2005, pp. 33-47.

LÉGIFRANCE. Art. 2044 du Code Civil. Disponível em < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006445609&-dateTexte=20100109>> acesso em 6 de março de 2020.

LÉGIFRANCE. Art. 2052 du Code Civil. Disponível em < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006445625&-categorieLien=id>> acesso em 6 de março de 2020.

MAZEAUD, Denis. Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? In: L'avenir du droit, Mélanges ne hommage à François Terré. Paris: Dalloz, éd. Juris-classeur, 1999, pp. 617 e ss.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Directiva 2008/52/CE de 21 de Maio de 2008 , relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x:32008L0052>> acesso em 27 de março de 2020.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Regulamento UE n.º 1215/2012 de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em < <https://eur-lex.europa>.

eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&-from=EN> acesso em 27 de março de 2020.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> acesso em 6 de março de 2020.

UNITED NATIONS. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2019. Disponível em < https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> acesso em 29 de março de 2020.

VOSER, Nathalie. Enforcement of multi-tiered dispute resolution clauses by national courts and arbitral tribunals. The Civil law approach. Conférence de l'IBA, Durban, 2002.

O ACESSO À JUSTIÇA, AS ONDAS RENOVATÓRIAS E OS DILEMAS DA JUSTIÇA ESTADUAL: UMA ANÁLISE DA CONCILIAÇÃO CONSIDERANDO O RELATÓRIO DA JUSTIÇA EM NÚMEROS

Gabriella Barbosa Pereira Ribeiro

Hilza Maria Feitosa Paixão

Marília Torres Martins

Sebastião Fonseca Silva Júnior

1 ACESSO À JUSTIÇA E AS ONDAS RENOVATÓRIAS

Em se tratando da temática do acesso à justiça, mesmo com a globalização, os avanços da tecnologia e do direito, é comum encontrar pessoas que não tem acesso à justiça, cidadãos que desconhecem seus direitos e deveres junto à sociedade.

De acordo com Assis (2001, p. 10) antes de colocar os necessitados em situação material de igualdade, no processo, urge fornecer-lhes meios mínimos para ingressar na Justiça, promovendo equilíbrio concreto.

Segundo Cappelletti (2002, p. 08) “Acesso a Justiça” é expressão de difícil definição, pois serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico.

Cappelletti em sua obra *Acesso à Justiça* destaca dois sistemas, que se diferenciam entre si, porém que possuem um mesmo objetivo, que é alcançar aqueles que por vezes não tem acesso à justiça.

O primeiro seria o sistema pelo qual as pessoas reivindicam seus direitos e resolvem seus litígios com a orientação do Estado, sendo esse acessível a todos os cidadãos. O segundo por sua vez produz resultados que sejam justos, porém individuais.

Para Porto (1995, p. 20), “o acesso das pessoas à justiça é um direito-mãe de todos os outros, pois se constitui em garantia dos demais”. Essa garantia é melhor compreendida por Canotilho, que explicita que:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção aos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos os poderes públicos e a proteção dos seus direitos, quer no conhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade. (2002, p. 274)

Desta forma, sem a garantia desses direitos o desequilíbrio entre as partes torna-se desumano, desproporcional deixando os vulneráveis mais vulneráveis por conta da ausência do conhecimento jurídico.

Cappelletti (2002, p. 12) afirma que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

É de fundamental importância destacar que o acesso à justiça se baseia em um direito estabelecido a todos uma vez que o mesmo faz parte do dia a dia de qualquer cidadão e está inerente às mais diversas atividades realizadas pelo ser humano seja em casa, no trabalho ou em outras atividades há direitos e deveres envolvidos nas referidas relações que uma vez lesionados precisam ser solucionados muitas das vezes pelo judiciário sendo necessário chegar ao mesmo, ou seja, ter acesso à justiça.

1.1 Fundamentos

De acordo com Cappelletti (2002, p. 09), “direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”.

Entretanto, nem sempre foi assim. No século XIX, por exemplo, se entendia que embora o acesso à justiça pudesse ser um direito natural, não precisavam de ação do Estado, que permanecia inerte aos problemas dos cidadãos em reconhecer seus direitos.

Nessa época, a justiça era encarada como um bem, assim como os demais, uma vez que o sistema vigente da época era o *laissez-faire* ou liberal econômico significando que a justiça só era para aqueles que pudessem arcar com suas despesas financeiras.

Conforme destaca Cappelletti (2002, p. 09) “a justiça, como outros bens, no sistema *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”.

O acesso era apenas formal, não sendo, portanto, efetivo, não correspondendo a igualdade de direitos entre os cidadãos mais e/ou menos abastados economicamente. Quem possuía maior poder econômico tinha vantagem sobre os menos favorecidos, havendo desigualdade de direitos entre classes sociais diferentes.

Ainda segundo Cappelletti (2002, p. 10) “os fatores que como diferença entre os litigantes em potencial no acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio, não eram se quer precedidos como problemas”.

Desta forma, o acesso a justiça caracterizava-se como um sistema desproporcional que não reconhecia a necessidade dos desfavorecidos, nem a situação de vulnerabilidade jurídica dessas pessoas.

Com o desenvolvimento natural da sociedade entre os séculos XVIII e XIX, novas discussões no âmbito das declarações de direitos foram realizadas: fez-se indispensável reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades e indivíduos, exemplificados na Constituição Francesa de 1791.

Cappelletti (2002, p. 11,) destaca que “entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação” e que é notória e indispensável à atuação do estado no que tange assegurar todos os supramencionados direitos básicos ao cidadão.

Ainda em meados dos séculos XVIII e XIX, com as reformas do *welfare state* ou estado de bem estar, novos direitos substantivos surgiram,

como por exemplo, qualidade de consumidores, locatários, empregados, cidadãos. Mostrando-se nessa época a necessidade de tratar todos os cidadãos de forma igualitária principalmente na esfera jurídica.

Para Cappelletti (2002, p. 11), “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos è destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação”.

Sem uma forma de reivindicação de seus direitos, mostra-se ineficaz qualquer direito, por isso é que se faz necessário o debate acerca da presente temática uma vez que as técnicas processuais servem às funções sociais não sendo as cortes as únicas formas de resolução de conflitos.

Para Cappelletti (2002, p. 13), “o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística”

Nesse mesmo sentido, esclarece Porto (1995, p. 13) que:

É através do acesso à Justiça que o indivíduo afortunado ou desafortunado exerce seu direito de cidadania, quando ameaçado, tolhido ou negado, concluindo-se que é do acesso à Justiça que se viabilizam os outros demais direitos.

Tendo como objetivo central a diminuição da desigualdade entre os litigantes, bem como buscando alcançar os desfavorecidos igualando o acesso à justiça a todos os cidadãos, a Constituição Federal do Brasil de 1988 destaca em seu artigo 5º caput:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

De acordo com Cappelletti (2002) em que pese o crescimento nas sociedades modernas do acesso à justiça como um direito social básico, não há que se falar em real igualdade entre as partes, sendo tal situação identificada por Cappelletti como utópica.

Para Cappelletti há a necessidade de superação de muitos obstáculos, como por exemplo: às custas judiciais, pequenas causas, tempo, possibilidade das partes ingressarem em juízo, recursos financeiros, aptidão em reconhecer seus direitos, litigância seja ela eventual ou habitual, interesses difusos.

As custas judiciais representam para muitas pessoas um obstáculo a ser superado ao acesso a Justiça, pois os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios.

No que tange as pequenas causas torna-se ainda mais desproporcional a propositura de uma ação tendo como objeto valor monetário pequeno, pois as vezes, o valor do direito exigido vem a ser igual ou pouco superior aos custos de uma demanda judicial.

Cappelletti (2002, p. 19) registra, ainda, que “as causas que envolvam somas relativamente pequenas são mais prejudiciais pelas barreiras dos custos; ou seja, se tornam muito onerosas não compensando a propositura da ação uma vez que o custeio de uma lide supera o valor pleiteado na ação.”

O problema surge, toda vez que o valor objeto da lide for pequeno e conseqüentemente será maior as despesas com o processo. Não só as custas judiciais tornam-se onerosas para as partes e o governo o tempo depositado em cada lide processual também onera as partes. O que estimula os mesmos a desistirem da demanda.

Conforme preceitua Cappelletti (2002, p. 20), o tempo na demora de solução da lide processual “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.

O ideal a ser trabalhado na esfera do tempo em uma lide processual seria um tempo razoável para a solução do conflito tempo para que o processo seja conhecido e analisado de forma a ter como consequência uma sentença justa e igualitária ao findar o processo, no sentido de ter proporcionado as partes que se manifestem no processo e ainda possibilitando a eles o direito a qualquer tempo de acordarem quanto ao objeto da ação.

Mesmo em meio a tantas dificuldades, é inerente as partes a possibilidade de ingressarem em juízo mesmo que em alguns casos os li-

litigantes obtenham vantagens, seja por conta do poder aquisitivo ou conhecimento intelectual que é o grande diferencial no que norteia as lides processuais uma vez que quem tem conhecimento na área jurídica tem vantagem por saber quais ferramentas fazer uso em seu benefício. Uma vez que tem vantagem quem possui dinheiro e conhecimento, essas são barreiras a serem superadas por aqueles menos abastados e sem conhecimento na área.

A ausência de conhecimento impossibilita uma ação ou reação do cidadão em busca de ter suas garantias fundamentais asseguradas.

De acordo com Alves (2004, p. 38) “tal fato é particularmente grave com relação às classes com poucos recursos financeiros, que têm seus direitos espezinhadados e ignorados, exatamente pelo fato de que a Lei e a Justiça lhes parecem tão distantes quanto os astros celestes”.

É necessário a mudança de tal cenário uma vez que desde o século XVIII são discutidos e criados meios para diminuir tais barreiras.

Faz-se primordial e prioritário o acesso a informação para que assim as pessoas possam recorrer ao sistema jurídico, não só em assuntos ditos corriqueiros, mas sobretudo em assuntos não tradicionais, buscando alternativas e novos meios de resoluções de conflitos.

Não só a falta de conhecimento ou questão financeira são obstáculos para se chegar a sistema jurídico, existindo ainda a barreira da diferença entre os litigantes habituais e os eventuais aqueles que já estão habituados a recorrer à máquina da justiça tem grande vantagem aos que eventualmente recorrem à mesma, pois já sabem como manusear suas estratégias e com isso retardar ou adiantar uma ação.

As vantagens habituais, de acordo com Cappelletti (2002, p. 25) “são numerosas, pois possibilita melhor planejamento do litígio, economia, melhor relação com os membros dos órgãos judiciais, diminui os ricos do processo.”

O Acesso à Justiça fundamenta-se em uma luta para superar obstáculos ainda existentes no ordenamento jurídico que permeiam por todas as áreas da sociedade. Atingindo de forma mais brusca os menos abastados. O autor acima mencionado destaca algumas formas de superação de tais obstáculos tendo como diretrizes a assistência judiciária aos pobres a representação dos direitos difusos e a representação em juízo.

1.2 Diretrizes

Diante de tantos obstáculos, torna-se necessário encontrar soluções, superar a desigualdade entre as partes e possibilitar que todos tenham acesso à justiça e a segurança de que seu processo tramitará de forma justa e eficaz.

Cappelletti em sua obra literária destaca três ondas renovatórias: assistência judiciária para os pobres, do acesso à representação em juízo e a representação dos direitos difusos.

De acordo com Cappelletti (2002, p. 31) “à assistência judiciária como a primeira onda de renovação do acesso à justiça” e destaca a importância do advogado nas lides processuais, até mesmo para as partes que tendem a se sentir mais seguras e confiantes com a assistência do advogado.

Nesse sentido, Cappelletti (2002, p. 32) afirma que “o auxílio de um advogado é essencial, se não indispensável para decifrar lei cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessário para ajuizar uma causa”.

Eis a importância da figura do advogado que facilita a compreensão do seu cliente assim como tramita nas áreas de interesse do seu cliente com maior facilidade. Mais para que uma pessoa menos abastada tivesse a representação de um advogado evoluiu no sentido de que antes os mesmos atuavam nos processos sem receber qualquer remuneração. Por esse motivo Cappelletti (2002, p. 32), ressalta que o direito ao acesso, foi assim reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo.

Tornando dessa forma o referido sistema ineficiente passando por fases em que para evitar os excessos os adeptos do programa criaram limites de atuação para quem desejasse fazer uso do benefício da assistência gratuita.

Na Alemanha, por volta de 1919, foi criado um sistema no qual o advogado era remunerado pelo Estado atendendo a todos os que o procuravam. Já em 1949 foi criada a associação dos advogados reconhecendo a importância de não somente compensar os advogados particulares pelo aconselhamento jurídico devendo remunerá-lo pela assistência nos processos, assistência judiciária. Já na década de 60 mostrou-se in-

dispensável pensar à assistência judiciária buscando reformá-la, porém a mesma só teve início em 1965 nos Estados Unidos alcançando todo o mundo, melhorando o mesmo.

