

SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SOCIEDADE

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

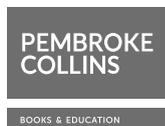
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

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)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

FERNANDA BRAGANÇA, MARCELO PINTO CHAVES, MARCUS PINTO AGUIAR,
WERNIA KARENINA MARQUES DE SOUSA

SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SOCIEDADE



PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021

Fernanda Bragança, Marcelo Pinto Chaves, Marcus Pinto Aguiar,
Werna Karenina Marques de Sousa (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.

S691

Solução de conflitos e sociedade / Fernanda Bragança, Marcelo Pinto Chaves, Marcus Pinto Aguiar e Werna Karenina Marques de Sousa (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

728 p.

ISBN 978-65-89891-13-0

1. Solução de conflitos. 2. Conflitos Sociais. 3. Direitos sociais. I. Bragança, Fernanda (org.). II. Chaves, Marcelo Pinto (org.). III. Aguiar, Marcus Pinto (org.). IV. Sousa, Werna Karenina Marques de (org.).

CDD 340

Biblioteca: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS - SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSO.....	17
BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A SISTEMÁTICA RECURSAL INTRODUZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	19
<i>Marcelo Pereira de Almeida</i>	
<i>Marcelo Pinto Chaves</i>	
<i>Maurício Gomes Magno</i>	
<i>Adriana Vinha Nunes</i>	
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: DA DESCONSTRUÇÃO TEÓRICO-HISTÓRICA À ANÁLISE DA POSITIVAÇÃO NORMATIVA.....	39
<i>Adriana Souza Dinelly</i>	
CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL PELA PSICOLOGIA APLICADA.....	56
<i>Eduardo Cesar Elias de Amorim</i>	
O BRASIL NO CAMINHO DO ACESSO À JUSTIÇA TRANSNACIONAL.....	66
<i>Bruna Bisi Ferreira de Queiroz</i>	
OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA CONEXÃO INQUISITIVA NO PROCESSO CIVIL.....	83
<i>Franco Pereira Silva</i>	
MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA (RE)CONSTRUIR OS LAÇOS JURÍDICOS ENTRE OS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	99
<i>Kleber Soares de Oliveira Santos</i>	
<i>Fabício Germano Alves</i>	
<i>Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa</i>	

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO MÉTODO DE AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	112
<i>Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok</i>	
A TUTELA EXECUTIVA E O USO DE MEDIDAS ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	127
<i>Yven Pedro Rocha da Silva</i>	
<i>Necéssio Adriano Santos</i>	
AS IMPLICAÇÕES DA AUSÊNCIA DO AUTOR ÀS AUDIÊNCIAS DO CPC 2015....	143
<i>Johnattan Martins Pinheiro</i>	
<i>Denison Melo de Aguiar</i>	
<i>Ygor Felipe Távora da Silva</i>	
<i>Adriana Almeida Lima</i>	
O PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA AUTONOMIA DA VONTADE	160
<i>Fabiana Marcello Gonçalves Mariotini</i>	
<i>Pablo Melo de Oliveira</i>	
DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DA POSSE: ESTUDOS SOBRE ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO INSTITUTO.....	178
<i>Júlio César Mendes Brasil</i>	
<i>Felipe Lima Pinheiro</i>	
O SISTEMA MULTIPORTAS NA ADVOCACIA PUBLICA A EFICIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO COMO MEIO DE EVITAR A JUDICIALIZAÇÃO: DA OUVIDORIA AO CONSENSO.....	195
<i>Letícia Botelho Gois</i>	
ADVOCACIA PUBLICA COLABORATIVA: ENUNCIADO 31 CJF	217
<i>Letícia Botelho Gois</i>	
APONTAMENTOS SOBRE A CAPACIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR DE CELEBRAÇÃO NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	235
<i>Alana Gabriela Engelmann</i>	
A ADOÇÃO, PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, DO REGIME DE ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO CONCESSIVA DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE.....	247
<i>Alana Gabriela Engelmann</i>	

MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS URBANOS.....	261
<i>Luciana Machado Oliveira</i>	
<i>Edimur Ferreira de Faria</i>	
<i>Ana Célia Passos Pereira Campos</i>	
CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO AUTOCOMPOSITIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	278
<i>Erlaine Guns de Araujo</i>	
<i>Hortência Gaspar de Araújo</i>	
A EXPERIÊNCIA DO SISTEMA DE CARTÓRIO ÚNICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS: UMA PRÁTICA DE GERENCIAMENTO PROCESSUAL....	291
<i>Felipe Emmanuel de Souza Vieira</i>	
<i>Thiago Braga Dantas</i>	
ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO PROCESSO CIVIL. LIMITES E POSSIBILIDADES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS.....	310
<i>Heres Pereira Silva</i>	
A INTEGRAÇÃO DEMOCRÁTICA VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: UM CASO DE CONCREÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO.....	326
<i>Janaina Costa de Souza</i>	
<i>Thiago Braga Dantas</i>	
O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO DO NOVO CPC: UM POSSÍVEL CAMINHO PARA A CONCILIAÇÃO NAS DÍVIDAS FISCAIS.....	345
<i>Silvana Maria Parfieniuk</i>	
<i>Vinicius Pinheiro Marques</i>	
A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	362
<i>Noemi Ferreira de Lucena</i>	
<i>Werna Karenina Marques</i>	
<i>Ingrid de Mello Ventura Lacerda</i>	
<i>José Ventura Lacerda Júnior</i>	

A REALIDADE BRASILEIRA DE AFASTAMENTO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E O ACESSO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL VIRTUAL: O FOMENTO ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INCLUSIVAS.....	376
<i>Luciane Mara Correa Gomes</i>	
A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DA VERDADE REAL VS VERDADE FORMAL À LUZ DA DOCTRINA DE LUIGI FERRAJOLI	389
<i>Maximiano Dias Rosa</i>	
MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.....	402
<i>Fernanda Bragança</i>	
<i>Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança</i>	
A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NA EXECUÇÃO CIVIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS DE EXECUÇÃO COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE	413
<i>Beatriz de Carvalho da Hora</i>	
TUTELA EXECUTIVA E CONTRATOS ELETRÔNICOS: UMA ANÁLISE DO ELEMENTO FORMAL DE ADMISSIBILIDADE.....	429
<i>Éverton Luís Marcolan Zandoná</i>	
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO NO AMBIENTE ESCOLAR	448
<i>Mariana Azerêdo Rodrigues de Almeida</i>	
<i>Jakeline Pereira Bogéa</i>	
A VIRTUALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS AUTOCOMPOSITIVOS E A ACESSIBILIDADE DIGITAL	464
<i>Maria Fernanda Dyma</i>	
A PRIVATIZAÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA BUSCA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL.....	482
<i>Isabel Souza de Carvalho</i>	
ARTIGOS - JUSTIÇA E SOCIEDADE.....	501

AS DIMENSÕES DA JUSTIÇA AMBIENTAL NA CONSERVAÇÃO DA ÁGUA A PARTIR DO CASO DE POLUIÇÃO DA BACIA DO RIO SUBAÉ.....	503
<i>Felipe da Silva Lopes</i>	
<i>William Daniel Brasil David</i>	
<i>Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza</i>	
MITOS SOBRE A FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA: A LEI DO MAIS FORTE.....	525
<i>Edir Tereza dos Reis</i>	
<i>Sirley Teresa dos Reis</i>	
RESILIENCIA DEL INDIVIDUO A TRAVÉS DE LA INTERVENCIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO DISCIPLINA DE TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS.....	539
<i>Angel Ervey Martinez Rodriguez</i>	
LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MED-ARB EN LOS CONTRATOS DEPORTIVOS.....	555
<i>Melissa Guadalupe Adame Rivera</i>	
<i>Juan Manuel Sánchez Lozano</i>	
<i>Lina Guadalupe Sierra García</i>	
LA PERTINENCIA DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO VÍAS DE SOLUCIÓN EN LOS CONFLICTOS DEPORTIVOS.....	571
<i>Lina Guadalupe Sierra García</i>	
<i>Juan Manuel Sánchez Lozano</i>	
<i>Melissa Guadalupe Adame Rivera</i>	
<i>Paris Alejandro Cabello Tijerina</i>	
LEGALIDADE E STATUS ECONÔMICO-SOCIAL: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE A FORMAÇÃO DA BURGUESIA NACIONAL NO LEGADO DE FLORESTAN FERNANDES.....	586
<i>Caroline Lopes Placca</i>	
<i>Thais Duarte Zappellini</i>	
MEDIACIÓN, CULTURA DE PAZ Y AGENDA 2030.....	603
<i>Carlo Pilia</i>	
REFLEXÕES SOBRE A VERDADE NO CONTEXTO DO PROCESSO E DAS PROVAS.....	616
<i>Lilia Nunes Silva</i>	

O USO PÚBLICO RELIGIOSO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL: LEVANTAMENTO E ANÁLISE DE LEGISLAÇÕES FEDERAIS.....628
Valdevino José dos Santos Júnior

MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MOVIMENTOS SOCIAIS, SOCIEDADE CIVIL E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).....647
Bruno Alves Curti

RESUMOS.....663

DESESTÍMULO DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS DO AGRONEGÓCIO.....665
Kleber Destefani Ferretti

POR UMA INTERPRETAÇÃO INTEGRAL DO ARTIGO 523, §1º DO CPC/15 NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.....671
Ingryd Stéphanie Monteiro de Souza

DIREITOS DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E SUAS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA UMA TEORIA SOCIOJURÍDICA DO BEM VIVER.....678
Gilmar Bittencourt Santos Silva

A POSSIBILIDADE DE CITAÇÃO POR CORREIO NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO: APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 247, CPC.....683
Tiago José Dorado Modena

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (ART 489, CPC-15) E SUA APLICAÇÃO NA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS-LEI Nº 9099/95.....688
Enéas Cardoso Neto
Gabriela Santos Lima

A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS – LEI Nº 9.605/1998.....692
Cláudia Schirmann Vilemar
Sofia Aparecida Cavalcanti Paulino

CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....697
Franciele Cristine Avelina Vaz

CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO MÉTODO ALTERNATIVO AUTOCOMPOSITIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	702
<i>Erlaine Guns de Araujo</i> <i>Hortência Gaspar de Araújo</i>	
O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E AS AÇÕES REPETITIVAS DECORRENTES DA PANDEMIA DA COVID-19.....	708
<i>Rafaela Sánchez Vissoky</i> <i>Marco Félix Jobim</i>	
A PREVENÇÃO DE CONFLITOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	713
<i>Adriane Medianeira Toaldo</i>	
PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS EXTRÍNSECOS NEGATIVOS:A QUESTÃO DA LITISPENDÊNCIA E SEU PAPEL NO PROCESSO.....	717
<i>Naira Neila Batista de Oliveira Norte</i> <i>Maria Clara Rojas Cabral</i>	
O QUE É JURISDIÇÃO?	723
<i>Katiusce Pereira Alves Rocha</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
Arthur Bezerra de Souza Junior	Universidade Nove de Julho, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	Universidade Federal do Sul da Bahia, 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
Glauucia 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
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária 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 Brasileiro 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
Walkyria Chagas da Silva Santos	Universidade de Brasília, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é uma 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 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 *e-book* 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 níveis nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2021)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de abril de 2021 e contou com 13 Grupos de Trabalho com mais de 650 artigos e resumos expandidos de 66 universidades e 38 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *double blind peer review*, o que resultou na publicação dos 13 livros do evento.

Os coordenadores de GTs organizaram os respectivos livros, e no caso de GTs que não tenham tido ao menos 18 trabalhos aprovados, estes foram realocados em outro GT, conforme previsto em edital específico. Os coordenadores de GTs também indicaram artigos para concorrer ao Prêmio CAED-Jus 2021. A Comissão Avaliadora foi composta pelas professoras Débora Soares Karpowicz (UNIASSELVI e RJJE), Mayra Thais Andrade Ribeiro (IBMEC) e Mércia Cardoso de Souza (TJCE). **O trabalho premiado é de autoria de autoria de Fátima Gonçalves Messias Takahashi, intitulado “A representatividade do ministério público na comunidade quilombola-kalunga riachão: um relato”.**

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 Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins, e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS - SOLUÇÃO DE CONFLITOS E PROCESSO

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A SISTEMÁTICA RECURSAL INTRODUZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

*Marcelo Pereira de Almeida*¹

*Marcelo Pinto Chaves*²

*Maurício Gomes Magno*³

*Adriana Vinha Nunes*⁴

INTRODUÇÃO

Dúvidas não restam de que o novo diploma processual civil, rompendo com a estrutura do código ab-rogado editado no auge de uma ditadura

1 Pós-Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2007). Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá (2002). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá (2004). Atualmente é Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo e Direito Processual da Universidade Federal Fluminense, Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Professor colaborador do PPGD (mestrado e doutorado) UNESA. Coordenador adjunto do Curso de Direito e Professor de Direito Processual da Unilasalle – Institutos Superiores de Ensino. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Curso de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes.; Consultor da Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP/ UERJ – Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro e do Instituto Carioca de Processo Civil – ICPC. Advogado.

2 Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professor de Direito Constitucional e de Processual Civil na Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professor de Direito Processual Civil na Pós-Graduação da Universidade La Salle – UNILASALLE. Analista Judiciário, Assessor de Órgão Julgador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

3 Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Analista Judiciário, Assessor de Órgão Julgador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

4 Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá – UNESA.

militar, veio para divorciar-se do excesso de formalismo, corrigindo algumas incongruências sistêmicas visando colocar a ciência processual na ordem do século XXI. Mas, não é por isso que o novo Processo Civil está indene de críticas.

O rompimento com o antigo sistema vê-se logo no início do novo Código quando ele nos mostra que o processo civil, doravante, também deve passar por uma filtragem constitucional, reproduzindo princípios cujo assento está na Constituição da República de 1988. Porém, foi no capítulo dedicado à teoria geral dos recursos e aos recursos em espécie que podemos sentir a mudança de rumo do novo processo civil e, por esta razão, o presente trabalho tem como escopo o de apresentar breves comentários acerca da sistemática processual introduzida pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

Já tivemos a oportunidade de, em trabalho anterior, externar nossa preocupação com a demora na prestação jurisdicional, mas repudiamos o falso diagnóstico de que esta se ligaria de forma umbilical com a quantidade de recursos previstos em nossa legislação. Isto porque o Direito, enquanto ciência, deve se fundamentar em dados empíricos para manutenção ou alteração de seus institutos e não no senso comum. A ciência do “achismo” ou a submissão às “vozes das ruas” nunca foram métodos eficazes para a construção de mecanismos de melhoria da sociedade, tampouco do sistema jurídico.

Para tanto, o ensaio foi dividido em quatro seções. Na primeira, realizamos breves notas acerca do instituto no Código de Processo Civil de 1973. Na segunda, por meio de uma análise crítica à exposição de motivos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, tratamos dos objetivos que levaram o legislador infraconstitucional a optar pela promulgação de novo diploma processual ao invés de implementar pontuais reformas ao Código Buzaid. Na terceira, relatamos as principais alterações introduzidas na teoria geral dos recursos. E, na quarta seção, expusemos as modificações acerca dos recursos em espécie, tomando como norte a interpretação doutrinária e jurisprudencial de sua aplicabilidade.

Professora de Direito Processual Civil na Universidade Cândido Mendes – UCAM. Professora de Direito Processual Civil na Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – ESAJ Técnico de Atividade Judiciária, Assessor de Órgão Julgador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Não há qualquer pretensão de se esgotar o tema aqui proposto, pois sua complexidade é merecedora de maiores estudos. Nosso escopo é de que este artigo amplifique o debate e viabilize discussões.

1. BREVES NOTAS DO RECURSOS NO CÓDIGO “BUZAID”

O sistema recursal no código de processo civil de 1973 possuía capítulo dedicado à sua teoria geral e outro aos recursos propriamente dito. Na vigência do ab-rogado código, o juízo de admissibilidade dos recursos era bipartido, isto é, o juízo monocrático o exercia e, posteriormente o tribunal também o fazia.

A admissão do recurso em primeiro grau de jurisdição não comportava a interposição de qualquer recurso pela parte contrária. Por outro lado, quando inadmitido, cabia o manejo do agravo na modalidade de instrumento. Aquela legislação previa dois recursos que não foram mantidos pelo diploma processual de 2015, quais sejam: os embargos infringentes e o agravo retido, sendo certo que este último era previsto para as hipóteses que, a princípio, não guardavam urgência.

O prazo de interposição dos recursos era praticamente diferente para cada espécie, ou seja, os embargos de declaração eram opostos no prazo de cinco dias, os agravos em dez dias e os demais recursos em quinze dias. Não havia hipótese taxativa para interposição de agravo de instrumento existindo, porém, duas modalidades do recurso de agravo: retido para casos que não apresentassem perigo da demora e na modalidade de instrumento quando havia urgência, possuindo o relator o poder de determinar a retenção do agravo quando não vislumbrasse o *periculum in mora*.

O recurso de apelação tinha como alvo unicamente as sentenças. Os demais recursos eram *mutatis mutandis* praticamente regidos do mesmo modo como hoje.

2. A PERDA DE COERÊNCIA E A NECESSIDADE DE UM NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Não obstante o código de processo civil ter sido elaborado durante a ditadura militar devemos reconhecer suas conquistas, especialmente no

reconhecimento da independência da ciência processual em relação ao direito material. A qualidade do diploma legislativo fez com que resistisse praticamente por duas décadas antes de vir a sofrer a primeira modificação substancial em seu texto original por meio da promulgação da Lei nº 8.950/94. Contudo, é forçoso reconhecer que, após várias alterações, o diploma de 1973 perdera um pouco de sua coerência sistêmica.

Soma-se a isso a necessidade da elaboração de um novo diploma processual trazendo institutos mais consentâneos com a modernidade, a fim de colocar o Código de Processo Civil Brasileiro na ordem do século XXI, abolindo o excesso de formalismo, com o intuito de tornar mais célere a prestação da tutela jurisdicional. Isso é o que se extrai da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 conforme podemos ver do trecho abaixo transcrito:

[...] O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito [...].

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencio-

nados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão

Podemos concluir que em um determinado momento se fez necessário a elaboração de um novo diploma processual, com menos apego ao formalismo visando tornar mais célere a prestação da tutela jurisdicional, a fim de dar efetividade ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Com efeito, sempre que se pensa na simplificação das normas processuais e celeridade processual, vem logo à mente o desejo de alijar recursos, atribuindo a eles a morosidade do Judiciário o que, contudo, não condiz com a realidade.

3. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA PARTE DA TERORIA GERAL DOS RECURSOS

O legislador de 2015 aboliu o duplo juízo de admissibilidade recursal que existia à época do código Buzaid para restringir o juízo de admissibilidade dos recursos pelo Tribunal. É o que se depreende do artigo 1010 § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Essa inovação, que pode parecer inofensiva em um primeiro momento, trouxe um problema que contraria um dos nortes da nova ciência processual, qual seja, tornar o processo mais célere. Explicamos: o juízo de admissibilidade da apelação sendo exercido unicamente pelo Tribunal fez com que houvesse a previsão, em casos de pedidos de atribuição de efeito suspensivo a recursos de apelação que, em tese, não ostentam dito efeito, a possibilidade de o apelante antes mesmo da sua chegada ao tribunal, formular pedido de atribuição de efeito suspensivo. Este pleito será encaminhado a um relator para que aprecie a pretensão formulada, ou seja, a concessão ou não do efeito suspensivo, conforme consta do artigo 1.012, § 3º do diploma processual. A distribuição do pedido de efeito suspensivo torna a a câmara preventa para apreciar o apelo quando este for encaminhado ao tribunal.

Afirma-se que esse novo direcionamento está em rota de colisão com a celeridade, bastando dizer que da decisão do relator caberá a interposição de agravo interno, podendo, depois, ocorrer oposição de embargos declaratórios se, porventura, a parte alegar qualquer dos vícios preconizados no art. 1022 do Código de Processo Civil de 2015, acarretando o manejo de dois recursos.

Neste particular, força concluir que o legislador não foi ousado. Entendemos que poderia ter sido prevista a interposição de apelação diretamente no tribunal, como se dá com o agravo de instrumento, que poderíamos até batizar como “apelação por instrumento”. Ainda que não se evitasse a interposição do agravo interno nos pleitos em que o relator tivesse indeferido o efeito suspensivo formulados no bojo das apelações, o ganho de tempo seria uma realidade que não deveria ter sido desprezada. Nem se diga que isso se trataria de um delírio, uma vez que esta ideia sequer é nova, pois, o saudoso desembargador Wilson Marques, eminente processualista fluminense, há muito já defendia a tese de “apelação por instrumento” em certas hipóteses, tais como a de extinção prematura da reconvenção, haja vista que, segundo ele, a natureza jurídica desta decisão seria de sentença e por assim ser deveria comportar apelação.

Outra modificação que podemos citar é a unificação dos prazos para a interposição dos recursos, pois, à exceção dos embargos de declaração que podem ser opostos no prazo de 05 (cinco) dias, os demais recursos serão interpostos em 15 dias como se extrai da dicção do artigo 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil. Não é despidiendo assinalar que os prazos processuais são computados em dias úteis, conforme disposto no artigo 219 do diploma processual de 2015.

Seguindo nas modificações trazidas pela nova sistemática processual, cabe citar a abolição de dois recursos: o agravo retido e os embargos infringentes. A não contemplação do agravo retido pelo legislador de 2015 não causou muita perplexidade na comunidade jurídica, uma vez que o mesmo já não era muito utilizado à época do código de 1973, haja vista que os relatores não exerciam com muito critério a faculdade de determinar a retenção do agravo de instrumento quando este não se mostrava urgente.

Por outro lado, no que toca a extinção dos embargos infringentes, algumas considerações merecem ser feitas desde já. Por apego a ciência processual tivemos oportunidade de acompanhar algumas audiências públicas em que se debateu acerca da reforma do Código de Processo Civil, ocasião em que fora mencionado que os embargos infringentes, cuja origem vem do direito lusitano e por lá já havia sido revogado, seguiria aqui a mesma sorte dada pelos patricios. Porém, ainda que o referido recurso não tenha sido por outro substituído, o legislador ampliando as hipóteses de sua incidência, criou a técnica de julgamento prevista no artigo 942 do CPC.

Quando se diz que as hipóteses de incidência foram ampliadas basta lembrar que o revogado artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973 estipulava que somente seria cabível embargos infringentes quando a sentença de mérito fosse reformada por maioria. Já se vê daí que os embargos infringentes não representavam, em números absolutos, grande coeficiente de recursos junto aos tribunais, mas, como não é da índole do brasileiro a prática de pesquisa empírica para saber se determinado instituto processual existe ou não em número suficiente a ponto de impactar a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, por vezes agimos por simples “achismo” para modificar leis. O saudoso professor Barbosa Moreira já denunciava esta famigerada prática.

Diferentemente, ocorre agora com a técnica de julgamento, uma vez que basta a não unanimidade dos votos para ensejar a incidência da regra prevista no artigo 942 do diploma processual vigente.

4. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO CAPÍTULO DOS RECURSOS EM ESPÉCIE

No capítulo dos recursos em espécie os que mais sofreram modificação em sua estrutura foram sem dúvida o recurso de apelação e o agravo de instrumento, sendo certo que o primeiro teve seu arcabouço muito alterado em decorrência das alterações dadas ao agravo de instrumento. Aqui procuramos apresentar algumas notas acerca das principais modificações em relação a cada recurso.

4.1. QUANTO AO RECURSO DE APELAÇÃO

A decisão passível de apelação na égide do código de 1973 era apenas a sentença conforme preceituava o revogado artigo 513, daquele diploma. Contudo, o legislador do novo diploma processual, rompendo com a tradição, previu no artigo 1.009, § 1º, a possibilidade de interposição de apelação para atacar decisões interlocutórias proferidas no curso do processo que não comportem de logo a interposição de agravo de instrumento. Neste caso, deve o apelante em preliminar de apelação atacar as interlocutórias aqui referidas.

O parágrafo 2º do artigo 1.009 traz, ainda, a possibilidade das interlocutórias citadas no parágrafo 1º serem abordadas em contrarrazões fazendo com que estas tenham natureza de apelação propriamente dita com necessidade de recolhimento de preparo e oferecimento de contrarrazões. Essa situação foi criada, obviamente, pelas mudanças trazidas no recurso de agravo de instrumento, mormente pela hipótese restrita de sua interposição que a nosso ver foram desnecessárias uma vez que se vivia bem com o agravo de instrumento tal como era no passado recente.

A doutrina reconheceu que a moderna apelação tanto pode ser usada para atacar sentença como também decisões interlocutórias que a princípio não comportem agravo de instrumento. E, com muita propriedade, afirma que a hipótese prevista no § 2º do artigo 1.009, ou seja, apelação “embutida” nas contrarrazões é um novo caso de recurso subordinado além do recurso adesivo, haja vista que se o apelante porventura desistir de seu recurso as contrarrazões com a apelação nela contida não será conhecida pelo tribunal.

O recurso do vencedor, manifestado nas contrarrazões à apelação contém, como visto, duas peculiaridades. Destaca-se aqui a primeira. A apelação do vencedor, neste caso, é um recurso subordinado. Ela seguirá o destino da apelação do vencido. Caso o vencido desista da apelação interposta ou essa não seja admissível a apelação do vencedor perde o sentido: por ter sido o vencedor, o interesse recursal somente existe se a apelação do vencido for adiante. Observe a sutileza: a subordinação, no ponto, decorre do fato de que o interesse recursal do vencedor somente surge com o possível provimento da apelação do vencido. O sistema passa a ter duas espécies de recurso subordinado. Ao lado do tradicional recurso adesivo, regulado pelos §§ do art. 997, passa a existir a apelação subordinada interposta pelo vencedor. (DIDIER JR., 2016, p. 170)

A indagação que se faz é se a parte poderá ou não interpor a apelação apenas para suscitar as questões interlocutórias não agraváveis sem se insurgir com relação a sentença como um todo.

Alexandre de Freitas Câmara nos assegura que sim quando assevera que “a apelação, então, poderá ser interposta para impugnar a sentença ou as decisões

interlocutórias não agraváveis. É, pois, perfeitamente possível que a parte apele sem oferecer à sentença qualquer impugnação, limitada sua irresignação ao conteúdo de alguma decisão interlocutória não agravável.” Prossegue o autor exemplificando:

Pense-se, por exemplo, em um processo em que se postula bem jurídico que não tenha conteúdo patrimonial apreciável, tendo o autor indicado, na petição inicial, que o valor da causa seria de um milhão de reais. Figure-se, agora, a possibilidade de o juízo de primeiro grau, por decisão não agravável, ter reduzido o valor da causa para mil reais. Proferida a sentença que acolheu o pedido do autor, declarando ser o réu seu pai e fixando honorários advocatícios em dez por cento sob o valor da causa, não terá o autor interesse em recorrer quanto a sentença, mas é evidente seu interesse (ou, ao menos o interesse de seu advogado) em apelar para impugnar a decisão interlocutória que reduziu o valor da causa (afinal, é evidente que dez por cento de mil reais é muito menos que dez por cento de um milhão de reais). (CÂMARA, 2018, p. 510)

Forçoso concluir que o novo Código de Processo Civil não cumpre com a promessa feita em sua exposição de motivos, uma vez que o recurso de apelação na nova sistemática é muito mais complexo do que era no vetusto diploma de ritos, pois trouxe a possibilidade de interposição do recurso além da sentença, para algumas interlocutórias, a princípio não agraváveis e a estranha apelação em sede de contrarrazões.

4.2. QUANTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Como dito anteriormente, o legislador de 2015 retirou da sistemática processual o agravo na modalidade retida, tendo criado em sua redação originária hipóteses taxativas para a sua interposição, conforme se percebe da mera leitura do artigo 1.015 do diploma processual.

Imediatamente, a doutrina se dividiu em três correntes. Existiam aqueles que defendiam a taxatividade do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, outros asseveravam se tratar de relação meramente exemplificativa e, por último, aqueles que defendiam que embora taxativo, comportaria interpretação extensiva. 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 admite o agravo de instrumento, mas a listagem pode ser interpretada de maneira mais ampla mediante raciocínio analógico, interpretação extensiva ou outros “métodos hermenêuticos”.

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 fundamento da preclusão temporal por não ter agravado de instrumento contra a decisão. E a parte que tenha agravado de decisão considerada irrecorrível por essa espécie recursal que não poderá depois impugná-la por apelação ou contrarrazões em razão do princípio da consumação. Até os tribunais definirem os limites dessa interpretação a insegurança jurídica imperar. (NEVES, 2017, p. 1661).

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 entendendo comportar uma interpretação extensiva ou analógica. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, em um 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. 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 os autores, o código dos ritos prevê a agraviabilidade 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 o Estado-Juiz assevera não poder apreciar o processo em razão da existência de uma convenção de arbitragem, o faz em decorrência da ausência de jurisdição e não de competência. De fato, quando doutrinadores de tamanha envergadura possuem posicionamentos tão díspares sobre a temática competência e jurisdição 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.

O legislador do novo Código de Processo Civil trouxe no *caput* do artigo 356, a possibilidade do julgamento parcial do mérito, sendo certo que, em seu parágrafo 5º, há a expressa menção de que de dita decisão cabe agravo de instrumento. O artigo 1.015, II, do diploma processual supramencionado reitera a previsão da agravabilidade da referida decisão.

4.3. QUANTO AO AGRAVO INTERNO

Não havia no Código de Processo Civil de 1973, a previsão do recurso de agravo interno uma vez que este não figurava no rol do artigo 496. Sua previsão estava contida no artigo 557, § 1º, sendo batizado no jargão forense de "agravinho" ou agravo interno, que permitia à parte, no prazo de 05 (cinco) dias interpor agravo contra decisões do relator que *“negasse seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”* ou *“quando fosse dado provimento a recurso em que a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”*.

Como dito anteriormente, o prazo para a sua interposição era de 05 (cinco) dias e o tribunal poderia condenar o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa quando fosse manifestamente inadmissível ou infundado o recurso, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo pagamento.

O agravo interno, cujo prazo para a sua interposição é de 15 (quinze) dias, é cabível contra decisão proferida pelo relator, como previsto no art. 1.021 do Código de Processo Civil de 2015.

4.4. QUANTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

As hipóteses de cabimento estão previstas no art. 1.022, do atual Código e não divergem muito do ab-rogado diploma de ritos, tendo por “inovação” o inciso III do referido artigo que trouxe a figura do erro material como uma das causas para sua oposição.

As aspas do parágrafo anterior foram colocadas de forma provocativa, pois cabe indagar se o erro material de fato constitui ou não numa inovação? A resposta a toda evidência se faz negativa, uma vez que o erro material sempre pode ser alegado sem nenhum requisito formal por qualquer das partes, podendo, inclusive, ser corrigido de ofício pelo magistrado, sendo forçoso reconhecer que se trata de pseudo inovação do atual sistema.

Alteração digna de nota é a constante no parágrafo único, incisos I e II do artigo supramencionado, esclarecendo que a decisão também será considerada como omissa quando não se manifestar sobre tese firmada em casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento. O inciso II esclarece que também considerar-se-á omissa a decisão não fundamentada citando, por exemplo, as condutas previstas no artigo 489, §1º do diploma processual.

O atual código, rompendo com o silêncio legislativo, previu de forma expressa a possibilidade de aplicação dos chamados efeitos modificativos ou infringentes determinando que caso haja a possibilidade de ocorrência de dito fenômeno o embargado deve ser intimado para apresentação de contrarrazões. Isto está estipulado no artigo 1.023, § 2º do Código de Processo Civil, mas para que ocorra, necessário se faz que ao suprir uma omissão ou contradição, o juiz ou o tribunal tenha que adotar medida diversa da anteriormente tomada.

À guisa de exemplo, podemos citar o seguinte caso: imaginemos que o juiz, ao prolatar a sentença, tenha se omitido em se pronunciar acerca do pleito de decretação da decadência e ao final tenha julgado procedente o pedido aduzido na inicial. O réu, em sede de declaratórios, alega a omissão quanto a este capítulo e o juiz ao apreciá-lo verifica que, de fato, ocorrera a decadência. Neste caso, estará autorizado a aplicar efeitos modificativos ou infringentes e, via de consequência alterar o julgado, mas sempre oportunizando o contraditório.

Rompendo com o silêncio quanto a aplicação de fungibilidade recursal que existia no código de 1973, o diploma processual vigente prevê de forma expressa sua possibilidade. O artigo 1.024, § 3º assevera que o órgão julgador poderá conhecer dos declaratórios como agravo interno se entender que este é o recurso cabível. Nesta hipótese, determinará a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, a fim de amoldá-las às exigências previstas no artigo 1.021, §1º. Esta fungibilidade também se verifica no caso de recurso especial incerto no art. 1.032.