Ainda envoltos pela onda da assistência judiciária, na Inglaterra, Holanda, França e Alemanha surge o sistema *judicare* que se trata do sistema pelo qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito a todos que se enquadravam no estabelecido em lei. Tendo por finalidade possibilitar aos litigantes de baixa renda acesso à justiça por meio de um advogado.

De acordo com Cappelletti (2002, p. 35) “a finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado”, uma vez que para que o advogado daquela época mostrasse qualificação profissional deveriam participar do programa o que era um “pré requisito”, o advogado era considerado bom se participasse do programa atuando em benefício dos que não podiam pagar advogado.

Tal programa foi motivo de muitas críticas na época uma vez que era rígido não alcançava as lides em tribunais e nem todas as causas os advogados podiam atuar.

Para Cappelletti (2002, p. 38) isso porque “aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio, não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos”.

Essas eram barreiras entre as partes e os advogados, barreiras culturais e de trato. Os menos abastados encontravam barreiras a todo instante uma vez que o mundo jurídico não é de fácil compreensão.

Na busca pelo alcance ao acesso à justiça os advogados eram remunerados pelos cofres públicos, onde os advogados tinham seus escritórios localizados nas comunidades pobres de modo a torna-se mais fácil superar as barreiras geográficas.

Esse modelo segundo Cappelletti (2002, p. 41) “vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e criar uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe”

As desvantagens desse modelo consistem em que muitas das vezes esses advogados eram apoiados pelo próprio governo e muitas das demandas pleiteadas pelos cidadãos eram contra o governo além de que

se questionava muito o fato do tratamento desigual entre os cidadãos que podiam pagar advogados daqueles que não podiam pagar, o discurso era de que os pobres deveriam ser tratados simplesmente como indivíduos comuns, com menos dinheiro. O que por se só já mostra a diferença entre os mesmos e a forma desigual e desproporcional a que os mesmos estavam submetidos.

Conforme Cappelletti (2002, p. 43) um modelo combinado no qual os pobres eram assistidos pelos advogados servidores públicos ou por advogados particulares.

O *judicare* se destacou como uma ferramenta de avanço ao acesso a justiça não solucionando todos os obstáculos é bem verdade mais contribuindo de forma efetiva no que tange a aproximação do cidadão com menos recurso do poder judiciário.

Para Didier (2010, p. 13) “o objetivo da justiça gratuita consiste em dispensar as despesas processuais dos menos abastados. Senso assim os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mais também para reivindicar seus direitos”.

De acordo com Cappelletti (2002, p. 47) dentro da assistência judiciária existem possibilidades e limitações.

Sendo uma possibilidade um sistema eficiente tendo um grande número de advogados para atuar em favor dos menos favorecidos.

Uma limitação destacada pelo supramencionado autor é que mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente, no país, é necessário que eles estejam disponíveis para auxiliarem a população. Pois a assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros aos menos abastados.

Como segunda onda renovatória Cappelletti (2002, p. 49) destaca a representação dos interesses difusos ou seja interesses coletivos ou grupais.

O problema enfrentado era a representação dos grupos coletivos independentemente da situação financeira do cidadão.

O processo nessa época era encarado como um assunto entre duas partes, autor e réu, requerente e requerido onde ambas as partes se destinavam a solucionar a lide. Sendo assim, principalmente nos Estados Unidos era possível a tramitação de um processo sem a representação

de um membro específico de uma referida classe, os direitos e ou deveres de uma classe eram processados e julgados. Muito embora a ação do governo seja a principal forma de representação dos direitos difusos a triste constatação é que, tanto em países *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que deveriam proteger os interesses públicos não o fazem.

Desta forma, o direito alcançava aqueles que estavam em situação de desvantagens as demais parcelas da sociedade são os considerados vulneráveis dando origem a *class action* onde se permitia a representação de uma classe por meio de um representante.

Segundo Cappelletti (2002, p. 60) “a *class action* permitindo que um litigante represente toda classe de pessoas, numa determinada demanda, evita os custos de criar uma organização permanente”.

A *class action* tem por característica a necessidade de especialização, experiência e recursos em áreas específicas, no qual apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem. Tornando-se desta forma uma forma difícil de representação uma vez que nem todos os advogados possuem todas essas prerrogativas. Desta forma fica claro a importância da atuação do poder governamental em possibilitar a supramencionadas classes a possibilidade de representação, para que assim as mais variadas parcelas da sociedade possam ser alcançadas pelo direito e seus representantes. Torna-se indispensável uma promoção do acesso à justiça para os interesses difusos, mesmo que dentro dos limites dos recursos disponíveis.

Com o intuito de minimizar eventuais problemas de representação o governo segundo o acima mencionado autor deve dedicar esforços no que tange a capacitação dos cidadãos para torná-los representantes de classes menos favorecidas cujo qual vai empenhar sua força para lutar pelos direitos da classe e de sua categoria.

Por sua vez a terceira onda renovatória destaca o acesso à representação em juízo. Onde se salienta os programas de assistência jurídica que tornam disponíveis advogados para aqueles que não podem pagar, para Cappelletti (2002, p. 68):

Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos,

mais vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar ou mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

As duas primeiras ondas tem por foco o acesso à justiça trabalhando juntas se completando, porém a terceira onda tem o foco na representação mesmo que ao final perceba que não é o suficiente para abolir o problema do acesso a justiça.

Segundo Cappelletti (2002, p. 69) “o problema de execução das leis que se destina a proteger e beneficiar as camadas menos afortunadas da sociedade é geral. Não podendo resolver apenas tais problemas com advogados apenas”.

É necessário olhar o todo no sentido de obter as vantagens de todas as ondas renovatórias e criar a partir de então soluções adequadas que visam dirimir os obstáculos no caminho do acesso à justiça.

Piovisan (2015), acrescenta ao trabalho de Cappelletti, outras duas ondas, quais sejam: o acesso à justiça transnacional e a internacionalização da proteção dos direitos humanos.

Desta forma, como quarta onda destaca-se o acesso à justiça transnacional que nada mais é do que a harmonização dos sistemas jurídicos internacionais, para que se conduza a uma reflexão sobre necessidade de se construir, no plano internacional relações de confiança, baseadas na incorporação de valores fundamentais capazes de orientar o exercício da solidariedade nas interações transfronteiriças, conforme destaca Piovisan (2015, p. 71):

Tal harmonização parte da ideia que a comunidade internacional compartilha de um mínimo universalizável de valores básicos, encontrado por alicerce dos direitos humanos. Sendo assim, são criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, em prol da promoção e da proteção dos direitos humanos.

Desta forma, com a harmonização jurídica transnacional deve ser alcançada, com o objetivo claro de possibilitar a valoração dos diversos

sistemas processuais adequando seus métodos e possibilitando o direito fundamental ao acesso à justiça.

Como quinta onda renovatória destaca-se a internacionalização da proteção dos direitos humanos que nada mais é que possibilitar o acesso dos cidadãos à justiça. O cidadão poderia ter acesso a ordem jurídica internacional dos direitos humanos. Seria uma nova via do acesso à justiça. É o caso, por exemplo, do acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, diante de violações sensíveis a direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico interno e internacional.

De acordo com Oliveira (2018), um exemplo da quinta onda de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos **é a atuação da Defensoria Pública no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em especial a figura do Defensor Público Interamericano.**

As supramencionadas ondas destacam um cenário de dilemas que será elencado a seguir.

2. A Conciliação e os dilemas do Justiça Estadual: uma análise do relatório da Justiça em Números

Aduz pelas ondas renovatórias que o Acesso à Justiça está em constante evolução, sendo importante os debates em torno da referida temática, seja por meio de estudos críticos e/ou por meio de reformas no aparelho judicial.

Pode-se identificar, dentre outros, os seguintes dilemas enfrentados pelo acesso à justiça: custas judiciais, processos complexos, de difícil compreensão, caros, não acessíveis aos menos abastados financeiramente e a morosidade.

Todos esses dilemas refletem no sistema judiciário brasileiro, cujo cenário vem sendo foi levantado pelo Conselho Nacional de Justiça a mais de uma década, destacando-se o relatório divulgado no final de 2019, chamado Justiça em Números, ano 2019.

De acordo com o Justiça em Números de 2019, o primeiro grau de jurisdição que é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciá-

rios mais aquém da qualidade desejada, ou seja, de forma mais precária aos cidadãos.

O que reforça a importância da referida temática aqui presente uma vez que o número de demandas ajuizadas tramitando de forma vagarosa é um agente pouco motivador no que tange a busca pelo acesso a justiça.

Mesmo com o grande numerário de demandas ajuizadas no sistema judiciário brasileiro, não existe celeridade processual, as demandas têm um tempo de vida muito logo, em regra mais de um ano para que uma demanda judicial venha a ser solucionada.

Conforme os dados disponibilizados pelo **Relatório Justiça em Números 2019 do Conselho Nacional de Justiça CNJ**, o tempo médio do acervo caiu de 5 anos e 6 meses em 2015, para 4 anos e 10 meses em 2018. Entretanto, o tempo médio até a sentença subiu de 1 ano e meio em 2015 para 2 anos e 2 meses em 2018. Ou seja, a celeridade processual ainda é um desafio. O que sugere aos litigantes a necessidade de outra forma de solucionar os litígios.

Diante deste panorama a que se ressaltar segundo Cappelletti, (2002, p. 75), que pelo menos desde o início do século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos.

Para Cappelletti (2002, p. 77), a participação de um juiz mais ativo nas demandas processuais possibilita a diminuição dos custos e desgastes processuais assim como, a resolução da lide de forma a não produzir muitos recursos.

Eis a importância da celeridade da resolução dos processos, bem como da participação mais ativa do julgador no que tange sanar os processos que tramitem em sua comarca.

O supramencionado autor destaca a conciliação como uma das formas de resolução de conflitos mais barata, informal e célere buscando a resolução dos litígios. Uma vez que em virtude da complexidade das leis, a postura irredutível de juízes e advogados em prolongar a tramitação do processo revela a dificuldade em resolver uma lide de forma mais rápida. Já não fossem o suficiente as barreiras das custas, capacidade das partes e pequenas causas.

Pensando nas referidas dificuldades, Cappelletti (2002, p. 81) destaca:

Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes.

Entre as alternativas está o juízo arbitral, a conciliação, os incentivos econômicos, a instituição de procedimentos especiais, mudanças para a prestação de serviços jurídicos entre outros.

A conciliação traz vantagens, pois o litígio é solucionado sem que haja julgamento da demanda por um juiz. Na conciliação as partes, de forma espontânea, chegam a uma solução dos conflitos, o que, diminui, as demandas processuais em tramitação principalmente na primeira instância, possibilitando que os juízes tenham mais tempo para se dedicar a demandas mais complexas.

A conciliação desta forma mostra-se de grande valia na resolução dos conflitos sendo uma ferramenta bastante satisfatória no sentido de diminuir dilemas como o financeiro e a ausência de conhecimento jurídico entre as partes.

De acordo com o Relatório do CNJ de 2019, em 2018, no que tange a temática do acesso à justiça em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, cerca de 11.796 pessoas ingressaram com ações judiciais no ano de 2018, havendo assim uma crescente na concessão do acesso à justiça gratuita no Brasil, elevando o índice de 27% em 2015 para 34% em 2018, ou seja, mais pessoas procuraram o Poder Judiciário para solucionar conflitos, o que necessariamente culmina com mais processos.

Entretanto, observa-se que ainda, que com mais pessoas demandando do poder judiciário, o tempo de tramitação das demandas processuais reduziu de 4 anos e 10 meses em 2015 para 3 anos e 8 meses em 2018.

Ou seja, houve a diminuição de mais de 1 (um) ano na tramitação dos processos, avanço que se deve a vários fatores, dentre eles: maior produtividade dos juízes ao longo dos anos, informatização dos processos judiciais que contribuem para a transformação desse cenário ainda distante do que vem a ser o ideal, e a intensificação da conciliação como forma e solução de conflitos no âmbito dos Centros de Solução

de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) ou nas unidades jurisdicionais tradicionais (Varas).

Percebe-se que o indicativo da necessidade de utilização de outras formas de resolução dos litígios já vinha sendo feita por Cappelletti em suas ondas renovatórias, e com a implantação dos Centros de Solução de Conflitos e Cidadania como política pública nacional de tratamento adequados dos conflitos em 2010, através da Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça e a utilização da conciliação pré-processual como fase obrigatória pelo Código de Processo Civil com vigência em 2015, fez com a conciliação passasse a ter uma atenção especial no combate a litigiosidade.

O índice de conciliação passou a fazer parte do Justiça em Números a partir do ano de 2016, por força da vigência do novo Código de Processo Civil em 2015.

Ao comparar o índice da conciliação na Justiça Estadual, 1º grau, nas edições do Justiça em Números de 2016 a 2019, percebe-se que: em 2015 era de 9%; em 2016 era de 10,9%; em 2017 10,7% e em 2018 era de 10,4% das sentenças homologatórias de acordo na Justiça Estadual.

No Maranhão, tivemos os seguintes índices da conciliação na Justiça Estadual de 1º Grau: não há informações em relação ao ano de 2015; em 2016 era de 23,1%; em 2017 era de 14,6% e em 2018 era de 13,9%.

Ou seja, tanto no Brasil, como no Maranhão, observa-se um tímido aumento dos índices da utilização da Conciliação como meio solução dos conflitos no Poder Judiciária, destacando-se o aumento do ano de 2016, entretanto, após esse ano, o índice vem caindo por dois anos consecutivos.

O decréscimo no percentual do índice de sucesso da conciliação, tanto na Justiça Estadual do Brasil (2015 - 9%; 2016 - 10,9%; 2017 - 10,7%; 2018 - 10,4%), como no Maranhão (2015 - sem registro; 2016 - 23,1%; 2017 - 14,6%; 2018 - 13,9%), retrata a necessidade de repensar a eficácia da conciliação, como forma mais adequada de solução de alguns conflitos, dentro da estrutura do Poder Judiciário.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como referencial a obra literária de Cappelletti sobre a temática abordada onde o mesmo enfatiza o acesso à justiça em suas ondas

renovatórias com destaque as duas novas ondas quais sejam: o acesso à justiça transnacional e a internacionalização da proteção dos direitos humanos, perpassando pelos obstáculos como a insuficiência de recursos financeiros, conhecimento jurídico, a litigância eventual frente à litigância habitual e a necessidade de inovar no Poder Judiciário.

Frente a esse cenário os dados levantados na presente pesquisa de acordo com o Relatório da Justiça em Números de 2019 que destaca um tímido avanço na política de acesso à justiça e o tempo de tramitação das demandas judiciais demonstrando que o Poder Judiciário vem trabalhando no sentido de transformar o acesso à justiça mais justo e eficaz ao cidadão, tivemos um pequeno decréscimo em relação a utilização da conciliação como forma de solução dos conflitos dentro do Poder Judiciário, o que nos faz repensar se o Poder Judiciário possui a estrutura mais adequada para a intensificação da conciliação como forma de solução dos litígios.

REFERÊNCIAS

_____ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 27.03.2020

_____ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 03.04.2020

_____ <http://cursocliquejuris.com.br/blog/vai-cair-na-sua-prova-vetores-para-transformacao-do-acesso-a-justica-segundo-boaventura-de-souza-santos-parte-i/>. Acesso em: 08.04.2020.

ASSIS, Araken de. Garantias de acesso à justiça: benefício da gratuidade. São Paulo: RT. 2001

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 5 ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina. 2002.

CAPELLETTI, Mauro. “Acesso a Justiça”. Porto Alegre, Fabris, 2002.

DIDIER, Fredie Jr. Benefício da Justiça Gratuita. Bahia, Jus Podium, 4º Ed.2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2015.

O DIREITO SISTÊMICO COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENVOLVENDO CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SERVIÇO DE ACOLHIMENTO

Vânia Maria do P. S. Marques Marinho
Millena Karen Gonçalves Viana

Introdução

No curso da história da sociedade, a noção de família sofreu mudanças e, recentemente, se tornou deveras variada e quiçá complexa. Ainda assim, segundo Paulo Nader (2015), é incontestável que a solidariedade nos planos assistencial e da convivência seja elemento essencial na definição de família. Por desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento da criança e do adolescente, a família deve ser, para estes, referência de cuidado e proteção.

Contudo, não raro as famílias caminham em sentido contrário, perpetrando cenários de violação aos direitos das crianças e dos adolescentes. Nesses casos, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o acolhimento institucional para as crianças e adolescentes. Essa medida considera o melhor interesse da criança e é cabível enquanto se busca o melhor destino possível para ela, o que será avaliado por equipe técnica durante o acolhimento e decidido judicialmente, ouvido o Ministério Público e os próprios responsáveis, sob a guarda de quem viviam antes do acolhimento.

Nesse contexto, o Direito Sistêmico pode ser uma ferramenta útil e eficaz para a solução dos conflitos não somente relatados nos autos do processo, mas também de outros que atingem o seio familiar das partes envolvidas.

Quando a criança ou o adolescente está abrigado, o magistrado, valendo-se da equipe técnica que o auxilia, se debruça sobre questões como: a família de origem tem condições de receber a criança novamente? Há outro parente apto a obter a guarda do menor? A única solução viável é permitir que a criança passe a integrar uma nova família, por meio da adoção?

Essas e outras possibilidades acerca da melhor solução para a criança em situação de acolhimento podem ser também percebidas com a aplicação do Direito Sistêmico, cujo principal fundamento se encontra nas constelações familiares, terapia desenvolvida, na década de 1970, pelo psicanalista alemão Bert Hellinger.

A abordagem sistêmica no campo jurídico encontra amparo no Código de Processo Civil, o qual consagra a primazia dos meios consensuais de resolução de conflitos¹²⁵, bem como nas Resoluções n. 125/2010 e n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, esta última instituindo a Justiça Restaurativa no país. Nisso, pois, consiste o Direito Sistêmico, ao apresentar soluções pacíficas e harmoniosas às lides judiciais, contribuindo para a pacificação social.

O presente trabalho tem como objetivo, de modo geral, apontar como o Direito Sistêmico pode ser utilizado para solucionar conflitos que envolvem crianças e adolescentes em situação de acolhimento. Mais especificamente, pretende demonstrar os fundamentos do Direito Sistêmico, tanto jurídicos, quanto os presentes na constelação familiar, exemplificando como esta ocorre na prática e pode ser aplicada, direta ou indiretamente, a crianças e adolescentes abrigados.

125 “Art. 3.º

(...) omissis

§3.º 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.”

Para tanto, adotou-se uma abordagem qualitativa, com o emprego da descrição das relações entre a problemática enfrentada pelas crianças e adolescentes em locais de acolhimento e as soluções disponíveis através do Direito Sistêmico. Partiu-se do procedimento de coleta bibliográfica, com a leitura de doutrina, artigos e legislação pertinentes ao tema, utilizando-se do método dedutivo, ao considerar as mencionadas soluções com base em resultados exitosos de casos similares.

Origem e aplicabilidade do Direito Sistêmico

Inicialmente, importa esclarecer que o Direito Sistêmico não é um novo ramo jurídico, mas é definido, segundo Storch (2017), como uma abordagem sistêmico-fenomenológica, com viés terapêutico, utilizada na tratativa de conflitos que alcançam a esfera jurídica. Ao buscar respostas harmônicas para problemas que, em um nível profundo, estão relacionados com desequilíbrios no sistema familiar, considera os fortes vínculos existentes entre os indivíduos que compõem esse sistema. Por meio da constelação familiar, terapia associada ao Direito Sistêmico, é possível identificar a origem do conflito e conduzir os envolvidos a uma solução pacífica.

A expressão “direito sistêmico” compreende uma forma inovadora de se olhar, sentir e elaborar os conflitos judiciais por meio de uma abordagem terapêutica, responsabilizadora e reflexiva que permite contato com dinâmicas invisíveis que motivam os conflitos e vinculam os comportamentos atuais, sugerindo passos direcionados a harmonização das relações familiares, sociais e empresariais por meio do equilíbrio, da ordem e do pertencimento. (LACERDA, 2016, pg. 03 apud DIAS; SCHEFFLER, 2019, pg. 87)

O responsável por cunhar a expressão “Direito Sistêmico” e pelo desenvolvimento da prática sistêmica no campo jurídico, foi Sami Storch, juiz de Direito que, em 2012, começou, de maneira discreta, a aplicar o método em seu trabalho, em ações na Vara de Família,

no município de Castro Alves, na Bahia¹²⁶. As partes eram convidadas para reuniões em que, após uma palestra acerca dos vínculos familiares, acontecia um momento de meditação pessoal para, assim, ser iniciada a constelação.

A constelação familiar é um método psicoterapêutico desenvolvido, em 1970, pelo alemão Bert Hellinger. Após experiências como missionário em tribos zulus, na África do Sul, quando integrava uma ordem católica, e, ao conhecer posteriormente diversas psicoterapias, o terapeuta chegou ao conhecimento das constelações familiares, desenvolvendo o método sistêmico conforme a sua prática. Por meio dessa terapia, é possível identificar a origem de um problema que se reflete no grupo familiar, bem como proceder com movimentos que permitam a cura desse grupo.

Na obra *A Fonte Não Precisa Perguntar Pelo Caminho*, Hellinger (2012) descreve que, na prática da constelação familiar, primeiramente o cliente escolhe, dentre um grupo, os representantes para os membros de sua família, incluindo ele mesmo. Em seguida, coloca os representantes no espaço em relação uns aos outros, seguindo o seu movimento interno, entrando em contato com um contexto que indica o lugar certo de cada pessoa. O terapeuta pode fazer algumas perguntas essenciais sobre acontecimentos na família, e, após, inicia-se a constelação, com poucas pessoas, e seu desenvolvimento acontece passo-a-passo.

Quando a primeira imagem está constelada, dá-se ao cliente e aos representantes um pouco de tempo, para expor-se à imagem e deixá-la agir. Frequentemente, os representantes começam a reagir espontaneamente, por exemplo, começam a tremer ou a chorar ou abaixam a cabeça, respiram com dificuldade ou olham interessados ou apaixonados para alguém. (HELLINGER, 2012, p. 211)

Diante disso, Hellinger descreve, ainda, como o terapeuta encontra uma solução para os clientes:

126 Informação obtida no site <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em 03 de abril de 2020.

Ele vai do próximo ao distante e do restrito ao amplo. Quer dizer, em vez de olhar somente para o cliente, o terapeuta olha também para a sua família e, em vez de olhar somente para o cliente e sua família, olha para além de ambos, para o campo de força e a alma que os envolve. Pois, sabe-se que o indivíduo e sua família estão envolvidos e ligados em um campo de força maior e em uma alma maior e que por eles são utilizados para além de si mesmos e tomados a serviço. Do mesmo modo que a compreensão do problema e suas possíveis soluções frequentemente só resultam da ligação com algo sempre maior. (HELLINGER, 2012, p. 215)

Esse campo de força maior, também conhecido como campo morfogenético, ao qual estão submetidos todos os indivíduos da família, é regido por ordens superiores. Em seu trabalho, Hellinger observou a atuação dessas ordens e as denominou de “ordens do amor”, chamadas também de leis sistêmicas. De acordo com a lei do pertencimento, cada indivíduo que compõe o sistema deve ter seu lugar reconhecido e respeitado por todos os outros membros; a lei do equilíbrio entre o dar e o receber determina que as relações desse sistema devem ser pautadas em harmonia e equivalência; há, ainda, a lei da hierarquia, segundo a qual deve haver respeito pela precedência dos ancestrais.

No Direito Sistêmico, essas leis podem ser observadas e aplicadas, além das constelações familiares, por meio de frases sistêmicas utilizadas pelo conciliador em uma audiência, no processo de elaboração das leis sistêmicas e até mesmo no exercício da profissão do advogado. Logo, trata-se de uma postura profissional, uma atuação caracterizada pelo olhar ampliado do conflito.

O Direito Sistêmico vem se ampliando no país, e, atualmente, pelo menos, 17 tribunais do país adotam práticas de Constelações e de Direito Sistêmico¹²⁷. No início do trabalho do magistrado Sami Storch, este realizou seis reuniões, em que três casos, em um dia, foram tratados por meio das constelações familiares. O índice de con-

127 Informação obtida no site https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/2018/11/09/internas_educacao,1004466/direito-sistemico-humaniza-judiciario-brasileiro.shtml. Acesso em 03 de abril de 2020.

ciliações foi de 91% nas audiências dos processos em que pelo menos uma das partes participou das reuniões, enquanto que, nas audiências em que ambas as partes vivenciaram as constelações, o índice de acordos foi de 100%¹²⁸.

A prática se ampliou para outras comarcas do país, sem deixar de apresentar resultados positivos. O Conselho Nacional de Justiça premiou, em 2015, um projeto da comarca de Goiânia, que utilizava as constelações em mediações judiciais, e obteve índice de solução de cerca de 94% nas lides de Direito de Família¹²⁹. Atualmente, outros países já demonstram interesse pela experiência brasileira, buscando replicar o modelo difundido pelo Direito Sistêmico.