Interessante também é a norma constante no parágrafo 4º do mesmo artigo que prevê nas situações de modificação na decisão embargada, a possibilidade de o embargado aditar as razões do recurso porventura interposto nos limites da modificação ocorrida, podendo fazê-lo no

prazo de quinze dias. Outra novidade que vale à pena citar é a previsão constante no § 4º do artigo 1.024, do Código de Processo Civil de 2015 que prevê a possibilidade de aditamento por parte do embargado do seu recurso quando for dado provimento aos embargos com modificação da decisão embargada.

Por fim, vale a menção do disposto no parágrafo 4º do artigo 1.026 do vigente Código que veda a oposição de novos declaratórios quando os 02 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

4.5. QUANTO AO RECURSO ORDINÁRIO

O atual Código de Processo Civil prevê o recurso ordinário nos artigos 1.027 e 1.028. O recurso ordinário deve ser interposto perante o tribunal de origem, cabendo ao seu presidente ou vice-presidente determinar a intimação do recorrido para, em quinze dias, apresentar as contrarrazões. Findo o prazo, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade. No mais, devem ser aplicadas as disposições referentes ao recurso de apelação e aquelas consignadas nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se, porquanto oportuno, que fazendo uma comparação entre o ab-rogado Código de Processo Civil e o vigente, tem-se que não houve nenhuma mudança quanto ao procedimento do recurso ordinário. O que de fato se deu foram algumas alterações na redação dos artigos.

4.6. QUANTO AO RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Os recursos excepcionais ou de superposição, nos quais estão compreendidos o Recurso Especial (artigo 105, III, da CRFB/88) e o Extraordinário (artigo 102, III, da CRFB/88) ainda sofrem o duplo grau de admissibilidade, uma vez que o atual Código de Processo Civil, foi alterado quando de sua *vacatio legis* pela Lei nº 13.256/16, modificando a redação original para dizer que o juízo de admissibilidade destes recursos seria realizado pelo juízo de origem.

Uma das modificações digna de nota é a possibilidade de se aplicar o princípio da fungibilidade que se encontra previsto nos artigos 1.032, parágrafo único e 1.033, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Outra modificação que a nosso sentir merece destaque é o fato de que a simples oposição dos embargos de declaração por si só, já terá a função de prequestionar a matéria mesmo que o tribunal de origem não enfrente a questão. Está é a dicção do artigo 1.025 do diploma processual vigente.

4.7. QUANTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL OU EXTRAORDINÁRIO

O Agravo em Recurso Especial ou Extraordinário é cabível da decisão do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional que inadmite, em juízo prévio de admissibilidade, recurso especial ou extraordinário. Como já mencionado, os Recursos Especiais e os Recursos Extraordinários permaneceram submetidos a um duplo juízo de admissibilidade. Contudo, somente o juízo negativo de admissibilidade é recorrível, visto que, na hipótese de admissão, os autos serão remetidos à respectiva Corte Superior, onde ocorrerá o juízo definitivo de admissibilidade.

Após a interposição de recurso especial ou extraordinário perante o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local, a parte contrária, será intimada para oferecer contrarrazões no prazo de 15 dias. Decorrido o prazo com ou sem contrarrazões, o Presidente ou Vice-Presidente do tribunal de origem procederá o juízo provisório de admissibilidade, de acordo com o artigo 1.030, V, do Código de Processo Civil de 2015.

Na hipótese de o juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário ser negativo, cabe a interposição de agravo, que uma vez interposto, será intimado o recorrido para apresentar suas contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, conforme dispõe o art. 1.042, § 3º, do diploma processual vigente. Após a apresentação ou não, das contrarrazões, o Presidente ou Vice-Presidente poderá exercer o juízo de retratação, determinando que o recurso especial ou extraordinário seja encaminhado ao tribunal superior.

Caso não seja realizado o juízo de retratação, os autos deverão ser encaminhados ao tribunal superior, uma vez que não há no agravo em recur-

so especial ou extraordinário o duplo juízo de admissibilidade. Ocorrendo a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, tendo ambos sido inadmitidos, cabe agravo para cada recurso não admitido. Porém, nos casos de inadmissão por motivo de aplicação de precedente de recurso especial repetitivo ou de repercussão geral, o veículo adequado será agravo interno para o tribunal de origem, com o intuito de individualizar e distinguir o caso em apreço, para que não haja aplicação de precedente de inadmissão.

Tendo em vista que como o agravo de recurso especial e extraordinário não é instrumentalizado e independe de preparo, na hipótese de interposição de dois agravos, um para cada Corte Superior, os próprios autos são remetidos, primeiramente para o Superior Tribunal de Justiça e, concluído o julgamento do agravo por aquela Corte, os autos, sem necessidade de requerimento, serão encaminhados para o Supremo Tribunal Federal, exceto se o mesmo restar prejudicado, nos moldes do artigo 1.042, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalte-se que o julgamento do agravo em recurso especial ou extraordinário será em conjunto ao próprio recurso especial ou extraordinário, caso aquele seja provido.

Por fim, cabe esclarecer a possibilidade de agravo interno para a turma, no prazo de quinze dias, do julgamento de agravo em recurso especial ou extraordinário, realizado pelo relator em decisão monocrática, que não conhecer do agravo, negar-lhe provimento ou decidir, desde logo, a inadmissão do recurso na origem. Caso o relator conheça do agravo em recurso especial ou extraordinário, o recurso especial ou extraordinário será processado, na forma do Regimento interno do Tribunal, e julgado pelo colegiado, admitindo-se a sustentação oral.

4.8 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência têm sua previsão legal inserta nos artigos 1.043 e 1.044, do Código de Processo Civil de 2015, tendo como principais modificações a possibilidade de haver oposição de embargos de divergência de acórdão de Órgão fracionário, uma vez que no Código de 1973 só havia previsão de embargos de divergência de acórdão proferido por Turma.

Com o advento no novo diploma processual é possível a apresentação de Embargos de Divergência tanto no que concerne ao acórdão de mérito como naquele referente ao juízo de admissibilidade, conforme se depreende da leitura dos incisos I e II do artigo 1.043. Não bastasse isso, o próprio inciso III do aludido dispositivo legal deixou claro que podem ser confrontados acórdãos que tenham apreciado o mérito e que não tenham sequer conhecido do recurso, desde que tenha havido apreciação da controvérsia.

Outra alteração significativa é a possibilidade de oposição de embargos de divergência nos processos de competência originária, conforme dicação do inciso IV do artigo 1.043 do diploma processual vigente, pois o pretérito diploma de ritos somente previa a possibilidade do manejo dos embargos de divergência nos processos submetidos a análise do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial.

5. CONCLUSÃO

Os debates acerca da violação ao princípio constitucional da duração razoável do processo quase sempre desaguam na alegação de que há um excesso de recursos previstos em nossa legislação e que este seria a única ou a principal causa para a insatisfatória atuação do Poder Judiciário.

O presente artigo, conforme dito logo no seu preâmbulo, não tem a pretensão de esgotar a matéria, pois como sabido o estudo da ciência processual deve ser uma constante na vida do operador do direito, a fim de melhor exercer sua atividade independente da função que ocupe, mas também e, sobretudo, para influenciar a melhor prestação da tutela jurisdicional, até porque como o próprio código nos diz todos os participantes do processo tem o dever de cooperação.

Assim, o trabalho que ora se apresenta é fruto do estudo da doutrina pátria e principalmente da inquietação dos articulistas com o tema em análise exercendo por vezes a crítica se os novos rumos dado aos recursos desde a sua teoria geral ao capítulo dos recursos em espécie, de fato cumprem a promessa feita pelos legisladores no sentido de tornar o processo civil menos formalista, mais simples e mais célere, sendo certo que pelas razões aqui expostas a conclusão se mostra, em alguns casos, diversa daquela esposada na exposição de motivos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo Rezende de. **Recursos cíveis**. Salvador: JusPodivm, 2019.
- ALMEIDA, Marcelo Pereira de. O Sistema Recursal e o Direito à Tutela à luz do Inciso LXXVIII do Artigo 5º da Constituição. **Revista da EMERJ**, v. 10, p. 238-257, 2007.
- _____.; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. O novo ciclo de reformar do CPC: comentários às Leis nºs 11.276, 11.277, 11.280 e 11.341 de 2006. **Quaestio Iuris**, v. 1, p. 53-75, 2006.
- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, v. 1, parte geral. 12ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. **Novo Contencioso no CPC/2015**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALVIM, Angélica Arruda et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AYOUB, Luiz Roberto et al. **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio Editora, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.
- _____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BONDIOLI, Guilherme Aidar. **Embargos de Declaração**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Senado Federal. **Exposição de Motivos**. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13^a ed., v. 3. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FUX, Luiz (Coord.). **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^a 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.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 9^a ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1661.

ROCHA, Felipe Borring. Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no novo Código de Processo Civil. **Custus Legis: revista eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Tut_Col_Felippe.pdf; acesso em 10/06/2020.

SANTOS, Edywan Dias dos. **A sistemática do sistema recursal no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6600>. Acesso em: 15 maio 2020.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conheci-**

mento e procedimento comum. V. I, 58^a ed. rev., atual. e ampl.
Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Novo Código de Processo Civil.**
1^a ed. Campinas: Servanda, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao
Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo.** 2^a ed. São
Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: DA DESCONSTRUÇÃO TEÓRICO- HISTÓRICA À ANÁLISE DA POSITIVAÇÃO NORMATIVA

*Adriana Souza Dinelly*⁵

INTRODUÇÃO

Os meios adequados de solução de conflitos são, atualmente, uma realidade no cenário social e jurídico brasileiro, promovendo o tão almejado acesso à justiça por influência da diversificação dos métodos de resolução das controvérsias. O presente artigo visa, pois, desconstruir a necessidade da excessiva positivação normativa no âmbito da mediação de conflitos como método de resolução de controvérsias, analisando as bases históricas do desenvolvimento desse instituto e a sua abrangência normativa na atualidade. Compreende-se, dessa feita, que a mediação de conflitos possui uma historicidade que antecede à sua positivação normativa e, por conseguinte, prescinde dessa.

Inicialmente, analisa-se, de uma forma mais geral, alguns períodos importantes da história sob a ótica do tratamento adequado aos conflitos e de que forma os estudos sobre a justiça, a ética e a moral influenciaram diretamente no atual instituto da mediação, da forma como é organizado. Recorta-se, pois, para análise, algumas doutrinas como o Confucionismo

⁵ Bacharel em Direito pelo CEUNI-Fametro, em Manaus-AM; pós-graduanda em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil.

e sua enorme influência na resolução de conflitos no âmbito da antiga sociedade chinesa; bem como o jusnaturalismo – contraposto ao positivismo – e suas influências que transcendem a história e chegam a compor discursos da atualidade, como pode-se inferir do estudo da obra de Luís Alberto Warat, que será visto.

A partir da desconstrução do instituto da mediação positivada sob um aporte teórico-histórico, pode-se consubstanciar as bases desse importante instrumento de resolução de conflitos. Ademais, fez-se um levantamento da legislação que retrata a mediação no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-a com o histórico de desenvolvimento do instituto em uma perspectiva globalizada, a fim de situar o aparato normativo desse instituto no contexto mundial do seu desenvolvimento.

Assim, impõe-se um questionamento: o instituto da mediação depende da efetividade da lei para existir? Busca-se descrever a mediação como um mecanismo para solução adequada de conflitos antes de ser positivada no ordenamento jurídico e sua relação de dependência ou não com os ordenamentos jurídicos postos.

Projeta-se chegar ao entendimento de que não há necessidade da legislação para construção da mediação, no sentido de que a resolução dos conflitos se encontra arraigada socialmente desde a antiguidade, prescindindo da imposição da lei. Ademais, compreender que o fenômeno da pacificação social é uma forma de resgatar a tranquilidade e a cultura de paz, empoderando os indivíduos para que se utilizem de meios alternativos de solução de seus conflitos, desafogando o sistema judiciário e naturalizando a ideia de que o ser humano tem a capacidade de lidar com suas próprias questões.

1. HISTÓRICO GLOBAL DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

1.1. O SURGIMENTO DA MEDIAÇÃO NA HUMANIDADE

O instituto da mediação de conflitos pressupõe uma origem pouco conhecida, tendo em vista que, desde os primórdios da humanidade, o ser humano – como ser necessariamente social e político –, encontra resistência às suas ideias nas perspectivas diferentes que abarcam as mais variadas visões de mundo. Nesse contexto, existem estudos que teorizam a prática da mediação desde as primeiras formas de agrupamentos humanos. Con-

soante preceitua Vianna *apud* Brincker (2013), a mediação de conflitos não é novidade em muitas nações, pois existem relatos sobre o seu emprego desde cerca de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados.

Ressalte-se que para os historiadores ainda é difícil teorizar sobre as origens exatas dessa prática, contudo, em algumas comunidades primitivas da África, Américas e Oceania pode-se observar sua presença entre seus membros, com o escopo de promover o fortalecimento do grupo frente a ameaças externas.

No entender de Maia, Bianchi e Garcez, (2019), a cultura ocidental tem como objeto maior a identificação das práticas de técnicas milenares na resolução de conflitos. Aduzem, pois, que olhando para além das práticas e religiões inerentes à cultura ocidental, as comunidades aborígenes na África, Américas e Oceania muniam-se de técnicas milenares de resolução de conflitos. Tais técnicas inspiram vários princípios da mediação moderna.

Na América do Norte, por exemplo, os índios utilizam os círculos restaurativos, cujo conceito envolve a preservação da coesão social, sempre por meio do envolvimento de uma terceira parte neutra. Estes mesmos princípios de neutralidade, resolução pacífica e preservação das relações estão presentes nos métodos de resolução de disputas das populações aborígenes da África e da Oceania. Portanto, infere-se de tais fatos que a neutralidade, o respeito à equidade e a promoção da preservação das relações sociais são intrínsecas aos povos humanos, desde suas mais primitivas formas de associação.

Passa-se, agora, a analisar alguns períodos importantes da história da humanidade sob a ótica do tratamento adequado aos conflitos e de que forma os estudos sobre a justiça, a ética e a moral influenciaram diretamente no atual instituto da mediação da forma como é organizado. Disso já se pode inferir que os estudos sobre justiça e tratativa de desavenças advêm de muito antes do surgimento de conceitos epistemológicos estudados no Direito.

1.2. A MEDIAÇÃO CONSIDERADA A PARTIR DA ÓTICA RELIGIOSA: UMA INTRODUÇÃO HISTÓRICA

De acordo com Maia, Bianchi e Garcez (2019) o que atualmente é denominado de Resolução Alternativa de Conflitos, ou, em inglês, *Al-*

ternative Dispute Resolution (ADR), sempre fora praticada em todas as partes do mundo como forma autocompositiva de solução das desavenças. Destacam-se como grandes propagadoras desse conceito as três principais religiões monoteístas que servem de base à cultura ocidental: Judaísmo, Cristianismo e Islamismo, que estão repletas de histórias de mediadores e árbitros.

No Judaísmo existem vários personagens, a exemplo do Rei Salomão, que atuavam como árbitros e mediadores, já colocando em prática o conceito de solução de disputas por meio do envolvimento de uma terceira parte neutra, tal parte representaria não só a justiça, como também a inteligência e genialidade, como parâmetros às pessoas. No Judaísmo contemporâneo existe a figura dos rabinos, que são considerados líderes espirituais de uma congregação judaica, conduzem serviços religiosos e são os líderes da vida social e educacional nas comunidades, também sendo considerados legítimos mediadores neutros para questões envolvendo os membros da comunidade judaica.

No Islamismo, Maomé era considerado um grande mediador. De acordo com as escrituras islâmicas sagradas, em 622 d.C., por exemplo, Maomé mediou, em Medina, um grande acordo entre tribos pagãs, árabes, judias, cristãs e muçulmanas, com o objetivo de manter a convivência pacífica entre os diferentes fiéis na mesma cidade. As mesquitas, além disso, são espaços que tradicionalmente servem como centros de arbitragem e resolução de conflitos entre membros da comunidade.

No Cristianismo, Maia, Bianchi e Garcez (2019) citam a tradição do clero na mediação de disputas em suas comunidades. Independentemente da subdivisão do Cristianismo, pastores e padres frequentemente servem como mediadores ou árbitros de questões de interesse de suas congregações.

Portanto, infere-se a grande representação que a prática e os estudos sobre métodos de resolução de controvérsias tiveram, no sentido de serem considerados práticas de importância ímpar para a manutenção das sociedades em todos os momentos históricos retratados. Além disso, importa considerar que os mediadores de tais sociedades religiosas são sempre representados por pessoas importantes, como reis, sacerdotes, rabinos ou padres, fato que comprova a importância não só da neutralidade como da inteligência e da elevação espiritual como qualidades inerentes ao mediador ou árbitro.

Para Moore (1998), a mediação tem uma história longa e variada em quase todas as culturas do mundo: culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas têm longa tradição na prática mediativa. Também destaca a importância de Jesus Cristo para a sociedade cristã como mediador e árbitro supremo; a própria Bíblia refere-se a Jesus como mediador entre Deus e os homens, conceito que, mais tarde fora adotado para definir o papel do clero como mediador entre a congregação e Deus e entre os fiéis.

Moore destaca, ademais, a tradição mediativa das sociedades islâmicas, lecionando que em muitas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram frequentemente resolvidos por meio de reuniões comunitárias, cujos facilitadores traduziam-se na figura dos anciãos. Nessas reuniões mediavam-se para resolver questões tribais ou intertribais conflituosas.

Nesse contexto, judeus, cristãos e muçulmanos guardam em sua cultura a tradição da resolução alternativa de conflitos, na medida que em seus primórdios – ausente o Direito estatal positivado naquelas circunstâncias – as próprias sociedades foram responsáveis pela construção e manutenção de rituais próprios de mediação e arbitragem. Tendo como facilitadores pessoas de reputação conhecida e respeitada. Quanto aos demais indivíduos, restava entrar em acordo com a parte contrária, sob a intermediação de uma figura externa à situação e neutra, quando poderia, ou não, ser utilizada a heterocomposição.

Saindo das tradições ocidentais e adentrando na parcela oriental do globo, a Indonésia, área de influência islâmica e árabe, desenvolveu um procedimento de tratativas de conflitos baseado sumariamente no bom senso e nos costumes morais empíricos. Tal procedimento chama-se *musyawarah*, que é traduzido livremente como "deliberação". Moore (1998) aduz que variações desse procedimento até hoje são utilizadas por todo o arquipélago indonésio para viabilizar a tomada de decisões e resolver disputas locais e nacionais.

Imprescindível também destacar exemplos advindos do Hinduísmo e do Budismo. Nesse contexto, documenta-se que as aldeias hindus da Índia têm empregado tradicionalmente um sistema de justiça chamado *panchayat*, em que um grupo de cinco membros tanto intermedia quanta arbitra as disputas, além de exercer funções administrativas ao lidar com

questões relativas ao bem-estar e queixas dentro da própria comunidade (MOORE, 1998).

É inafastável, pois, a ideia de empoderamento dos indivíduos quando se estuda acerca dos procedimentos de resolução das demandas adotados por essas sociedades, porquanto se infere que tais grupos reconheceram as suas necessidades no que tange à tratativa de suas questões que naturalmente surgiam em decorrência da vida em sociedade. Muitos destes grupos, cujas culturas milenares diferem da cultura ocidental, não só desenvolveram, *de per si*, os seus procedimentos de resolução de conflitos, como serviram de inspiração a vários procedimentos adotados no ocidente e na modernidade.

1.3. O CONFUCIONISMO E O EMPODERAMENTO DO SER HUMANO NA BUSCA POR UMA SOCIEDADE IDEAL

Confúcio foi um filósofo, professor e político chinês que viveu entre 551 a.C e 479 a.C., é tido como um dos principais filósofos chineses de todo o oriente e, até hoje, seus pensamentos influenciam diretamente a vida da sociedade chinesa. O confucionismo muito influenciou a formação jurídico-política da China e possui algumas semelhanças com os ensinamentos de Aristóteles, principalmente no que tange à conceituação das virtudes morais do ser humano.

Spengler *apud* Stefanoni (2018) diz que na China, no período de Confúcio (cerca de 550-479 a.C), os chineses eram influenciados pelas ideias do filósofo, que acreditava na possibilidade da construção de um “paraíso na Terra”, condicionado a que os homens se entendessem e resolvessem pacificamente seus problemas. Para o filósofo, haveria uma “harmonia natural”, no que concerne às questões humanas. Afirmava que a melhor e mais justa forma de consolidar a paz seria por meio da persuasão moral e da prática de formação de acordos, nunca por intermédio da coerção ou mediante qualquer tipo de poder. Acreditava, pois, na possibilidade de construção de uma sociedade livre, justa e sem conflitos, baseada na possibilidade dos próprios homens se entenderem com base na diplomacia e na construção de acordos que beneficiassem todas as partes envolvidas. A sociedade chinesa, até hoje, preza muito pela resolução pacífica e auto-compositiva de conflitos em detrimento da heterocomposição dos tribunais. O pensamento confuciano é avesso à resolução heterocompositiva,

considerada autoritária e longe de configurar o melhor método resolutivo de demandas.

Miranda *apud* Stefanoni (2018) aduz que o pensamento de Confúcio buscava a harmonia por meio do equilíbrio do mundo, da felicidade dos homens e das relações sociais, que estavam em “primeiro plano”. Buscava-se a solução mais benéfica. Destacam-se, pois, as ideias de exaltação de virtudes como a benevolência, o respeito, a paciência para com os demais, a cortesia, a generosidade e a autodisciplina, características estas inerentes ao denominado homem *ju* ou “homem justo” – o mais próximo da justiça divina que o ser humano poderia chegar –, tais características seriam como uma fórmula aplicada aos indivíduos para a construção de uma sociedade mais harmônica ou até mesmo para se chegar à sociedade plenamente harmônica, idealizada por Confúcio, o que ele alegava ser possível nos limites da possibilidade humana.

Nesse ínterim, de acordo com a professora Lúcia Helena Galvão⁶, Confúcio defendia trabalhar uma ética prática ou vivencial que humanizasse as pessoas como instrumento para alcançar um bem-estar coletivo. “O homem justo trabalha para o ‘caminho’”, esse que é traduzido na doutrina confucionista como *Tao*, ou a “lei universal que leva os filhos de volta para o lar”. Já o conceito de *Te*, segundo Galvão, seria a virtude humana, ou o meio como se manifesta o caminho para o divino. Este *Taote* equivale ao *Darma* ou *Sutratma* no budismo e no hinduísmo, respectivamente. Traduzindo a uma acepção mais cristã-ocidental, equivale ao carma trabalhado no kardecismo.

2. DESCONSTRUÇÃO TEÓRICA DA MEDIAÇÃO SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO-HISTÓRICO

2.1. A DISCIPLINA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA MODERNIDADE: O JUSNATURALISMO COMO CONTRAPONTO AO JUSPOSITIVISMO EXCESSIVO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

Na seara dos estudos sobre a importância da extrajudicialidade, neste ato traduzida como a mediação desgarrada do fator “positivação legal”,

⁶ Em palestra proferida para a Nova Acrópole: Escola Internacional de Filosofia. Disponível em: www.acropole.org.br. Acesso em: 25 out. 2019.

é demasiado importante citar a contribuição da doutrina jusnaturalista como contraponto à excessiva estatização das questões sócio humanas historicamente defendida pelo Juspositivismo. Nesse sentido, tem-se que o Jusnaturalismo possui origens remotas que partem de filósofos como Aristóteles, Platão e, posteriormente, Santo Tomás de Aquino.

Não obstante, conforme aduz Vieira (2016) a melhor maneira de compreender a disciplina do direito pela filosofia antiga é tratar do nascimento da filosofia e da ética, isto é, do surgimento da filosofia prática de Aristóteles, esta que pode ser considerada coincidente com o surgimento da filosofia de Sócrates, voltada essencialmente às questões humanas, mas não necessariamente isolada das questões naturais. Pelo contrário, Sócrates, ao tratar do ser humano, estaria intimamente ligado ao meio que o rodeia e sua doutrina trata sumariamente de desconstruir a autoridade das convenções – que são os costumes e as leis (*nómoi*) – em prol de considerar a importância da autoridade da natureza (*physis*). A partir desse pensamento, tem-se que o Jusnaturalismo já demonstrava seus primeiros passos não somente a partir de Aristóteles, mas também a partir de Sócrates, ao romper com os sofistas e iniciar uma doutrina voltada às questões humanas e sociais.

Na esfera de Santo Tomás de Aquino, consoante preleciona Azevedo (2005) sua obra mais famosa intitulada “Suma Teológica” trata da teoria do direito e temas políticos, discorrendo sobre a essência da lei, dos seus efeitos e da lei eterna e natural que enseja a normatização humana. A doutrina Tomista classifica a lei em três aspectos: eterna, natural e humano-positiva. A lei eterna coloca-se no plano da divina sabedoria, enquanto dirige todas as ações e movimentos; não pode ser conhecida diretamente pelo homem, por isso que a sua manifestação é revelada pela lei natural, essa que rege os movimentos de cada pessoa deste mundo em conformidade com a lei eterna de Deus. Ademais, Constituindo a participação da lei eterna na criatura racional, a lei natural manifesta-se pela razão, que permite ao homem distinguir o que é bom e o que é mau.

Diferentemente do que alguns críticos do Jusnaturalismo tomista acreditam, Tomás de Aquino considera que somente a lei natural não basta, mostrando-se imprescindível o concurso da lei positiva. Azevedo (2005) aduz que, segundo a teoria Tomista do jusnaturalismo, enquanto a lei natural abrange princípios e normas de caráter geral, a lei positiva,

emanada da autoridade, procurará encontrar soluções para hipóteses mais restritas e concretas, afastando as dúvidas que aquela não resolveu. Seria, pois, uma interrelação de cooperação entre as normas naturais e positivas para a evolução da humanidade.

No que tange à ideia geral do Direito Natural, Vieira (2016) dita que a filosofia política será, em primeiro plano, uma investigação sobre a justiça, baseada na compreensão da natureza do homem, e seu primeiro objetivo será elucidar as relações entre o “justo por natureza” e o “justo legal”, esse podendo ser traduzido como a justiça positivada. Defende, pois, que o Direito Natural contemporâneo não se confunde com as tradições religiosas ou com a consciência moral, mas sim representa um padrão universal para o qual as leis humanas estariam consequentemente convergindo. Preleciona, ademais, que não se pode separar o direito de sua base moral, tendo em vista a predominância dos valores intrínsecos a uma determinada sociedade que são necessariamente aplicados no direito positivo.

Ao realizar a análise de concepções modernas e contemporâneas, tem-se alguns posicionamentos elucidados por grande parte dos doutrinadores jurídicos, que defendem uma compreensão diversa daquela expressa em respeitáveis obras clássicas de cunho juspositivista, qual seja, o entendimento da norma positivada como única fonte do direito. Para exemplificar, demonstra Reale (2002) a sua conhecida Teoria Tridimensional do Direito, sobre a qual explana que a ciência jurídica é formada a partir de um fato subjacente – fato do mundo, de ordem concreta e material –, um valor – que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo – e, finalmente, uma norma – que representa a relação ou medida que integra o fato ao valor, realizando uma adequação jurídica que viabiliza o tratamento do caso concreto pelo Direito –. Visível é, pois, que Miguel Reale defendeu que o Direito é uma ciência tripartite, não podendo ter como fonte única a norma positivada, muito menos sendo esta considerada como ponto inicial de um ordenamento jurídico, vez que, na verdade, é resultado deste.

Quanto às considerações acerca do Juspositivismo clássico, Nunes (2013) leciona sobre a Escola da Exegese e a Escola Histórica, elencando que a primeira firmou conceitos e métodos de investigação fortemente ligados à ciência dogmática do Direito. Assim, lecionava a Escola da

Exegese que a legislação seria elaborada num sistema normativo codificado, visando a garantir direitos subjetivos. Importa frisar que a referida Escola teve seu apogeu após a promulgação do Código de Napoleão, em 1804, e que a idolatria, à época, ao referido Código propunha que o exegeta deveria limitar-se a entender a literalidade dos textos codificados e nada mais, não podendo realizar interpretações de cunho extensivo. Sem embargo, é possível afirmar que o exegetismo não conseguiu negar o Direito Natural, pelo contrário, acabou por reconhecer que a lei positivada é oriunda dos valores sociais constituintes da sociedade que elabora a norma (NUNES, 2013).

Ademais, a Escola Histórica opôs-se à da Exegese, no sentido de que afirmava que “o verdadeiro Direito residia nos usos e costumes e na tradição do povo. É a história desse povo, como resultado de suas aspirações e necessidades, que forma o Direito” (NUNES, 2013, p. 81).

Nesse ínterim, ressalte-se que Vieira (2016) argumenta que o Jusnaturalismo moderno surge a partir do século XVI, com o escopo paradigmático de aproximar a lei da razão, afastando-a da antiga influência teológica e aproximando-a da filosofia natural do direito ao fundar-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. Além disso, afirma que a presente doutrina naturalista influenciou várias teorias como o contratualismo, o iluminismo e o racionalismo, os quais fundamentaram as Revoluções Liberais do século XVIII e as posteriores codificações, sendo resultado de uma positivação do direito natural, influenciada pelo desejo de segurança jurídica dos particulares frente ao Estado.

2.2. A CONTRIBUIÇÃO DA OBRA DE LUÍS ALBERTO WARAT PARA A CONSOLIDAÇÃO CONTEMPORÂNEA DA IDEIA DE UMA MEDIAÇÃO HUMANIZADA

Ao migrar para o estudo efetivo da mediação fundamentada em princípios do Direito Natural, onde os valores sociais e as relações humanas têm importância ímpar, chega-se na extensa e respeitável obra de Luís Alberto Warat, professor e jurista argentino, radicado no Brasil e pós-doutor em Filosofia do Direito, defendia que o tempo da mediação é o tempo da sensibilidade; deve-se, pois, entender o caráter holístico e humanitário da resolução de conflitos, sob a ótica do jurista.

De acordo com Warat *apud* Bertaso e Prado (2016), a mediação é um caminho autônomo para o indivíduo diante da possibilidade de tratar o conflito, em que ambas as partes são capazes de produzir algo novo. Assim, a mediação busca estabelecer uma cultura de paz e, também, tornar mais forte a cultura político-democrática, permite com que sejam resgatados os valores de uma nação enraizada a partir da democracia e auxilia na construção de uma sociedade mais justa, voltada para o respeito e para a tolerância. A mediação aparece, então, como uma forma de reencontro com o outro. Bertaso e Prado, ainda, citam Warat no que tange à sua definição de mediação:

[...] um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito, com o auxílio de um mediador que as ajuda, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude [...].

Dessa feita, a mediação em Warat é tratada sob a ótica não somente da positividade normativa atinente à matéria, mas é considerada uma forma de terapia, de cunho psicológico e humanizado, devendo ser considerados aspectos empíricos e intrínsecos às partes envolvidas, estas reconhecidas como sujeitos individualizados e dotados de capacidade de empoderamento próprio, distintos das amarras normativas que acabam por limitar o enorme potencial reconstrutor e sanativo do instituto mediativo.

2.3. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS CONTEMPORÂNEA: O PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O NEOCONSTITUCIONALISMO HUMANISTA

Explica Vieira (2016) que a ascensão de estudos acerca de um Neoconstitucionalismo, baseado na recuperação de valores e fortalecimento de um ideal de Direitos Humanos Universais, mostraram-se indubitavelmente oportunos após os horrores vivenciados no âmbito das duas Grandes Guerras Mundiais. Deu-se, nessa seara, uma importante retomada de considerações oriundas de estudos jusnaturalistas. Explicita, ainda, que no Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu, igualmente,

no ambiente de redemocratização do país, pós-ditadura militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O marco filosófico dessa nova abordagem do direito, segundo Vieira, é o Pós-positivismo, momento em que ocorre a superação dialética da antítese entre Jusnaturalismo e Positivismo. É de suma importância, pois, no âmbito de uma sociedade que vivenciou horrores inimagináveis durante as Grandes Guerras Mundiais, proceder à análise dos institutos jurídicos sob uma ótica mais humanizada e holística, tal como proclamada em Luís Alberto Warat, este que representa um dos expoentes mais significativos do século XX em matéria de mediação humanizada e desconstruída de parâmetros objetivos e excessivamente positivistas. O aperfeiçoamento humano revela-se pela evidência de sua incompletude.

Compartilha dessa visão de pensamento Aquino (2011), o qual defende que quando as pessoas se escutam mutuamente surge a epifania de compreensão sobre os sentimentos individuais e os alheios; ou seja, dá-se, no momento da escuta mútua, a compreensão em forma de *insight*. Complementa Aquino aduzindo que a proposta da humanização do Direito pela mediação caracteriza-se por dispor especialmente dessa condição ética de religação. Tal condição, após a criação de organismos internacionais de proteção aos direitos humanos e de direito internacional, nos anos 40 e 50, é considerada imprescindível para o alcance da paz mundial desejada.