Sami Storch apresenta as respostas qualitativas advindas da sua experiência com o uso das constelações familiares:

59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita; 59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito; 77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito; 71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%; 94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora; 76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(u) filho(a) com ele(a). Essa

128 Informação obtida no site <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em 03 de abril de 2020.

129 Informação obtida no site <https://www.cnj.jus.br/tjgo-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar/>>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos; 55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa;

36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.

Aufere-se, assim, que além do número de acordos possibilitados com a intervenção das constelações, verifica-se o êxito da prática em seu aspecto qualitativo, uma vez que alcança as origens profundas do conflito, as quais não se restringem às descrições presentes nos autos processuais. Auxilia a família envolvida a criar para si um ambiente de mais respeito e harmonia, evitando que as partes retornem ao Judiciário por causa de um conflito mal resolvido, como se observa na prática tradicional. Portanto, o Direito Sistêmico apresenta, aos conflitos, a verdadeira solução, benéfica a todas as partes envolvidas, à sociedade e ao Estado.

Apesar de não possuir legislação específica, o Direito Sistêmico enquadra-se, no ordenamento jurídico brasileiro, como solução consensual dos conflitos, o que é compatível, de acordo com Alexandre Freitas Câmara (2017), com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, o qual assegura o acesso amplo e universal ao Judiciário.

Outrossim, imbuído deste paradigma, o Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) prevê:

Art. 3.º

(...) omissis

§3.º a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

O Direito Sistêmico recebe, portanto, deveras receptividade, destacando-se nos litígios de Direito de Família, pois, como afirma Câmara, acerca desses conflitos:

A solução consensual é certamente muito mais adequada, já que os vínculos intersubjetivos existentes entre os sujeitos em conflito (e também entre pessoas estranhas ao litígio, mas por ele afetadas, como se dá com filhos nos conflitos que se estabelecem entre seus pais) permanecerão mesmo depois de definida a solução da causa. Daí a importância da valorização da busca de soluções adequadas (sejam elas jurisdicionais ou parajurisdicionais) para os litígios. (CÂMARA, 2017, p. 18)

O Novo Código de Processo Civil dá importância a solução consensual para os casos de família, ao determinar, em seu artigo 694:

“nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.” (BRASIL, 2015)

Logo, verifica-se que o Direito Sistêmico atende de modo eficaz ao que é pretendido com a abertura do ordenamento jurídico aos mecanismos de solução consensual de conflitos. Encontra amparo, ainda, na Resolução nº 125/2010, publicada no DJW/CNJ nº 219/2010, de 01/12/2010, p.2-14 e republicada no DJE/CNJ nº 39/2011, de 01/03/2011, p. 2-15, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual busca alcançar, ao fomentar as práticas autocompositivas e consensuais, a pacificação social, bem como na Resolução nº 225/2016, DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016, p. 28-33, que institui a Justiça Restaurativa.

Soluções possíveis advindas do Direito Sistêmico para conflitos envolvendo crianças e adolescentes em situação de acolhimento

Segundo Bronfenbrenner (1996 apud LAUZ; BORGES, 2013, p. 854), a família é o primeiro microsistema com o qual a criança em

desenvolvimento interage, no qual as relações devem ser estáveis, recíprocas e com equilíbrio de poder entre os diversos papéis. A afetividade deve ser característica preponderante neste grupo, embora pequenos conflitos sejam comuns à convivência. Contudo, há casos em que os conflitos familiares têm aspecto mais nocivo, alcançando, muitas vezes, a esfera jurídica, por incorrerem em violação de direitos e até mesmo infrações penais. Conflitos dessa espécie constituem verdadeiras ameaças ao desenvolvimento pleno e sadio da criança ou do adolescente.

A presença desses riscos pode estar associada à violência contra a criança e o adolescente, que é um dos principais motivos responsáveis pela situação de acolhimento, pois as categorias de violência física, psicológica, sexual, negligência e abandono são tipicamente prevalentes no contexto doméstico (BORGES, 2007; HABIGZANG & KOLLER, 2012 apud LAUZ; BORGES, 2013, p. 854).

Assim, para evitar esses riscos, que podem acarretar violação aos direitos da criança ou do adolescente, estes podem ser submetidos ao programa de acolhimento familiar, desde que determinado pela autoridade judiciária competente¹³⁰.

130 Providência judicial: recebendo a comunicação de acolhimento emergencial, cabe ao juiz, ouvido o Ministério Público (eventualmente o Conselho Tutelar), tomar as providências adequadas para conduzir a criança ou adolescente ao seu correto destino. Na realidade, pode ser indispensável ouvir, também, a equipe interprofissional do Juizado e, se for preciso, da instituição de acolhimento. Há muitas hipóteses para que uma criança ou adolescente seja acolhido de pronto, sem ordem judicial, todas, por óbvio, configuradoras de emergência e anormais: a) menores violentamente agredidos, encaminhados pela autoridade policial; b) menores estuprados, encaminhados por parentes, com medo do agressor; c) crianças abandonadas desde o nascimento e entregues na porta do abrigo; d) adolescentes que fogem de casa; e) menores em busca de alimentação, depois de peregrinar muito tempo pelas ruas, dentre outras. Por isso, é possível que o juiz providencie a imediata reintegração na família natural (criança que foge de casa por birra), mantenha o abrigo (violência no âmbito da família natural ou extensa) ou transfira para outro tipo de acolhimento (instituição inadequada para o menor). De qualquer modo, instaura procedimento verificatório para acompanhar o desenvolvimento da situação da criança ou adolescente dali por diante. (NUCCI, 2014, pg. 270)

Conforme determinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), o programa de acolhimento institucional deve ter caráter temporário, com prazo máximo de 18 (dezoito) meses, caso não haja situação que justifique a permanência na casa de acolhimento, sendo esta uma observância ao princípio do superior interesse da criança. Deve ser elaborado relatório, por equipe interprofissional ou multidisciplinar, para avaliar, a cada 03 (três) meses, a situação da criança ou do adolescente acolhido.

Observe-se que o acolhimento institucional, por si só, não é um erro ou um mal; ao contrário, muito mais adequado o abrigo do que o sofrimento físico-moral de crianças e jovens, quando exploradas, abusadas, maltratadas ou agredidas por seus pais ou parentes. Receber os menores em situação de risco também é um ato fraterno, patrocinado pela sociedade, por meio de organizações não governamentais, ou pelo poder público. Mas, perpetuar a institucionalização torna os menores invisíveis à sociedade, retirando-lhes a oportunidade de ter uma vida familiar positiva. (NUCCI, 2014, p. 257)

As crianças e adolescentes em casas de acolhimento ficam, assim, aguardando uma sentença que decidirá acerca dos seus destinos. Dentre as possibilidades, estão a reintegração à família de origem, seja por meio do retorno ao convívio com os pais biológicos ou com o deferimento da guarda para outro familiar mais apto a cuidar da criança, e há, ainda, a possibilidade de inserção da criança em uma família substituta, por meio da adoção.

Nesse contexto, o Direito Sistêmico pode também ser aplicado, na busca da solução mais adequada para cada caso em concreto. Por meio da abordagem sistêmica, será observada a individualidade da criança ou do adolescente, considerando que este é membro de um sistema familiar, no qual se originou um conflito que o levou ao acolhimento.

O Direito Sistêmico, de acordo com resultados que vem demonstrando na prática, de acordo com os dados exemplificativos que foram apresentados na primeira parte deste artigo, mostra-se, pois, como um

mecanismo viável como solução para os conflitos envolvendo crianças e adolescentes em situação de acolhimento.

Sugere-se, portanto, com base nas primeiras experiências do magistrado Sami Storch, que sejam realizadas reuniões, no curso dos processos acerca dos casos em questão, para que as partes possam participar de constelações familiares. As crianças e adolescentes e os familiares envolvidos em determinado caso não precisam participar diretamente da constelação, mas podem ser representados por pessoas aleatórias. As crianças e adolescentes também não necessitam estar presentes nas reuniões para que sejam representados. A constelação poderá ser realizada tanto pelo juiz responsável pelo processo, quanto por outro profissional capacitado

A constelação familiar pode ser realizada, ainda, dentro da casa de acolhimento, com as crianças, coletiva ou individualmente, pois na constelação também podem ser utilizados bonecos, em vez de pessoas para representar os respectivos familiares. A terapia pode ser feita por um psicólogo da equipe da própria casa de acolhimento, desde que tenha a formação adequada, ou por outro terapeuta que se disponibilize a fazer o trabalho, até mesmo voluntariamente.

Além da constelação familiar, há outros exercícios sistêmicos que podem ser trabalhados no cotidiano das crianças e adolescentes abrigados, por meio de frases e histórias, por exemplo. Essas atividades podem ser feitas em conjunto com todos os funcionários da casa de acolhimento, pois estes desempenham um papel importante para as crianças e adolescentes, com quem criam vínculos afetivos. Para Serrano (2011 apud LAUZ; BORGES, 2013, pg. 863):

O serviço de acolhimento institucional constitui um espaço de permanência, e, assim, pode ser percebido como um contexto de desenvolvimento. Desse modo, essas instituições devem ser consideradas como mais um ambiente que integram outros que fazem parte da vida da criança ou do adolescente, podendo assim se configurar com viés educativo e terapêutico.

Por meio da aplicação da abordagem sistêmica, que possui viés terapêutico, com as crianças e adolescentes, poderá ser percebido de

que maneira será mais adequada a reintegração deles nas suas famílias de origem, ou revelará, ainda, se o destino mais adequado será que a criança ou adolescente passe a integrar o Sistema Nacional de Crianças elegíveis à Adoção, aguardando uma nova integração em uma família substituta. De acordo com o artigo 19¹³¹, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação da criança em família substituta ocorre apenas em caráter excepcional, quando não é possível sua reintegração à família de origem.

Quando a criança ou o adolescente é adotado, segundo a experiência do magistrado Sami Storch, descrita em artigo publicado em seu blog de Direito Sistêmico:

Quando os pais adotivos dão aos pais biológicos um lugar no seu coração, recebem a benção e o amor deles para que possam criar os filhos. Consequentemente, as crianças, ao sentirem que os pais adotivos respeitam e consideram a presença dos pais biológicos em sua alma, se sentem mais amadas e aumentam a confiança nos pais adotivos.

Logo, verifica-se que, mesmo após a decisão acerca do destino da criança ou adolescente acolhido, como no caso da adoção, o Direito Sistêmico continua atuando, ao revelar a importância de se observar as leis sistêmicas nas novas relações advindas da família substituta.

Conclusão

O novo paradigma apresentado pelo atual Código de Processo Civil, consoante o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, deu abertura para a aplicação e difusão do Direito Sistêmico no país, bem como de acordo com as resoluções n. 125 e 225 editadas pelo CNJ. Isto porque, em razão da abordagem que apresenta, o Direito Sistêmico se revelou eficaz e pacífico meio de resolução de conflitos no judiciário.

131 Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

As primeiras experiências da abordagem sistêmica no campo jurídico se deram por meio do magistrado Sami Storch, na sua atuação em conflitos envolvendo Direito de Família, apresentando altos níveis de conciliações. Com base nesses resultados, pode-se vislumbrar o Direito Sistêmico como uma ferramenta a ser adotada para conflitos relacionados a crianças e adolescentes em serviço de acolhimento.

Dentre as soluções possíveis, estão a aplicação das constelações familiares em reuniões com as partes dos processos, o uso da terapia com as crianças, adolescentes e funcionários da casa de acolhimento, assim como o tratamento por meio outras atividades sistêmicas fundamentadas na teoria da constelação sistêmica. A realização da terapia poderá revelar o destino mais adequado para cada criança ou adolescente, considerando a individualidade de cada um.

Observou-se, por fim, que mesmo quando a criança ou adolescente é destinado à adoção, o Direito Sistêmico revela a importância de se reconhecer a atuação das leis sistêmicas, as quais preconizam a honra aos pais biológicos, tanto pelos pais da família substituta quanto pela criança ou adolescente inserido nesta nova família.

Referências

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar 2015.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, jul 1990.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **TJGO é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar**. 2015. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/tjgo-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar/>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

DIREITO SISTÊMICO. **DIREITO SISTÊMICO: As leis sistêmicas que regem as crianças colocadas em famílias substi-**

tutas. 2014. Disponível em: < <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/07/14/direito-sistemico-as-leis-sistemicas-que-re-gem-as-criancas-colocadas-em-familias-substitutas/>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HELLINGER, Bert. A fonte não precisa perguntar pelo caminho. 3. ed. Goiânia: Atman, 2012.