2.4. O PROCESSO DE FORTALECIMENTO E POSITIVAÇÃO: UMA ANÁLISE EVOLUTIVA DA MEDIAÇÃO

Atualmente é possível verificar diversas tendências mundiais de aplicação da mediação com ritos próprios, disciplinados nos ordenamentos jurídicos pátrios. A despeito disso, a evolução da mediação positivada da forma como existe hoje deu-se de forma tardia.

Não obstante ter sido amplamente praticada na antiguidade como forma de resolver conflitos entre os povos, as primeiras formas de positivação se deram a partir das Revoluções Burguesas do século XVIII, sobretudo no que concerne à Revolução Francesa. Essa que instituiu a arbitragem por meio dos decretos de 16 e 24 de agosto de 1791, cujos textos previam ser esse "o meio mais razoável de terminar uma contesta-

ção entre cidadãos" e, acrescentavam, "os legisladores não poderão baixar nenhuma disposição que tenda a diminuir, seja o favor, seja a eficácia do compromisso" (SOARES, 1976, p. 179). Outras legislações do período, como a Constituição de 3 de setembro de 1791 e o próprio Código Civil Napoleônico, expressamente dispunham sobre os direitos dos cidadãos de terminar suas disputas de forma autônoma, sem a interferência do Estado.

Nos Estados Unidos, sobretudo no período da colonização inglesa, é interessante notar como os institutos de resolução de conflitos tomaram força face às instituições jurídicas estatais. Uma boa explicação para isso é explanada por Faleck e Tartuce (2016) quando lecionam que nas colônias do século XVIII, predominava o consenso comunitário em detrimento do individualismo e da beligerância; também, que muitos colonos desenvolviam preconceitos acerca do trabalho de advogados, razões pelas quais as formas autocompositivas de solução de conflitos tomaram grandes proporções nas colônias americanas.

A partir daí, conforme avançava a formação dos Estados Unidos como nação soberana, as discussões acerca da matéria mediação iam ganhando espaço. A institucionalização de várias formas de mediação e negociação facilitadas prosseguiu da teoria à prática pela consolidação de uma série de disciplinas e programas de negociação nos anos 80 (FALECK; TARTUCE, 2016).

Nesse contexto, haja vista a popularização da Mediação nos EUA e a diversidade de sua prática em diferentes estados confederados, percebeu-se a necessidade de uniformização de condutas. Foi assim que, segundo Maia, Bianchi e Garcez (2019) em 2001 foi editado o *Uniform Mediation Act* (UMA), que visava a uniformização das práticas mediativas utilizadas nos estados americanos, fixando alguns parâmetros para preservação da integridade do método. Da mesma forma, a mediação desenvolveu-se na Grã-Bretanha impulsionada pelo movimento “*Parents Forever*”, que focava na composição de conflitos entre pais e mães separados e ensejou a fundação do primeiro serviço de mediação, em 1978, na cidade de Bristol pela assistente social Lisa Parkinson, logo a prática da mediação expandiu-se por toda a Inglaterra. Ademais, pela facilidade do idioma inglês, rapidamente a mediação desenvolveu-se também na Austrália e no Canadá.

Na América Latina o desenvolvimento desses meios alternativos de solução de conflitos ganhou atenção na década de 90, sobretudo a partir

da edição de documento técnico pelo Banco Mundial em 1996, tal documento acabou por descentralizar a administração da justiça com a adoção de políticas de mediação e justiça restaurativa (FALECK; TARTUCE, 2016). A partir dos anos 90, portanto, foram surgindo diversas normas que positivaram e regulamentaram a prática da mediação no continente latino-americano.

2.5. BREVE ANÁLISE SOBRE A POSITIVAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Quanto ao Brasil, conforme ditam Maia, Bianchi e Garcez (2019), não obstante a Constituição Imperial de 1824 ter previsto a atuação do Juiz de Paz como um embrião das resoluções extrajudiciais de conflitos, o instituto da mediação só foi efetivamente incorporado ao ordenamento jurídico em meados dos anos 90, seguindo a tendência da América Latina de promover políticas de desafogamento de seus Judiciários. A primeira iniciativa legislativa brasileira foi o Projeto de Lei nº 4.827/98, de proposta da Deputada Zulaê Cobra, tendo o texto inicial levado à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo a definição de mediação e elencando algumas disposições a respeito, conquanto não tenha sido objeto de aprovação.

A positivação da mediação em solo brasileiro, deu-se, efetivamente, com a edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que data de 2010 – dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos e determinando a implementação da mediação como política pública – e, posteriormente, com a introdução expressa deste instituto no Código de Processo Civil de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendeu-se, *prima facie*, que a mediação já era conhecida muito antes da era Cristã, sendo também compreendida por alguns estudiosos que, em algumas comunidades tradicionais do oriente e do ocidente, antes do nascimento de Cristo, já se tratava sobre esse tema, bem como que as bases para o desenvolvimento de um pensamento acerca da resolução alternativa de conflitos puderam ser fortalecidas a partir do âmbito religioso.

Assim, a mediação é compreendida como forma de resolução de conflitos não intrínseca à judicialização, importa dizer que sua positivação serviu como regulamentação, com vistas a burocratizá-la e padronizá-la, mas que o excesso de regulamentação acaba enrijecendo demasiadamente o instituto da mediação, que não deve perder seu caráter holístico e humanizado. O instituto da mediação de conflitos pode ser compreendido, pois, como uma derivação de práticas antigas e milenares, pautadas em uma perspectiva espiritualizada da civilização e que repercuta ideias de organização e manutenção da paz social dentro de uma comunidade, objetivando alcançar, principalmente, uma compreensão de que o ser humano, *de per si*, é capaz de manter uma ordem social, não necessitando da intervenção heterocompositiva.

Esse entendimento expressa que a mediação e as demais práticas de resolução alternativa de conflitos prescindem de uma positivação, que é necessariamente ulterior e serve, apenas, como tentativa de adequação jurisdicional desse método, mas que não representa a sua essência.

Portanto, infere-se que a neutralidade, o respeito à equidade e a promoção da preservação das relações sociais são intrínsecas aos povos humanos, desde suas mais primitivas formas de associação. Desse modo, é, sim, possível a implementação de uma cultura de valorização da autocomposição, que deriva de um empoderamento social a partir da ideia de que os indivíduos são capazes de resolver seus conflitos e, apenas seria necessária a intervenção do judiciário em último caso, o que, conseqüentemente, implicaria um desafogamento do Poder Judiciário no que tange ao elevado número de demandas judicializadas, que atualmente subsistem e afetam o sistema como um todo.

REFERÊNCIAS

AQUINO, S. R. F. de. A mediação como experiência de humanização do direito na pós-modernidade: inquietações a partir do pensamento complexo. **Revista Húmus**, n. 1, p. 105-119, jan-abr. 2011. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/viewFile/1645/1307>. Acesso em: 10 fev. 2020.

AZEVEDO, L. C. de. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- BERTASO, J. M.; PRADO, K. M. do. Aspectos de Mediação Comunitária, Cidadania e Democracia. **Periódicos Univali**, 2016, p. 50-74. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/10632/5969>. Acesso em: 06 mar. 2020.
- BRINCKER, T. **Mediação familiar como forma alternativa de resolução de conflitos**. Monografia, Santa Rosa, RS: UNIJUÍ, 2013. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2057>. Acesso: 16 dez. 2019.
- FALECK, D.; TARTUCE, F. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br/artigos-daprofessora. Acesso em: 13 mar. 2020.
- GALVÃO, L. H. Palestra sobre o confucionismo. **Nova Acrópole: Escola Internacional de Filosofia**. Disponível em: www.acropole.org.br. Acesso em: 25 out. 2019.
- MAIA, A.; BIANCHI, A. A.; GARCEZ, J. M. R. Origens e norteadores da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (coord.) **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2019.
- MOORE, C. W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- NUNES, R. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOARES, G. F. S. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e das arbitragens comerciais internacionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 71, 1976, p. 163-208. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rf-dusp/article/view/66778>. Acesso: 11 mar. 2020.
- STEFANONI, L. R. R. **A justiça em Aristóteles e a mediação extrajudicial de conflitos**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2018. Disponível em: <https://www.pucsp.br/pos-graduacao/mestrado-e-doutorado/defesas/justica-em-aristoteles-e-mediacao-extrajudicial-de>. Acesso: 16 dez. 2019.

VIEIRA, F. dos S. **A retomada da ética aristotélico-tomista pela filosofia do direito: o Direito Natural em destaque**. Dissertação de mestrado. Caxias do Sul: UCS – Universidade Caxias do Sul, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/1391>. Acesso: 24 out. 2019.

CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL PELA PSICOLOGIA APLICADA

Eduardo Cesar Elias de Amorim⁷

INTRODUÇÃO

Neste breve relato, pretendemos tratar dos conceitos de dano moral em suas esferas objetiva e subjetiva a partir da comparação com critérios e conceitos da psicanálise que vemos autorizada ante ao tema, vez que na sua grande maioria das demandas judiciais que ensejam pedidos de indenizações por danos morais causados por terceiros.

1. OBJETIVO

Trazer à tona diferenciação entre o chamado mero aborrecimento, muito difundido entre doutrinadores e magistrados que tem neste instituto o princípio basilar para decidir se o acontecimento trazido à juízo teve o condão de lesar moralmente o indivíduo ou trouxe a este apenas um dissabor passageiro ou uma frustração de meras expectativas relacionadas a fatos do cotidiano do homem médio.

⁷ Graduação em Direito pela Universidade São Judas Tadeu (2000); especialização em Direito Empresarial e Docência do Ensino Superior. Advogado e pesquisador colaborador do NEF – Núcleo de Estudos do Futuro da PUC-SP. Membro do Grupo de Governança Ambiental e Urbanística da FMU-SP sob coordenação do Professor Rafael Tocantins Maltez. Produtor de conteúdo em Direito Administrativo e Constitucional Grupo Kroton Educacional S/A. Doutorando em Direito e Ciências Sociais – Universidade Nacional de Córdoba – UNC.

Objetivo principal, ainda mais que o acima exposto, fui buscar o conceito Freudiano que divide a psique do ser em pelo menos dois hemisférios muito tênues, mas que são sensivelmente diferenciados pela sua própria natureza, falamos do Ego e do Id.

Duas essências do pensamento humano que divergem em tese e em comportamento, pois se trata de superficialidades versus sentimentos intrínsecos e que analisados do ponto de vista jurídico que compõe qualquer esfera do relacionamento humano, pode demonstrar até que ponto uma lesão de direito pode ter afetado o ser em sua profundidade ou a modo raso a meio de merecer ou não ser indenizado pelo dano efetivo.

2. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO

Pontes de Miranda conceitua a expressão dano moral de modo muito prático ao estabelecer que A expressão dano moral tem concorrido para graves confusões, bem como a expressão alemã *Schmerzensgeld* (dinheiro de dor). Às vezes, os escritores e juízes empregam a expressão dano moral em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo). Aí, dano moral seria dano não patrimonial.

Outros tem como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, o dano que faz baixar o moral da pessoa, e o dano à reputação. Finalmente, há senso estrito de dano moral: o dano à reputação⁸. Gostaria que tal respeitosa definição realmente abrangesse todas as dimensões que o conceito de dano moral precisa para se perpetuar e integrar o ordenamento jurídico nacional como fonte de real justiça e não de enriquecimento ilícito como ocorrera no passado recente, nem como ato de “desvalorização”⁹ da moral humana como temos visto nos tribunais e decisórios brasileiros. No início, tínhamos a indústria do dano moral, onde qualquer dor era levada a apreciação do judiciário como fonte de renda fácil e possíveis acordos mirabolantes, normalmente tentados contra pessoas jurídicas

8 Tratado de direito privado, XXVI, § 3.107, p. 30-31. In: Youssef Said Cahali. Dano moral. 2ª ed., p. 21

9 No sentido de atribuir pouco ou baixo valor.

que não desejavam ver seus nomes e marcas de valor associadas a políticas de descaso ou lesão da esfera moral, quer fosse em relação a clientes consumidores, quer fosse em relação a terceiros do meio social e econômico em que estivessem inseridos. Foi um período certamente difícil, mormente aos magistrados que se viam tentados a não utilizar a figura indenizatória como máquina de fazer dinheiro para beneficiar partes que se movimentavam por interesses escusos e patrimonialistas valendo-se do judiciário para enriquecer, ante vítimas reais que ali buscavam a verdadeira reparação da lesão moral evidenciada com o intuito de ver amenizada a dor causada por seus algozes.

Em seguida, como em todo ciclo social, pudemos observar a retração da Justiça, mostrando-se temerosa em conceder aos lesados gordas indenizações que certamente iriam fazer com que aquele que provocara a lesão, no dito popular, pensasse duas vezes antes de repetir a conduta. Política esta, vista também pouco eficiente, pois ao invés do imaginado, veio a abarrotar o terceiro poder de ações demandadas quase que aleatoriamente, através da liberdade concedida pela via indireta da AJG Assistência judiciária gratuita que quando mal usada, facilita o exercício da aventura jurídica. Atualmente o que vemos é a busca incessante de encontrar um mecanismo judicial para contendo as demandas despojadas de realidade subjetiva e aquelas nas quais o dano moral, a ofensa real deixe de ser reparada, possamos utilizar todos nós operadores do direito comprometidos com a própria Justiça, do binômio – reparação e desincentivo – para que além de reparar o dano causado, o causador abstenha-se de repetir o feito, ao tempo em que o lesionado reparado, sinta o calor da justiça corando sua face.

3. BREVE COMPARATIVO

Em todo o mundo e desde o direito romano, a moral do ser é protegida de acordo com os costumes, ao início, dando espaço maior para interpretações de líderes e poderosos que a cada tempo atribuíam um valor à lesão da subjetividade do homem e de seus princípios de acordo com critérios pouco democráticos, vinculando o tema, afastando da Justiça e após muito tempo buscando a reaproximação que defendemos. Alguns ordenamentos jurídicos mais avançados já comportam facilmente medidas de contenção da violação moral do ser humano, quer seja como cidadão,

como integrante social e agente integrador da sociedade, ou até mesmo quando seus instintos mais íntimos são alvejados. Nos ordenamentos jurídicos mais avançados podemos encontrar legislações aprimoradas a cada critério donde compilamos trecho de comparação de Cristiano Carrilho:

1) No direito chileno – O Código Civil chileno, em seu artigo 2.314 permite amplamente a reparação dos danos morais. No que pertinente às imputações injuriosas, como a honra e o crédito de uma pessoa, a reparação somente caberia se ficasse suficientemente provado o dano emergente¹⁰. A Constituição chilena (Decreto n. 1.345, de 08/10/81) em seu artigo 19 assegurou a honra como um verdadeiro direito subjetivo, ao dispor que: "La Constitución asegura a todas las personas: (...) 4º El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia."

2) No Direito espanhol – O Código Civil Espanhol de 1890, devido ao seu laconismo, consagrava a irreparabilidade do dano moral. A partir de 1912 os espanhóis inclinaram-se à reparabilidade. Reprisando o art. 1.382 do Código Civil Francês, a legislação espanhola assim dispõe em seu Código Civil de 1890: "El que por acción causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado." A partir de 1912 os espanhóis passaram a agasalhar o entendimento da reparabilidade do dano moral, muito embora a Suprema Corte de Justiça, em precedente jurisprudencial memorável, não tenha se apoiado na interpretação do artigo 1.902 do Código Civil, tendo antes se decidido por equidade, abeberando-se nas vetustas Partidas para dar suporte jurídico ao entendimento jurisprudencial¹¹.

3) No Direito inglês – Conforme analisado por Eduardo Gabriel Saad¹², na Inglaterra, o critério legal (exemplary damages) de indenização de danos morais tem grande abrangência, pois, alcança até aqueles de somenos importância, o que denota exemplar respeito pelos atributos da pessoa humana. De salientar-se, porém, que, no Direito Inglês, o dano de caráter patrimonial é o pressuposto do dano moral. Sem aquele, este não se configura.

10 CARMO (1996, p. 300).

11 Gubern apud Carmo (1996, p. 300).

12 Eduardo Gabriel Saad (1997, p. 702)

4) No Direito libanês – O Código do Líbano, de 1932, traz expressivas disposições nos artigos 134, 2ª parte e 136: "Art. 134, 2ª parte. Le dommage moral entre en ligne de compte aussi bien que le dommage matériel." "Art. 136. En principe, la réparation revêt une forme pecuniaire; elle este allouée en dommages – intérêts mais il appartient au juge de lui donner une forme plus apropié aut intérêts de la victime; elle intervient alors en nature; elle peut consister notamment dans insertions par la voie de la presse. "São apenas ilustrativas, pois em maioria, o Dano Moral é protegido e sua reparação exigível e lembrando que a este trabalho nos inferimos apenas a trazer linhas da psicanálise para servir de instrumento capaz de alinhar o decisório judicial ao caso concreto.

4. LESÃO MORAL

Lesão: buscamos no dicionário o perfeito conceito do vocábulo para a partir daí tecermos mais:

- lesar v.t. 1. Causar lesão a; contundir, ferir. 2. Ofender a reputação ou violar o direito de. 3. Prejudicar (1).¹³ Ora, em sendo assim, temos então a certeza que lesão pressuponha ofensa, ferimento, violação e confirmamos em:
- lesão sf. 1. Ato ou efeito de lesar (-se). 2. Pancada, contusão. 3. Dano, prejuízo. 4. Violação dum direito. 5. Med. Dano produzido em estrutura ou órgão.¹⁴ Por ser incontestado o conceito, sua aplicabilidade também deveria ser. Mas sabemos que ao anexarmos o vocábulo, moral ao termo, ingressamos em uma seara controversa e polêmica, pois a subjetividade toma conta de todo o problema. Neste momento percebemos que a palavra moral do mesmo dicionário, prescinde de uma análise mais detida. Moral sf. 1. Ciência do bem e do mal, teoria do comportamento humano enquanto regido por princípios éticos (varia de cultura para cultura e se modifica com o tempo no âmbito de uma mesma

13 Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa 3ª Edição Revista Ampliada 2ª Imp. Editora Nova Fronteira.

14 Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa 3ª Edição Revista Ampliada 2ª Imp. Editora Nova Fronteira.

sociedade); ética 2. Corpo de preceitos e regras que visa a dirigir as ações do homem, segundo a justiça e a equidade natural. 3. Os princípios da honestidade e do pudor; moralidade.¹⁵

- Moralidade sf. 2. Conduta moral; princípios.¹⁶

Desta forma, a equação pode muito facilmente ser montada pois que temos então o dano moral, como a Lesão (ferimento) ou Violação ou Prejuízo à princípios éticos e de honestidade. Mais um pouco, temos que a parte subjetiva se vê completada pela palavra honestidade, que definimos como:

- Honesto adj. 3. Diz-se da pessoa que age ou fala de acordo com seu pensamento; que tem boa-fé; franco, sincero.¹⁷

Então temos todos os elementos para repetir que o Dano Moral é o Ferimento ou Violação ou Prejuízo à princípios éticos, derivados do pensamento subjetivo e da boa-fé, devendo ter portanto, critérios pessoais de avaliação.

5. MERO ABORRECIMENTO

O aborrecimento já tem sua definição mais prática e unificada, mas vamos seguir a linha acima de partir das definições conceituais do vocábulo, onde, Aborrecimento s.m. 2. Contrariedade, descontentamento.

O aborrecimento assim explicado traz certa leveza na interpretação dos acontecimentos que podem ser interpretados como Dano Moral, significando hierarquia informal entre os fatos para que se possa delimitar até onde vai este e se inicia o Dano Moral efetivo. No aborrecimento, tem-se uma contrariedade, um descontentamento com uma situação cotidiana ou mesmo um fato específico, e esta situação deriva da força de agressividade aos princípios pessoais, variando entre o ocorrido e sua solução, ou ainda, da profundidade e não da propriamente da extensão deste. Quando abordamos a profundidade e não propriamente dito a extensão do dano,

15 Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa, Editora Nova Cultural.

16 Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa, Editora Nova Cultural.

17 Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa, Editora Nova Cultural.

estabelecemos um novo critério de observação, pois somente assim, a marca deixada pelo fato poderá servir como base para que o magistrado possa avaliar a diferenciação entre o Dano Moral e o Mero Aborrecimento. Uma marca, o quão mais profunda, indicará mais possibilidade de haver sido lesada a psique do indivíduo, violando seus princípios pessoais mais arraigados, ou apenas uma contrariedade, um descontentamento passageiro e que por vezes, conta até mesmo com rápida solução, não sendo indelével a marca deixada.

6. LESÃO À PSIQUE

Nosso trabalho está baseado na abordagem Freudiana para definir a profundidade das marcas ocasionadas pelos fatos que podem arranhar as relações sociais, comerciais e ainda aquelas que são passíveis de apreciação do Poder Judiciário na busca de uma reparação.

A psique de Sigmund Freud estabelece-se pela subjetividade humana como águas onde somente o próprio indivíduo pode navegar, e portanto, deixando aparentemente hermético seu conteúdo. Se assim considerado, o conteúdo da mente humana, a psique, somente poderia ser observada pelo próprio ser, o que faria impossível qualquer avaliação das lesões não patrimoniais intentadas contra o indivíduo e que conseqüentemente afetam sua dignidade e subjetividade sem vínculos de proteção civil relacionada ao patrimônio.

Porém, há que se lembrar do patrimônio intelectual, aquele formado pelas experiências e sensações vividas por um ser e que podem ser únicas e irrepetíveis do sentido leigo, e cuja reposição jamais poderiam ser reconstruídas. Freud desenvolveu mecanismos de acesso a esse espaço mental que precipuamente necessita ser avaliado para estabelecer caminho seguro ou minimamente passível de apreciação para que confrontado ao fato gerador da insatisfação, esta possa ser medida em sua profundidade e para tanto, a psicanálise pode ser também ferramenta para investigar a mente humana que busca reparação judicial.

6.1. LESÃO DO EGO

Primeiramente, havemos de conceituar o ego estabelecido por Freud, para então passarmos a analisar a modalidade de entendimento da sua apli-

cabibilidade como forma de mensurar a profundidade de certa lesão moral. Assim, temos que o Ego é a parte do aparelho psíquico que está em contato com a realidade externa.

O Ego se desenvolve a partir do Id, à medida que a pessoa vai tomando consciência de sua própria identidade, vai aprendendo a aplacar as constantes exigências do Id. Como a casca de uma árvore, o Ego protege o Id, mas extrai dele a energia suficiente para suas realizações. Ele tem a tarefa de garantir a saúde, segurança e sanidade da personalidade. Uma das características principais do Ego é estabelecer a conexão entre a percepção sensorial e a ação muscular, ou seja, comandar o movimento voluntário. Ele tem a tarefa de autopreservação. Com referência aos acontecimentos externos, o Ego desempenha sua função dando conta dos estímulos externos, armazenando experiências sobre eles na memória, evitando o excesso de estímulos internos (mediante a fuga), lidando com estímulos moderados (através da adaptação) e aprendendo, através da atividade, a produzir modificações convenientes no mundo externo em seu próprio benefício.

6.2. LESÃO DO ID

O Id contém tudo o que é herdado, que se acha presente no nascimento e está presente na constituição, acima de tudo os instintos que se originam da organização somática e encontram expressão psíquica sob formas que nos são desconhecidas.¹⁸

O Id é a estrutura da personalidade original, básica e central do ser humano, exposta tanto às exigências somáticas do corpo às exigências do ego e do superego. As leis lógicas do pensamento não se aplicam ao Id, havendo assim, impulsos contrários lado a lado, sem que um anule o outro, ou sem que um diminua o outro.¹⁹ O Id seria o reservatório de energia de toda a personalidade. O Id pode ser associado a um cavalo cuja força é total, mas que depende do cavaleiro para usar de modo adequado essa força.

Os conteúdos do Id são quase todos inconscientes, eles incluem configurações mentais que nunca se tornaram conscientes, assim como o material que foi considerado inaceitável pela consciência. Um pensamento

¹⁸ 1940, livro 7, p. 17-18 na ed. bras.

¹⁹ 1933, livro 28, p. 94 na ed. bras.

ou uma lembrança, excluído da consciência, mas localizado na área do Id, será capaz de influenciar toda vida mental de uma pessoa.

A lesão ao Id é sempre mais profunda, vez que infere golpe aos valores de base de cada ser, daquilo que carrega consigo somando ações da vida comum e do senso de ética e razão para pautar-lhe o caminho da ética e da sublimação da sociedade em detrimento da individualidade nociva, mas sem que se perca a sensibilidade de percebermos, o Judiciário também, que é a soma dos Ids que deve se sobrepor aos Egos.

CONCLUSÃO

O Ego é referenciado como a parte do ser que se preocupa com a externalidade de si. Uma lesão ao Ego difere basicamente da lesão ao Id no que tange aos valores e princípios protegidos, vez que somos a somatória do Ego e do Id, porém, mais de nós é o Id, pois coincide com a nossa essência, com aquilo que realmente somos ou queremos ser em prol de um mundo melhor.

A qualidade de vida está intimamente ligada a esta equação de Egos e Ids feridos e frustrados, na medida em que damos mais valor a um que a outro. À essência e a superficialidade, o mero aborrecimento e o dano moral, ou dano à moral derivada do Id, da estrutura básica de cada ser humano e que o direito precisa proteger fortemente, caso contrário, corre-se o risco de valorização exacerbada do Ego em detrimento do Id de uma sociedade que precisa e merece ser mais Id que Ego.

Ao magistrado, caberia distinguir a parte da psique lesada para que obtivesse rapidamente uma ferramenta prática e útil para definir a lesão como rasa ou profunda, Ego ou Id. Temos ainda que após tal distinção, fica claro ao sol que as lesões de ordem moral quando restritas ao Ego, poderiam ser classificadas como aquelas derivadas do mero aborrecimento, das frustrações do cotidiano, reparáveis pelas próprias atitudes subsequentes ao dissabor.

Enquanto aquelas ações que ferem a essência, o conteúdo psicológico de cada ser, o seu Id, onde residem valores morais não mutáveis facilmente e que são levados em cada alma ferida e portanto, passíveis de reparação indenizatória pelo dano moral causado.

REFERÊNCIAS

Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3ª Edição Revista Ampliada. 2ª Imp. São Paulo, SP: Editora Nova Fronteira, 2002.

Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa. 5ª Edição. São Paulo, SP: Editora Nova Cultural

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Lei dos Direitos Civis, 1957.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_dos_Direitos_Civis_de_1957. Acesso em: 03 Jun 2001.

FREUD, Sigmund. **O ego e o id e Outros Trabalhos:** 1933. 3ª edição. Cidade: São Paulo. Imago Editora, 2003.

FREUD, Sigmund. **O ego e o id e Outros Trabalhos:** 1940. 5ª edição. Cidade: São Paulo. Imago Editora, 2001.

LEGISLAÇÃO PÁTRIA. **Chilean Civil Code.** Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Civil_Code. Acesso em: 03 Jun 2001.

LEGISLAÇÃO PÁTRIA. **Code of Spain.** Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_Code_of_Spain. Acesso em: 03 Jun 2001.

LÍBANO. **Constituição, 1960.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_do_L%C3%ADbano. Acesso em: 03 Jun 2001.

O BRASIL NO CAMINHO DO ACESSO À JUSTIÇA TRANSNACIONAL

Bruna Bisi Ferreira de Queiroz²⁰

INTRODUÇÃO

O processo de globalização tem avançado em níveis inimagináveis, mormente diante da constante mobilidade de pessoas, bens e serviços. Dessa forma, os litígios que antes permaneciam dentro do território de determinado Estado e eram solucionados utilizando-se somente o direito interno, hoje transcendem as fronteiras sendo necessária a comunicação das normas jurídicas de diferentes soberanias. Diante da grande quantidade de ordenamentos jurídicos em vigor e da diferença de tratamento do direito processual interno encontramos uma dificuldade em alcançar um acesso à justiça efetivo.

Nesse sentido, este trabalho visa aproximar profissionais do Direito dos tratados e acordos em que o Brasil faz parte principalmente em relação a três principais garantias no acesso internacional à Justiça: (a) assistência jurídica gratuita; (b) desobrigação de pagar caução; (c) isenção de custas, analisando a Convenção de Haia sobre acesso à justiça, o MERCOSUL e os acordos bilaterais.

Além disso, o Novo Código de Processo Civil brasileiro nos apresenta uma visão constitucional do processo exaltando as garantias fundamentais e fortalecendo a cooperação jurídica internacional.

20 Mestranda em Direito Processual Civil como aluna especial pela UFES. Bacharela em Direito pela FDV. Pós-graduada em Direito Público. Procuradora Municipal. Advogada.

1. ACESSO À JUSTIÇA É UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O conceito de acesso à justiça não é simples de ser conceituado em razão dos aspectos que lhe são peculiares. Diante desta situação gostaria de trazer um ponto de partida. Entender a origem das palavras acesso e justiça.

Acesso tem origem do latim *accessus*, (MICHAELIS, 2021) de aproximação, chegada. Já a palavra justiça tem sua origem *iustitia* (ETIMOLOGIA, 2021) qualidade ou caráter do que é justo e direito e também tem referencia um sistema jurídico. Seguindo os conceitos mencionados, seria uma aproximação ao que é justo e direito. Acho interessante também o entendimento de justiça compreendida com a busca do conhecimento a partir do respeito aos limites físicos e psicológicos de todos. Dar voz a todas as partes, proteger e certificar-se de que os direitos e deveres de todos estão sendo observados, e não de uma única parte.

No Brasil, o acesso à justiça é um direito fundamental expresso na Constituição Federal de 1988 ao dispor em seu artigo 5º, inciso XXXV que a lei a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Mas não é só neste dispositivo que temos o acesso à justiça contemplado em nosso ordenamento, como veremos a seguir.

Muito antes, desde 1948, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem já previu o acesso à justiça como um direito fundamental, bem como a Declaração Universal de Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas incluiu no conceito de processo equitativo e justo os aspectos de independência e imparcialidade de um tribunal. Entrementes, somente com o Pacto de San José da Costa Rica o acesso à justiça foi consagrado como um direito fundamental.

Pelas disposições do Pacto de San José da Costa Rica, podemos identificar o acesso à justiça somente como o acesso ao judiciário, porém ele é muito mais que isso. O que temos que ter em mente é a possibilidade de o indivíduo ter solucionado um conflito de forma eficiente e efetiva. Dessa forma, os meios alternativos de solução de conflitos também devem ser considerados, bem como o uso da tecnologia é muito bem-vindo.

A título de conhecimento, em recente e inédito trabalho realizado por pesquisadores da UFF – Universidade Federal Fluminense foi ma-

peada as legislações latino-americanas que tratam da mediação como meio adequado de solução de conflitos, e assumem grande relevância pela crescente institucionalização do método por diversos países e voltado a diversas áreas. (Panorama legal da mediação na América Latina, 2020). Importantíssimo o trabalho realizado pelos pesquisadores, pois o acesso à justiça também passa pelo conhecimento das partes e dos profissionais do direito em saber onde buscar informações para prestar a melhor solução para o caso apresentado.

Quanto ao uso da tecnologia, um exemplo de esforço conjunto para a cooperação internacional na América Latina ocorreu no VI Congresso das Comissões de Saúde dos Parlamentos das Américas que aconteceu na Argentina, em 2020, com o tema “Transformação digital para a melhoria das decisões, oportunidades e desafios parlamentares em saúde pública”. (ONU, 2021)

Neste, os países como Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Chile, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai concordaram em avançar com leis para a transformação digital no setor de saúde, discutindo os principais desafios e lacunas nas leis sobre saúde digital, e “apelaram por políticas públicas para uma saúde digital inclusiva com ênfase nos mais vulneráveis e garantir conectividade universal no setor até 2030 de modo que os governos criem espaços de troca de experiências e cooperação”. (ONU NEWS, 2021)

Além dessa iniciativa na área da saúde, também é animadora a expectativa de possível utilização da Inteligência Artificial à serviço da justiça e do judiciário como denota o Estudo de Viabilidade (CEPEJ, 2020) publicado pela CEPEJ – Commission européenne pour l’efficacité de la justice, de 08 de dezembro de 2020, analisando a possibilidade de introdução de mecanismo de certificação de ferramentas de inteligência artificial e serviços na esfera da justiça e do judiciário. Tal relatório europeu também deve ser tema de um estudo específico.

Não basta ter acesso à justiça. É necessário que ele seja assegurado a todos em igualdade de condições independente da sua nacionalidade, religião, estado civil etc., ou seja, acessível aos estrangeiros e não residentes em determinado Estado. Além de acessível, é necessário que a justiça seja eficaz tanto de forma individual e social (coletiva).