NUCCI, Guilherme. Estatuto da Criança e do Adolescente: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Entre aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Salvador: Universidade Corporativa do TJBA, 2011, p. 305. 2011.

UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DA RECLAMAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 A PARTIR DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 24.417/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Larissa Clare Pochmann da Silva

Marcelo Pereira de Almeida

Introdução

A reclamação constitucional vem se revelando um instrumento de imensurável relevância no modelo de tutela dos direitos no Brasil, pois se destina a garantir a observância dos julgados dos tribunais e a preservação das suas competências.

Essa importância ganha mais relevo a partir do momento em que se busca valorizar um modelo de precedentes judiciais, fortalecendo e uniformizando os provimentos das Cortes Superiores, de sorte a proporcionar mais estabilidade e confiança na atividade jurisdicional.

Nesse panorama, a reclamação constitucional surgiu e foi se amoldando até ganhar um status bem significativo na regulamentação trazi-

da pelo Código de Processo Civil de 2015 e, várias controvérsias continuam pairando sobre esse importante instrumento.

O presente artigo tem por objetivo delinear o novo desenho da reclamação constitucional, diante do procedimento disposto no novo diploma processual, adotando, para esse fim, a análise bibliográfica, da legislação anterior e vigente e dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Para alcançar o objetivo proposto, o texto se desenvolve em duas seções. Na primeira seção, traça-se um breve panorama do surgimento da reclamação constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seu desenvolvimento e expansão, a partir da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.038/90.

Na segunda seção, faz-se uma abordagem sobre os fundamentos do julgamento da reclamação nº 24.417/SP pelo Supremo Tribunal Federal durante a vigência do Código de Processo Civil de 2015, destacando-se os desdobramentos do entendimento firmado.

Espera-se que o tema proposto e as premissas apresentadas nesse estudo sirvam para fomentar o debate sobre mais esse relevante tema que gira em torno do aprimoramento do sistema processual brasileiro.

1. A reclamação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes do advento do Código de Processo Civil de 2015

A reclamação constitucional, prevista na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, tem o objetivo de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões desses tribunais.

As origens da reclamação remontam a postura judicante do Supremo Tribunal Federal (STF), que consolidou em sua jurisprudência a utilização desse instrumento, destinado, inicialmente, a preservar o cumprimento dos seus julgados.

O Supremo Tribunal Federal utilizou a teoria dos poderes implícitos, de origem no direito norte-americano, na fundamentação do julgamento da Reclamação nº 141 de 1952, destacando que a competência dos tribunais, mesmo não estando expressamente definida na Constituição, pode ser construída por interpretação do seu próprio texto.

Neste momento começou a se desenhar a tese, que acabou se firmando, no sentido de permitir que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário, poderia fazer prevalecer seu próprio julgado.

Com base nesse entendimento, em 1957, valendo-se do art. 97, II da Constituição de 1946, que concedia aos tribunais competência para a elaboração de seus próprios regimentos, o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do seu então presidente Ministro Orozimbo Nonato, incluiu expressamente em seu Regimento Interno a previsão da reclamação como medida capaz de garantir a autoridade de suas decisões e preservar-lhe a competência. Foi neste momento que reclamação, até então aplicada apenas em sede jurisprudencial, foi aprovada e incorporada ao mencionado Regimento.

Apesar da previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal autorizada pela Constituição de 1946, foi somente com a promulgação da Constituição de 1967 que ao Supremo Tribunal Federal foi permitido dispor sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (Constituição de 1967, artigo 155, parágrafo único). A partir deste momento, a previsão regimental da reclamação estava sedimentada e, julgados importantes se seguiram, podendo ser destacada a Reclamação nº 831/DF de relatoria do Ministro Moacyr Amaral Santos, consolidando sua natureza jurisdicional.

Apenas na Constituição Federal de 1988, a reclamação foi expressamente prevista (arts. 102, I, “1”, e 105, I, “f”), estabelecendo a competência para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça processar e julgar reclamação destinada a preservar a competência e garantir a autoridade de suas decisões.

Com essa previsão expressa no texto constitucional, o legislador editou a Lei nº 8.038/90, instituindo regras procedimentais para os processos de competência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, inclusive as destinadas a regular a dinâmica da reclamação perante esses tribunais, seguindo as orientações já previstas nos respectivos regimentos internos. A partir desse momento, a reclamação começou a ganhar vulto, e cada vez mais fortalecer a competência e preservar a força normativa dos julgados dessas cortes.

Para demonstrar essa curva de fortalecimento do instituto da reclamação perante as cortes superiores destacam-se alguns julgados re-

levantes, como no MS 2.904-5/DF, em que o Superior Tribunal de Justiça definiu que cabe reclamação constitucional e não mandado de segurança para fazer cumprir decisão de Tribunal não respeitada por juízo a ele subordinado.

Em outro caso, no julgamento de reclamação promovida pelo Estado do Mato Grosso do Sul postulando a cassação de ordem de sequestro de recurso orçamentário de autarquia estadual determinada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24^a Região, com o objetivo de ver cumprir precatório judicial oriundo de reclamação trabalhista, o Supremo Tribunal Federal acolheu o pedido sob o fundamento de que a ordem violaria o entendimento da corte sedimentado na ADI 1662, em que se reconheceu que somente a hipótese de preterição no direito de preferência autorizaria o sequestro de recursos públicos.

O Supremo Tribunal Federal, em outra passagem, julgou procedente reclamação para fazer valer seu julgado proferido em habeas corpus que concedeu fiança a condenado para defender-se solto até o transito em julgado de decisão condenatória, o que não justificaria a decisão atacada proferida pela Vara de Execuções Penais que determinou a execução provisória, sob a justificativa da mera devolutividade do recurso especial.

Os julgados destacados acima, revelam uma tendência acentuada de expansão do emprego da reclamação como instrumento de fortalecimento dos precedentes exarados pelas cortes superiores, fato que fica mais evidente com o advento da EC/45 que instituiu a súmula com efeito vinculante no artigo 103-A, regulamentada pela Lei nº 11.417/06.

O § 3º do referido artigo dispõe expressamente sobre o cabimento de reclamação como mecanismo destinado a preservar a observância das súmulas com efeito vinculante, inaugurando uma nova etapa de valorização deste instituto para o fortalecimento dos provimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse cenário de expansão do instituto da reclamação constitucional, vale destacar o reconhecimento de seu cabimento contra acórdão proferido por turma recursal em Juizados Especiais Estaduais no intuito de uniformizar os entendimentos perante esse ambiente jurisdicional, em conformidade com os pronunciamentos, principalmente

do Superior Tribunal de Justiça. Esse entendimento foi firmado, haja vista a ausência de uma via recursal aberta para esse fim, em virtude do descabimento de recursos especial contra acórdãos proferidos por turmas recursais.

Essa hipótese foi reconhecida no julgamento dos EDcl no RE 571.572.8/BA, de relatoria da Min. Ellen Gracie, permitindo o cabimento da reclamação constitucional para o STJ com o objetivo de preservar a sua competência como órgão de superposição com função de uniformizar a interpretação e aplicação das leis federais.

A partir deste julgado, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução nº 12/2009, regulando os contornos para a utilização da reclamação constitucional para esse fim, redimensionando o instituto no intuito de fortalecer cada vez mais a força dos julgados das cortes superiores que, posteriormente, foi substituída pela Resolução nº 03/2016.

No Código de Processo Civil de 2015, a reclamação constitucional foi redimensionada e fortalecida, se revelando imprescindível instrumento na implementação do almejado modelo de precedentes de observância obrigatória, conforme será tratado na seção seguinte.

2. A reclamação à luz do julgamento nº 24.417/SP pelo Supremo Tribunal Federal durante a vigência do Código de Processo Civil de 2015

O primeiro momento que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a natureza jurídica da reclamação foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212-1/CE, cujo trânsito em julgado foi certificado em 28 de novembro de 2003. Nessa época, muito antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a reclamação não seria recurso, nem ação, nem incidente processual, reconhecendo sua natureza de direito de petição.

Porém, a Reclamação nº 24.417/SP foi um marco na compreensão do instituto a partir do Código de Processo Civil de 2015. A discussão era se o reconhecimento do direito ao reajuste salarial ao servidor público afrontaria o disposto nas Súmulas Vinculantes nº 37 e 42.

Em decisão monocrática proferida no dia 2 de setembro de 2016, desprovendo a reclamação, o Ministro Luis Roberto Barroso havia fi-

xado honorários de sucumbência, no percentual de 10% sobre o valor da causa da reclamação.

Interposto agravo interno pelo reclamante, é importante destacar que o Supremo Tribunal trouxe cruciais considerações para uma adequada compreensão do instituto da reclamação.

O Ministro Luis Roberto Barroso destacou que, na Lei nº 8.038/1990, a disciplina da reclamação não impunha a formação de contraditório prévio à decisão de mérito. Nessa linha, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desenvolveu-se no sentido de que a reclamação, antes de atender a direitos subjetivos, buscava preservar a competência e a autoridade das decisões do Tribunal¹.

Porém, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi previsto, no artigo 989, inciso III, a formação prévia do contraditório, oportunizando o exercício do direito de defesa ao beneficiário do ato impugnado.

Consequentemente, reconheceu-se à reclamação o legítimo exercício do direito de ação. Com isso, pôs-se fim à controvérsia até então existente sobre a natureza da reclamação².

Assim, a reclamação com procedimento delineado nos artigos 988 a 993 do Código de Processo Civil de 2015, passou a ser uma ação, direito fundamental tutelado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que também não foi destinada apenas a preservar a competência e a autoridade das decisões do Tribunal, como também a assegurar a observância de precedentes com eficácia vinculante, como se pode observar da conjugação do disposto nos artigos 988 e 927 do Código de Processo Civil.

O referido entendimento foi deveras importante, tanto porque trouxe uma definição à antiga controvérsia existente na doutrina, como modifica o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema à luz das disposições do Código de Processo Civil de 2015. É certo que o julgado apreciado não possui eficácia vinculante, tal como preceituado pelo artigo 927 do Código de Processo Civil, mas, sem dúvida, inaugura novas perspectivas para a reclamação no direito processual civil brasileiro em um futuro próximo.

E, assim, Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., CUNHA, 2020, p. 661) aponta três consequências do referido entendimento firmado:

i) Requisitos da petição inicial e capacidade postulatória – se a reclamação é uma ação, sua propositura exige capacidade postulatória. Essa capacidade pode significar também a atuação de um Defensor Público ou de um membro do Ministério Público na reclamação.

Ademais, a petição inicial deve preencher os requisitos do artigo 319 do Código de Processo Civil, com exceção da previsão de seu inciso VII, que se refere à audiência de conciliação ou de mediação. Isso porque não há, em seu procedimento, disposto nos artigos 988 a 993 do Código de Processo Civil, a previsão de uma audiência de conciliação ou de mediação.

Também na reclamação, não será cabível o protesto genérico por prova embasado no artigo 369 do Código de Processo Civil. O artigo 988, §2º dispõe que a prova deve ser pré-constituída, devendo o reclamante indicar os documentos que acompanham a petição inicial.

ii) Decisão apta a formar coisa julgada – o julgamento da reclamação é apto a formar coisa julgada, meramente formal ou material. Como consequência, tratando-se de coisa julgada formal, a propositura de uma nova reclamação deve observar o limite temporal disposto no artigo 988, §5º do Código de Processo Civil.

Por sua vez, havendo a formação da coisa julgada material, a desconstituição do julgado somente poderá ocorrer nas hipóteses excepcionais previstas no Código de Processo Civil para a ação rescisória.

iii) Custas e honorários advocatícios – sendo a reclamação uma ação, o reclamante tem o dever de antecipar o pagamento das custas para seu ajuizamento. Ao final, o vencimento será condenado nos ônus da sucumbência, que significa tanto o ressarcimento das despesas processuais como o pagamento de honorários de sucumbência na reclamação, tal como disposto na legislação processual.

Conclusão

O presente artigo buscou trazer um delineamento histórico da reclamação à luz do entendimento dos Tribunais Superiores, até o julgamento da Reclamação nº 24.417/SP, de Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, já durante a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Para isso, iniciou com a referência sobre a reclamação nas Constituições anteriores, além de apontar a divergência existente na doutrina sobre sua natureza jurídica, com a abordagem realizada a partir de julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A abordagem histórica revela-se de fundamental importância para que se possa compreender a relevância que o instituto sempre teve em nosso ordenamento jurídico, sendo ainda mais fortalecido a partir da Constituição Federal de 1988, a partir de quando foi redimensionado o instituto no intuito de fortalecer cada vez mais a força dos julgados das cortes superiores.

Porém, foi a partir do Código de Processo Civil de 2015 que, no julgamento proferido na Reclamação nº 24.417/SP, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento anteriormente esposado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212-1/CE, isto é: a partir da vigência do Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal deixou de considerar a reclamação como exercício do direito de petição para considerá-la como exercício do direito de ação.