A globalização tem acelerado a desterritorialização dos estados e a desnacionalização dos produtos. Neste último caso temos que um mesmo produto podem ter suas peças fabricadas em diferentes territórios, e montadas em outro. A democratização dos meios de transporte, hoje acessíveis a grande parte da população, e também a tecnologia tem encurtado fronteiras. Além disso, todos nós podemos ser consumidores internacionais ao realizar um compra em um site estrangeiro, que muitas vezes está com tradução em nossa língua nativa.

No ano de 2020, em meio à pandemia da Covid-19, fomos lançados ao estreitamento de fronteiras, visto que as pessoas foram obrigadas a ficarem em suas casas, trabalhando em home office, comprando em ambiente virtual, realizando e assistindo aulas e reuniões por vídeo conferências entre pessoas de diferentes países, independe de onde estivessem fisicamente, por meio do uso da tecnologia. Logo, diante desse mundo líquido (Cf. BAUMAN, 2001), onde as relações se desenvolvem em uma rapidez e constância inimagináveis há alguns anos, é necessário um posicionamento do direito internacional de forma que todos os cidadãos possam ter acesso à justiça e de forma que os sistemas jurídicos não sejam tão herméticos e heterogêneos.

A grande dificuldade encontrada, ainda que falemos da volatilidade das relações é que os sistemas jurídicos ainda se mostram fechados, sendo necessária uma harmonização do direito processual civil transnacional para que possamos alcançar o acesso à justiça de forma efetiva e eficaz, bem como a cooperação jurídica internacional como um relevante instrumento para trazer concretude e conferir segurança e previsibilidade às relações internacionais que são um resultado da globalização.

Os problemas de direito aplicado decorrem da diversidade de soluções que existem no âmbito internacional, a falta de unidade e a diminuta cooperação entre os Estados dificultando o acesso à justiça (MOSCHEN; SAAR, 2020).

O acesso à justiça passa pela ideia de soberania. O direito processual transnacional tem uma dificuldade de encontrar um ponto central entre os diferentes Estados exatamente por contas das diversas soberanias e a necessidade de cada uma delas ceder parte de sua. Nesse ponto que os princípios possuem um papel importante como ponte para uma oxigenação e flexibilização nas normas nacionais.

Os princípios são importantes instrumentos na harmonização do direito processual civil, ainda que não possuam caráter vinculante, tampouco formas de coesão para sua observância. Dentre os exemplos, temos os Princípios da ALI/UNIDROIT (PRINCÍPIOS ALI/UNIDROIT, 2021), utilizados principalmente para questões comerciais, mas que também são aplicados a outras disputas de direito civil e que são um produto normativo da harmonização jurídica processual indireta, fruto de uma parceria público-privada entre a Associação Norte-americana de Juristas – ALI (American Law Institute) e a UNIDROIT uma instituição intergovernamental, hoje composta por 63 países sendo o Brasil membro desde 1993, bem como os princípios do ASADIP/ TRANSJUS (PRINCIPIOS ASADIP) – Associação Americana de Direito internacional Privado publicados em 2016 que trazem princípios sobre o acesso transnacional à Justiça tendo por objetivo melhorar o acesso à justiça e serem aplicáveis na interpretação, integração e complementação de regras sobre o tema.

Importante observar as relações entre os Estados e entre os Estados e as pessoas para a promoção do acesso à Justiça. Nenhum país ou grupo pode ser considerado e visto sem observar as demais pessoas que fazem parte do planeta.

A ideia conceitual de soberania intimamente ligada em razão do território não tem mais espaço no direito contemporâneo. Principalmente no ano de 2020 sentimos uma interconectividade absoluta entre todas as pessoas no mundo no período da pandemia da Covid-19, momento em que ficou ainda mais claro que inexiste fronteiras entre os Estados.

A multiplicidade e divergência das legislações dos Estados nacionais ainda dificulta esse acesso. Além disso, as pessoas com menos condições econômicas encontram advogados despreparados para as questões internacionais, o desconhecimento dos magistrados em litígios internacionais, o que ocasiona uma demora processual, a diferença de idioma, o valor do deslocamento (pagamento de passagens aéreas), pagamento de custas processuais.

O reconhecimento do acesso à justiça como um direito humano fundamental, e ainda do indivíduo como destinatário das medidas de cooperação já é um início do processo. O acesso à justiça não como um mero ingresso formal ao judiciário, mas também informações de como ter o acesso, como ocorrem os procedimentos e como executá-los. Ele ocorre durante

todo o processo. Um direito material garantido efetivamente. E não é só o judiciário. Também devem ser buscadas normas formas de se fazer justiça que não somente aquelas burocratizadas e tradicionais diante da fluidez do direito, como o uso de meios autocompositivos como a mediação.

1.1. CENÁRIO BRASILEIRO DE ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No Brasil temos o sistema jurídico da *Civil Law* influenciado pela tradição romano-germânica que significa que o direito é construído através de processos legislativos e compilações de leis, sendo a lei a mais importante fonte do direito.

Como afirmado, a instrumentalização do acesso à justiça tem como base a cooperação jurídica internacional que no Brasil consta em diversos instrumentos considerando ainda que o Novo Código de Processo Civil de 2015 se apresentou como um importante instrumento de caráter democrático exaltando a constitucionalização do processo, valorizando e reconhecendo a força normativa da Constituição.

O Código de Processo Civil de 2015 com base eminentemente constitucional mostra a preocupação do legislador no cumprimento de tratados e acordos internacionais e um apreço pelas normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

A partir da Constituição Brasileira de 1988, tivemos o reestabelecimento da democracia e a consagração de diversos direitos fundamentais. O artigo 1º do Código de Processo Civil já inaugura esta visão constitucional ao estabelecer que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando as disposições deste Código.

Inúmeros são os dispositivos do Código de Processo Civil que, interpretados sistematicamente, conduzem para a intenção do legislador valorizar os indivíduos e colocar as partes como protagonistas no acesso à justiça, além de um capítulo do código ser destinado à cooperação jurídica internacional. Em relação à cooperação jurídica internacional os artigos 26 a 41 trazendo disposições sobre as cartas rogatórias, o auxílio direito e a homologação de sentença estrangeira, que tem seu tratamento no artigo 960.

O artigo 13 denota a intenção do legislador em consagrar a aplicação prioritária do regime convencional em detrimento do ordenamento jurídico interno, mormente na regulação da jurisdição e da cooperação jurídica internacional, o que também podemos identificar nos artigos 26 e 960, que tratam, respectivamente, da cooperação jurídica internacional e da homologação de sentença estrangeira. Também há uma consagração do indivíduo como autor principal do processo na medida em que traz a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais (art. 190) e o reconhecimento de validade da cláusula de eleição de foro em contrato internacional (art. 25).

1.1.1. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A RESPEITO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

No Brasil, temos legislações internas a respeito da cooperação jurídica internacional. A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 4º, inciso IX dispõe sobre o princípio da cooperação jurídica entre os povos para o progresso da humanidade sendo um dos princípios vetores nas relações internacionais.

O artigo 5º, inciso XXXI e LXVII dispõe respectivamente sobre a sucessão de bens de estrangeiros situações no País e a prisão civil do devedor de alimentos. O artigo 105, que trata da competência do Superior Tribunal de Justiça, estabelece em seu inciso I letra “i” sobre a competência originária do STJ para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

A Carta Maior também prescreve no artigo 109, incisos I, II, III e X as competências dos juízes federais para julgar as causas relativas a processos que envolvam Estado estrangeiro ou organismo internacional, bem como os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e se sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a opção, e à naturalização.

Por fim, o artigo 227, §5º, da CRFB/1988 fala sobre que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

A Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010 também traz em seu bojo disposições acerca da cooperação jurídica internacional, tratando de assuntos como a lei aplicável sobre o começo e fim da personalidade, nome, capacidade, direitos de família e sucessões.

O Código de Processo Civil de 2015 encampou a ideia da Constituição de 1988, trazendo diversas considerações importantes no tocante ao direito internacional e a cooperação jurídica internacional. Inclusive, como já mencionado, o título do Livro II, Título II, Capítulo II, fala da cooperação internacional que será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará alguns princípios.

No Superior Tribunal de Justiça, o artigo 216-O de seu Regimento Interno, dispõe sobre a atribuição do Presidente do STJ para conceder *exequatur* a cartas rogatórias, ressalvado o disposto no artigo 216-T (caso de impugnação ao pedido de concessão de *exequatur* a carta rogatória de cunho decisório).

Temos a definição da tramitação de cartas rogatórias e dos pedidos de auxílio direto, ativos e passivo, em matérias penal e civil, na ausência de acordo de cooperação jurídica internacional bilateral ou multilateral na Portaria Interministerial MJSP/MRE nº 501, de 21 de março de 2012.

Por fim, quanto à legislação interna em relação à cooperação jurídica internacional temos a Portaria nº 231 de 17 de dezembro de 2015 dispõe sobre o trâmite dos pedidos de assistência jurídica gratuita no âmbito da cooperação jurídica internacional.

2. AS TRÊS PRINCIPAIS GARANTIAS E A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ACESSO À JUSTIÇA, MERCOSUL E ACORDOS BILATERAIS

É de extrema importância dar luz aos principais acordos e tratados que o Brasil possui em relação às três principais garantias para o conhecimento a respeito da legalidade, da legitimidade, da celeridade, onde buscar o direito, sua tramitação e a sua execução.

Antes de destrinchar as três principais garantias (assistência jurídica gratuita, desobrigação de pagamento de caução e isenção de custas), oport-

tuno mencionar a autoridade central brasileira, que é o órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica internacional.

No Brasil, o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) exerce a função de autoridade central para a maioria dos acordos internacionais em vigência, por intermédio do DRCI/Senajus – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça, de acordo com o artigo 14, anexo I do Decreto nº 9.662, de 1º de janeiro de 2019. A Autoridade Central confere legalidade, legitimidade e celeridade ao processo de cooperação, além de ter um cunho educacional na medida em que ajuda as partes e aos profissionais do direito onde buscar informações sobre a tramitação dos procedimentos.

No direito internacional, a autoridade central é um conceito consagrado e visa a determinar um ponto unificado de contato para a tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional, com vistas à efetividade e à celeridade desses pedidos.

Após uma prevê explanação acerca da autoridade central, passemos a analisar a situação do acesso à justiça internacional. De acordo com os dados do Ministério da Justiça, há um aumento da procura por acesso ao judiciário estrangeiro, diante da crescente mobilidade dos indivíduos gerada pela globalização, sendo os principais obstáculos no contexto internacional:

- exigência por parte de alguns judiciários estrangeiros de pagamento de caução, depósito ou qualquer outro tipo de garantia perante a justiça por ser estrangeiro ou por não ser residente ou domiciliado no território do outro Estado;
- custas judiciais elevadas, que podem se tornar impeditivas conforme a taxa de câmbio entre as moedas do Estado de residência do interessado e do Estado onde pretende litigar;
- dificuldade de acesso a um advogado no estrangeiro, seja por desconhecimento de como obter referências seja pelo preço cobrado pelos honorários;
- dificuldade de obtenção do benefício da justiça gratuita (envolvendo tanto a isenção de custas como o auxílio de um advogado) por desconhecimento do sistema estrangeiro ou pela diferença das regras adotadas para sua concessão entre os países;

- custos complementares gerados pelo fato do litígio ser em outro país, como despesas com tradução e interpretação, deslocamento etc;
- dificuldades adicionais considerando a diferença de idiomas entre os Estados, o que demanda, não apenas custos extras, como também necessidades específicas, como ter acesso a um advogado que compreenda e fale o idioma do interessado;
- grande desconhecimento sobre os sistemas jurídicos estrangeiros: se para o leigo o sistema nacional se apresenta como complexo, compreender as diferenças entre sistemas jurídicos distintos demanda enorme, e por vezes infrutífero, esforço. (BRASIL, 2020).

De acordo com os dados do *site* do Ministério da Justiça (BRASIL, 2020) o percentual de pedidos ativos e passivos demonstram que o Brasil solicita a cooperação jurídica muito mais do que é requisitado, uma média de 77% (setenta e sete por cento) de demandas brasileira para outros Estados e 23% (vinte e três por cento) de solicitações. Ou seja, o Brasil demanda muito mais do que é demandado em termo de cooperação jurídica internacional.

Também temos acesso à estatística de pedidos de cooperação jurídica em matéria civil no ano de 2020, que foi de 3615 novos pedidos (ativos e passivos), sendo dos ativos 24,9% oriundos de Portugal, seguido por Estados Unidos da América (17,8%) e Espanha (5,8%), e dos passivos 21,2% de Portugal, seguido por Estados Unidos (13,4%) e Itália (11,7%). (BRASIL, 2020).

Infelizmente, não há dados específicos em relação às três principais garantias que serão analisadas (assistência jurídica gratuita, desobrigação de pagamento de caução e isenção de custas). A primeira garantia de assistência jurídica gratuita. Inicialmente temos que o Novo Código de Processo Civil também trouxe uma ótima contribuição em relação a assistência judiciária gratuita.

Antes, com a vigência da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que estabelecia normas de assistência judiciária gratuita aos necessitados não era possível conceder para o estrangeiro não residente a perpetrada ajuda. Podemos inferir na Petição 9815 – DF de Relatoria do Ministro Salomão, julgado de 29 de novembro de 2017 que o fundamento para a negativa de assistência foi exatamente a disposição da Lei nº 1.060/50. Importante observar os apontamentos feitos na Ementa do v. Acórdão. (STJ, 2018)

Contudo, com a nova visão constitucional trazida pela Lei nº 13.015/2015, é possível a concessão da assistência judiciária gratuita ao estrangeiro, conforme disposição do artigo 98 que estabelece que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

A Suprema Corte brasileira analisando o caso do Recurso Especial – REsp. de 1.225.854 – RS, de relatoria do Ministro Marcos Buzzi, concedeu a assistência de julho de judiciária gratuita ao estrangeiro não residente afirmando ser possível a concessão do benefício diante da aplicação da norma prevista no artigo 98, do CPC/2015. No que se refere ao acesso à justiça pela garantia de assistência judiciária gratuita, o Brasil possui diversos acordos internacionais.

Como vimos, o país mais demandado e com maior demanda brasileira é Portugal. Neste caso, temos a Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre Brasil e Portugal, promulgada pelo Decreto Legislativo nº 26, de 25 de outubro de 1936.

O Brasil também possui a Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita com a Argentina, promulgada pelo Decreto 62.978, de 11 de julho de 1968. Já o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita entre os Estados-Partes do MERCOSUL, com a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado pelo Decreto nº 6.679, de 8 de dezembro de 2008. Este acordo aguarda a Ratificação da Argentina, Uruguai e Bolívia.

O Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto nº 166, de 3 de julho de 1991 dispõe, dentre outros, que os nacionais de um Estado Contratante gozarão do benefício da justiça gratuita nas mesmas condições dos nacionais do outro Estado, qualquer que seja o lugar de sua residência habitual, inclusive terceiro Estado.

Há o Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa e o Governo da República Francesa promulgado pelo Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000, tratando que os nacionais de cada um dos Estados gozarão, no território do outro Estado, do benefício da assistência judiciária como os próprios nacionais, em conformidade com a lei sobre a matéria no Estado em cujo território a assistência for pedida.

O Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, promulgado pelo Decreto n° 1.476, de 2 de maio de 1995, que estabelece que o benefício será concedido aos cidadãos de ambos os países, ao residente em qualquer dos dois Estados ou em terceiro Estado, de acordo com a Legislação do país estrangeiro.

A Convenção entre o Brasil e a Bélgica sobre Assistência Judiciária Gratuita, promulgada pelo Decreto n° 41.908, de 29 de julho de 1957, que se aplica aos nacionais de ambos os países, ainda que tenham residência em um terceiro Estado.

A Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e o Reino dos Países Baixos (Holanda), promulgado pelo Decreto n° 53.923, de 20 de maio de 1964, aplica-se aos nacionais de ambos os países, residente em qualquer dos dois Estados ou em terceiro Estado.

A Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro. Decreto n° 56.826, de 02 de setembro de 1965, visa aos pedidos de pensões alimentícias no âmbito internacional como informações para se obter ou receber a pensão alimentícia a serem pagas no Brasil quando uma das partes envolvida estiver no exterior, bem como na obtenção de provas.

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Promulgado pelo Decreto n° 3.413, de 14 de abril de 2000, em vigor no Brasil a partir de 1° de janeiro de 2000. Demandantes estrangeiros de um pedido de restituição de menor – nacionais e residentes em qualquer um dos Estados.

A Convenção Interamericana sobre Obrigação alimentar, promulgada pelo Decreto n° 2.428, de 17 de dezembro de 1997 na qual os demandantes podem estar perante o judiciário estrangeiro para o reconhecimento e execução de sentença de alimentos.

A Convenção de Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça, promulgada pelo Decreto n° 8.343, de 13 de novembro de 2014 aplica-se aos nacionais e habitualmente residentes, o residente em qualquer dos Estados.

O Acordo sobre cooperação judiciária em matéria civil entre o governo da república federativa do Brasil e o governo da República Libanesa.

O Tratado sobre Auxílio Judicial em Matéria Civil e Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China, pro-

mulgado pelo Decreto nº 8.430, de 09 de abril de 2015 dispondo sobre a carta rogatória como mecanismo de cooperação.

Por fim, temos o Acordo sobre Assistência Judiciária entre o Brasil e o Japão Troca de Notas no Rio de Janeiro, em 23 de setembro de 1940.

No tocante à segunda garantia de desobrigação de pagar caução, depósito ou qualquer outro tipo de garantia perante a justiça estrangeira por ser estrangeiro ou por não ser residente ou domiciliado no território do outro Estado, o Brasil possui diversos acordos.

O Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha (Decreto nº 166, 3 de julho de 1991) para nacionais de ambos os países, inclusive pessoas jurídicas.

O Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa (Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000) para nacionais de ambos os países.

O Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana (Decreto 1.476 de 2 de maio de 1995) para cidadãos residentes ou domiciliados em ambos os países.

O Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-Pares do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, sendo que neste caso aguarda-se a ratificação da Argentina, Uruguai e Bolívia. É concedida aos nacionais, cidadãos e residentes habituais de cada um dos Estados.

O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – MERCOSUL entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Aplicável aos cidadãos e residentes permanentes em um dos Estados, assim como às pessoas jurídicas.

Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Pares do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, aguardando ratificação de Uruguai e Bolívia. É garantido aos cidadãos e residentes permanentes em um dos Estados, inclusive pessoas jurídicas.

Convenção de Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça promulgado pelo Decreto nº 8.343, de 13 de novembro de 2014), onde é garantido

o benefício aos nacionais e habitualmente residentes, bem como as pessoas jurídicas.

Acordo de Cooperação judiciária em matéria civil entre o governo da república federativa do Brasil e o governo da república Libanesa, aplicável aos nacionais de ambos os países.

O acesso à justiça também atinge a isenção de custas no cumprimento do pedido de cooperação, não reembolso de despesas ordinárias, com exceção dos custos excepcionais como perícia, procedimentos especiais quando solicitado etc., sendo esta identificada como a terceira garantia.

O Código de Processo Civil, §1º, art. 98, dispõe que a gratuidade da justiça compreende as taxas e as custas judiciais.

Quanto à isenção de custas, o Brasil possui os seguintes acordos: (a) Acordos de Cooperação Jurídica Internacional para comunicação de atos, obtenção de provas e pedidos de informação sobre direito estrangeiro, aplicado automaticamente quando da tramitação do pedido de cooperação; (b) Acordos de Cooperação Jurídica Internacional para a solicitação do benefício da justiça gratuita, sendo que para a tramitação de pedido de assistência judiciária gratuita há isenção de custas ou taxas; (c) Protocolos de Medidas Cautelares – MERCOSUL, que possui isenção para alguns casos de medidas cautelares: quando requeridas em matéria de alimentos provisionais, localização e restituição de menores e quando a pessoa é beneficiária de justiça gratuita no outro país (art. 25). Para os demais casos não há isenção; (d) Acordos de Cooperação Jurídica Internacional para a obtenção de alimentos ou restituição de menores, com aplicação automática quando da tramitação do pedido de cooperação.

Inexistindo tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se pela via da reciprocidade, com base no artigo 26 do CPC/15, não se exigindo a mesma para a homologação de sentença estrangeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça é uma forma de promoção e reconhecimento dos direitos humanos, sendo o mais fundamental direito a partir do qual se salvaguarda os demais. O acesso deve ser de tal forma que seja possível reconhecê-lo desde o primeiro contato até a sua execução e a resolução material do conflito. Para isso, é necessário que se busque novas formas de

fazer justiça que não somente aquelas burocratizadas e tradicionais, e que o direito se module ao longo do tempo.

O problema encontrado é a diversidade de jurisdições e normas jurídicas específicas de cada país; uma fragmentação e heterogeneidade dos sistemas jurídicos que criam obstáculos ao acesso à justiça, as resoluções dos conflitos e o alcance da dignidade da pessoa humana. A unificação do direito é importante para o efetivo acesso à justiça garantindo segurança jurídica nas relações e efetividade das decisões.

O acesso à justiça também foi tema da 45ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que ocorreu em 14 de setembro de 2020. Na oportunidade a alta comissária, Michele Bachetel, apelou para definição de políticas públicas que proporcionam acesso universal e igualitário a proteções sociais e cuidados de saúde.

A chefe de Direitos Humanos também pediu que instituições promovam o respeito pelas opiniões e direitos de todos os membros da sociedade além de leis sobre policiamento responsável e acesso à justiça, medidas estas que a seu ver deverão “evitar a escalada de tensões, violência e conflito”. (ONU NEWS, 2021)

A cooperação jurídica internacional é um relevante instrumento que concretiza a segurança e confere previsibilidade às relações privadas internacionais que são um resultado da globalização

O caminho trilhado pelo legislador brasileiro em relação à cooperação jurídica internacional destinando um capítulo do Código de processo civil interno sobre o tema, e ressaltando as relações internacionais em detrimento das nacionais é um passo significativo na concretização da justiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía; VARGAS, Daniela; DE NARDI, Marcelo. Revisitando as convenções processuais da Conferência de Haia para o direito internacional privado: um olhar a partir do Brasil. Em **“A conferência de Haia de direito internacional privado e seus impactos na sociedade – 125 anos (1893-2018)”**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2018.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Princípios ASADIP sobre el Acceso Transnacio-**

nal a Justiça (TRANSJUS). 2016. Disponível em: http://www.asadip.org/v2/?page_id=231.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BRAGANÇA, Fernanda; GAMA DE MIRANDA, Fernando Netto. **Panorama legal da mediação na América Latina**, Niterói: PP-GSD-UFF, 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015.

_____. **Convenção de Haia sobre acesso à Justiça**, 2014.

_____. **Decreto nº 4.657, 4 de setembro de 1942, com alteração pela Lei nº 12.370**, 2010.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro**, 1992.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Cooperação internacional**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acesso-internacional-a-justica>. Acesso em: 14 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 out. 1988.

CONSELHO DA EUROPA. **Possible introduction of a mechanism for certifying artificial intelligence tools and services in the sphere of justice and judiciary: feasibility study**. Disponível em: <https://rm.coe.int/feasability-study-en-cepej-2020-15/1680a0adf4>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/palavra/vk3M/acesso/>. Acesso em 08 de jan. 2021. Disponível em: <<https://etimologia.com.br/justica/>>. Acesso em: 8 jan. 2021.

GIDI, Antonio; HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele; STURNER, Rolf. **Introduction to the principles and rules of transnational civil procedure**. Disponível em: <[HTTP://SSRN.COM/ABSTRACT=1016418](http://ssrn.com/abstract=1016418)>. Acesso em: 20 dez. 2020.

HILL, Flávia. **O Direito processual transnacional como forma de acesso à Justiça no século XXI**: os reflexos e desafios da sociedade contemporânea para o Direito Processual Civil e a concepção de um título executivo transnacional. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

HILL, Flávia; PINHO, Humberto D. B. **A Nova Fronteira Do Acesso À Justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/2015**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; BARBOSA, L. N. O Processo Civil Internacional no CPC/2015 e os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: Uma análise de consonância da harmonização do processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/36491>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MOSCHEN, V. R. B.; SAAR, I. de Araujo; COSTA, P. R. O sistema processual brasileiro e a codificação do Direito Internacional em matéria processual: um caleidoscópio sem lógica. **Revista Vox Fadileste**. Disponível em: < <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/170/206>>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MUÑOZ, Javier L. Ochoa. Acesso transnacional a la *justicia* y gobernanza glocal (comentários introdutórios a los princípios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia). **Revista de Direito Brasileiro**, São Paulo, v. 20, n. 8, p. 3336-363, maio-ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/09/1726072>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Parlamentos da América Latina e agência da ONU apostam em transformação digital**. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2021/01/1737832>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA CONEXÃO INQUISITIVA NO PROCESSO CIVIL

*Franco Pereira Silva*²¹

INTRODUÇÃO

A discussão a respeito dos poderes instrutórios do juiz e a amplitude destes tem sua importância revelada no fato de que se trata de um tema diretamente relacionado ao resultado da demanda. Com a mudança de paradigma provocada pelo Código de Processo Civil de 2015, qual seja, a presença ainda mais forte do modelo de processo cooperativo, cada vez mais se tem debatido sobre a atuação e participação das partes no processo, notadamente na fase de instrução.

O princípio da conexão, conexão inquisitiva ou eConexão, é fruto de uma construção jurisprudencial da última década, atualmente muito bem aceita no âmbito da Justiça do Trabalho e cada vez mais tendente a entrar no cenário do processo civil comum. Ele diz respeito à possibilidade de o magistrado, de mão própria, levar informações de fora dos autos, constantes em meio digital, para o processo e utilizá-las na fundamentação da decisão.

Este estudo tem como objetivo investigar se o atual modelo de processo civil bem como as normas de regência dá sustento à conexão in-

21 Graduado summa cum laude em Direito, pela PUC Goiás. Especialista em Processo Civil Aplicado, Direito Empresarial e Docência no Ensino Superior. Advogado.

quisitiva. Para tanto, foi feita uma revisão bibliográfica, com enfoque na literatura especializada de processo civil comum, bem como pesquisa legislativa e estudos de casos concretos, com utilização de pesquisa quantitativa, focada na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) e no Tribunal de Justiça de São Paulo, em função do porte e volume de decisões nestes proferidas.

Para os fins deste estudo, o termo “*princípio*” da conexão foi utilizado sem maiores aprofundamentos quanto a sua característica de ser um princípio ou não. Apesar de se ter conhecimento que há vozes de relevo que sustentam não se tratar a conexão inquisitiva de um princípio, tal fato não foi levantado no presente trabalho, uma vez que o foco é verificar tão somente a compatibilidade de sua finalidade, do que ele propõe a servir, com as normas do processo civil comum.

Desse modo, este trabalho tem início com a investigação sobre a evolução dos modelos de processo civil, porque importantes à compreensão do papel e limites do julgador na instrução do processo. Posteriormente, a pesquisa trata do princípio da conexão em si, sua origem, fundamentos e utilização para, por fim, finalizar com as investigações sobre a prova no processo civil e a compatibilidade da aplicação da conexão inquisitiva tendo como referência o Código de Processo Civil.

1. BREVES NOTAS SOBRE O ATUAL MODELO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A discussão a respeito do modelo de processo vigente em determinado ordenamento jurídico está ligada a ideia de divisão de trabalhos pelos sujeitos processuais, isto é, verificar quais condutas e atividades cabem às partes, aos procuradores e ao juiz, principalmente. Tradicionalmente, a literatura identifica os modelos de processo adversarial e inquisitorial.

O modelo adversarial tem como característica o processo como um espaço de duelo entre as partes, tidas como adversárias, no qual a atitude do órgão jurisdicional é passiva e orientada apenas à decisão da demanda. Nesse modelo vige o denominado *princípio do dispositivo*, segundo o qual, “quando observado por inteiro, atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, por-

tanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 99).

Quando se está diante de um sistema processual em que o protagonismo recai sobre o órgão jurisdicional, incumbido também de atuar ativamente em várias tarefas do processo, inclusive na produção probatória, fala-se, então, do modelo de processo inquisitorial. É presente nesse modelo o *princípio do inquisitivo*, que pode ser caracterizado, “teoricamente, pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz [...]. Por todos os meios a seu alcance, o julgador procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou de colaboração das partes” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 99). Nas palavras de Didier Jr. (2017, p. 137-138):

A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação da “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

De maneira superficial, é possível dizer que o modelo/princípio inquisitório/inquisitivo está ligado à tradição do *civil law*, ao passo que o adversarial/dispositivo se relaciona à tradição do *common law*. Diz-se *de maneira superficial*, pois é necessário destacar que, principalmente na atualidade, não mais se encontram sistemas puros, que não exerçam influências entre si e não tenham adotado regras uns dos outros.

Com efeito, em um mesmo modelo de um mesmo ordenamento jurídico é possível encontrar temas nos quais predomina o princípio do dispositivo bem como outros regidos pelo princípio do inquisitivo. Utilizando da fórmula adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, Didier Jr. (2013, p. 219) explica que:

[...] no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas *ex officio* (art. 130 do CPC).

Dessa forma, principalmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, impossível a tarefa de se classificar o atual sistema processual brasileiro em algum dos modelos classicamente abordados pela literatura. Em não sendo nem um nem outro, parece mais adequado se afirmar que, “em um esforço de síntese, o novo CPC adotou o *princípio da colaboração* do juiz para com as partes como sendo o mais apropriado para a disciplina da direção do processo no processo civil do Estado Constitucional” (MARI-NONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 288).

É o próprio Código de Processo Civil de 2015 que, ao estatuir em seu artigo 6º que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha uma decisão de mérito justa e efetiva, afirma a positivação do *princípio da colaboração* ou *cooperação* no atual processo civil brasileiro, adotando um terceiro e mais moderno modelo, qual seja, o modelo cooperativo. Para Dinamarco e Lopes (2016, p. 65):

[...] o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes. Ele é uma instituição do Estado, não um negócio combinado em família, e daí o dever de exercer ativamente o contraditório, imposto pela Constituição Federal e pela lei ao juiz.

Dessa forma, no modelo de processo cooperativo, o protagonismo recai tanto sobre as partes quanto sobre o juiz, e as atividades e funções devem ser orientadas para a pacificação do conflito com justiça e efetividade, independentemente de quem as pratiquem. A atuação do órgão jurisdicional é destacada justamente em função do poder-dever de zelar para que as partes cooperem entre si, tendo também o poder-dever de praticar funções diante de situações específicas.

1.1. O ÔNUS PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ATUAÇÃO OFICIOSA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

Como regra, o Código de Processo Civil estatuiu, pelo artigo 373, a distribuição estática do ônus da prova, pela qual incumbe ao autor da

demanda provar os fatos constitutivos do seu direito; ao réu, os extintivos, modificativos ou impeditivos. Essa regra pode ser relativizada, havendo a possibilidade que o juiz, diante de previsão legal ou peculiaridades do caso concreto, redistribua o ônus a quem melhor puder dele desincumbir, valendo-se da distribuição dinâmica prevista no §1º do artigo 373, do CPC.

Nesse cenário, percebe-se que o ônus de produzir a prova é superior aos interesses dos litigantes, uma vez que podem surgir situações em que a parte venha a ser incumbida à produção de alguma prova, que, futuramente, o teor revelado pode até lhe provocar a sucumbência na demanda. Assim, “o que se pretende com a prova é alcançar a convicção do juiz, [...] o código parece adotar tal posição ao mencionar expressamente a necessidade de convencimento do juiz (CPC/2015, art. 131 e 371)” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 98).

Tal conclusão é reforçada ainda pela possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção de provas que entender necessárias para o julgamento do mérito, como estatui o artigo 370, do CPC. Apesar de essa não ser uma hipótese recente, uma vez que o artigo 130, do Código de Processo Civil de 1973, já continha previsão idêntica, ela ainda é polêmica e suscita debates.

Uma das principais controvérsias a respeito da redação do mencionado artigo diz respeito à amplitude desses poderes instrutórios. Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 98-99), o “art. 370 do CPC conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo, segundo o rumo observado nos países latino-americanos, de adoção do *inquisitorial system*”.

A Ministra Nancy Andriighi, valendo-se das lições de José Bedaque, em voto proferido ainda na vigência do CPC de 1973, também se filiou à corrente da maior amplitude dos poderes do juiz em matéria probatória. Segundo a Ministra:

Hoje se compreende que o princípio dispositivo deve se limitar a definir quais os limites da lide, estabelecidos pelo pedido e pela causa de pedir arguidos pelo autor, somados aos fundamentos de resistência do réu. Ele se liga, portanto, à relação jurídica de direito material. Para apurar a veracidade dos fatos alegados dentro desse limite, há liberdade probatória para todos os atores do processo, in-

clusive para o juiz que, nos termos do art. 130 do CPC, pode atuar de ofício nos atos de instrução – submetendo, sempre, o resultado dessa atividade à manifestação das partes, em contraditório. [...]. As provas, assim, não mais pertencem à parte que a produziu, mas ao processo e a que se destinam (BRASIL, 2010, n.p.).

Dinamarco e Lopes (2016, p. 65), por outro lado, na adoção de um posicionamento aparentemente mais contido, defendem a atuação oficiosa do juiz na produção probatória de forma suplementar e subsidiária, lecionando que:

O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade de alguma prova relevante e pertinente que as partes não hajam requerido, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que se produza. Exige-lhe também, para a efetividade da isonomia processual, que diligencie o que a parte pobre não soube ou não pôde diligenciar (até porque muitas vezes patrocinada por advogados dativos, nem sempre empenhados em sua efetiva defesa).

Para Montenegro Filho (2016, n.p.), “o art. 370 não é interpretado de forma absoluta [...]. A atuação de ofício do magistrado é permitida, na busca da verdade real (ou mesmo formal), quando estiver diante de prova *contraditória, confusa ou incompleta*” (grifos do original). Ele ainda enfatiza que:

Essa atuação mais ativa do magistrado deve respeitar todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais, como os do contraditório e da ampla defesa, da isonomia processual, da motivação, da publicidade dos atos processuais, cuidando, ainda, de não beneficiar a uma das partes com a prova que esta deveria ter protestada e produzida.

Em sentido similar, interessante o posicionamento de Neves (2018, p. 743), para quem, além de suplementar e subsidiária, a atuação oficiosa do juiz se constitui em mera faculdade. O autor enfatiza ainda que a redação do artigo 370, do CPC, poderia ter ido além e positivado que “os cha-

mados ‘poderes instrutórios’ do juiz, na realidade, são faculdades instrutórias”, não havendo falar em nulidade na sentença que aplica o ônus da prova mesmo em situação que o juiz poderia ter determinado a produção da prova de ofício.

2. ORIGEM, DEFINIÇÃO E APLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA CONEXÃO

O princípio da conexão pode ser definido como um princípio especial do processo judicial eletrônico e caracteriza-se pela possibilidade de o magistrado fazer incluir nos autos informações públicas, abertas e disponíveis na internet. Seus defensores alegam que, na era digital, há uma irradiação das informações virtuais no processo eletrônico, de modo a ser possível a produção de provas pelo órgão jurisdicional, *ex officio* e de mão própria, desde que contidas em sítios da *internet*. Na dicção de Eugênio e Rodrigues (2015, n.p.):

Com a facilidade do acesso às informações disponíveis na rede, o juiz pode formar sua convicção com outros elementos além dos presentes nos autos formais, tendo uma participação mais ativa. Essa nova perspectiva deve ser admitida com cautela, visto que o uso de elementos alheios aos contidos nos autos pode contribuir na afetação da imparcialidade do juiz, essa postura mais atuante pode implicar na contaminação de sua decisão.

Esse princípio foi anunciado e utilizado pela primeira vez no voto do Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região José Eduardo de Resende Chaves Júnior, relator do Recurso Ordinário trabalhista de nº 0001653-06.2011.5.03.0014. Na ocasião, o relator o invocou para fundamentar pesquisa por ele realizada na *internet*, a fim de investigar a vigência de lei municipal alegada por uma das partes.

No voto, Chaves Jr. afirmou que, com o advento das novas tecnologias de comunicação, notadamente do processo judicial eletrônico, não há mais barreiras entre o mundo do processo e as relações sociais. Segundo ele:

O hipertexto, o link – a chamada linguagem de marcação no jargão tecnológico – permite a aproximação entre os autos e a verda-

de (real e virtual) contida na rede, sem que com isso se imprima um grau caótico de desestabilização jurídica na estrutura mediática do processo. [...].

No processo virtual essa separação é literalmente desmaterializada. As fronteiras entre os autos e o mundo já não são tão claras, pois ambos pertencem ao mundo virtual. A virtualidade da conexão –o hipertexto– altera profundamente os limites da busca da prova, pois, como se sabe, os links permitem uma navegação indefinida pelo mundo virtual das informações, um link sempre conduz a outro e assim por diante (BRASIL, 2012, n.p.).

Apesar de o princípio da conexão, também chamado de conexão inquisitiva ou princípio da eConexão, ter se popularizado melhor na Justiça do Trabalho, ele não se trata de um princípio específico da área, mas, sim, do processo eletrônico como um todo. Esse raciocínio se sustenta se considerada sua base de fundamento, que é a nova realidade do processo informatizado, este, regido pela Lei nº 11.419/2006.

Em pesquisa realizada no buscador de jurisprudência²² do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, utilizando as palavras-chave “princípio da conexão”, com critério de busca definido para apenas acórdãos, houve um retorno de 76 resultados²³, compreendidos entre junho de 2015 a novembro de 2020. Dos casos analisados, em apenas 10 houve a rejeição da aplicação da conexão inquisitiva, e, nesses, o fator comum foi o requerimento de alguma das partes para a aplicação.

Nos casos de não provimento do pedido de aplicação do princípio, verificou-se que houve preclusão na juntada de provas durante a instrução, em primeiro grau, provas estas, por sua vez, disponíveis na *internet*, como acordos e convenções coletivas, que constam do sítio do Ministério do Trabalho. Nos demais casos analisados, o princípio da conexão foi aplicado em diversos contextos, tais como a colheita de provas em rede

22 Pesquisa realizada no site: <https://juris.trt2.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

23 Ampliando a pesquisa para “qualquer publicação”, o retorno foi de 624 resultados, compreendidos entre março de 2015 a novembro de 2020. Considerando essa quantidade, no entanto, optou-se pela restrição dos resultados, a fim de tornar mais precisa a análise pretendida neste trabalho.

social para refutar tese inverossímil²⁴, busca de dados públicos e identificadores das partes, como a composição do quadro societário²⁵, utilização de matéria jornalística publicada em meio eletrônico²⁶ e, ainda, mais comumente, a consulta a outros processos eletrônicos para a tomada de provas emprestadas²⁷.

No âmbito da Justiça Comum, notadamente no segundo grau, são poucos os casos em que a conexão inquisitiva é sequer mencionada. Um interessante caso em que houve declarada nulidade da sentença, por trazer elementos constantes de sites da *internet* como provas para fundamentar a decisão, foi a Apelação Cível nº 1001819-76.2018.8.26.0642, de relatoria do Desembargador Eurípedes Faim, da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No voto, o Relator rechaçou a ideia de que os autos do processo eletrônico, simplesmente por serem eletrônicos, não possuem barreiras com relação às demais informações virtuais. Enfatizou ainda que:

Na verdade, também o chamado processo virtual é parte do mundo físico, o qual é composto por matéria e energia, posto que o processo virtual se materializa em computadores, se armazena em discos rígidos e se transmite por fios ou ondas eletromagnéticas, não sendo imaterial no sentido de “não ser”. As chamadas “nuvens” nada mais são que gigantescos computadores onde se armazenam dados em um determinado lugar. Basta uma busca na *internet* para confirmar essas afirmações (SÃO PAULO, 2019, p. 5).

24 BRASIL. Recurso Ordinário nº 1000230-15.2019.5.02.0087, DEJT de 16/10/2020, 4ª Turma do TRT 2ª Região, Relatora Desembargadora Ivete Ribeiro, Julgado em 14/10/2020.

25 BRASIL. Recurso Ordinário nº 1000789-23.2019.5.02.0264, DEJT de 06/11/2020, 8ª Turma do TRT 2ª Região, Relatora Desembargadora Silvane Aparecida Bernardes, Julgado em 04/11/2020.

26 BRASIL. Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo nº 1001168-54.2019.5.02.0719, DEJT de 22/10/2020, 4ª Turma do TRT 2ª Região, Relatora Desembargadora Ivani Contini Bramante, Julgado em 20/10/2020.

27 Entre outros, exemplificativamente: BRASIL. Recurso Ordinário nº 1002083-59.2017.5.02.0045, DEJT de 30/10/2020, 1ª Turma do TRT 2ª Região, Relator Desembargador Daniel de Paula Guimarães, Julgado em 28/10/2020.

O Magistrado ponderou ainda que as regras de distribuição do ônus da prova e os princípios da imparcialidade do juiz e da escrituração vigem independentemente do meio em que tramita o processo. Ainda, diante da necessidade de maior instrução, melhores e mais adequadas medidas podem e poderiam ser tomadas, como, por exemplo, a designação de perícia para apuração dos fatos obscuros (SÃO PAULO, 2019, p. 5).

3. A CONEXÃO INQUISITIVA SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto anteriormente, o princípio da conexão inquisitiva não nasceu a partir da conjugação de normas de direito positivo, mas, sim, do fenômeno da informatização do processo judicial. Trata-se de um conceito muito recente, de modo que não parece atécnico confrontá-lo com as normas positivadas, a fim de verificar se há alguma compatibilidade entre um e outro ou se essas normas ditam contextos em que a conexão inquisitiva poderia estar em cena.

O artigo 370, do CPC, tratado anteriormente, autoriza que o órgão jurisdicional determine a produção de provas que entenda necessárias ao julgamento da demanda. Em um primeiro momento, até pode parecer que essa previsão daria base de sustento ao princípio da conexão, uma vez que amplia significativamente os poderes instrutórios do órgão jurisdicional, mas, essa, não parece ser a melhor conclusão.

Em melhor análise, aparentemente há uma diferença substancial entre o que dispõe o artigo 370, do CPC, e o princípio da conexão. Isso porque ao passo que aquele admite que seja determinada a produção de alguma prova essencial, este, a seu turno, prevê a possibilidade que provas sejam produzidas de mão própria. Além disso, o artigo 371, do CPC, dispõe literalmente que o juiz apreciará as provas constantes dos *autos* e indicará, na decisão, as razões da formação de seu convencimento.

Por outro lado, o princípio da conexão inquisitiva também tem como pressuposto uma alegada ausência de barreiras entre os *autos* digitais e o mundo eletrônico, razão por que estaria o magistrado autorizado a conhecer de fatos além dos *autos*. Uma das hipóteses legais que autoriza o órgão jurisdicional a conhecer de fatos não levados aos *autos* é se eles forem tidos por notórios, como prevê o artigo 374, I, do CPC.

Os fatos notórios não têm definição específica na legislação, mas são entendidos como aqueles de percepção comum, que possam ser de conhecimento das pessoas em geral, sem necessidade de maior ciência ou técnica. Tais fatos, por essas características, têm sua notoriedade relativa de acordo com o tempo e lugar em que ocorreram e/ou estão inseridos. Pode, em suma, ser conceituado, conforme a lição de Wambier (2016, n.p.):

[...] como aquele que é de conhecimento geral no lugar e à época em que o processo tramita. É preciso que todos os integrantes da relação jurídica processual estejam de acordo em que o fato é por todos conhecido, fazendo parte, no momento em que se desenvolve o processo, da cultura do “homem médio” do lugar em que a decisão será proferida. A notoriedade de um fato alegado por uma das partes, porém, poderá ser impugnada pelo seu adversário, quando, então, deverá ser feita prova a esse respeito.

Nesse cenário, a questão passa a ser se as publicações na internet, de conhecimento ou acesso do juízo, podem ser valoradas como fatos notórios. Para Medina (2015, n.p.):

Desde que empreguemos definição mais precisa de fato notório, a resposta à questão, a nosso ver, é positiva. [...] nada impede que o magistrado perquiria acerca do fato notório em consulta à internet, isso é, a constatação de que o fato é mesmo notório pode ser inferida pelo juiz, a partir das informações que coletar na rede mundial de computadores.

Assim, aparentemente, pode-se sustentar uma convergência entre o princípio da conexão e o fato notório. Se, por um lado, ainda parece um pouco estranha e carecedora de fundamento legal a ideia de que os autos eletrônicos estão desprovidos de fronteiras e têm suas *janelas* abertas às informações exteriores, por outro, a legislação reconhece a possibilidade de que alguns fatos sejam valorados na decisão ainda que constem fora do processo.

Atualmente, com a tendência cada vez maior de digitalização de documentos públicos, há uma grande gama de informações que podem ser

reconhecidas como notórias e utilizadas na fundamentação da decisão, como, por exemplo, a composição de quadro societário e valor de capital social de empresa, facilmente verificáveis no sítio da Receita Federal do Brasil, bem como fatos noticiados em fontes seguras e idôneas. Nesse cenário, não há óbice aparente que o magistrado conheça de fatos externos ao processo, constantes de meio digital, desde que sejam de reconhecida notoriedade.

Noutro ponto, o artigo 372, do CPC, enuncia a possibilidade que o juiz admita a utilização de prova produzida em outro processo, tomando-a como prova emprestada e atribuindo-lhe o valor que considerar adequado. Não diz nada concernente ao conhecimento desta prova de ofício, mas parece ser outra hipótese que, de fato, com amparo nos poderes instrutórios do juiz e na conexão inquisitiva, não haveria óbice para tanto, desde que devidamente observado o contraditório, sempre.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adotando o modelo de processo cooperativo, o Código de Processo Civil de 2015 abandonou a antiga dicotomia de processo dispositivo e inquisitivo. Apesar de em alguns pontos ainda remanescerem elementos característicos desses dois últimos modelos de processo, no geral, andou bem o legislador ao estatuir o dever de cooperação entre as partes, de modo que a resolução da demanda seja ágil, justa e efetiva.

É nesse cenário de busca pela efetividade e justiça que o órgão jurisdicional acabou recebendo algumas funções de protagonismo no que se refere à instrução. Não mais se admite a postura passiva do juiz diante de situações estranhas e obscuras que venham a figurar no processo, uma vez que, mesmo em se tratando de processos individuais, a resolução de cada lide pode gerar impactos na sociedade e, a depender do resultado atingido, é a própria *justiça* que é colocada em xeque.

O princípio da conexão inquisitiva, gestado no âmbito da Justiça do Trabalho, se coloca como um modelo nesse mister da busca pela resolução do conflito com a máxima justiça. A ideia de que o magistrado possa conhecer de fatos constantes de meio digital, de ofício, uma vez que não haveria mais separação entre o mundo dos autos e o mundo virtual, é ao mesmo tempo interessante e estranha, de modo que há a necessidade da

conjugação de outros elementos e fatores para que essa hipótese não fira direitos basilares do devido processo legal, tais como o contraditório e a imparcialidade.

É certo que o CPC de 2015 autoriza o magistrado a determinar, de ofício, a produção de provas que julgar necessárias ao julgamento do mérito. Este, no entanto, não parece ser um bom fundamento legal para a utilização da conexão inquisitiva, uma vez que há uma diferença substancial entre a determinação da produção de uma prova e a produção desta de mão própria: na primeira situação, há contraditório, as partes participam da produção e podem contestar, inclusive, referida determinação; na segunda, não.

Há casos, todavia, que parecem realmente sustentar a possibilidade que fatos e situações exteriores ao processo possam ser para ele transportados e conhecidos pelo órgão jurisdicional. No caso de um fato notório, não haveria nenhum óbice que o magistrado se valesse de uma *prova* constante em meio eletrônico, de ofício, para fundamentar sua decisão. Do mesmo modo, parece ser sustentável a aplicação do princípio da conexão para a tomada, de ofício, de prova emprestada de outro processo eletrônico.

Nesse cenário, o princípio da conexão inquisitiva parece ter guarida no CPC de 2015, mas apenas em situações restritas, como as exemplificadas anteriormente. Não se sustenta, nem do ponto de vista legal nem retórico, a ideia de que o processo virtual seria um mundo sem barreiras e que fatos externos podem nele ser inseridos *bastando o clique do mouse*, uma vez que as regras quanto ao ônus probatório continuam vigentes e a legislação é expressa quanto às exceções.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário de nº 0001653-06.2011.5.03.0014**, DJe de 26/06/2012, 1ª Turma do TRT 3ª Região, Relator Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Julgado em 25/06/2012. Disponível em: https://consulta.trt3.jus.br/detalheProcesso1_0.htm?dswid=-283. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. D.O.U. de 17.3.2015. Disponível em: <http://www.planalto>.

gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 7 dez. 2020.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. D.O.U. de 17.1.1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impresao.htm. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____. **Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo nº 1001168-54.2019.5.02.0719,** DEJT de 22/10/2020, 4ª Turma do TRT 2ª Região, Relatora Desembargadora Ivani Contini Bramante, Julgado em 20/10/2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10011685420195020719>. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____. **Recurso Ordinário nº 1000230-15.2019.5.02.0087,** DEJT de 16/10/2020, 4ª Turma do TRT 2ª Região, Relatora Desembargadora Ivete Ribeiro, Julgado em 14/10/2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10002301520195020087>. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____. **Recurso Ordinário nº 1000789-23.2019.5.02.0264,** DEJT de 06/11/2020, 8ª Turma do TRT 2ª Região, Relatora Desembargadora Silvane Aparecida Bernardes, Julgado em 04/11/2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10007892320195020264>. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____. **Recurso Ordinário nº 1002083-59.2017.5.02.0045,** DEJT de 30/10/2020, 1ª Turma do TRT 2ª Região, Relator Desembargador Daniel de Paula Guimarães, Julgado em 28/10/2020. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10020835920175020045>. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____. **Relatório e Voto nos autos do Recurso Especial nº 1.125.621/MG,** 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgado em 19/08/2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10440289&num_registro=200901323778&-data=20110207&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 16 dez. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. V. 1, 19 ed, Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Os três modelos de Direito Processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carriho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

EUGÊNIO, Alexia Domene; RODRIGUES, Daniel Colnago. Princípios Processuais à Luz do Processo Eletrônico. In: **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**, v. 11, n.11, 2015.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil**: principais inovações e aspectos contraditórios. 3.ed. Londrina: Thoth, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITI-DIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Vol. 1, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 10.ed. Salvador, Juspodivm, 2018.

SÃO PAULO. **Acórdão nos Autos da Apelação Cível nº 1001819-76.2017.8.26.0642**, 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de

Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Eurípedes Faim, Julgado em 23/05/2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. V. 1, 56. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil [e-book]**: artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA (RE)CONSTRUIR OS LAÇOS JURÍDICOS ENTRE OS SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

*Kleber Soares de Oliveira Santos*²⁸

*Fabrício Germano Alves*²⁹

*Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa*³⁰

INTRODUÇÃO

Mesmo que distante do novo contexto socioeconômico, o Direito não pode deixar de analisar os problemas gerados pelas relações jurídicas

28 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

29 Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP), Direito Eletrônico (Estácio) e Docência no Ensino Superior (FMU). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

30 Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq Direito das Relações de Consumo. Membro do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRAELCON). Discente de iniciação científica do Projeto de Pesquisa intitulado Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico (marketplace).

nas sociedades contemporâneas, como também não deve fugir do questionamento sobre a possibilidade de as normas responderem adequadamente aos novos instrumentos, pois a tutela do consumidor é fundamentada em princípios constitucionais (art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V da Constituição Federal).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi instituído pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que visa assegurar os princípios constitucionais de proteção dos consumidores. Assim, ele foi introduzido com o objetivo de restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Por sua vez, o consumidor, por se tratar de um sujeito vulnerável (art. 4, inciso I, CDC), necessita de maior atenção quando realiza alguma transação comercial. A participação do consumidor é peça fundamental no desenvolvimento social e econômico, razão pela qual se justifica a existência de um equilíbrio entre os princípios que compõem a ordem econômica. Ademais, *livre iniciativa* e a *livre concorrência* devem caminhar harmonicamente com a *defesa do consumidor*, de modo que um não venha a sobrepor o outro.

A despeito de ter sido elaborado quando o contexto socioeconômico era bastante diferente do momento vivenciado atualmente (início da terceira década do século XXI), o CDC ainda continua sendo uma ferramenta hábil a tutelar os interesses do consumidor diante das abusividades praticadas no mercado, o que, por outro lado, também não traduz a ideia de que ele seja suficiente.

O aumento dos litígios de consumo e a obsolescência das normas consumeristas constituem elementos hábeis a provocar uma elevação no ajuizamento de demandas judiciais. Essa perspectiva é fruto da assimilação equivocada da noção de acesso à justiça. A garantia assegurada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal aponta que a “lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por isso, é muito comum as pessoas vincularem a imagem do Poder Judiciário como o único meio apto a resolver os conflitos, mormente os relacionados aos atos de consumo. A noção sedimentada nas sociedades é de que toda demanda, mesmo sem complexidade, necessita ser apresentada ao Poder Judiciário.

À vista disso, tem-se como objetivo desenvolver a temática a partir das características e dos benefícios do instituto da mediação, principalmente aqueles relacionados ao empoderamento das partes, bem como

examinar os efeitos decorrentes de sua aplicabilidade em face dos conflitos de consumo. O propósito, portanto, é trazer a discussão o direito de o consumidor ser informado previamente sobre a possibilidade de dirimir as contendas de maneira diversa do modelo adversarial, o que pode auxiliar na redução do número de demandas ajuizadas, assim como incentivar e fomentar a cultura da pacificação social.

Os procedimentos metodológicos utilizados consistem em pesquisa de natureza aplicada, hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa, a partir de fontes diversificadas, a saber, jornais, revistas, sítios eletrônicos, como também livros de Direito do Consumidor, entre outros.

1. A MEDIAÇÃO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não se desconhece que o conflito integra a realidade de qualquer ser humano, estando presente de maneira intensa na relação consumerista. Entrementes, o que se procura chamar atenção é para a forma como os fornecedores podem lidar com os problemas decorrentes do consumo. Apesar de existirem diversos meios de resolver as disputas, a escolha de um deles pode direcionar o consumidor para caminhos diferentes, quais sejam, a fidelização ou a frustração/aborrecimento (POLLONI, 2018, p. 90).

Interessante notar que, em algumas oportunidades, o desapontamento não decorre unicamente da reclamação do consumidor para com a prestação do serviço. O grau de insatisfação pode ser potencializado em face do surgimento de outras questões, por exemplo, a maneira como a pessoa é tratada durante o atendimento. Assim, a experiência negativa pode estar ligada igualmente ao relacionamento interpessoal, entre o representante da sociedade empresarial e o consumidor (POLLONI, 2018, p. 90).

O Código de Defesa do Consumidor, desde sua criação, já estimulava, por via de diversos comandos normativos, a possibilidade de os problemas vivenciados nas relações de consumo serem conduzidos por meios alternativos. Basta visualizar a norma insculpida no artigo 4º, inciso III, do referido instrumento, que dispõe sobre a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, privilegiando o esforço por soluções consensuais que evitem, como ocorre geralmente na esfera judicial, o acirramento de ânimos entre os envolvidos (MARTINS, 2018, p. 673).

Da mesma forma, o artigo 6º, inciso II do CDC define como direito básico dos consumidores, a educação, necessária ao abandono dos meios adversariais de resolução de litígios, que deverão ser usados somente em último caso (MARTINS, 2016, p. 203). Por meio da Política Nacional das Relações de Consumo, objetiva-se promover incentivo à criação, por parte dos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, bem como instrumentos alternativos de resolução de disputas consumeristas.

Malgrado o Brasil tenha por hábito aplicar puramente e indistintamente o método da conciliação, revela-se uma ideia equivocada enfrentar os conflitos de consumo somente por aquela via. Essa ilusão alcança o mercado de modo sistêmico, pois todos os sujeitos da relação de consumo tendem a sofrer os efeitos desse hábito (POLLONI, 2018, p. 95). A aplicação da conciliação, sem a adequada capacitação dos conciliadores, fez com que esse procedimento fosse “desmerecido pelos usuários da justiça, pois não havia qualquer movimento de técnicas e recursos para proporcionar as partes adequado ambiente de negociação, fazendo com que os usuários sentissem aquele momento como desperdício de tempo”. (POLLONI, 2018, p. 95).

O recurso da mediação é interessante por se revelar aplicável a uma diversidade de hipóteses, desde matérias simples e corriqueiras até em problemas mais complexos. É importante recordar que a mediação já foi utilizada em casos complexos, por exemplo, no acidente envolvendo o voo JJ 3054 da TAM Linhas Aéreas ocorrido em 17/07/2007. Na oportunidade, a aeronave ultrapassou o final da pista durante o procedimento de aterrissagem no Aeroporto de Congonhas, colidindo-se com um depósito de carga que pertencia à mesma entidade empresarial. Todos os 187 passageiros e os tripulantes morreram.

A mediação pode ser empregada em conflitos ligados aos problemas familiares, comunitários, políticos, efetivação dos direitos humanos, assim como em questões referentes aos campos empresariais e às relações de consumo (WARAT, 2004, p. 65). Nas relações de consumo, é possível identificar dois tipos de vínculos. Aqueles que apresentam natureza instantânea, cujo elo entre fornecedor e consumidor termina no momento em que ocorre, de uma vez, a consumação do serviço ou do bem. Em outras relações, podem ter uma relação prolongada, como acontece geralmente

em contratações ligadas à fornecimento de mercadorias, tendo, portanto, natureza contínua. Em qualquer delas, a medição pode contribuir na resolução dos problemas. No entanto, ela deve se adequar às características do conflito, respeitando seus princípios, e não pode ser prejudicial às partes, em especial o consumidor (GOUVÊA NETO, 2016, p. 227-228).

O real entendimento e assimilação daquela alternativa de resolução não-estatal constitui uma ferramenta importante de transformação ao propiciar que a relação jurídica de consumo seja objeto de nova análise, reconhecendo suas origens, efeitos e assinalando as possíveis soluções. Esse cenário favorece a realização gradativa de um mercado mais equânime, o que se mostra consentâneo com a realização dos direitos dos consumidores.

Portanto, é nítida a intenção do legislador, com o advento da Lei de Mediação (**Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015**), em inaugurar um novo ciclo na autocomposição no âmbito nacional que visa a desobstruir o Poder Judiciário lotado de processos e a priorizar a liberdade de as partes procurarem resultados mais desejáveis, justos e sustentáveis (VERA, 2018, p. 117).

2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE OS EFEITOS DA MEDIAÇÃO NO MERCADO CONSUMO

Com a finalidade de proporcionar o equilíbrio e a eficiência da defesa dos direitos dos consumidores, enquanto cidadão titular de direitos e garantias, a aplicabilidade da mediação está relacionada à ideia de que cada indivíduo possui dentro de si o que é preciso para resolver conflitos atuais, assim como tomar medidas reputadas como necessárias a fim de prevenir controvérsias futuras, desencadeando, assim, a inclusão social (STANGHERLIN; RANGEL, 2018, p. 686).

Em termos de prevenção de conflitos, a experiência com a mediação faz os envolvidos perceberem que esse meio consensual poderá ser útil em futuros impasses relativos àquela controvérsia ou mesmo em outras situações. A inclusão na gestão do conflito e a promoção de pacificação ocorrem porque os participantes da mediação têm chance de dar a voz às suas percepções na busca de seus interesses. Atuando como protagonistas de suas histórias, os

participantes são realmente escutados e tal experiência contribui para que se sintam acolhidos e apaziguados (GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013, p. 57).

Isto é, esse recurso procura atribuir responsabilidades aos consumidores e fornecedores pelo tratamento da contenda, assim como amenizar o desgaste e contornar o grau de animosidade presente na relação consumerista, defendendo e facilitando a comunicação, o que poderá evitar que novas controvérsias nasçam do mesmo fato gerador (TARTUCE, 2018, p. 235 e 239).

Privilegiar a técnica de mediação devolve a titularidade aos envolvidos, conferindo-lhes poder, maior comprometimento, respeito mútuo e seriedade na forma de agir para conseguirem enfrentar e resolver o litígio. Com efeito, a mediação se revela meio propício para a manutenção de um diálogo entre as partes contratantes. Esse ambiente pode atender, de modo eficiente, as necessidades dos litigantes, pois, além de tratar diretamente o problema, favorece o restabelecimento das relações jurídicas (AZEREDO; MOURA, 2016, p. 466). É primordial que sejam demonstradas a disposição e boa-fé dos participantes (consumidor e fornecedor). Outrossim, o recurso da mediação oferece outras vantagens, vez que é um procedimento voluntário e sigiloso, em cujos sujeitos envolvidos geralmente dividem custos e honorários e há uma redução do sentimento de ansiedade em relação ao meio adversarial (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 146). Por se tratar de um método informal e flexível, a mediação de consumo elimina procedimentos desnecessários que podem impedir e retardar a solução oportuna de disputas provenientes de transações comerciais.

O emprego da mediação também se revela um instrumento hábil a promover a pacificação social, pois o resultado do conflito é produzido pelo grau de interesse e vontade das próprias partes, sem que haja a interferência de terceiros por meio da imposição de decisões (NEVES, 2017, p. 297). A valorização desse método apresenta efeitos positivos para os atores da relação de consumo, na medida em que provoca a diminuição de custos, resultados mais eficientes, em curto, médio e longo prazo, e reforça os relacionamentos a partir da possibilidade de ocorrer a fidelização do consumidor (VERA, 2018, p. 117).

Na constante busca pela realização de um serviço que a diferencie da concorrência, os investimentos realizados com o propósito de tornar fiel o

consumidor e de estabelecer sua marca e sua imagem no mercado advém do oferecimento de um canal de atendimento de qualidade (POLLONI, 2018, p. 94). Em função disso, é essencial o treinamento de funcionários e representantes do fornecedor para o tratamento adequado dos litígios de consumo. Deve existir uma política dedicada e esforçada para tratar de forma eficaz e colaborativa as reclamações dos consumidores e, assim, evitar o ajuizamento de demandas judiciais, que pode se mostrar prejudicial as partes por diversos motivos (questão econômica, insatisfação, desperdício de tempo etc.).

Denota-se, em face dessa situação, que a ideia central da relação consumidor-fornecedor é o fortalecimento do vínculo existente entre as partes, que passa pelas fases de conquista, amadurecimento e consolidação. Obviamente, não é interessante para o fornecedor colocar em risco essa construção de vínculo buscando somente um “acordo”, mas se deve ter a preocupação em transmitir confiança no decorrer de toda relação de consumo, proporcionando espaços de conversas, de escuta e de tratamento digno ao consumidor (POLLONI, 2018, p. 94-95).

Em regra, os conflitos de consumo decorrentes de falha na execução de serviço não apresentam resultados positivos quando o assunto é tratado apenas como uma simples contratação que trouxe efeito negativo. Mostra-se importante o mediador trabalhar o caso a partir de uma abordagem ampla do problema e entender quais as razões que motivaram o consumidor a optar pelo serviço ou produto. Esse, *prima facie*, é um bom caminho para construir uma solução apta a satisfazer seus interesses. O fornecedor deve compreender a importância de manter um bom relacionamento com os consumidores, já que, além de ser sua fonte de lucro, atua fomentando sua atividade mercado (GOUVÊA NETO, 2016, p. 225).

A mediação é uma ferramenta capaz de recuperar relacionamentos danificados e pode ser incorporada pelos fornecedores como uma forma de tentar manter um consumidor insatisfeito. A possibilidade de manter um vínculo com o consumidor por meio da mediação é muito importante, pois os custos de recuperação de um consumidor perdido são muito maiores do que atrair ou fidelizar. Quando o consumidor faz uma reclamação, os fornecedores têm a oportunidade de entender melhor as razões que o deixou insatisfeito e, assim, melhorar seus serviços. O conflito é uma oportunidade de aprendizagem para os envolvidos na relação de consumo. (GOUVÊA NETO, 2016, p. 239-240).

O mediador tem a função de ajudar as partes a compreenderem as vantagens e a mostrarem a relevância em procurar a elaboração de uma decisão em conjunto, satisfazendo os interesses em discepção (GONÇALVES; MAILLART; SANTOS, 2018, p. 231). De forma neutra, imparcial e independente, o responsável por conduzir a ferramenta deve ser uma pessoa capacitada e que tenha noções sobre dinâmica de comunicação, a fim de manter a qualidade do processo. Nas questões de consumo, é aconselhável ter conhecimentos básicos de Direito do Consumidor, de Economia e *Marketing* para ajudar as partes de uma maneira mais eficaz (GOUVÊA NETO, 2016, p. 225). É imprescindível que ele seja despido de preconceitos, paciente, hábil para articular e trabalhar o assunto em pauta, assim como elaborar perguntas pertinentes aos envolvidos na lide (TARTUCE, 2018, p. 289).

O fornecedor não deve figurar, no negócio jurídico, apenas com o desejo de atender suas expectativas econômicas, mas, de forma concomitante, necessita direcionar o olhar ao consumidor no sentido de fomentar a educação e a informação deste, com vistas a melhorar o mercado de consumo.