Este entendimento foi fixado a partir da disposição do artigo 989, inciso III da legislação processual, que previu a formação prévia do contraditório, oportunizando o exercício do direito de defesa ao beneficiário do ato impugnado.

Consequentemente, reconheceu-se à reclamação o legítimo exercício do direito de ação. Com isso, pôs-se fim à controvérsia até então existente sobre a natureza da reclamação.

Este entendimento traz ainda maior relevância ao instituto, que passa a se consagrar dentro do direito fundamental de ação, tutelado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, e traz repercussões na observância dos requisitos da petição inicial, na formação da coisa julgada e possibilidade de rescisão do julgado, além da fixação dos ônus da sucumbência.

Notas

1. Nesse sentido, foram destacados inúmeros julgamentos do Supremo Tribunal Federal: Rcl7.904-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 449-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl3.375-A-

gR, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 8.478, Rel. Min. Cármen Lúcia; eRcl 8.197-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli.

2. Segundo Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, a reclamação tem natureza jurídica de ação e faz parte da competência originária dos Tribunais. Já Fredie Didier Jr destacava se tratar de uma ação constitucional, enquanto Ada Pellegrini Grinover defendia que a reclamação era um mero exercício do direito de petição, por considerá-la uma garantia especial, destinada a defender direito ou combater ilegalidade ou abuso de poder. Sobre o tema: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 185; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm. 2016, p. 532 e GRINOVER, Ada Pellegrini. A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais. *Revista síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n. 2, jun-jul. 2000.

Referências

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodium. 2016.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 17 ed. Salvador: Juspodivm. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A reclamação para garantia da autoridade das decisões dos tribunais*. *Revista síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n. 2, jun-jul. 2000.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, vol. 238, p. 413-434, 2014.

- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; ALMEIDA, Marcelo Pereira. Novo Código de Processo Civil Comparado e Anotado. Rio de Janeiro: GZ, 2018.
- MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no STF. Fórum Administrativo, vol. 100, p. 94-111, Belo Horizonte, jun. 2009.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORATO, Leonardo L. Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A eficácia da reclamação constitucional. In: _____; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Reclamação constitucional. Salvador: JusPodivm, 2013.
- TUCCI, Rogério Lauria. Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo. In: Tucci, Rogério Lauria; _____. São Paulo: Saraiva, 1989.

RESUMOS

A IMPORTÂNCIA DO NÚCLEO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA COMO AUXILIAR DA DEFENSORIA PÚBLICA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSOS NA CIDADE DE FRUTAL/MG

Brenda Maria Silveira Fuini

O Núcleo de Assistência Jurídica Gratuita, vinculado à Universidade do Estado de Minas Gerais, surgiu por meio da Resolução CONUN/UEMG nº 425 com o intuito de ser o escritório modelo para os discentes do curso de Direito, tendo como foco principal o atendimento ao público hipossuficiente, ou seja, que não detêm condições financeiras de arcar com as custas de um processo. Ainda que o NAJ tenha o “status” de estágio obrigatório na grade do curso, os alunos tem a possibilidade de optar pelo estágio não obrigatório, sendo selecionados mediante prova escrita para desenvolver atividades como atendimento, elaboração de ações e recursos, conciliação de conflitos, além de participarem de audiências na presença de um professor e advogado da instituição. De acordo com Juliana Gontijo (2018, online), “a maioria atende casos do direito civil, com destaque para pensões alimentícias, divórcios, guarda, inventários e ações na área de direito do consumidor”. Paralelo a isso, no Estado de Minas Gerais, apesar de a Defensoria Pública apresentar índices satisfatórios de resultado, o número de demandas vêm crescendo anualmente, fazendo com que na maioria dos casos os clientes se-

jam encaminhados ao Núcleo de Assistência para atendimento. Com isso, este trabalho objetiva destacar a importância da implementação dos Núcleos de Assistência Jurídica Gratuita nas Universidades como meio de auxiliar as Defensorias Públicas na solução de conflitos, bem como utilizar de modelo o impacto do NAJ instaurado na cidade de Frutal/MG para demonstrar a necessidade da parceria entre as instituições. Metodologicamente é utilizado o enfoque qualitativo com o emprego da pesquisa de campo, baseada na análise dos números de casos de sucesso do Núcleo de Assistência Jurídica Gratuita da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal, levando em consideração apenas os dados recentes do ano de 2020. Conclui-se que apesar da efetividade da Defensoria Pública, é necessário parceiros para que haja maior desafogamento do judiciário, de modo que a implementação do NAJ nas grades curriculares do curso de Direito de todo o país é o meio essencial na busca pela resolução de conflitos, processos e aprimoramento por meio da prática dos discentes.

Palavras-chave: NAJ. Defensoria Pública. Parceria. Solução de Conflitos.

REFERÊNCIAS

GONTIJO, Juliana. Várias faculdades mineiras têm assistência jurídica gratuita. Em tempos de crise, cidadão tem acesso ao serviço em várias instituições de BH e região; estudantes também são beneficiados por colocar em prática o aprendizado. O Tempo, 2018. Disponível em: otempo.com.br/economia/varias-faculdades-mineiras-tem-assistencia-juridica-gratuita-1.2066650. Acesso em: 06 mar 2020.

HUDLER, Daniel Jacomelli. A assistência jurídica gratuita em núcleos de prática jurídica e a possibilidade de extensão de prerrogativas da Defensoria Pública. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://djhudi.jusbrasil.com.br/artigos/220557557/a-assistencia-juridica-gratuita-em-nucleos-de-pratica-juridica-e-a-possibilidade-de-extensao-de-prerrogativas-da-defensoria-publica>. Acesso em: 06 de mar 2020.

HUDLER, Daniel Jacomelli; FURTADO, Marcio Spagnuolo. Núcleos de Prática Jurídica devem ter prerrogativas de defensores públicos. *Conjur*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/nucleos-pratica-juridica-prerrogativas-defensores>. Acesso em: 06 mar 2020.

Universidade do Estado de Minas Gerais. RESOLUÇÃO CONUN/UEMG Nº 425, 15 DE ABRIL DE 2019. Regulamenta as atividades extensão realizadas sob a forma de prestação de serviços à comunidade pelos Núcleos de Assistência Judiciária Gratuita, em funcionamento junto aos Cursos de Direito da UEMG. Resolução CONUN/UEMG nº 425, de 15 de abril de 2019. Disponível em: <http://uemg.br/resolucoes-conun/1940-resolucao-conun-uemg-n-425-15-de-abril-de-2019-regulamenta-as-atividades-extensao-realizadas-sob-a-forma-de-prestacao-de-servicos-a-comunidade-pelos-nucleos-de-assistencia-judiciaria-gratuita-em-funcionamento-junto-aos-cursos-de-direito-da-universidade-do-estado-de-minas-gerais-uemg>. Acesso em: 06 mar 2020.

A QUINTA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA E OS NOVOS RUMOS PARA OS OPERADORES DO DIREITO: COOPERAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Leonardo Oliveira Silveira Santos Martins

1 - OBJETIVO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a 5ª onda de acesso à justiça, a qual tem como base a saída da justiça, onde isto contribuiria para a solução dos casos pendentes, bem como possibilitar outras opções para que os cidadãos possam resolver seus conflitos (BACELLAR, 2017, p.28).

Atrelado a esse objetivo, os novos rumos dos operadores do direito, que a partir dessa onda de acesso, terão um papel de suma importância, praticando uma justiça colaborativa, fomentando os métodos alternativos de resolução de conflitos, alheios aos tradicionais embates judiciais nos tribunais. (PINHO, 2017, p. 66).

Antes do surgimento da 5ª onda, as anteriores desempenharam um papel muito importante no tocante à possibilitar o acesso aos que não teriam acesso pelos meios tradicionais, devido às disparidades existentes, onde a análise das 4 ondas de acesso à justiça se mostra pertinente.

A primeira onda teve como escopo a assistência judiciária para os menos favorecidos, que podemos destacar o instituto da gratuidade de justiça, ou seja, proporcionar aos pobres e aos advogados condições

de acesso, principalmente no quesito econômico. Destaque-se nessa onda, o surgimento do instituto da gratuidade de justiça, no Brasil através da lei 1.060/50.

A segunda teve como fundamento a tutela de interesses difusos e coletivos, principalmente direito ambiental e do consumidor, como as ações coletivas propriamente ditas, exemplo a ação civil pública e etc. Nessa onda, ficou evidenciado que somente o interesse individual atendia os anseios da sociedade.

A terceira onda focava na questão derrubar as barreiras que impediam o acesso à justiça, dispondo de múltiplas alternativas, propondo que o Magistrado, bem como a advocacia atuem de forma a contornar esses obstáculos processuais existentes que impediam a prestação jurisdicional. Destaque-se também, o surgimento de instrumentos processuais de forma a facilitar esse acesso, como os juizados especiais.

As três primeiras ondas tiveram como idealizador os professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth.

A quarta onda de autoria de Kim Economides tem como base os operadores do direito como um todo, onde se incluem todos aqueles que trabalham no sistema judicial e no ensino jurídico. Ela reforça a idéia do papel desses atores, suas responsabilidades na formação dos profissionais. Ela traz novos ditames para as responsabilidades profissionais e para o ensino jurídico (ECONOMIDES, 1998).

A quinta onda renovatória de acesso, de autoria de Roberto Portugal Bacelar, tem como característica a fuga do judiciário, tendo como frase de impacto “Abriram-se as portas da Justiça. Esqueceram, entretanto de ampliar os instrumentos de saída da justiça” (BACELLAR, 2017, p. 29).

A 5ª onda passa também, pela criação de um sistema múltiplas portas, ou multiportas, que possibilita ao cidadão outras opções de resolver seus conflitos além do Poder Judiciário, através do que o autor chama de métodos consensuais ou não adversariais (BACELLAR, 2017, p 29).

Automaticamente implicará numa mudança de concepção de conflito, bem como numa mudança de mentalidade da sociedade como um todo, passando pela ideia de que nem tudo tem que ser resolvido pelo Poder Judiciário, podendo, por exemplo, as partes integrantes do

conflito conseguirem resolver o conflito através de métodos alternativos, que por vezes se mostram mais eficazes.

Sabido que vivemos a cultura da sentença, onde as partes preferem às vezes aguardar a prolação de uma sentença que pode ser negativa quanto aos seus pedidos, do que uma autocomposição, que pode atender melhor aos seus interesses e de forma mais célere.

Aquele sentimento de que “O juiz tem que resolver”. Ou, “esfregar uma sentença na cara de alguém”, precisa ser mudado.

Submeter o conflito a uma sentença, significa que um terceiro estranho a relação irá decidir sobre aquilo que as partes integrantes do conflito têm muito mais conhecimento do que ele do que aconteceu.

E que o consenso alcançado numa mediação, por exemplo, tem o mesmo efeito de uma sentença. As pessoas ainda desconfiam da segurança que um acordo pode gerar. Cabe aos profissionais do direito, os operadores a inserção desses métodos na sociedade, ajudando a propagar a credibilidade destes métodos. O advogado tem papel importante nesses métodos.

Dentro disso, também é de se ressaltar que o Poder Judiciário hoje não mais dá conta dos processos que possui, além dos que são distribuídos à cada. Problema claro de gestão judiciária? Sim. Arelado a isso também, inúmeras demandas que poderiam ser resolvidas de outra forma, através da saída do judiciário, pelos métodos alternativos.

A mediação, submete a um imediato cumprimento do que foi acordado, tendo aquele termo, ou popularmente falando, aquele papel que constará o que ficou decidido pelas partes tem força de sentença.

Vários métodos consensuais são importantes nesse aspecto, como por exemplo, arbitragem, mediação extrajudicial, dentre outros. Destaco também a mediação judicial, visto que naquele momento o processo ainda não está sob a batuta do Poder Judiciário, na figura do juiz propriamente dito.

O que ficar acordado pelas partes, caso não cumprido, poderá ser executado de imediato, ou seja, implicaria em um ganho de tempo absurdo, processualmente falando.

E lógico, com o cumprimento do acordo firmado, o lucro é imensurável. Algo que poderia se concretizar com anos, décadas, estará se cumprindo imediatamente.

A saída ou a fuga do Poder Judiciário, quando possível, poderá representar ganho para as partes integrantes do conflito, conforme os motivos expostos.

Mediar significa restabelecer o diálogo, conciliar chegar a um termo para a resolução do conflito. As palavras são distintas, os conceitos também, porém os benefícios são os mesmos.

Destaque-se que já há uma inclinação aos métodos alternativos, diante da clara ordem exposta no art. 3º do Código de Processo Civil, bem como o advento da lei de mediação nº 11.340/2015.