A importância da mediação nas relações de consumo envolvendo o fornecedor não se limita, unicamente, aos aspectos relacionados aos conflitos interpessoais. Esses tipos de conflitos são mais simples e próprios de um mercado de consumo massificado, (*v.g.*, cobrança indevida). Há também a possibilidade de utilizá-la em outros tipos de litígios quando, por exemplo, as políticas de mercado dos fornecedores são contrárias à política pública de defesa do consumidor (de origem constitucional). Nas questões referentes à *vulnerabilidade do consumidor* e ao *direito de arrependimento*, a saber, não se revela oportuno a resolução privada dos conflitos, pois o problema, quando trabalhado de maneira coletiva, propicia uma expressiva melhora na qualidade dos serviços oferecidos no mercado de consumo. A mediação se mostra como uma opção excelente para impactar positivamente o mercado de consumo e para inibir a judicialização (RAMOS, 2018).

Diante da relevância dos litígios mencionados, **propõe-se a ampla discussão entre as instituições integrantes** do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (*v.g.*, Senacon, Procon etc.) e os representantes dos fornecedores. Os órgãos que atuam na defesa do consumidor podem desempenhar uma função muito mais ativa e relevante na solução dessas

contendas mediante atuação preventiva e fiscalizatória, não permitindo que práticas dissociadas aos padrões exigidos pela legislação sejam aplicadas em prejuízo do sujeito reconhecidamente mais fraco. O recomendável é a construção de um acordo recíproco, com o propósito de sanar irregularidades encontradas em cada caso concreto.

Tal posicionamento não implica restrição indevida da iniciativa privada ou livre concorrência, mas, na verdade, relaciona-se ao cumprimento da garantia em ofertar produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança e desempenho no mercado de consumo. Isso é imprescindível para o melhor exercício da liberdade do destinatário final do serviço, cujo processo de decisão depende substancialmente dessas condições para que seja livre e justo (RAMOS, 2018).

Como medida rápida e direta para inaugurar uma nova era, o fornecedor pode introduzir diretamente no instrumento contratual, que seria disponibilizado no sítio eletrônico ou no aplicativo da própria sociedade empresarial, regramento específico disciplinado à necessidade de todos os conflitos consumo relacionados à prestação do serviço a serem, inicialmente, analisados por via do mecanismo da mediação, tendo, para tanto, o fundamento legal inserido no artigo 2º, §2º, da Lei da Mediação. Com isso, dar-se-á um passo inicial para modificar a cultura enraizada na sociedade civil que pensa no Poder Judiciário como a única porta para todos os tipos de litígios.

Em suma, os consumidores que se sentissem lesados na relação jurídica poderiam procurar centros específicos de mediação objetivando a composição do litígio. Ao considerar as inovações trazidas pela antedita lei, haveria o deslocamento das pessoas para os serviços ofertados no mercado, tanto público quanto privado, oportunidade na qual elas apresentariam os documentos e as razões que ensejaram a presente insatisfação.

Ultrapassada essa fase, caberia ao mediador iniciar e conduzir todo o procedimento, sendo o responsável por manter o contato com o fornecedor, seja fisicamente ou virtualmente, a fim de que tenha ampla compreensão dos fatos alegados. O próximo passo estaria atrelado à construção de um ajuste mutuamente aceito pelas partes, que poderia acontecer mediante uma única sessão ou após alguns encontros, de modo a encerrar o conflito. Cumpre lembrar que, na mediação, firmado o acordo, este é considerado *título executivo extrajudicial*, medida que se constitui importan-

te para assegurar o cumprimento dos acordos pactuados, incentivando o emprego do mecanismo pelas partes (CABRAL, 2018, p. 476).

Enfim, a mais acertada fórmula até agora encontrada para superar o imaginário normativismo jurídico é a mediação (WARAT, 2004, p. 65-66). Aqui, “como espaço de reencontro, utiliza a arte do compartilhar para tratar conflitos e oferecer uma resposta inovadora de pensar o lugar do direito na cultura complexa, multifacetada e emergente” da sociedade contemporânea (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 159).

3. CONCLUSÕES

Diante dos conflitos de consumo, o estudo se debruçou sobre o método da mediação por entender que as características e qualidades decorrentes de sua aplicação podem trazer resultados positivos para os sujeitos envolvidos na relação consumerista. A utilização do referido instituto apresentou pontos interessantes, por exemplo, o empoderamento das partes e a atuação do mediador.

Diferentemente de outros instrumentos, na mediação não há a imposição de uma decisão ou a interferência de terceiros mediante sugestões de propostas. Aqui, a possibilidade de os próprios litigantes construírem acordos eficazes e satisfatórios é algo primordial e constitui o primeiro passo para seu efetivo cumprimento. Aliás, esse é um aspecto interessante para entender o baixo índice de questionamentos no Poder Judiciário de pactos gerados por intermédio da mediação.

Observou-se que o método em testilha propicia a redução de custos, resultados eficientes e o reestabelecimento das relações jurídicas, além de reforçar os relacionamentos entre as partes e de permitir a fidelização do consumidor. Esse contexto favorece a realização gradativa de um mercado mais equitativo, revelando-se consentâneo com os direitos dos consumidores. Sendo o resultado do conflito produzido pelo grau de interesse e vontade das próprias partes, a técnica de mediação devolve o protagonismo aos envolvidos na relação de consumo, conferindo-lhes poder, engajamento e responsabilidade no modo de agir para enfrentarem e para resolverem o problema.

No corpo do trabalho, foram trazidos fundamentos para reconhecer a mediação como uma opção positiva para impactar o mercado de con-

sumo e para evitar o ajuizamento excessivo de demandas judiciais. A sua aplicabilidade nas relações entre consumidor e o fornecedor não se limita apenas aos conflitos interpessoais, mas, igualmente, pode-se empregá-la quando as políticas de mercado praticadas pelos fornecedores estão em desacordo com os ditames da proteção do consumidor. Essa medida, além de fortalecer as instituições defensoras dos consumidores, possibilita, no meio social, o exercício de função relevante na solução das contendas mediante uma atuação preventiva e fiscalizatória.

Por isso, o fornecedor não deve figurar no negócio jurídico apenas com o desejo de atender às suas expectativas econômicas, mas, de forma concomitante, necessita direcionar o olhar ao consumidor no sentido de fomentar a educação, a informação e os meios alternativos de conflitos, com vistas a melhorar o mercado de consumo.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira; MOURA, Cíntia da Silva. Mediação no novo cpc: avanços e desafios. *In*: WALD, Arnaldo (coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 13, v. 51, out-dez. 2016, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com Emendas constitucionais de revisão. Diário Oficial da União, Brasília: [Senado Federal]. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

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.

- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a lei de mediação e o cpc/2015. *In: DIDIER Jr, Fredie (coord.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.*
- GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos.** Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- GONÇALVES, Jéssica; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Da cultura da sentença para uma cultura consensual de administração dos conflitos jurídicos. *In: RODAS, João Grandino et al. (coord.). **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil.** 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.*
- GOUVÊA NETO, Flávio de Freitas. La mediación de consumo. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** v. 6, n. 24, dez. 2016.
- MARTINS, Guilherme M. A mediação e os conflitos de consumo. *In: DIDIER Jr, Fredie (coord.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.*
- MARTINS, Guilherme M. A mediação e os conflitos de consumo. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** v. 6, n. 24, dez. 2016.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- POLLONI, Juliana. A necessária mudança de paradigma sobre a experiência do consumidor na resolução de conflitos para fidelização da clientela. *In: RODAS, João Grandino et al. (coord.). **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil.** 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.*

RAMOS, Fabiana D'Andrea. **Garantias do consumo**: por uma adequada resolução dos conflitos de consumo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/garantias-consumo-adequada-resolucao-conflitos-consumo>. Acesso em: 19 mar. 2021.

STANGHERLIN, Camila; RANGEL, Rafael Calmon. O conflito e a mediação nas relações de direito de família: uma nova perspectiva sob o viés da alteridade e do novo código de processo civil. In: DIDIER Jr, Fredie (coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

VERA, Flavia Santinoni. Análise econômica do direito da mediação e contratos. In: RODAS, João Grandino *et al.* (coord.). **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil**. 1. ed., Curitiba: Prismas, 2018.

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

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO MÉTODO DE AUTOCOMPOSIÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok³¹

INTRODUÇÃO

Há tempos, o Poder Judiciário brasileiro se vê diante de uma crescente sobrecarga de processos oriundos de conflitos nas diversas áreas do direito. No campo tributário, a situação não é diversa, pois, tanto o Poder Judiciário, nas suas esferas estadual e federal, quanto os Tribunais Administrativos federal, estaduais e municipais se deparam com um número cada vez maior de processos.

Várias são as razões que levam contribuintes e entes tributantes a litigar, citando-se, dentre elas, a complexidade da legislação tributária, a ampla gama de diferentes tributos (impostos, taxas e contribuições), as dificuldades de o contribuinte, pelas mais variadas razões, cumprir as obrigações principal e acessória e, até mesmo, as situações de ilegalidade ou inconstitucionalidade de disposições normativas. Face a esse cenário, torna-se imperiosa a formulação de alternativas para a redução do alto grau de litigiosidade tributária, cujos efeitos são sempre funestos, quer em

31 Mestre e Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Administração de Empresas e Direito, com especialização em Direito Empresarial. Advogada, Docente e Pesquisadora em São Paulo.

razão da demora para solução de tais conflitos, quer pelo custo financeiro de manutenção de uma alta carga de processos em andamento.

Na busca de soluções para a redução da apontada litigiosidade, é possível pensar em variados caminhos e propostas. Nessa linha, objetivando refletir sobre os meios alternativos de solução de conflitos, o presente artigo se propõe a analisar o negócio jurídico processual como método de solução de controvérsias tributárias, notadamente aquelas veiculadas em execuções fiscais.

Para tal finalidade, inicialmente será apresentado um retrato da litigiosidade existente entre contribuintes e Estado, nesse caso considerando-se as esferas federal, estadual e municipal e seus efeitos no Poder Judiciário. Em seguida, será dado enfoque ao negócio jurídico processual, propriamente dito, sua introdução na legislação brasileira e sua evolução como mecanismo de solução de conflitos tributários. Por último, será possível oferecer uma análise crítica acerca da efetividade desse instrumento em matéria tributária.

Convém destacar que, para alcançar o fim proposto, o presente estudo adotou o método sistêmico aberto, formulado por Karl Ludwig von Bertalanffy. Além disso, o trabalho foi desenvolvido mediante pesquisa legislativa e bibliográfica, com consulta à doutrina, a periódicos e a dados estatísticos.

1. RETRATO DA LITIGIOSIDADE ENTRE CONTRIBUINTE E ESTADO

O grande volume de processos tributários que tramita no Poder Judiciário vem, há tempos, suscitando debates nos meios jurídicos e, como há de se ver, não sem razão. Em primeiro lugar, verifica-se que o Poder Judiciário brasileiro se encontra altamente sobrecarregado, fato esse que acarreta, como consequência mais visível, uma patente morosidade no deslinde dos litígios que lhe são submetidos, o que implica, por assim dizer, em uma prestação jurisdicional ineficiente, gerando insegurança jurídica às partes litigantes. Em segundo, a alta litigiosidade carrega consigo um custo a ser arcado pelo Estado mediante o aporte de recursos provenientes de receitas públicas que, em sua maioria, são geradas pela arrecadação

tributária. Em outras palavras, tem-se *in casu* um alto custo que é arcado pela sociedade.

Outro ponto que merece destaque é o expressivo valor envolvido no conjunto total dos processos tributários judiciais e administrativos em discussão no Brasil. Estima-se que 5,44 trilhões de reais foi o montante total em discussão no contencioso tributário, no ano de 2019, cifra que representa cerca de 75% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, sendo possível ainda afirmar que é na esfera federal que se concentra a maior parte dos valores em discussão, ou seja, 3,82 trilhões, o que equivale a 52,7% do PIB nacional. (INSPER, 2021, p. 7-8).

Nesse cenário, note-se que, quando se trata da relação entre contribuinte e Estado e, mais especificamente, no que tange aos conflitos de ordem tributária, as execuções fiscais exercem expressivo impacto, tanto no tocante à quantidade de processos em andamento, quanto no que se refere à morosidade dos trâmites, desde a propositura da ação até o encerramento do processo.

Em suporte a tal afirmação, dados do Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 155), relativos a 2019, apontam que:

[...] os processos de execução fiscal representam 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados. [...].

O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%; a Justiça do Trabalho por 0,27%; e a Justiça Eleitoral por apenas 0,01%.

O impacto desses processos nos acervos é mais significativo na Justiça Federal e Estadual. Na Justiça Federal, os processos de execução fiscal correspondem a 48% do seu acervo total de 1º grau (conhecimento e execução); na Justiça Estadual, a 43%; na Justiça do Trabalho, a 2%; e na Justiça Eleitoral, a 5%.

Aos números supracitados, acrescente-se que, entre a propositura e a baixa do processo, as execuções fiscais costumam percorrer o prazo médio

de 8 (oito) anos, sendo certo que, nos tribunais da Justiça Federal, essa tramitação leva cerca de 10 (dez) anos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, 161).

As informações colacionadas são, sem dúvida, preocupantes, principalmente se considerada a remota chance de recuperação da maior parte dos créditos tributários inscritos em dívida ativa, que corresponde ao título executivo que fundamenta a execução fiscal. Aliás, considerando-se à probabilidade de recebimento de créditos tributários federais, foi editada a Portaria nº 293/2017, do Ministério da Fazenda, que estabeleceu uma classificação (*rating*) para créditos inscritos em dívida ativa, enquadrando como (i) “A”, os créditos com alta perspectiva de recuperação; (ii) “B”, os créditos com média perspectiva de recuperação; (iii) “C”, os créditos com baixa perspectiva de recuperação e (iv) “D”, os créditos considerados irrecuperáveis. (BRASIL, 2017).

Nessa sistemática, 53,23% e 13,96% dos créditos inscritos em dívida ativa estavam, em 2019, classificados, respectivamente, com D e C, o que permite concluir que quase 70% do total da dívida ativa federal se apresentava como de improvável ou de remota recuperação. Dito de outra forma, do total de 2,436 trilhões de reais de créditos inscritos em dívida ativa, 1,637 trilhões representavam créditos de *rating* D e C. (PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, 2020, p. 12).

Assinale-se também que, no próprio ano de 2019, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) requereu o arquivamento de mais de 200 mil processos de execução fiscal, que englobavam créditos não garantidos e sem potencial de recuperação. Tal medida foi importante para que a PGFN focasse sua atuação judicial em créditos de maior recuperabilidade, inclusive mediante a celebração de negócios jurídicos processuais, o que viabilizou a autocomposição e regularização de débitos na ordem de 2,7 bilhões de reais. (PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, 2020, p. 14-15).

Diante dos fatos e dados apresentados, não é difícil constatar os vultosos créditos tributários em discussão e inscritos em dívida ativa, título esse que justamente habilita a propositura de execução fiscal. Destarte, focar na recuperação dos créditos tributários considerados de alta ou média recuperabilidade é medida salutar pois, ao mesmo tempo que viabiliza o recebimento do crédito tributário, gerando receita para o Erário Público,

tal medida reduz o estoque de processos em andamento, contribuindo para o descongestionamento processual, o que, em última análise, poderá resultar na diminuição do tempo médio dos trâmites processuais dos processos tributários, incluídas as execuções fiscais.

Assim, sob a perspectiva de otimização da gestão dos processos tributários, incluindo-se nesse escopo as execuções fiscais, exsurge a importância dos métodos alternativos de solução de conflitos, com destaque ao negócio jurídico processual, tema do presente artigo.

2. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NOS PROCESSOS TRIBUTÁRIOS

O negócio jurídico processual foi introduzido no ordenamento brasileiro com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil. Previsto no artigo 190, do citado diploma legal, o negócio jurídico processual corresponde a um método de auto-composição, que faculta às partes estipular mudanças no procedimento judicial para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, cabendo ao juiz da causa, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções firmadas. Entretanto, cabe ressaltar que a celebração do negócio jurídico processual só é admitida em relação a direitos que admitam autocomposição.

Importante sublinhar que, com a inclusão da previsão contida no artigo 190, que faculta as partes a celebração de negócio jurídico processual, buscou o atual Código de Processo Civil conferir certa flexibilização procedimental ao processo, visando conferir maior efetividade ao direito material em discussão. Dessa forma, com base no princípio da cooperação, tal medida tem por objetivo solucionar o litígio, mediante esforço comum das partes, adotando-se um procedimento mais simples e mais adequado ao caso. (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 272).

Outrossim, cabe pontuar que os negócios jurídicos processuais, celebrados na fase executiva, costumam reduzir o tempo de duração do processo, contribuindo para a concretização do princípio da duração razoável do processo, além de proporcionar maior previsibilidade quanto ao pra-

zo de tramitação processual e reduzir os riscos de inadimplemento. (DIDIER JR.; CABRAL, 2018, p. 197).

Na visão de Cássio Scarpinella Bueno (2017, p. 234), ainda que o campo de incidência do artigo 190 seja, de certa forma, restritivo, a regra há que ser aplaudida, pois, ao lado de outros meios de resolução de conflitos, permitirá que as próprias partes otimizem os atos processuais de acordo com seus interesses e conveniências. Estima-se ainda que essa medida tenderá a reduzir o trabalho do órgão jurisdicional, que poderá dedicar mais tempo a outras demandas que não admitam essa modalidade de acordo.

Trazendo o tema para a seara tributária, a previsão de celebração de negócio jurídico processual, na esfera federal, se encontra atualmente regulada pela Portaria PGFN nº 742, de 2018.

Ao buscar o equacionamento dos débitos inscritos em dívida ativa da União, o citado normativo estabelece os critérios para a celebração do negócio jurídico processual, em sede de execução fiscal.

De início, cabe observar que a mencionada portaria veda que se estipule, pela via do negócio jurídico processual, a redução do montante dos créditos inscritos ou a renúncia às garantias e privilégios do crédito tributário. Não obstante, o negócio jurídico processual poderá versar sobre os seguintes temas: (i) calendarização da execução fiscal; (ii) plano de amortização do débito fiscal; (iii) aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias; (iv) modo de constrição ou alienação de bens.

A iniciativa para a celebração do negócio jurídico processual caberá ao devedor, mediante requerimento endereçado a PFGN. No requerimento deverão constar: (i) a qualificação completa do requerente e seus administradores; (ii) as informações relativas à atual situação econômico-financeira da pessoa jurídica; (iii) a relação de bens e direitos de propriedade do requerente, com a respectiva localização, destinação e valor atual e de mercado; (iv) a relação dos bens particulares dos controladores, administradores, gestores e representantes legais do sujeito passivo e o respectivo instrumento, discriminando a data de sua aquisição, o seu valor atual estimado e a existência de algum ônus, encargo ou restrição de penhora ou alienação, legal ou convencional, neste último caso com a indicação da data de sua constituição e da pessoa a quem ele favorece; (v) declaração de que o sujeito passivo ou responsável tributário, durante o plano de amortização, não alienará bens ou direitos sem proceder à devida comunicação à Fazenda Nacional;

(vi) a indicação dos débitos que se deseja incluir no negócio jurídico, com o respectivo plano de amortização; (vii) a proposta para equacionamento do passivo fiscal inscrito; e (viii) a relação de bens e direitos que comporão as garantias do negócio jurídico processual, inclusive de terceiros.

Interessante observar que a celebração do negócio jurídico processual está condicionada à demonstração de interesse da Fazenda Nacional que, para sua deliberação, levará em conta os seguintes critérios: (i) vinculação à capacidade econômico-financeira do devedor, ao perfil da dívida e às peculiaridades do caso em concreto; (ii) previsão de prazo certo para liquidação das dívidas, quando for o caso, ou concretização de garantias e demais condições do negócio; e (iii) imposição de obrigações ou meios indiretos que facilitem ou otimizem a fiscalização ou acompanhamento do cumprimento das condições do acordo. No mais, a PGFN poderá exigir a celebração de escritura pública de hipoteca ou penhor sobre os bens que comporão as garantias do negócio.

Ultrapassadas as condicionantes expostas e confirmada a sua celebração, caberá a PGFN redigir o instrumento de negócio jurídico processual e formalizar o pedido de homologação judicial nos autos da execução fiscal, cumulando o pedido com requerimento de suspensão do processo.

Em que pese o presente tópico haver focado exclusivamente as disposições relativas ao negócio jurídico processual em matéria fiscal federal, convém mencionar que, na esfera estadual, já houve iniciativas de Estados e Municípios para a adoção desse mesmo mecanismo. A esse respeito, citem-se a Portaria PGE n° 24/2019, do Estado de Pernambuco, a Resolução PGE n° 4324/2019, do Estado do Rio de Janeiro, e a Portaria Procuradoria-Geral do Município de São Paulo – PGM.G-SP n° 128/2019, do Município de São Paulo.

Concluída a apresentação dos principais elementos que informam o negócio jurídico processual, passa-se, em seguida, à avaliação crítica desse instrumento.

3. AVALIAÇÃO CRÍTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Apresentadas as condicionantes à celebração do negócio jurídico processual em matéria fiscal federal, convém, nesse lanço, destacar alguns

pontos que, usualmente, suscitam dúvidas e controvérsias quando se trata de métodos alternativos de solução de controvérsias em âmbito tributário. E o primeiro ponto se refere à possibilidade de a Fazenda Pública dispor sobre o crédito tributário, face aos princípios da indisponibilidade do interesse público.

A disponibilidade ou não do crédito tributário é tema que frequentemente evoca debates doutrinários. Sobre o tema, Heleno Taveira Torres (2017, p. 318-319) disserta que:

O princípio da indisponibilidade do patrimônio público e, no caso em apreço, do crédito tributário, desde a ocorrência do fato jurídico tributário, firmou-se como dogma quase absoluto do direito de estados ocidentais, indiscutível e absoluto na sua formulação, a tal ponto que sequer a própria legalidade, seu fundamento, poderia dispor em contrário. E como o conceito de tributo, até hoje não definido satisfatoriamente, acompanha também essa indeterminação conceitual da sua indisponibilidade, avolumam-se as dificuldades para que a doutrina encontre rumo seguro na discussão do problema. [...]

No Brasil, onde a Constituição Federal discrimina competências prévias, prescrevendo os tributos que cada pessoa pode criar, isso permitiria vislumbrar uma indisponibilidade absoluta da competência tributária; mas não do “crédito tributário” – previsto em lei – que pode ser disponível para a Administração, segundo os limites estabelecidos pela própria lei, atendendo a critérios de interesse coletivo, ao isolar (a lei) os melhores critérios para constituição, modificação ou extinção do crédito tributário, bem como de resolução de conflitos, guardados os princípios fundamentais, mui especialmente aqueles da igualdade, da generalidade e da definição de capacidade contributiva. Eis o que merece grande acuidade, para alcançar respostas adequadas aos temas de conciliação, transação, arbitragem e outros pactos na relação tributária, tomando como premissa a inexistência, no direito, de um tal princípio universal de “indisponibilidade do tributo”.

Assim, no campo da aplicação, nada impede que a lei possa qualificar, dentro de limites e no atendimento do interesse coletivo,

os melhores critérios para constituição, modificação ou extinção do crédito tributário, inclusive os meios de resolução de conflitos, vinculativamente e com espaço para discricionariedade, no que couber, visando a atender a economicidade, celeridade e eficiência da administração tributária.

Ademais, é de se notar que o próprio Código Tributário Nacional (CTN) contém disposições que permitem a disponibilidade do crédito tributário, desde que observadas as formalidades legais. Nessa situação, incluem-se, por exemplo, a transação (art. 156, III e art. 171) e a remissão da dívida (art. 156, IV). Ora, o fato de o próprio CTN encampar dispositivos que autorizam a remissão e a transação, por si só, já demonstra a ideia de disponibilidade do crédito tributário, o que leva a considerar lícita a adoção de medidas que comportem a autocomposição, a exemplo do negócio jurídico processual.

Sobre a questão em foco, o próprio Fórum Permanente de Processualistas Cíveis já se manifestou, mediante a edição do Enunciado 256, no sentido de que “a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”. (FPPC, 2017, p. 38). No entanto, é de se considerar que, ao menos no que toca ao negócio jurídico processual, essa discussão sequer prospera, uma vez que a própria Portaria PGFN nº 742, de 2018, veda expressamente a possibilidade de redução do crédito tributário por essa via de autocomposição.

O segundo ponto que merece análise diz respeito ao fato de o negócio jurídico processual, como a própria denominação indica, corresponder a uma convenção meramente processual, não englobando, consequentemente, disposição quanto a direito material. Por essa razão, a celebração desse instituto não implica em renúncia a qualquer parcela do crédito tributário, mas apenas se refere ao estabelecimento de regras e procedimentos a serem observadas no curso da demanda judicial. Por essa razão, o próprio CPC já é fundamento legal, suficiente e legítimo para embasar o negócio jurídico processual em matéria tributária, não sendo necessária qualquer outra autorização legal específica. (MENDONÇA, 2018, p. 233).

Convém ainda mencionar que a adoção de mecanismos de autocomposição, a exemplo do negócio jurídico processual, permite a concretização daquelas que são consideradas características do princípio da eficiência

administrativa, tais como: “direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade”. (MORAES, 2020, p.373).

Em acréscimo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 110) leciona que a eficiência administrativa se externalizaria sob dois aspectos:

[...] em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Trasladando a discussão ao bojo das execuções fiscais, diante das considerações tecidas ao longo do presente artigo, de pronto é possível afirmar que o negócio jurídico processual parece distante do objetivo de constituir um caminho para composição entre contribuinte e Estado, revelando-se muito mais como um instrumento à disposição do fisco para reforçar a garantia e o controle quanto ao recebimento do crédito tributário. A corroborar tal assertiva, basta verificar as disposições contidas no artigo 3º,³²

32 Art. 3º. Sem prejuízo da previsão de outras obrigações decorrentes das peculiaridades do caso concreto, o NJP que objective estabelecer plano de amortização do débito fiscal deverá prever, cumulativa ou alternativamente, as seguintes condições:

I – confissão irrevogável e irretroatável dos débitos inseridos no NJP, renovada a cada pagamento periódico;

II – oferecimento de depósito em dinheiro de parcela dos débitos inscritos;

III – oferecimento de outras garantias idôneas, desde que observada a ordem do art. 11 da Lei nº 6.830, de 22 de novembro de 1980, se não houver compromisso de gradual substituição por depósito em dinheiro, em prazo certo;

IV – quitação de parcela dos débitos inscritos em dívida ativa da União, ajuizados ou não;

V – constrição de parcela sobre faturamento mensal ou de recebíveis futuros;

VI – compromisso de garantir ou parcelar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, débitos inscritos em dívida ativa após a celebração do NJP;

VII – rescisão em hipótese de superveniência de falência ou outro mecanismo de liquidação judicial ou extrajudicial;

VIII – apresentação de garantia fidejussória dos administradores da pessoa jurídica devedo-

da PGFN nº 742/18, que imputam ao executado uma série de exigências e condições para a celebração do negócio jurídico processual, quando este contiver plano de amortização do débito fiscal.

Além disso, o quanto contido no artigo 4º do citado normativo se mostra altamente desproporcional. Ora, condicionar a celebração do negócio jurídico processual à apresentação da relação dos bens particulares de controladores, administradores, gestores e representantes legais do sujeito passivo, ou seja, do executado, se revela como exigência descabida e desproporcional, visto que tais agentes, como terceiros, se tornam responsáveis tributários estritamente nas hipóteses previstas nos artigos 134 e 135, do CTN, ou nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, na forma do artigo 50, do Código Civil.

Ademais, impende notar que a celebração do negócio jurídico processual fica completamente ao alvedrio da autoridade fiscal, haja vista que, na dicção do artigo 2º da citada portaria, aludido negócio só será celebrado se houver interesse da Fazenda Nacional.

Outro aspecto que demanda atenção diz a respeito à análise da proposta de negócio jurídico processual que, na forma do artigo 5º do mesmo normativo, caberá à unidade da PGFN do domicílio do devedor, nos casos em o objetivo for estabelecer plano de amortização do débito fiscal, ou à unidade da PGFN responsável pelo acompanhamento das execuções fiscais ajuizadas.

Aparentemente, muito embora o artigo 5º tenha buscado a descentralização das decisões, o que é louvável e contribui para tornar os trâmites mais céleres, tal medida poderá afetar a isonomia, na medida em que se vislumbra a possibilidade de as diferentes unidades da PGFN adotarem posicionamentos e critérios diversificados e, até mesmo, divergentes, para a celebração do negócio jurídico processual. Possivelmente, a solução para as possíveis distorções daí decorrentes resida na adoção de critérios ob-

ra, independentemente da apresentação de outras garantias

IX – prazo de vigência não superior a 120 (cento e vinte) meses, salvo autorização expressa da Coordenação-Geral de Estratégias de Recuperação de Créditos;

X – modificação da competência relativa para reunião dos processos no juízo prevento;

XI – condição resolutória a ulterior homologação judicial, quando for o caso, observado o disposto no art. 11.

jetivos e parâmetros claros que norteiem a atuação da PGFN, em suas diversas localidades.

Por fim, se o contribuinte pretender trilhar a via da composição junto ao fisco, é importante que sejam avaliados os prós e contras do negócio jurídico processual, comparativamente a outras opções, como, por exemplo, a transação tributária que, na seara federal se encontra regulada pela Lei nº 13.988/20, até porque, enquanto o negócio jurídico processual se destina apenas aos atos processuais, a transação fiscal permite a redução do *quantum debeat*, além de se constituir em modalidade de extinção do crédito tributário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é exagero afirmar que, nos dias de hoje, é perceptível que se descortina uma fase de certa transformação na relação fisco-contribuinte. Sempre marcada por um caráter de desconfiança entre as partes, pontuada até por certa beligerância, a relação fisco/contribuinte sempre foi essencialmente conflituosa, ocasionando reflexos negativos, tanto sob o aspecto arrecadatório, quanto sob o prisma processual que, como visto, é causa de sobrecarga e morosidade dos órgãos julgadores. É dizer, em tempos mais recentes, divisa-se uma mudança na forma de a Administração Pública Fazendária conduzir e gerir os créditos tributários não adimplidos.

A implementação de normas de estímulo à conformidade tributária, tal como as adotadas por alguns Estados da Federação, demonstra o interesse de a Administração Tributária atuar de forma preventiva, visando a evitar que novos processos sejam acrescidos ao já assoberbado contencioso tributário.

De outra monta, na busca de maior eficiência e celeridade na solução dos litígios tributários, a implementação de medidas de estímulo à composição, a exemplo da transação em matéria tributária e do próprio negócio jurídico processual, atesta um avanço na aproximação entre fisco e contribuinte, ainda que de forma deveras tímida.

Obviamente, seria utópico imaginar que os conflitos tributários, muitos dos quais oriundos do inadimplemento da obrigação tributária principal, poderiam vir a ser solucionados única e exclusivamente pela via da autocomposição. Isso não quer dizer, porém, que não se deva refletir

sobre medidas e caminhos alternativos que melhorem a relação fisco/contribuinte e que tornem mais eficiente a atuação do Estado na recuperação do crédito tributário.

Por derradeiro, compete afirmar que, a despeito de o negócio jurídico processual ser um instrumento relativamente novo no ordenamento jurídico pátrio, o fato de haver regulamentação dispondo sobre a sua adoção em matéria tributária é aspecto que contribui para a adoção de caminhos alternativos para a composição entre as partes, o que, espera-se, poderá vir a reduzir o volume de processos tributários em tramitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 293 de 12 de junho de 2017**. Estabelece os critérios para classificação dos créditos inscritos em dívida ativa da União e institui o Grupo Permanente de Classificação dos créditos inscritos em dívida ativa da União (GPCLAS). Brasília, DF: Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&i-dAto=83674>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **PGFN em números 2020**: dados 2019. Brasília: PGFN, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020/view>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN nº 742, de 21 de dezembro de 2018**. Disciplina, nos termos do art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e art. 19, § 13, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a celebração de negócio jurídico processual – NJP em sede de execução fiscal, para fins de equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS, e

dá outras providências. Brasília, DF: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97757>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 275, p. 193-228, jan. 2018.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Florianópolis: FPPC, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

INSPER. **Contencioso tributário no Brasil**: relatório 2020 – ano de referência 2019. São Paulo: INSPER, 2021. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

MENDONÇA, Priscila Faricelli. Celebração de negócio jurídico processual para fins de garantia tributária. In: MASCITTO, Andréa *et alli*. **Garantias judiciais no processo tributário**: cenários, perspectivas e desafios. São Paulo: Blucher, 2018. p. 229-238.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORRES, Heleno Taveira. Conciliação, transação e arbitragem em matéria tributária. *In*: BOSSA, Gisele Barra *et al.* (coord.). **Medidas de redução do contencioso tributário e o CPC/2015**: contributos práticos para ressignificar o processo administrativo e judicial tributário. São Paulo: Almedina, 2017. p. 315-327.

A TUTELA EXECUTIVA E O USO DE MEDIDAS ATÍPICAS NAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR QUANTIA CERTA FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Yven Pedro Rocha da Silva*³³

*Necéssio Adriano Santos*³⁴

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário sofre de fortes críticas frente a morosidade processual e ao grande número de execuções que se tornam infrutíferas. Não são raros os casos conhecidos como “ganhou, mas não levou”, onde mesmo com todo o trâmite da tutela cognitiva, possuindo em mãos um título executivo judicial certo, líquido e exigível, que consubstancia o seu direito de crédito, o exequente se vê impossibilitado de ver seu direito efetivado ou leva longos anos até que ocorra o adimplemento da obrigação.

Este artigo tem como objetivo realizar uma análise do uso de medidas atípicas, com destaque para as medidas coercitivas atípicas nas execuções de obrigações de pagar quantia certa, inovação que veio ao ordenamento

33 Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

34 Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Professor do Curso de Direito da FANESE.

jurídico com o advento do Código de Processo Civil de 2015 em busca de uma prestação executiva mais efetiva e seus reflexos na atuação prática da atividade jurisdicional frente aos limites principiológicos e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Não obstante o fato de se tratar norma jurídica com o intuito de tornar a Tutela Executiva mais célere e efetiva, passou-se a questionar na doutrina quanto a constitucionalidade do uso de medidas atípicas nas obrigações de pagar quantia certa. Sob essa mesma ótica, restou uma incerteza quanto aos parâmetros e requisitos para o uso da supracitada inovação legal, a fim de evitar eventuais abusos que podem vir a serem cometidos pelo magistrado. Para tanto, buscou-se o entendimento doutrinário sobre temas relacionados ao uso de tais medidas, bem como realizou-se uma pesquisa jurisprudencial acerca da forma em que os tribunais vêm decidindo acerca do uso das medidas atípicas nos casos concretos mediante uma abordagem qualitativa, utilizando-se da interpretação doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade, constitucionalidade e o modo de uso das supracitadas medidas.

1. NOÇÕES GERAIS DA TUTELA EXECUTIVA

Para melhor entendimento do tema, deve-se destacar o que compreende a tutela executiva, seu conceito e natureza, ou seja, a própria execução em si como um instrumento jurídico, onde nos ensinamentos de Montenegro Filho (2018), trata-se de um instrumento processual, onde aquele que é portador de um título executivo judicial ou extrajudicial – o credor – utiliza para exigir o adimplemento forçado da obrigação definida no título, independentemente da vontade do devedor, ou até contra a sua vontade.

Já Gonçalves (2016), ao definir o que é execução, coloca como meio pelo qual o Estado, através de leis que munem o Judiciário de poderes, para impor o cumprimento de determinada obrigação que não se deu de forma voluntária, presente em um título executivo judicial ou extrajudicial, fazendo uso de mecanismos previstos em lei para a satisfação da obrigação, sendo portanto, diferente da fase cognitiva, por não caber qualquer discussão de mérito.

Trata-se de uma consequência lógica, ainda que existam casos em que o processo de conhecimento não resulte em uma prestação executiva, onde a própria declaração de certeza jurídica já possui condão de solucionar a lide, a sequência de conhecimento–execução é imperiosa para manutenção da ordem jurídica e da paz social. A situação ideal seria que o executado cumprisse voluntariamente a obrigação, contudo, não é o que costuma ocorrer na prática, devendo o Estado agir de forma substitutiva ao ato que não foi praticado pelo devedor, onde através do Poder Judiciário irá adotar medidas e posturas, com base na premissa de que o direito do credor está consubstanciado em uma obrigação líquida, certa e exigível (MONTENEGRO FILHO, 2018; THEODORO JUNIOR, 2020).

Para que seja possível a atividade jurisdicional executiva, é mister o exequente ser portador de um título executivo, seja este judicial ou extrajudicial, tal exigência gera a máxima de *nulla executio sine titulo*, ou seja, se torna nula qualquer execução que não seja fundada em um título executivo, pois os atos que serão praticados tem como limite as exigências e necessidades do título que o credor porta (PINHO, 2020).

A tutela executiva pode ser dividida em dois tipos de procedimentos, tendo em vista que com o advento do Código de Processo Civil de 2015 a satisfação do direito de crédito do credor não é mais exclusiva do antigo processo de execução, podendo a atividade executiva do Estado ocorrer através de um incidente complementar do processo de conhecimento, por meio de uma nova fase processual, o cumprimento de sentença, resguardado a um título executivo judicial ou sendo o objeto principal da relação processual através do processo de execução independe de uma relação processual anterior, reservado para títulos executivos extrajudiciais (THEODORO JUNIOR, 2020).

Em que pese tanto o Cumprimento de Sentença quanto o Processo de Execução estarem em livros diferentes do Código de Processo Civil, não se pode analisar os livros do código de forma isolada, sob pena de cair no erro de acreditar que ali se limitam as regras da tutela executiva, o código deve ser analisado através de um viés sistemático, pois as regras contidas na parte pertinente ao Processo de Execução são aplicáveis, no que couberem, ao Cumprimento de Sentença. Portanto, não se pode dizer que apenas nesses livros se estacam as normas sobre a tutela executiva, tendo em vista em todo o CPC estarem presentes normas que versam so-

bre a matéria executiva, a exemplo do art. 139, inciso IV que dispõe sobre o poder do juiz de se utilizar de medidas atípicas para garantir a prestação jurisdicional ou até de execuções provisórias, como no caso de concessão de tutelas antecipadas de urgência ou de evidência (ABELHA, 2019).

Como bem destaca o nobre doutrinador Humberto Theodoro Junior (2020), o Código de Processo Civil de 2015 deu mais autonomia as partes na tutela executiva, reconhecendo as partes como agentes ativos da relação, ao ponto de que o credor, além de nomear os bens a penhorar, controla a expropriação, podendo escolher se adjudicará o bem ou se irá vendê-lo por meio particular, evitando a alienação em hasta pública. Destarte, apesar do Processo de Execução ser exclusivo de Títulos Executivos Extrajudiciais, não há qualquer obrigatoriedade do credor portador deste título ir por essa via, é opção deste escolher o Processo de Execução ou buscar as vias cognitivas para obter transformar o título extrajudicial em um Título Executivo Judicial, tratando-se da chamada “tutelas diferenciadas”, que facultam o credor a escolher aquela que este achar mais viável para solução do litígio.

O cumprimento de sentença, forma de execução de Títulos Executivos Judiciais, se desdobra em dois tipos de classificações, podendo ser provisório ou definitivo, sendo definitivo quando estiver fundado em sentença transitada em julgado, e provisório caso seja fundado em decisão pendente de recurso desprovido de efeito suspensivo. Diferente do cumprimento definitivo, o provisório corre por conta e risco do credor, que assume a responsabilidade caso decisão seja revertida em eventual recurso, devendo ressarcir os danos que causou ao executado, mas que se procede do mesmo modo que o cumprimento definitivo (GONÇALVES, 2016).

O caráter provisório da execução se trata de classificação exclusiva do Cumprimento de Sentença, tendo em vista toda execução que ocorrer pelo rito do Processo de Execução ter caráter definitivo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, onde através da Súmula de nº 317, dita “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos.”, portanto, mesmo que no Processo de Execução ainda haja a possibilidade de um recurso de Apelação reverter a decisão que julga improcedente ou extingue os embargos do executado, o legislador optou por dar caráter definitivo ao Processo de Execução (GONÇALVES, 2016).

2. BASE PRINCIPOLÓGICA DA EXECUÇÃO

A tutela executiva, apesar de se submeter aos princípios gerais do processo, como o Devido Processo Legal, por se tratar de um sistema específico, a compreensão de princípios informativos se faz mister para que se entenda o sistema estudado e para a interpretação de cada norma que rege a relação processual executiva. Não obstante ao fato de tais princípios serem alvo de grandes discussões doutrinárias, há uma concordância quanto a existência de algumas máximas, mesmo que alguns doutrinadores adotem nomes diferentes, sendo o foco da execução a plena satisfação do direito de crédito do credor, devendo adotar, sempre que possível, o meio menos oneroso ao devedor, respeitando a dignidade da pessoa humana, entre outras bases principiológicas (THEODORO JUNIOR, 2020).

O Princípio do Contraditório se manifesta com algumas peculiaridades na tutela executiva, tendo em vista por se tratar de uma via satisfatória, não há possibilidade de rediscussão de matérias que já foram objeto de uma sentença transitada em julgado, estando a defesa do executado limitada a questões executivas, como exemplo a exceção de pré-executividade, podendo ser arguida em Impugnação ao Cumprimento de Sentença. Já no Processo de Execução, mesmo a defesa do executado se ocorrendo através de uma ação autônoma de embargos, o contraditório se encontra presente, ainda que mitigado, pois além de citado, é intimado sobre todos os atos do processo, possuindo oportunidade de manifestar sobre penhoras, valores, expropriação, etc. (GONÇALVES, 2016; PINHO, 2020).

A plena satisfação do direito de crédito, conhecido também como Princípio da Satisfatividade, determina que o objetivo da tutela executiva é a satisfação do crédito ajuizado, limitando a atuação, portanto, da tutela executiva devendo agir somente nos limites do crédito pleiteado (THEODORO JUNIOR, 2020).

Há, contudo, uma discordância na doutrina quanto ao antigo Princípio da Autonomia, sobre este continuar sendo um princípio ou não, onde na visão de Gonçalves (2016), apesar de que o dito “Processo de Execução” não ser mais necessário, tendo em vista que no caso dos Títulos Executivos Judiciais o Cumprimento de Sentença não se trata mais de um processo autônomo, mas sim uma fase processual, ainda assim não deixa de ter autonomia, pelo fato da fase cognitiva não se confundir com

a executiva, se mantendo, então, a autonomia, independente desta se manifestar através de fase processual ou de um processo novo.

A *contrario sensu*, Theodoro Junior (2020), entende não se tratar mais de um princípio presente em toda a base principiológica da tutela executiva, mas apenas mera característica do Processo de Execução que não engloba o Cumprimento de Sentença, tendo em vista de que enquanto fase processual, a cognição e a execução formam uma estrutura global do processo civil, apesar de não serem uma unidade em si. Enquanto a cognição busca a solução da lide exposta, a execução busca a realização do direito contido na solução encontrada através da cognição, nestes casos, o juiz não dependerá de que a parte instaure um novo e autônomo processo, a realização do direito ali contido se dará na própria relação processual que foi proferida a sentença, ficando, portanto, restrita a autonomia como uma característica do Processo de Execução, pois este sim é autônomo e depende de uma nova relação processual, sem qualquer decisão judicial sobre o direito do exequente.

Tal entendimento está em perfeita sincronia com o Sincretismo Processual ou Princípio do Sincretismo, sendo o Cumprimento de Sentença uma continuação natural da jurisdição cognitiva, de forma que o Processo de Conhecimento passou a ter cinco etapas, a saber: postulatória, saneador, instrutória, decisória e executiva, sendo, portanto, a atividade cognitiva e executivas ligadas em uma única relação processual por esse princípio, dispensando-se a primitiva ideia do antigo código sobre a necessidade do Processo de Execução, sendo este apenas necessário nos casos de credores portadores de Título Executivo Extrajudicial, se estabelecendo uma nova relação processual, e ai sim, um processo autônomo (PINHO, 2020).

A base principiológica da tutela executiva deve sempre ser alinhada com a máxima da dignidade da pessoa humana, de forma que, mesmo com a execução tendo como único objetivo a plena satisfação do direito de crédito do credor, este não pode utilizar a execução como um meio de humilhação e para causar a ruína do devedor, pois tais situações são incompatíveis com a dignidade da pessoa humana, e é neste sentido, que o CPC/2015 institui alguns limites, como a impenhorabilidade de alguns bens específicos, como instrumentos de trabalho, provisões de alimentos, etc. (THEODORO JUNIOR, 2020).

É do respeito à dignidade da pessoa humana que se extrai o princípio do patrimônio mínimo, garantindo ao executado a indisponibilidade de alguns bens que sejam indispensáveis a sua sobrevivência e que lhe garantam a proteção ao seu patrimônio necessário, colocando, inclusive, a essa proteção em um patamar superior a própria máxima da plena satisfação do direito de crédito do exequente, alçando ao nível de impenhorabilidade o patrimônio que lhe seja essencial, independente destes bens serem alcançados por meios típicos ou atípicos (NEVES, 2018).

3. OS INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DA TUTELA EXECUTIVA

A tutela executiva, sendo o meio por onde um credor, portador de um Título Executivo Judicial ou Extrajudicial, que goza de liquidez, seja certo e exigível, busca o auxílio do Estado, através do seu representante, para que o seu direito de crédito seja efetivado. A atuação estatal se faz necessária para realizar o adimplemento forçado da obrigação contida no título, por meio de medidas, atos e posturas para efetivar o direito do credor (MONTENEGRO FILHO, 2018).

O descumprimento da obrigação contida no título, deixar o devedor de satisfazer o direito de crédito do credor, ensejará o que se entende por execução forçada, que é a realização, material e efetiva, da atuação jurisdicional do Estado, que se trata do próprio conteúdo da tutela executiva, seja por meio da fase processual do Cumprimento de Sentença ou pela ação autônoma do Processo de Execução, onde o Estado, por meio do juiz, utilizará dos meios de execução. É mister destacar que a execução forçada só se dará depois do efetivo descumprimento, deve haver uma última oportunidade do pagamento voluntário, que no processo de execução se dará na citação inicial, e no cumprimento por meio de um prazo legal após a sentença condenatória (THEODORO JUNIOR, 2020).

Os atos executivos, também chamados de provimentos executivos, são atos emanados pelo Estado-juiz, com o objetivo de satisfazer o direito do exequente e submetendo o executado a esta finalidade. Tais atos são alinhados com os princípios que guiam a execução, tendo, portanto, a finalidade de praticar a obrigação contida no título, criando alterações no plano fático para tornar real e concreta o direito que se busca efetivar com

a execução, operando por meio de uma função sancionatória, que incidirá no patrimônio do devedor, através da pressão psicológica, denominados de atos coercitivos, ou realizando o próprio ato que se busca adimplir, independente da vontade do executado, por meio de atos sub-rogatórios (ABELHA, 2019).

O Estado, representando pelo juiz, possui duas formas de provimentos executivos, sanções utilizadas para fazer valer a ordem jurídica que emana do título executivo que se busca efetivar, podendo ser através de medidas coercitivas, também conhecidas como medidas indiretas, onde haverá a intimidação do devedor para estimulá-lo ao cumprimento da obrigação. Não se trata de uma garantia que a obrigação será cumprida, mas sim uma forma de coagir o próprio executado a fazê-la, sob pena de ter sua situação agravada, tendo como exemplo a incidência de multa ou até a própria prisão cível, nos casos do devedor de alimentos. Diferente da coerção, onde o Estado-juiz não irá assegurar a obrigação, mas sim coagir o devedor, nas medidas sub-rogatórias o Estado irá fazer as vezes do executado, praticando a conduta que este deveria ter feito, garantindo a eficácia da execução por meio de uma atuação direta, recebendo, portanto, a denominação de execução direta, pois há uma invasão direta a esfera patrimonial do devedor (PINHO, 2020; THEODORO JUNIOR, 2020).

A principal diferença entre os atos executivos para os atos de cognição é que, os atos cognitivos não são provimentos materiais, concretos, mas sim medidas com o intuito de conferir ao juiz a certeza necessária para o julgamento de mérito. Os atos executivos não tem condão de indicar o direito do exequente, pois este já se encontra consubstanciado em um Título Executivo certo, líquido e exigível, mas sim de satisfazer esse direito, solucionar a situação de crise que se instaurou com o inadimplemento do executado, com alterações do mundo externo, incluindo penhoras, apreensões, multas, e demais medidas que se tornarem necessárias no caso concreto. Tais medidas serão sempre determinadas pelo juiz, e de forma geral, serão realizadas por oficiais de justiça, podendo, caso necessário, que ocorra intervenção da força policial (GONÇALVES, 2018).

Ademais, cumpre ressaltar que os atos executivos, por se tratarem de meios cerceadores da liberdade, atuando sobre a própria vontade do indivíduo, bem como, medidas cerceadoras da propriedade, pois invadem o patrimônio do executado de forma imperativa, devem ser determinadas

de forma precisa, para que se deixe claro o limite da atuação executiva por meio do ato elencado, sob pena de incidir o ato em abuso da função executiva. O juiz ao eleger determinado ato executivo, deverá fazê-lo com prudência e cautela, se guiando pelas máximas processuais e constitucionais que incidem sobre a tutela executiva, e na certeza de que tal medida é necessária, sendo imprescindível para satisfação da obrigação e adequada, por ser a mais apropriada para obtenção do resultado pleiteado, caso contrário, poderá cometer equívocos, adotando medidas desproporcionais e irrazoáveis (ABELHA, 2019).

Destaca-se que apesar de ser comum o uso de medidas executivas em desfavor do executado, não há qualquer restrição que este é o único que poderá ser seu único destinatário, podendo tais medidas incidirem nos demais sujeitos que estiverem atuando no processo. O CPC/2015 determina em seu art. 77, inciso IV, o dever de todos aqueles que participarem do processo cumprir com exatidão as determinações judiciais, sem criar qualquer obstáculo à sua efetivação, ainda que não seja parte do processo. Se trata da própria materialização da boa-fé processual e do princípio da cooperação, sendo possível, a título de exemplo, determinar multa a administrador de cadastro de proteção ao crédito para excluir o nome da parte ou nos casos em que o executado assumir uma posição ativa na tutela executiva ou caso a demanda tenha um caráter duplo, podendo o juiz submeter o exequente medidas que achar necessária no caso concreto (DIDIER JR, 2017).

3.1. AS MEDIDAS COERCITIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS E A INOVAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

As medidas coercitivas são uma execução indireta, não sendo a própria execução do objeto principal em si, mas uma forma de atuação estatal onde o Estado-juiz irá induzir o executado a adimplir a obrigação que se busca efetivar através da execução, são meios de convencimento, atuando diretamente na vontade e no psicológico do devedor (PINHO, 2020).

Tais medidas coercitivas podem estar previstas no texto legal – neste caso, sendo classificadas como típicas, pois há uma conduta executiva descrita na legislação, determinando que o ato executivo seja realizado. Contudo, com o advento do CPC de 2015, passou-se a permitir a utili-

zação de medidas atípicas através do que se entende como cláusulas gerais processuais executivas, que se trata de uma norma de efeito jurídico indeterminado, reforçando a ideia de conceder ao juiz e sua criatividade para interferir mais ativamente na atividade jurisdicional (DOUTOR, 2018; DIDIER, 2017).

Havia, durante a vigência do antigo CPC de 1973, uma ideia de tipicidade das medidas coercitivas quanto as execuções de pagar quantia certa. A resistência a atipicidade destas condutas ocorria por falta de previsão legal, contudo, o CPC de 2015 enfrentou essa problemática através da cláusula geral contida no seu art. 139, inciso IV, que autoriza o magistrado a utilizar de medidas típicas e atípicas para buscar uma maior efetivação da tutela executiva, incluindo expressamente a possibilidade nas obrigações pecuniárias (THEODORO JUNIOR, 2020).

Destarte, é o que se entende como princípio da atipicidade das formas executivas que sofreu uma mutação frente a inovação do art. 139, inciso IV, como também de outros dispositivos legais no próprio CPC/2015 que reforçam a ideia de uma cláusula geral de efetivação por meios de atos e medidas atípicas que melhor se encaixarem no caso concreto. A exemplo do art. 297 que versa sobre a efetivação das tutelas provisórias mediante meios atípicos que o juiz achar necessário, no mesmo sentido da efetivação das tutelas definitivas mediante atos atípicos. Qualquer entendimento que seja em sentido contrário à ideia de ser cabível o uso de medidas atípicas nas obrigações de pagar e limitá-las às obrigações de fazer, não fazer e entregar é nitidamente uma afronta a própria literalidade da lei, cabendo a doutrina e tribunais estabelecer critérios para seu uso (DIDIER JR, 2017; NEVES, 2018).

Em sentido contrário ao entendimento acima exposto, há na doutrina quem enxergue a problemática do uso de medidas atípicas como incabíveis. Na obra de Araken de Assis (2015), este adota uma postura mais conservadora, onde afirma que a atipicidade dos meios executivos é uma afronta direta a própria Constituição Federal, especificamente ao art. 5º, inciso LIV, que dispõe sobre o devido processo legal, sendo o uso de medidas atípicas inconstitucional pela sua própria natureza, já que só seria possível a subtração de bens e direitos com um procedimento anteriormente estabelecido por lei. De acordo com o referido doutrinador, não há espaço no ordenamento jurídico para uma análise caso a caso de quais for-

mas e procedimentos o magistrado deve tomar, considerando, também, o fato de que os processos são analisados pelos seus assessores, que não possuem a mesma qualificação, sendo, portanto, o devido processo legal uma garantia contra o arbítrio do juiz. Contudo, tal entendimento não se encontra consubstanciado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que esta segue a parte da doutrina que entende ser amplamente possível o uso de medidas atípicas, inclusive nas obrigações de pagar quantia certa, desde que de forma subsidiária, mediante o exercício do contraditório e com base na proporcionalidade, a fim de garantirem maior efetividade a prestação jurisdicional, sem gerarem qualquer abuso do direito de crédito ao qual faz jus o credor.

O uso de medidas atípicas nas obrigações de pagar quantia certa goza de plena constitucionalidade e amparo legal. O CPC/2015, ao criar as cláusulas gerais, buscou criar um órgão julgador mais ativo, sempre visando soluções concretas e a máxima efetividade da tutela jurisdicional prestada. A intenção do legislador com a norma inserida no art. 139, inciso IV, foi de dar uma flexibilidade maior as execuções das obrigações pecuniárias e não deixar o procedimento ao livre arbítrio do juiz, motivo pelo qual não se deve interpretar o dispositivo isoladamente, sob pena de violar o postulado hermenêutico da integridade. Toda análise do CPC deve ser holística, sistemática, como um todo, motivo pelo qual ignorar toda a possibilidade do uso de medidas atípicas seria um nítido afronte a própria legislação, da mesma forma também não se deve incidir no erro de interpretar todo o procedimento executivo de forma opcional (DIDIER JR, 2017).

Mister destacar a necessidade de tais medidas coercitivas atípicas incontestavelmente respeitarem as máximas constitucionais, não devendo ser utilizada de forma a ferir o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, ainda que tenham como foco a efetivação da tutela executiva. Para a sua incidência no caso concreto alguns requisitos deverão ser observados, devendo o magistrado somente utilizá-las subsidiariamente, nos casos em que as medidas típicas como o binômio penhora-expropriação não se mostrarem capazes, por si só, de satisfazerem a execução. Além disso, devem existir no processo elementos de que o executado não cumpre a obrigação por vontade própria, e não por ausência de recursos, de forma que as medidas executivas só podem ser utilizadas caso haja no caso

concreto uma real expectativa de que por meio daquela medida adotada o executado cumpra a obrigação (NEVES, 2017).

Ademais, ainda que os requisitos supracitados se façam presentes, o juiz deverá realizar um juízo de ponderação frente aos direitos fundamentais que ali se encontram em conflito, pois em um lado há a plena efetividade ao direito de crédito que o exequente faz jus, bem como do outro lado, há o respeito a dignidade da pessoa humana que deverá ser observado, a fim de evitar situações excessivamente onerosas e vexatórias ao devedor. O conflito entre direitos fundamentais se trata de algo inerente a própria tutela executiva, ocorre que nas medidas típicas este conflito já fora ponderado pelo próprio legislador, devendo, portanto, no caso das medidas atípicas, o magistrado valorar os direitos conflitantes mediante o exame do caso concreto, frente as situações fáticas e jurídicas ali presentes (DOUTOR, 2018; THEODORO JUNIOR, 2020).

As inovações com o advento do CPC/2015, principalmente quando se trata da Tutela Executiva, demonstram um nítido rompimento com o estado liberal que possuía forte influência sobre o antigo CPC/1973, aproximando a seara processual cada vez mais das influências do estado liberal e o neoprocessualismo. O antigo sistema processual adotava uma postura não intervencionista, de forma que o Estado, representado pelo Juiz, só poderia agir mediante provocação e com uma atuação vinculada a aplicar a lei de forma restritiva, não havendo margem para variações interpretativas, causando forte impacto na tutela executiva, onde o executado já deveria saber quais métodos seriam utilizados contra ele e quando seriam usados. É tanto que, vigorava nesta época a máxima da tipicidade dos meios executivos, pois havia um grande temor quanto a invasão do Estado na propriedade privada dos jurisdicionados, não restando qualquer liberdade para o magistrado, delimitando seus atos aqueles previstos em lei (ABELHA, 2019).

Ocorre que, mesmo com as reformas sofridas ao decorrer dos anos, o CPC/1973 ainda carregava toda a bagagem axiológica liberal do momento histórico em que foi elaborado, sendo incompatível com a realidade social e jurídica do neoconstitucionalismo. Além do mais, o Poder Judiciário sofria com uma crise, ao passo de que havia uma descrença frente à grande morosidade dos processos, tendo a execução a maior porcentagem de processos congestionados, tendo em vista as técnicas e métodos que se mos-

travam cada vez mais ineficazes. Neste passo, o novo CPC/2015 buscou dar efetiva vinculação das técnicas processuais as normas constitucionais, tendo a Constituição Federal como uma lente para sua interpretação, garantindo mais liberdade ao magistrado para agir não só como um aplicador da lei, mas também lhe dando um papel interpretativo, mediante sua criatividade e ponderação principiológica nas execuções, para se utilizar de medidas que se mostrem mais adequadas e necessárias ao caso concreto, ainda que subsidiariamente, quando esta se mostrarem capazes frente a inefetividade dos meios convencionais, superando o positivismo clássico, assumindo que a ideia do legislador prever todas as situações da vida se trata de uma ideia utópica e se aproximando cada vez mais o *civil law* vigente do *common law* reconhecendo a necessidade da adequação jurídica no caso concreto (ABELHA, 2019; DOUTOR, 2018).

As medidas coercitivas atípicas nas execuções de pagar quantia certa já transpõem a seara doutrinária, demonstrando que seu uso vem se mostrando eficaz nos casos práticos, seguindo os ditames constitucionais. No exemplo da suspensão da CNH como medida atípica coercitiva observa-se os dois exemplos, podendo ser perfeitamente cabível, tendo em vista que a suspensão da possibilidade do executado conduzir automóveis não caracteriza ofensa ou restrição ao seu direito de ir e vir. Contudo, nos casos em que o executado tenha a condução do automóvel como seu meio de subsistência, seja como motorista particular, de UBER ou de táxi, a suspensão da CNH é medida manifestamente inconstitucional, tendo em vista que estará impossibilitando o executado de exercer sua atividade laboral, não passando no juízo de proporcionalidade, ainda que seja medida capaz de efetivar a obrigação executada (NEVES, 2018).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da presente pesquisa acerca das inovações executivas trazidas pelo CPC/2015, mediante uma análise do sistema processual brasileiro e seus princípios norteadores, é de suma importância frente as dificuldades que a atividade jurídica laboral enfrenta diante de um cenário de congestionamento do Poder Judiciário. A busca por métodos cada vez mais capazes é imperiosa para evitar execuções frustradas, tendo como objetivo garantir uma prestação judiciária efetiva.

O estudo das normas processuais demanda uma visão sistemática, analisando o CPC/2015 como um sistema e entendendo as regras referente a tutela executiva em todo o corpo normativo do código, haja vista que as normas referentes a execução não se encontram retidas em apenas dois capítulos do código, mas sim em todo o diploma processual.

A tutela executiva possui como objetivo a satisfação de um direito de crédito consubstanciado em um título executivo judicial ou extrajudicial, não havendo espaço para discussões materiais, tendo em vista que tal título deve gozar de certeza, liquidez e exigibilidade. Para tanto, o Estado deverá dispor de instrumentos, meios necessários e capazes de efetivar o direito ali contido sob pena de não ser capaz de manter o império da ordem jurídica. Sendo o Estado detentor do poder de julgar, deve garantir a plena efetividade dos julgados, possibilitando ao exequente detentor do título formas de restabelecer o equilíbrio jurídico que se rompeu mediante o inadimplemento do executado.

O uso de tais instrumentos deve sempre ser observado pela lente dos princípios que regem a jurisdição executiva alinhados com as máximas constitucionais. Isto porque, ainda que a tutela executiva tenha como máxima a plena efetivação do direito de crédito do exequente, não se pode ignorar a dignidade da pessoa humana do executado, ao mesmo passo de que não se pode criar proteções exageradas que impossibilitem a satisfação da obrigação pleiteada.

O conflito entre garantias fundamentais já é algo inerente a própria tutela executiva, ocorre que o excesso de legalidade devido à forte carga liberal que o antigo CPC/73 carregava, limitava a atuação do magistrado a apenas aplicar a letra normativa, o que acabou gerando uma problemática frente as inúmeras execuções infundadas que vinham ocorrendo. Limitar a atuação do Estado-juiz a apenas o que prevê a lei se trata de uma ideia utópica, tendo em vista ser impossível antever todas as situações que as milhares situações fáticas podem trazer ao Poder Judiciário.

O legislador, acertadamente, ao inovar no CPC/2015, se distanciou do pensamento liberal que fundamentava o CPC/1973, criando as chamadas Cláusulas Gerais Executivas, especificamente o art. 139, inciso IV do novo diploma processual, onde possibilita o magistrado a utilizar medidas atípicas a fim de lidar com as peculiaridades dos casos concretos, inclusive nas execuções de obrigações pecuniárias, o que não era possível na antiga

sistemática processual. Contudo, ainda que tenham como foco tornar a prestação jurisdicional executiva mais efetiva, não se pode entender o uso de medidas atípicas como uma carta branca que possibilita o magistrado de renunciar a todo trâmite executivo.

Devem-se respeitar os critérios adotados pela doutrina e jurisprudência, como o caráter de subsidiariedade das medidas atípicas, a real possibilidade de que a medida possa atingir o fim pela qual a justifica, e por fim, o sopesamento diante da situação fática-jurídica ali presente entre o conflito de direitos fundamentais atingidos, para que assim seja possível o uso de tal ferramenta jurídica.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos – 1.ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1782418/RJ**. Ação de compensação por dano moral e reparação por dano material. Cumprimento de sentença. Quantia certa. Medidas executivas atípicas. Art. 139, IV, do CPC/2015. Cabimento. Delineamento de diretrizes a serem observadas a sua aplicação. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de abril de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1817993&num_registro=201803135957&data=20190426&formato=PDF. Acesso em: 28 set. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: execução – 7. ed – Salvador: Ed JusPodivm, 2017.**

DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: O recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**, v286, p. 299-324, dez 2018.

- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquemático**. 6. ed – São Paulo: Saraiva, 2016
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Direito processual civil**. 13. ed – São Paulo: Atlas, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Comentários ao código de processo civil – volume XVII (arts. 824 a 875): da execução por quantia certa** – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- RIBEIRO, Marcelo. **Processo civil**. 2. ed – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 53. ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AS IMPLICAÇÕES DA AUSÊNCIA DO AUTOR ÀS AUDIÊNCIAS DO CPC 2015

*Johnattan Martins Pinheiro*³⁵

*Denison Melo de Aguiar*³⁶

*Ygor Felipe Távora da Silva*³⁷

*Adriana Almeida Lima*³⁸

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, estabelece a garantia do exercício da jurisdição por qualquer um que dela necessite, em virtude

35 Acadêmico do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos da Universidade do Estado do Amazonas (MARbiC/UEA). Bolsista CNPq do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica 2020-2021(PIBIC-CNPq).

36 Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gérias (PPGD-UFMG). Coordenador de: I. Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos (MARbiC-UEA); II. Clínica de Direito LGBT (CLGBT-UEA) e III. Clínica de Direito dos Animais (YINUAKA-UEA), todas na Universidade do Estado do Amazonas. Editor Adjunto da Revista Nova Hileia (PPGDA/UEA). Editor Chefe da Revista Equidade (ED/UEA). Coordenador na graduação de Direito do Núcleo Editorial da Mestrado em Direito Ambiental (NEDAM-UEA). Coordenador do Grupo de Trabalho sobre Regularização Fundiária da Rede Amazônia no Amazonas (UFPA/MDR).

37 Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. Graduado em Administração e Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Gestão de Áreas Protegidas da Amazônia pelo Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Doutor em Geografia pela Universidade Federal de Goiás. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gérias (PPGD-UFMG). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

38 Graduada em Direito pela Universidade Nilton Lins. Advogada. Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFMG).

do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Todavia, agora existe um óbice que afasta os indivíduos que buscam o auxílio da jurisdição para dirimir os seus conflitos, a justiça lotada. Um arcabouço de processos em todas as esferas do Poder Judiciário que acaba por congestionar os tribunais, tornando a marcha processual morosa e concomitantemente tornam a resolução, em razão do tempo decorrido, inviável ou ineficaz. Mesmo com as tentativas judiciais para cumprir com o princípio da razoável duração do processo, é possível vislumbrar uma atitude divergente de tal empreitada, com autores de demandas judiciais faltando reiteradamente às audiências de instrução e julgamento.