Caberá a nós, operadores do direito, essa desafiadora missão, no sentido de colocar os métodos alternativos de resolução de conflitos no protagonismo. Já pensou no dia em que, surgindo um conflito, as próprias partes tomem a iniciativa da mediação antes de submetê-lo ao Juiz?

2 – METODOLOGIA E ABORDAGEM TEÓRICA

Quanto à metodologia empregada, informa que o foi toda ela bibliográfica, e jurisprudencial. Quanto a abordagem teórica pode-se afirmar que foram utilizadas todas as referências disponíveis no trabalho.

Explica-se que quanto às referências em si, todas estas foram importantes na construção do presente trabalho.

3 - CONCLUSÃO

O presente estudo conclui necessária a inserção dos métodos alternativos de resolução de conflitos, sendo a quinta onda, representada pela fuga do poder judiciário, importante referencial nesse sentido.

A partir dessa perspectiva, os operadores do direito assumem papel importante, onde também serão responsáveis pela mudança de mentalidade na população, cooperando para a solução dos conflitos.

Fugir do poder judiciário representará benefícios para as partes, seja em ganho de tempo, bem como a satisfação mais satisfativa na resolução da demanda. Algumas demandas poderiam facilmente ser resolvidas fora do poder judiciário.

Arbitragem, mediação extrajudicial, mediação judicial, conciliação são algumas das formas que irão resolver os conflitos com enorme qualidade.

E quando se fala de qualidade, não é no aspecto técnico, e sim de bem-estar para as partes integrantes daquele conflito, pois quando cada um expõe seu ponto de vista e chegarem a um denominador comum, independentemente da posição de autor ou réu, todos sairão ganhando.

4 – REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Mediação e arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 53)

_____. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. Revista de Processo, São Paulo (95): 122-34, jul./set. 1999

_____. Mediação e Arbitragem. 2ª Ed – São Paulo. Saraiva. 2016.

BASTOS, Andrei. Práticas Colaborativas. Disponível em: Acesso em: 29 jul. 2016. BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. . Acesso em: 20 jan. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. DIDIER, Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CAVACO. Bruno de Sá Barcelos. Desjudicialização e resolução de conflitos: a participação procedimental e o protagonismo do cidadão na pós-modernidade – Curitiba. Juruá. 2017.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia. In: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. Disponível em . Acesso em: 24 jan. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PE-

DRON, Flávio. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense,

PINHO. Humberto Dalla Bernardina de e outros. O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei 13.140 de 26 de junho de 2015. São Paulo. Atlas. 2016.

_____. Jurisdição e Pacificação: Limites e Possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pruri-individuais. Curitiba. 2017
ARAÚJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira / Nadia de Araújo. – 1. Ed. – Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

A JUSTIÇA NEGOCIADA COMO INSTRUMENTO DE CONCORRÊNCIA PREDATÓRIA E A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO NO PROCESSO

Omar José Amazonas Ferreira

Resumo

O presente trabalho, através de análises de casos e revisão bibliográfica, busca compreender e propor solução para o problema de concorrência predatória, que se dá pelo desvirtuamento da justiça negociada. O acordo de leniência e o TCC (Termo de Compromisso de Cessação de Prática) constituem instrumentos de justiça negociada e mecanismos que auxiliam a autoridade antitruste no desmantelamento de cartéis e na cessação da prática de outros crimes contra a ordem econômica que se instalam no mercado brasileiro. Estes instrumentos começam a ficar nebulosos quando, de forma premeditada ou não intencional, levam a relações processuais que estão em desacordo com o devido processo penal, civil e administrativo, ou quando de alguma forma não levam ao fim desejado, que, a princípio, é o interesse público. Nesse contexto, a arbitragem configura uma opção eficaz para evitar o mau uso da leniência e do TCC.

Palavras-chaves: Justiça Negociada, concorrência predatória, processo civil, processo administrativo e arbitragem.

Introdução

No mercado brasileiro existem empresas de todos os tamanhos. Para que uma minoria detentora de muito poder econômico não domine completamente os nichos nos quais trabalha, existe legislação específica e o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) órgão administrativo que tem legitimidade para aplicar as leis relativas ao assunto, que utilizando-se de instrumentos de justiça negociada, como o acordo de leniência e o TCC (Termo de Compromissos de Cessação de Prática), tentam manter a ordem econômica e a concorrência do mercado.

O acordo de leniência está diretamente ligado à colaboração premiada (delação premiada), a qual vem sendo tratada de várias formas, como por exemplo: técnica de investigação; espécie ou meio de prova; mero testemunho, ou como causa de redução ou extinção de punibilidade. Diferentemente da delação premiada, a leniência é firmada com órgãos administrativos do poder executivo. Nos acordos de leniência, empresas apontam irregularidades e ilegalidades cometidas por elas mesmas ou concorrentes, em troca de não persecução penal e não aplicação de sanção civil e administrativa. Estes acordos são celebrados e homologados com diferentes tipos de benefícios, dependendo do seu conteúdo, da fase em que são apresentados e da importância que terão dentro da relação processual.

Além do acordo de leniência, o CADE se utiliza do TCC (Termo de Compromissos de Cessação de Prática), instrumento no qual a própria empresa, após ser denunciada ou questionada, negocia os termos da cessação de sua conduta por livre e espontânea vontade. Neste caso, sem reconhecer qualquer ilícito seu ou de outro.

É importante destacar que tais instrumentos se caracterizam como acordos, nos quais acusação e defesa fazem uma composição por meio de cláusulas que estabelecem direitos e deveres. Observa-se institutos que pressupõem manifestação de livre vontade para criação de obrigações e assunção recíproca de deveres, situando-se, indiscutivelmente, no campo dos negócios jurídicos, tal qual um contrato atípico ou previsto em legislação extravagante.

Trata-se, portanto, de institutos com caráter de direito civil, produzindo efeitos e sujeitando-se a toda normativa dos negócios

jurídicos, desde os seus elementos até as consequências de seus eventuais vícios.

O que ocorre algumas vezes, e deve ser observado, é que pode haver um uso inadequado destes instrumentos para a prática de concorrência predatória ou concorrência desleal, podendo caracterizar infração contra a ordem econômica. Nesses casos, as empresas adotam condutas anti-competitivas com o objetivo de dominar o mercado de bens ou serviços em que atua, caracterizando abuso de posição dominante. Um exemplo é o caso das refinarias, que na sua grande maioria estão sob o poder da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Havendo assim, suspeita que a petroleira utilize do seu monopólio para compor o preço do combustível.

A utilização dos acordos como instrumentos de concorrência predatória deve cumprir alguns pontos para se caracterizar, tais como: o dilema dos prisioneiros; o tamanho das empresas concorrentes, o tipo da empresa e suas relações comerciais; bem como o tipo de concorrência a que estão submetidas, além claro do tipo de TCC ou leniência que acabam por negociar com o CADE.

Além disso, destaca-se que o CADE, como Entidade de natureza pública, pode apresentar relação conflituosa com as partes, principalmente quando envolver empresas como sociedades de economia mista ou empresas públicas, regidas pela lei 13.303/2016, ainda que o controle seja exercido através ações ordinárias ou golden share. Ou mesmo, empresas de capital misto, que apesar de não se encontrar sob a referida lei, tem em sua composição capital público.

Nesse contexto, a arbitragem como instrumento particular do processo civil surge como possível solução do problema, com a designação de instituições e pessoas notoriamente capacitadas e imparciais para a tomada de decisões empresariais.

1. Objetivo(s)

Em âmbito geral, a pesquisa busca estudar casos de justiça negociada, nos quais empresas com características específicas se utilizam dos instrumentos do processo civil e administrativo para praticar concorrência predatória e, ao final, apresentar a arbitragem como possível solução do problema.

No âmbito específico, estudar os instrumentos da própria arbitragem que podem ser usados, como, por exemplo, a cláusula compromissória, que pode ser cheia ou vazia.

Na primeira, de forma expressa, faz-se referência às regras que conduzirão eventual procedimento arbitral surgido do contrato, sendo possível indicar câmara arbitral com regulamento próprio ou optar por regras particulares. Nesse caso, a ausência da parte regularmente convocada ou sua discordância em firmar o compromisso arbitral não evita o início do procedimento arbitral e a solução da controvérsia através da arbitragem.

Na segunda, as disputas surgidas em razão do contrato serão resolvidas por arbitragem, mas não há referência expressa às regras que conduzirão tal arbitragem. Caso as partes não concordem com as regras da arbitragem, é facultado que solicitem ao Poder Judiciário a constituição do compromisso arbitral de forma que as partes se obrigam a remeter a controvérsia surgida entre elas ao julgamento de árbitros.

2. Metodologia

Os métodos utilizados neste estudo são qualitativos. Foram observados dois processos que geraram TCC sem leniência, sendo eles 08700.002600/2014-30 (referente a desinvestimento na área de gás natural), 08700.006955/2018-22 (referente a desinvestimento na área de refino) e um deles com acordo leniência 00190.025554/2014-33 (referente a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS) e as empresas SBM Offshore N.V. e SBM Holding). Assim como revisão bibliográfica em livros, artigos e outras fontes ligadas ao assunto tratado, como Direito Empresarial Esquematizado (Ramos,2016), Manual dos acordos de leniência no Brasil (Athayde,2017) e Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem (Bastos,2015).

3. Abordagem teórica

O que deve ser analisado com mais profundidade é como coibir o uso do acordo de leniência ou TCC como instrumento de concor-

rência predatória. Além das possíveis ações indenizatórias que possam ser geradas em função de um acordo de leniência ou TCC que não observou o devido processo legal ou beneficiou alguma empresa específica em seu mercado. Para desenvolver tal entendimento, analisa-se processos de leniência e TCC com seus respectivos acordos comerciais e seus reais impactos na economia de mercado e, quando não efetivo, a solução para este fato, focada no CC, CPC e no instrumento de arbitragem.

4. Conclusão

A arbitragem, como instrumento particular do processo civil, configura uma opção eficaz para a solução do mau uso da leniência e do TCC.

Embora o CADE seja o órgão com legitimidade para a função e com pessoas capacitadas para a defesa da economia, apresenta viés público e pode não ser totalmente isento em determinados casos, como por exemplo quando empresas de capital misto ou empresas públicas forem partes do conflito.

Sendo assim, árbitros e instituições de arbitragem são muito mais indicados para proferir decisões a serem aplicadas no livre mercado.

5. Referências

ATHAYDE, Amanda. Manual dos acordos de leniência no Brasil. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragem, 2015.

CADE. Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE. CADE, 2019. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: (20/03/2020).

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

- MATTOS, César. O acordo de leniência Janot/Irmãos Batista: O crime compensou?. Brasil, economia e governo, 2017. Disponível em:(<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2017/08/10/o-acordo-de-leniencia-janot-irmaos-batista-o-crime-compensou/>) Acesso em: (20/03/2020).
- MERHY, Diego Macedo. Distinção entre concorrência desleal e ato de infração à ordem econômica. Fernandes, sociedade de advogados, 2018.Disponível em: (<https://nfernandes.com.br/distincao-entre-concorrenca-desleal-e-ato-de-infracao-a-ordem-economica/>). Acesso em: (20/03/2020).
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado.6.ed.São Paulo: Método, 2016.
- RIBEIRO, Edson. A Natureza Jurídica da delação premiada e suas consequências. Conjur,2019. Disponível em:(<https://www.conjur.com.br/2019-out-28/edson-ribeiro-natureza-juridica-delacao-consequencias>). Acesso em: (20/03/2020).
- SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós - constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político.1.ed. Belo Horizonte: D´Plácido,2018. 61-71.
- VASCONCELOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada no processo penal.1.ed. São Paulo: Revista os Tribunais, 2017.08-36.

A CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO EM SUPERENDIVIDAMENTO DE CONSUMIDORES

Lilia Nunes Silva

O presente trabalho tem como escopo abordar a conciliação como método de resolução de conflito, no âmbito extrajudicial, para solucionar problemas recorrentes nas relações de consumo de crédito, tendo sido escolhido o tema superendividamento de consumidores.

A importância da questão sobreleva-se com a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2015, que em suas normas fundamentais positivou o objetivo da ordem processual em promover a solução consensual de conflitos (artigo 3º, §2º), mencionando expressamente como um dos meios consensuais para alcançá-la a conciliação (artigo 3º, §3º). Esta proposição da nova ordem processual tem potencial de promover um melhor acesso à justiça e também a efetividade e proteção de direitos, de modo a pacificar as relações jurídicas controvertidas não somente pela via judicial e/ou litigiosa, estimulando-se pelos métodos consensuais a autocomposição entre as partes (de forma assistida).

Como atualmente se vive em uma sociedade globalizada, com aumento exponencial de consumidores dos mais diversos produtos e serviços, ostensiva oferta e consumo, e que muitas vezes torna o último irresponsável em decorrência deste contexto, a temática proposta dá substrato para pesquisa sobre a efetividade da conciliação extrajudicial

como solução dos conflitos relacionados ao superendividamento dos contratantes de crédito.

A conciliação extrajudicial tem o ensejo de ser mais acessível aos cidadãos, não é onerosa porque a sua disponibilização pelos órgãos PROCON, Defensoria Pública e CEJUSC de todo o Brasil aos consumidores é gratuita, e assim tem potencial de tutelar direitos essenciais à subsistência digna.

E nestas circunstâncias o projeto de lei nº 3515 de 2015, que pretende alterar o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso para incluir disposições de proteção aos consumidores que adquirem crédito no mercado e acabam se endividando ao ponto de comprometer sua subsistência, demonstra alguma preocupação do Estado em tutelar o direito ao mínimo existencial e dignidade dos indivíduos. Deve ser destacado que a sua tramitação vem seguindo com maior agilidade nos últimos anos e já se encontra em fase final perante a comissão especial criada para sua análise (parecer apresentado em março/2020), além de muitos órgãos como PROCON (Órgão de Defesa do Consumidor), Defensoria Pública e CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos) já estarem reservando espaço em suas pautas para cuidar de conflitos desta natureza.

A hipótese de trabalho da pesquisa consiste em analisar se as formas de conciliação extrajudicial disponibilizadas aos cidadãos neste tipo de conflito realmente estão sendo efetivas, promovendo não apenas o acesso formal à justiça, mas também a solução destes conflitos, permitindo desta maneira um real acesso ao direito.

Em vista da divulgação de várias ações por parte dos órgãos de defesa do consumidor do país buscando auxiliar neste tipo de demanda (como mutirões e setores específicos para atendimento aos superendividados), por ser destacado pelos informativos boa adesão de consumidores e verificada ainda a periodicidade destas ações, a perspectiva da pesquisa é de que os resultados sejam positivos, sinalizando consistir a conciliação extrajudicial em importante ferramenta para tutela de direitos mínimos de consumidores em situação de superendividamento.

A pesquisa será conduzida por meio de revisão de literatura e pesquisa empírica (quantitativa e qualitativa) na cidade de Juiz de Fora perante os principais órgãos que prestam este serviço de Conciliação

na esfera extrajudicial - PROCON, SEDECON e CEJUSC - no ano de 2019 e 2020, ao fim de nesta amostragem verificar se o método tem alcançado a finalidade descrita na hipótese de trabalho. Tendo em vista que a fase de levantamento de dados quantitativos e entrevistas com usuários dos serviços nos órgãos citados ainda não foi iniciada, até o momento não há como apontar resultados analíticos para responder ao questionamento principal.

Palavras-chave: conciliação; método extrajudicial; consensualidade; consumidor; superendividamento.

REFERÊNCIA:

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.515 de 2015. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277&filename=PL+3515/2015>. Acesso em: 02 abril.2020.

BRASIL. PROCON - Prefeitura de Juiz de Fora. Disponível em: <<http://servicos.pjf.mg.gov.br/servicos/64>>. Acesso em: 02 abril.2020.

A TEORIA DOS JOGOS APLICADA NO SISTEMA MULTIPORTAS DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL DE 2015

Ailana Silva Mendes Penido

INTRODUÇÃO

O objetivo principal é demonstrar os resultados obtidos no âmbito da pesquisa, realizada no Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, sobre a utilização da Teoria dos Jogos de John Nash no Sistema Multiportas trazido no texto do Código de Processo Civil de 2015.

PROBLEMAS DA PESQUISA

O problemas que buscam cercar o presente estudo são: (i) reconhecer, por meio da análise das inovações trazidas pelo Diploma Processual Civil de 2015, principalmente do convite conciliatório, a realidade cultural jurídica brasileira a ser (re)pensada; (ii) sobrepujar as deficiências identificadas na atual jurisdição brasileira, geralmente causadas pela cultura demandista brasileira e pela ineficaz atuação das outras funções estatais, que resultam na morosidade da prestação jurisdicional; (iii) pesquisar e desenvolver modalidades alternativas de solução de conflitos, capazes de reduzir a grande demanda do Judiciário Nacional e (iv) analisar a aplicação da Teoria dos Jogos de John Nash na solução extrajudicial de conflitos.

OBJETIVOS

Os objetivos do presente estudo são reconhecer a necessidade de mudança do modelo mental dominante na sociedade brasileira, baseado principalmente na lógica da lide e do processo judicial; facilitar a imposição de uma nova cultura jurídica, baseada nas formas alternativas de solução de conflitos e na aplicação da Teoria dos Jogos; pesquisar, desenvolver, aplicar e testar as mudanças trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, perquirindo a sua efetividade, uma vez que não houve, ainda, uma mudança da cultura belicosa para que as ferramentas propostas possam ser utilizadas com o propósito do legislador constituinte.

REFERÊNCIAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS

A Teoria dos Jogos de John Forbes Nash, o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, numa abordagem crítico-reflexiva quanto à temática.

RESULTADOS ALCANÇADOS

A pesquisa evidenciou a ineficácia de certas inovações do Diploma Processual Civil de 2015 ante a cultura paternalista do Judiciário Brasileiro. Ainda, ficou evidente os benefícios da aplicação de formas alternativas de resolução da lide, com a utilização do exposto na Teoria dos Jogos, vez que trabalham a fundo as peculiaridades e necessidades das partes, resultando na solução efetiva do conflito.

PALAVRAS CHAVES

Código de Processo Civil; Teoria dos Jogos; Formas de Soluções de Controvérsias.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. Brasília, 2017.

Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Líder, 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016.

BRASIL. Código de processo civil. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 mar. 2020.

CAMPOS, Celso Ribeiro; CARDOSO, Marcelo José Raniere. A Teoria dos Jogos e a Mente Brilhante de John Nash. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4993476>. Acesso em: 22 mar. 2019.

DEUTSCH, Morton. The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes. New Haven and London: 1973: Yale University Press, 1973. p. 10. Disponível em <https://trove.nla.gov.au/work/21843577?q&versionId=45409297>. Acesso em: 22 mar. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. Coleção conexões jurídicas. Trad. Geraldo de Carvalho; Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.

CONTROLE DAS PRÁTICAS PERIFÉRICAS: ENTRE NORMAS LEGAIS E PLURALIDADES

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo

Walkyria Chagas da Silva Santos

Foucault (1979, 2013) chama atenção para a construção das formas jurídicas que vão instrumentalizar a busca pela verdade dentro de dada sociedade, sendo importante instrumento de dominação e fonte de análise sobre as relações de poder.

Voltando o olhar para o Brasil, o poder está relacionado a uma maior acumulação histórica de capital que se reflete na força de enunciação de uma visão legítima da realidade sobre outros pontos de vista. A harmonia social que visa à elaboração das normas legais também esconde o poder simbólico que se manifesta de forma arbitrária através dos atributos de impessoalidade e generalidade destas normas sobre uma diversidade social (BOURDIEU, 2009).

Para Bourdieu (2009), o direito é a expressão dos mais fortes, e não é independente, pois há o universo social, local onde se produz e exerce a autoridade jurídica. Este seria um instrumento por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que pode ser combinada com o exercício da força física (BOBBIO, 2007). Segundo Bourdieu (2009), no campo do direito há concorrência pelo monopólio dos meios jurídicos, pelo direito de dizer o direito.

Assim, a imposição de normas legais nas periferias, locais em que são encontradas pluralidades de modos de vida, muitas vezes desrespei-

tam o saber local da comunidade e são aplicadas mediante verdadeira violência simbólica, ainda que o discurso seja de garantia de direitos.

O objetivo geral do trabalho é refletir a estrutura social desigual brasileira, que ao mesmo tempo em que abarca uma pluralidade de modos de vida, na esfera das normas legais se impõe uma visão legítima de mundo sobre estilos de vida distintos, por vezes realizando a pilhagem (NADER, 2013), deslegitimando e criminalizando práticas sociais principalmente periféricas. Pretende-se a relatar a partir de casos concretos como as normas legais se confrontam no espaço social com normas sociais (BICHIERI, 2013), relacionados a experiências das autoras no Estado do Rio de Janeiro e da Bahia.

A harmonia social que visa à elaboração das normas legais também esconde o poder simbólico que se manifesta de forma arbitrária através dos atributos de impessoalidade e generalidade destas normas sobre uma diversidade social, podendo ser pensada como uma harmonia coerciva (NADER, 1994).

A construção histórica do Estado brasileiro sobre uma matriz econômica latifundiária e escravocrata, com relações sociais marcadas pela hierarquia e o clientelismo, uma administração pública caracterizada pelo patrimonialismo, e pela reprodução de uma cultura jurídica monista, formal e positivista (WOLKMER, 2001), assim, a violência na intervenção externa sofrida pelos povos do território foi ponto fundante para o estabelecimento de relações de poder que definiram os lugares sociais de dominante e dominado. (CLASTRES, 1978).

O pacto social no Brasil, excludente para negros e indígenas, tem sua gênese no não-direito para os escravizados e constrói uma caminhada histórica normativa que marca a garantia dos direitos de forma ampliada, principalmente no que se refere aos aspectos dos direitos civis e políticos, mas que não se perfaz efetiva quanto a efetividade de uma cidadania social (MENDEZ, 2000).

A metodologia do trabalho baseia-se na teoria fundamentada que tem por base agregar teorias a experiências e dados com a finalidade de ampliar a compreensão sobre conceitos e proporcionar um guia significativo para a ação. O método utilizado foi uma pesquisa bibliográfica realizada a partir dos registros disponíveis em fontes impressas e digitais sobre a temática. As atividades empíricas apresentadas na pesquisa são

exemplos de uma tentativa de criação de uma ponte entre Estado e favela para fomentar/construir um espaço participativo, que privilegiasse um saber comprometido com a transformação social, a saber, a capacidade dialógica inclusiva e reflexiva (GIANNELLA, 2009).

As conclusões da pesquisa apontam para a necessidade de uma reflexão crítica das normas legais, da pluralidade social e intelectual de agentes operadores do direito em diferentes posições de poder, da diversificação de formas de democratização de informações sobre direitos, da aproximação da lei geral da realidade social, reconhecendo seus limites e interesses, da instrumentalização dos movimentos populares para lutarem pelos seus direitos, e ampliar os mecanismos de acesso à justiça, concretizando assim, no espaço social de desigualdades históricas, novos caminhos para a realização da cidadania (BITTAR, 2014; BOBBIO, 2004; CAPELLA, 1978).

Há, portanto, a necessidade de se olhar para periferia não como mera receptora de projetos para a imposição do direito monista, mas também como espaço para pensar as normas sociais e as pluralidades sociojurídicas presentes no campo social, ou o direito continuará sendo um espaço de demonstração do poder, a partir da sua erudição e imposição, operando verdadeira pilhagem (NADER, 2013) sobre as populações periféricas.

BIBLIOGRAFIA¹³²

- BICHIERI, Cristina. Norms, conventions and the power of expectations. To appear in *Philosophy of Social Science*, N.Cartwright and E. Montuschi, eds., Oxford University Press. Fev 2013.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na Pós-modernidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política*. Paz e Terra. 14. ed. 2007.

132 O texto foi resultado do diálogo de debates e de bibliografias realizado pelas duas autoras em igualdade.

- _____. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução: Fernando Tomaz. 12 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- CAPELLA, Juan Ramón. Os cidadãos servos. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CLASTRES, Pierre. A Sociedade Contra o Estado. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora S.A. 1978.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- _____. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Editora NAU, 2013.
- GIANNELLA, Valéria. Espaço aberto para trocas: uma oficina sobre os paradoxos da mobilização social em contextos de exclusão extrema. Coleção Roteiros Gestão Social, v.1. Salvador: CIAGS/UFBA, 2009.
- MENDEZ, Juan E; O'DONNELL, Guilherme; PINHEIRO, Paulo Sérgio. (Org.). Democracia, violência e injustiça: o Não – Estado de Direito na América Latina. Trad. Ana Luiza Pinheiro, Octacilio Nunes, São Paulo: Paz e terra, 2000.
- NADER, Laura. “A pilhagem e o estado de Direito”. In: MATTEI, Ugo e NADER, Laura. Pilhagem. Quando o estado de direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- _____. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 9, n. 26, p. 18-29, 1994.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega. 2001.

CONFLITOS E FORMAS DE SOLUÇÃO

Adriano Moura da Fonseca Pinto,
Fernanda Bragança, Larissa Clare Pochmann da Silva
e Marcelo Pereira de Almeida (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2020