Desta forma, o objetivo deste artigo é analisar se a ação de faltar às audiências estipuladas pelo juízo corrobora ou não a morosidade processual, bem como compreender se tal atitude enquadra-se em alguma hipótese punitiva do ordenamento jurídico brasileiro além de descrever como é possível dirimir este possível óbice ao sacrossanto acesso à justiça. Esta pesquisa é socialmente relevante, pois com o Código de Processo Civil de 2015, bem como os entendimentos das Cortes Superiores, é hialino que o Brasil encontra-se em um momento de Crise ao Acesso à Justiça, de tal modo que é imperioso encontrar e eliminar todos os gargalos processuais, de modo a ser garantido não somente a prestação jurisdicional, mas a prestação jurisdicional efetiva, isto é, aquela que dirime a controvérsia de maneira mais célere possível respeitando as garantias legais e constitucionais dos integrantes da lide. Sendo impraticável, em um Estado Democrático de Direito que busca o desenvolvimento do país em justiça e paz, o uso de uma legislação anacrônica incapaz de conferir a solução das demandas atuais de seus cidadãos (DAVID,2014).

A metodologia utilizada foi teórico-bibliográfica e documental. Pesquisou-se o conteúdo pertinente aos deveres das partes no processo, a boa-fé, cooperação, bem como os efeitos do comportamento contraditório e da desídia processual além de hipóteses que afastam a sua aplicação. Dessa forma, questiona-se o seguinte: como se pode interpretar, dentro de uma leitura jurídico-social, a ação do autor de uma ação ausentar-se

Mestra em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Professora universitária da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professora da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos da Universidade do Estado do Amazonas (MARbiC-UEA).

das audiências relativas à ação jurisdicional de seu interesse? Como tal leitura pode afetar a aplicação da legislação acerca do tema? Há óbices jurisdicionais em tal prática? Quais seriam as possíveis penalidades? Caso tais penalidades demonstrem ineficácia, qual seria uma alternativa eficaz?

1. AUDIÊNCIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conforme a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, destaca-se entre os objetivos fulcrais da ordem processual a otimização do processo e a organização sistemática de modo a conferir-lhe coesão (BRASIL,2015). Em razão de tal pensamento, o legislador se preocupou em dar efetividade as decisões judiciais, de modo a conferir proteção ao respeito à autoridade do Judiciário, que seria alcançado através da cooperação entre os sujeitos processuais, que caso desrespeitassem tal cooperação, poderiam ser punidos com a aplicação de multas de natureza sancionatória e pedagógica (BRASIL, 2015).

A realização da conciliação como método de resolução de litígios tornou-se comum nas legislações modernas, uma vez que, por consequência do princípio da celeridade, objetivam proteger os litigantes dos desconfortos que a marcha processual carrega. Em razão disto, as audiências tornaram-se um ato processual em que o Estado-Juiz, figurado pelo Juiz, “ouve pessoalmente as partes, deferindo seus requerimentos, vindo a proferir decisões acerca de questões de fácil resolução para, enfim exarar a sentença” (SILVA, 2000, p .395).

As audiências processuais se dividem em duas: 1) audiências de conciliação e; 2) audiências de instrução e julgamento. Na primeira, após o saneamento do processo nos termos do art. 357 do CPC, e marcada no prazo de 30 (trinta) dias, o juiz verificará a existência de acordo entre as partes. Em caso positivo, encerra-se a querela com a sentença homologatória de acordo, mas caso inexistir as partes serão intimadas para a audiência de instrução (BRASIL,2015).

Já a audiência de instrução e julgamento, regulada pelos art. 358 a 368 do CPC, nas palavras do mestre Dinamarco (2010, p. 273), “é um ato processual complexo, uma vez que é integrada por uma série de atos conexos”. Destina-se a conceder ao juiz o contato direto com as partes

e seus procuradores e através deste contado entender o liame beligerante. Em tal audiência, “é possível a produção de provas orais e esclarecimentos com o fulcro na resolução do litígio” (SILVA,2000, p. 395).

Deste modo, fica demonstrada a importância das audiências tanto de conciliação como de instrução de julgamento, uma vez que através delas não se movem apenas as partes, mas toda a máquina judicial estatal principal, o Juízo e auxiliares, peritos, tradutores.

2. O DIREITO POSITIVO E A EXPECTATIVA LEGAL

Primeiramente, é imperioso definir a extensão do campo de estudo, isto é, o Direito Processual Civil. Dessa maneira, é possível realizar uma análise profícua capaz de trazer benefícios práticos. Para este estudo, definir-se-á o Direito como um conglomerado sistemático de normas que possuem como diferencial a imposição coercitiva institucionalizada da sanção como fruto de seu descumprimento (KELSEN,1998), objetivamente relacionados com os elementos processuais da lide.

Consustancia-se que todo o dever tem como fato gerador uma norma, e dentre estas normas, existem as jurídicas. Os deveres podem provir de normas sociais difusas, axiológicas, técnicas e jurídicas. Todavia mantém-se, em todas elas, um liame estrutural básico composto por uma tríade elemental consubstanciada por i) hipótese; ii) preceito e; iii) sanção. Na hipótese descreve-se a conduta, a valoração da conduta em forma negativa ou positiva é papel do preceito e a consequência para o descumprimento preceitual é expendida na sanção (KELSEN, 1986).

Podem-se distinguir as categorias normativas por intermédio de como sua sanção é aplicada. Em normas axiológicas, as sanções são impostas pelo próprio indivíduo que não a seguiu, culpa moral. Em outro termo, as normas sociais difusas são aplicadas de formas assistemática e desordenada pela comunidade, regras do trato social. No caso das normas técnicas, a resposta ao seu descumprimento é simplesmente a não obtenção do resultado pretendido. Já as normas jurídicas têm seu diferencial na aplicação institucional e coercitiva da sanção (LYRA FILHO, 1993).

Ocorre uma aplicação institucional quando o conjunto sistemático de normas possui eficácia objetiva, a adesão dos destinatários aos comandos expendidos pela norma, percebendo-a como válida, e subjetiva, quando

a mesma tem força o suficiente para impor as sanções determinadas mesmo que para isso seja necessário valer-se do monopólio estatal da violência (KELSEN, 1998). Podem compartilhar os elementos valorativos dos outros conjuntos, dependendo do dinamismo ou estaticidade do sistema jurídico.

3. BOA-FÉ PROCESSUAL COMO PRINCÍPIO FULCRAL DO CPC 2015.

Antes de efetivar qualquer texto legal, “deve-se colocar o dedo no pulso da sociedade e aferir a sua pressão, para que sejam criadas não apenas boas leis, mas sim leis que se coadunem com o *momentum* social” (PINHEIRO, AGUIAR, LIMA, 2019, p. 785).

Com o fito em garantir a eficiência de todos o arcabouço principiológico referente ao CPC 2015, fora insculpido, também o princípio da boa-fé processual. Tal mandamento, visa a obliterar comportamentos que destoem da cooperação e probidade esperada das partes. Objetivando a rapidez e eficácia da resolução de conflitos (DIDIER JUNIOR, 2015). Assume, agora, o papel central na cognição e compreensão processual e, por via reflexa, nas faculdades e deveres processuais.

Embora no Código anterior, a boa-fé fosse tratada apenas no art. 14, no novo Código assume relevância ao ser estabelecida em três locais: 1) na parte geral, no art. 5º do CPC, imposto a todos os participantes da relação processual, o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé, trazendo uma pauta de conduta para todos os sujeitos processuais; 2) no art. 322, §2º, como vetor hermenêutico, ao dispor que a interpretação do pedido deve ser interpretado tendo em mente a observância do princípio da boa-fé e; 3) como limite ao exercício das posições processuais, no art. 489, §3º, com o dever de interpretação da decisão judicial a partir da boa-fé em todos os seus elementos (BUENO, 2015).

O princípio da boa-fé preenche o arquétipo principiológico da atuação e da relação das partes no processo, sendo seu caráter reconhecidamente cogente, nos termos do Enunciado nº 6 do IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis onde “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé a a cooperação”.

Na relação processual não vale tudo, “é necessário observar o *fair play* processual” (ABDO, 2007, p. 130). Ela encontra um amplo e frutí-

fero campo de atuação nos negócios jurídicos processuais pela incidência das emanações da boa-fé processual que constituem-se no: 1) *venire contra factum proprium*, retratando o exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento assumido anteriormente pelo exercente; 2) *exceptio doli*, descrita como a faculdade de repelir a pretensão contrária por conta do dolo; 3) *supressio*, situação jurídica quando não há o exercício do direito em determinadas circunstâncias não pode mais o sê-lo; 4) *surrectio*, a nêmesis da *supressio*, a constituição de um direito subjetivo; e do 5) *tu quoque*, impossibilidade de exercer uma situação jurídica em razão do descumprimento da mesma. (CORDEIRO, 2011).

4. A DEONTOLOGIA ENTRE A NORMA E A SOCIEDADE

Para compreender melhor o fenômeno das lacunas entre o Direito e a regulamentação do fato social é necessário compreender a deontologia por trás desta amalgama. A deontologia é o campo do conhecimento onde analisa a parte da vida onde residem as normas portadoras de uma carga de dever-ser, onde ocorre a gênese dos direitos, deveres, obrigações, responsabilidade e pretensões (CANARIS, 1996).

Dentre os diversos modelos deontológicos, o que mais se amolda ao Estado de Liberdades Constitucionais advindo de uma sociedade civilizada, é o que “estabelece as necessidades e os desejos como matéria prima do ser humano” (FREUD, 2005, p. 8). Simplesmente, é o princípio do prazer que traça o programa do propósito da vida. Este princípio domina a operação do aparelho mental desde o início; não pode haver dúvida sobre sua eficiência, e ainda assim seu programa está em rota de colisão com a execução de seus termos, pois é embargado pelo propósito alheio (FREUD, 2005).

Como um meio de prover a satisfação dos desejos, a humanidade passou-se a viver em grupos. No grupo, para que as necessidades sejam atendidas e os desejos possam ser trazidos à realidade, é necessário alguém para atendê-los ou os suportar. Não haveria sociedade se os desejos não fossem satisfeitos. Portanto, o funcionamento do grupo social depende da criação de métodos para a satisfação, em alguma medida, de todos os membros.

Todavia, a satisfação não é distribuída de maneira igualitária, pela “própria natureza cosmológica dos desejos e a finitude dos recursos”

(TROSTER, 2002 p. 10); portanto, regras que regulam a distribuição dos benefícios e frustrações são desenvolvidas através do projeto do que desejam ser (cultura) o que se busca implementar (pela via política) na organização efetiva (civilização). Gera-se, através deste modelo dinâmico, direitos, deveres, pretensões e responsabilidades. Há o direito de ver suas necessidades e desejos saciados, assim como há o dever de contribuir para a satisfação alheia (FOUCAULT, 1987; FREUD, 2005). A satisfação dos desejos depende da sociedade, cumprir deveres é o meio pelo qual os desejos alheios são satisfeitos. Cada desejo (direito) é atendido através de um dever (desejo alheio) imposto à outra pessoa.

A decisão de cumprir os deveres e obrigações advém de um cálculo de custo-benefício, aceita-se frustrações (deveres) para gozar de alguns desejos (direitos). No entanto, há momentos em que o “cálculo de custo-benefício pende para o custo, sendo necessário o uso da força para equalizar o cálculo”, mas na maior parte do tempo, a “força simbólica é suficiente para a imposição dos deveres” (FOUCAULT, 1987, p. 153). Sendo uma sociedade considerada civilizada quando existe uma introspecção dos deveres e das punições por seus membros evitando tanto quanto o possível o recurso da opressão externa.

É fulgurante que os deveres não são (não fazem parte do ser); devem ser. Não precisa dever ser aquilo que já é, lembrando-se de excluir o inevitável e impossível. Faz sentido tolerar aquilo que não se tolera, dar aquilo que se pertence ou devolver o que foi emprestado. “Resumem-se nisto as prescrições normativas 1) dar 2) fazer e 3) não fazer” (KELSEN, 1987, p. 6). Eles precisam dever ser, e, portanto, sua criação é realizada por intermédio da elaboração normativa. Pela qual um ato de vontade é dirigido a conduta humana, estabelecendo parâmetros à conduta social normal. Nas palavras do mestre Kelsen (1987, p. 9), o “dever- ser é o sentido subjetivo de quaisquer atos humanos de vontade direcionado à conduta alheia”. Todavia, este dever ser só será designado como norma se vier acompanhado de objetivamente do sentido de dever ser.

5. PROCEDIMENTO DO CPC 2015

Com a vigência do Diploma Processual Civil de 2015, foram estabelecidas alterações procedimentais referentes às audiências, dentre as quais,

a inserção da audiência preliminar de conciliação, consoante o art. 334 do CPC.

Sob a vigência do antigo Código, o juiz, após receber a inicial, citava o réu para contestar a ação para que, somente depois, fosse designada audiência de conciliação. BRASIL, 1973). Agora, o réu é citado, desde o primeiro momento, a comparecer à audiência conciliatória ou mediatória, consoante o art. 334 do CPC (BRASIL, 2015).

Aqui deve-se ter em mente a diferença ocorrida entre os procedimentos relativos aos Juizados Especiais e ao procedimento comum, bem como as sanções relativas a cada ator, autor ou réu. Pois é notória a confusão dos operadores do direito, em razão da semelhança entre os procedimentos, quanto aos efeitos das audiências nas hipóteses da ausência das partes.

5.1. JUIZADOS ESPECIAIS

Em se tratando de Juizados Especiais, a ausência de uma das partes surtirá efeitos distintos a depender do indivíduo ausente. Caso o polo ausente seja o réu, o efeito caracterizante é o da revelia com o juiz proferindo a sentença em razão do insculpido nos artigos 20 e 23 da Lei 9.099/95:

Art.20- Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

Art. 23- Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.

O termo *revelia* vem do latim *rebellis* (rebelde) formado por re-, (novamente), acrescido de bellum (guerra), originalmente designa a pessoa que se rebela ou aquele que não obedece (HOUAISS, VILLAR, 2009). Juridicamente, em acepção geral e ampla, revel designa o réu, seja em juízo civil ou em juízo criminal, que não atende a chamado para acompanhar o processo, que se intenta contra si (PLACIDO e SILVA, 2016). E, desse modo, não comparece ao processo nem pessoalmente nem por mandatário regularmente constituído.

É um instituto que permite ao juiz decidir de plano, em relação a uma causa, quando o réu simplesmente não contesta a ação, no caso de procedimento comum, ou não comparece a audiência, nos Juizados Especiais. Isto se dá porque quando processado, o réu possui o direito constitucional de defesa, todavia este não pode ser usado como um meio de atrasar a apreciação judicial, *venire contra factum proprium* (vir contra seus próprios atos), vedação ao comportamento contraditório.

Seus efeitos são caracterizados pela presunção de veracidade sob os fatos alegados pelo autor em sua manifestação inicial. Contudo, as implicações deste efeito não garantem automaticamente a vitória do autor, pois o magistrado pode, através da análise jurídica do evento entender pela não ensejo da pretensão do autor. Em se tratando de Juizado Especial a simples ausência do réu em audiência de conciliação ou em audiência de instrução e julgamento, já é suficiente para caracterizar a revelia.

Por outro lado, quando ausente o autor, em Juizados Especiais, tem-se a manifestação do brocardo latino *dormientibus non succurrit ius* (o direito não socorre os que dormem). Pois ocorre a extinção do processo e da condenação do autor em custas processuais, conforme o disposto no art. 51,I da Lei nº 9.099/95 e do Enunciado nº 28 do FONAJE:

Art. 51- Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

ENUNCIADO 28 : Havendo extinção do processo com base no inciso I, do art. 51, da Lei 9.099/1995, é necessária a condenação em custas.

Isto se dá pois fica a ausência do autor caracteriza uma atitude esquizofrênica de alguém que conclama o auxílio jurisdicional, movimentando a custosa máquina pública, mas quando seu pleito será apreciado ele evade-se, impedindo que o processo possa seguir seu curso normal. E é por conta desta atitude eivada de má-fé processual que é afastada a gratuidade processual do primeiro grau de jurisdição dos juizados. Fica condenado, portanto, às despesas que possuem caráter sancionatório à desídia do litigante que movimenta languidamente o maquinário estatal e a parte contrária.

Como demonstrado, a sanção tem como origem o comportamento desidioso. Por isto, o autor não estará obrigado ao pagamento das custas se comprovar que sua ausência se advir de força maior, muito embora haja uma presunção *iuris tantum* (somente de direito), podendo ser afastada ante a demonstração de prova ao contrário de que a ausência se deu por vontade própria.

5.2. PROCEDIMENTO COMUM

Diferentemente do procedimento dos Juizados, onde em razão da celeridade o efeito da ausência é derradeiro. No procedimento comum ocorre uma distinção entre as audiências de conciliação e de instrução e julgamento, em razão do caráter distinto das duas. Todavia, não distinção entre os polos da demanda. Independentemente de quem for a parte ausente, o efeito será igual.

Em se tratando da audiência de conciliação, caso um dos litigantes venham a ausentar-se de maneira voluntária. Tal ato será considerado atentatório à dignidade da justiça, de modo a incidir a aplicação de multa expressa no art. 334, §8º do CPC:

334, §8º-O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Tal sanção advém do fato de que o Código teve como objetivo transmutar o processo judicial em um instrumento relacionado ao contexto social onde surtirá efeito. Visando a satisfação efetiva das partes pode-se dar de modo mais intenso se a solução é por eles criadas e não impostas pelo Estado juiz. Conferindo a possibilidade de dirimir o conflito por intermédio da mediação e da conciliação (BRASIL,2015). Além disto, o princípio da boa-fé, através da vedação ao comportamento contraditório, impõe aos sujeitos processuais o dever de cooperação com o judiciário para o desenlace do nó górdio beligerante.

Deste modo, é necessário punir aqueles que se comportam de modo dúbio em sua propensa caminhada rumo à resolução do litígio além de fo-

mentarem a morosidade jurisdicional, consubstanciando o ato atentatório à dignidade da justiça. A proteção e a refutação aos atentados à dignidade da justiça objetivam reforçar a autoridade do Judiciário, não se prestando a blindar a justiça, mas a salvaguarda do órgão jurisdicional que se vê desprestigiado quando não entrega de maneira completa e satisfatória a prestação jurisdicional, o bem da vida (REZENDE, 2017).

Mas ao tratar-se das audiências de instrução e julgamento, o CPC não previu a incidência nem sequer de multa sob o comportamento esquivo, tanto do autor quanto do réu. Somente prevê hipóteses de seu adiamento, conforme transcrito:

Art. 362. A audiência poderá ser adiada:

I – por convenção das partes;

II – se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar;

III – por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado.

§ 1º O impedimento deverá ser comprovado até a abertura da audiência, e, não o sendo, o juiz procederá à instrução.

§ 2º O juiz poderá dispensar a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado ou defensor público não tenha comparecido à audiência, aplicando-se a mesma regra ao Ministério Público.

§ 3º Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas.

Neste sentido, o legislador permitiu uma brecha processual ao não prever as hipóteses de ausências injustificadas.

Embora tenha levado em consideração que a data designada pelo juiz poderia não ser conveniente as partes, advogados e outros profissionais, trazendo, portanto, situações onde há a possibilidade de adiamento, incisos I e II, e também a responsabilização pelas despesas acrescidas pelo adiamento, §3º, findou olvidando-se da possibilidade da má-fé dos jurisdicionados (BRASIL, 2015). De modo que isto tende a se tornar um obstáculo para o acesso à justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração

do processo. Indo em um caminho distinto do galgado pelo CPC onde “levou-se em consideração o princípio da razoável duração do processo, uma vez que a ausência de celeridade de uma decisão, obviamente respeitando as garantias, também é ausência de justiça” (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 232)

Dessa feita, há um limbo processual que causará um óbice ao prosseguimento do processo que, legalmente, só poderá ser dirimido através da prolação de uma sentença que não resolverá o mérito, nos moldes do art. 485 do CPC:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...]

II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; [...]

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

Todavia, mesmo esta possível resolução prejudicaria o andamento de outros processos uma vez que ele ficaria, na hipótese em que o juízo consiga realizar as diligências cabíveis em tempo hábil, parado por 30 dias, no caso de negligência do autor, e 1 (um) ano, no caso do réu, para que fossem intimados para no prazo de 5 (cinco) dias para se justificar (BRASIL, 2015) e somente então o juiz poderia extinguir o processo.

Embora o §2º estipule o pagamento das custas e honorários pela parte na medida de sua responsabilidade (BRASIL, 2015), não há nenhuma previsão sancionatória para as partes que venham a inibir esta conduta eivada de má-fé e prejudicial a razoável duração do processo e a soberania das decisões judiciais.

Mas a questão não chega a termo mediante uma única sentença nos termos do art. 485 do CPC (BRASIL, 2015). Pois como tal pronunciamento judicial não julga o mérito da causa, é possível que o autor atue de

igual modo mais duas vezes, para então seja impedido pelo disposto no §3º do art. 486 “se o autor der causa, por três vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito” (BRASIL, 2015). Ou seja, ocorre uma teratologia que possibilita afastar-se dos comandos técnicos de uma decisão judicial sem maiores complicações do que o pagamento de custas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta análise sobre as implicações das ausências das partes às audiências, principalmente no que tange ao procedimento comum, tendo como estrela *Polaris*, a estrela mais brilhante da constelação de Ursa Menor e situa-se aproximadamente no pólo norte celeste (LOPES, 1993), a razoável duração do processo e a eficácia das decisões judiciais, percebe-se a ausência de consonância entre os objetivos do CPC e a técnica legislativa utilizada para a estipulação normas legais, deontológicas, referentes a inibir o comportamento contraditório. Fica patente a falta de relação entre a lei e seu objetivo. Esquece-se da díade kelseniana, ser e dever ser, e, torna o pensamento positivista clássico em que a lei *per se* resolve os problemas sociais e cria-se ordenamento eivado de inconsistências lógico-jurídicas.

Por conta disso, o Código de Processo Civil que se propõem a criar um ambiente propício para a resolução de controvérsias e prima pela boa-fé dos seus jurisdicionados acabou esquecendo-se de não simplesmente recompensar a boa-fé, mas também punir a má-fé. Uma vez que o comando legal é um dever ser imposto à sociedade como condição ideal para a vivência comunitária e por conta disto não pode vir a ser fatos inevitáveis ou impossíveis (KELSEN, 1998). Para que haja uma prescrição legal é necessário observar o meio onde está prescrição será estipulada, de modo que tal norma não venha a ser uma conduta inevitável ou impossível para aquele conjunto humano.

Esqueceu-se de que as normas jurídicas não são como as normas técnicas, onde por conta de seu caráter ontológico é impossível o seu descumprimento, esqueceu-se da análise de custo-benefício ante o cumprimento de uma norma. E que sem a sanção para inibir o descumprimento o único fator que influenciará a parte na sua escolha será o seu arcabouço

axiológico, sua consciência, o que claramente não pode ocorrer quando tratamos da solução heterocompositiva estatal.

Além disso, há um olvido de que o Código prestigia os princípios da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Pois como pode-se garantir a segurança jurídica se não inibe o, *venire contra factum proprio*, comportamento contraditório de alguém que mobiliza a jurisdição para então esquivar-se de seus comandos?

Fica demonstrada, assim, a existência de desídia legislativa em relação a métodos de coibir a ocorrência de ardis processuais eivados de má-fé que, por conta de uma lacuna legal acabam tornando-se um subterfúgio para esquivar-se da resposta judicial e por conseguinte uma teratologia legal e principiológica. Pois como pode um Diploma legal afirmar que objetiva trazer celeridade, eficiência as decisões e o respeito ao Judiciário se em seu bojo uma situação que prejudicará o andamento processual dos juízos como um todo, mas que não é suscetível de plano de sanção, como o é nos Juizados Especiais? Além disso, a nova cultura dos precedentes não consegue resolver o óbice legislativo, uma vez que estes casos não sobem para instancias superiores e, portanto, não são apreciados uniformemente e, dessa forma atolam cada vez mais as instancias iniciais da esfera judicial não efetivando a sua característica profilática. Pois o dano não poderá ser desfeito (MARINONI,2009).

Embora atualmente o art. 485, II e III do CPC seja uma saída para essas situações, ainda não é a melhor solução. Faz-se necessária uma previsão legal que se amolde à hipótese de ausência injustificável como ato atentatório à dignidade da justiça, bem como uma sanção processual como a que ocorre nos Juizados Especiais, onde, caso o autor se ausente, o processo é extinto. E anda, deve-se estabelecer uma legislação efetiva que se amolde à realidade social, e não meramente um dever que em nada comunga com a realidade (BRASIL, 2015; BOBBIO, 2006, p. 119).

Problemas como este advêm do olvido da multidisciplinaridade proveniente de uma visão holística necessária para legislar acerca da vida em comunidade e suas relações. Resultam na criação de leis como se fossem um fim em si mesmo, e não um meio para chegar a um fim. Não é a lei que resolverá os problemas da sociedade, mas elas são um meio de guiar os

que estão perdidos na selva social, para entender, compreender e defender seus direitos.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: RT, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça**: alguns mitos. Revista de processo. v. 102, p. 228-237, abr-jun. 2001
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bibi e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL, **Lei nº 13.105, de março de 2015**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525> . Acesso em: 14 jan. 2021.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANARIS, Claus-Wilhen. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CORDEIRO. Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 4ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 32ª Ed. São Paulo: Forense, 2016.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREUD, Sigmund. **Civilization and its discontents**. Buckinghamshire: Chrysoma Associates Limites. 2005. Disponível em: <http://w3.salemstate.edu/~pglasser/Freud-Civil-Disc.pdf> Acesso em: 15 jan. 2021.

HOUAISS, A; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

LOPES, Wilson. A dependência entre a distância percorrida num meridiano, e a variação na altura da estrela Polaris. **Revista Brasileira de Ensino de Física**, v. 15, n. 1-4, p. 18-22, 1993. Disponível em: <http://www.sbfisica.org.br/rbef/pdf/vol15a03.pdf> Acesso em: 31 mar. 2021.

LYRA FILHO, Roberto. Normas jurídicas e outras normas sociais. In: SOUSA JR, Jose Geraldo (org.). **O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito**. 4ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n.49, p. 11-58, 2009.

PINHEIRO, J. M.; AGUIAR, D. M.; LIMA, A. A. A influência da pós verdade e da modernidade líquida na resolução consensual de conflitos. In: VIVAS, Alessandra Bentes T. et al. (Org.). **Interdisciplinaridade das políticas públicas**. 1ed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2019, v. 1, p. 774-790.

- REZENDE, Renato Horta. **Atos atentatórios à dignidade da justiça e a sanção em *numerus clausus***: interpretação sistemática do atual Código de Processo Civil. Prisma Jurídico. v. 16, n. 2. Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2017. p. 314-370. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93454289005> Acesso em: 13 jan. 2021.
- SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. V. 1. 5ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2000.
- TROSTER, R. L. **Introdução à economia**. São Paulo: Makron Books, 2002.

O PAPEL DO JUIZ NO CONTROLE DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA AUTONOMIA DA VONTADE

*Fabiana Marcello Gonçalves Mariotini*³⁹

*Pablo Melo de Oliveira*⁴⁰

INTRODUÇÃO

Pensar na estrutura do direito processual civil contemporâneo é um exercício que não pode ser feito sem voltarmos os olhos à Constituição Federal, ainda que oscilantes e variadas as razões desse fenômeno constitucionalizante, o qual, para além do universo processual, permeia todo o Direito. Em brevíssimas linhas, “a evolução do direito constitucional, no correr do século XX, foi obstada por sucessivas quebras de regime que sa-

39 Advogada graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Gestão e Direito Processual Civil pela IBMEC-RJ. Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (Bolsista FAPERJ). Doutoranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

40 Advogado graduado pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduando em Direito Marítimo pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes.

culdram a Europa continental e a América Latina” (BAPTISTA, 2018, P. 30). Em se tratando de Brasil, a grave ruptura da ordem democrática experimentada no período de ditadura militar retardou o recrudescimento da constitucionalização. Esses óbices começaram a ser ultrapassados após a Segunda Guerra Mundial e, com algum atraso, em terras brasileiras, com a Constituição Federal de 1988.

A partir daí, ganharam importância valores jurídicos e direitos ínsitos à dignidade da pessoa humana, provocando uma onda de reflexão que atingiu o direito processual civil, tornando premente a adequação de inúmeros institutos processuais, os quais necessitavam superar os modelos clássicos e empoeirados de ação, jurisdição e processo. Dessarte, a tríade estrutural do processo, passou a ser guiada pelos valores de efetividade, segurança e justiça da decisão (FIGUEIRA JÚNIOR, 2003, p. 119), tudo em busca da construção de um lídimo modelo constitucional de processo.

Ainda que, historicamente, a autonomia seja uma conquista do direito processual – o que, de certa forma, fazia com que o seu estudo fosse essencialmente introspectivo e menos permeável a repercussões práticas (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p. 48) –, a compreensão do processo não mais se encontra limitada e centrada em si: além de um instrumento, o processo contemporâneo deve ser visto como uma “caixa de ferramentas”⁴¹ (RIBEIRO, 2016, p. 212).

Não se nega que, antes do Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/2015”), a constitucionalização do processo já era uma realidade. O que fez o novo diploma, então, foi apenas não deixar qualquer margem para dúvidas quanto à influência constitucional. O artigo 1º do CPC/2015 é a prova cabal de que o texto constitucional é a base de formatação e aplicação do sistema processual civil brasileiro, fato este que não impediu o legislador de realizar concessões privatísticas em meio ao publicismo processual. Aliás, pelo contrário, essas concessões que dão ao processo quase

41 Expressão emprestada do direito administrativo: “Essa guinada, em favor da eficiência do Estado e da melhoria de sua gestão, passa, necessariamente, pela compreensão de que o direito administrativo, por força de seu desenvolvimento contínuo, dedicação a interesses múltiplos, caráter acumulativo, cultural, concreto e cotidiano, se transformou na compilação de uma grande diversidade de institutos e formas de organização com vocações próprias, que juntos integram uma verdadeira caixa de ferramentas voltada à instrumentalização de interesses públicos caso a caso”.

que um tom contratual, somente se mostraram possíveis em um cenário de onipresença constitucional, no qual a colaboração e a boa-fé objetiva são vetores inafastáveis.

Torna-se possível, dessa forma, a construção de um processo dialógico, colaborativo e consensual, com o objetivo maior de materializar o direito à duração razoável do processo e ao acesso qualitativo a uma ordem jurídica justa, que não mais pode ser estudada “nos acanhados limites do acesso aos órgãos jurisdicionais já existentes” (WATANABE, 2019, p, 3). Nessa toada, algumas mudanças trazidas pelo CPC/2015 têm como força motriz o ânimo do legislador em garantir, por intermédio de um processo cooperativo-garantístico, a real efetividade da tutela jurisdicional.

Nesse cenário de concretização do papel do processo como caixa de ferramentas apta a permitir a efetiva tutela de direitos das mais variegadas formas, temos o negócio jurídico processual, fruto do “encontro improvável de dois mundos, para muitos, distantes e incompatíveis” (CABRAL, 2020, p 43). Contrariando essa premissa, o CPC/2015, além de ampliar o rol de convenções processuais típicas (por exemplo: calendarização processual do art. 191 e a delimitação consensual das questões controvertidas no saneamento do processo, como autoriza o art. 357, §2º), criou uma cláusula geral de negociação processual.

Embora o avanço seja inegável, o legislador não trouxe (ao menos de modo explícito), meios de convalidação de negócios processuais tidos como inválidos. Na realidade, a redação dada ao art. 190 aponta o problema e a solução imediata que a lei estabelece no parágrafo único do citado artigo é o controle judicial da validade das convenções, que tem como consequência direta a recusa da aplicação da convenção.

Refletirmos acerca da convalidação de negócios processuais inicialmente inválidos não é só possível, mas necessário, em especial em um cenário de efetividade do processo e de alinhamento principiológico do processo civil com a Constituição Federal (isso sem falar nas regras próprias da legislação civil que autorizam a convalescência de negócios jurídicos anuláveis, como veremos oportunamente).

Zelar pela efetividade da tutela jurisdicional nesse diploma processual recém-vigente, sem sombra de dúvidas, envolve o entendimento de que (i) a consequência imediata do negócio processual inicialmente inválido nem sempre deve gerar o afastamento das regras convencionadas; (ii) mes-

mo que se reconheça que a autonomia privada não é absoluta, a melhor interpretação é sempre aquela que privilegia a validade de um negócio processual, e não a sua invalidade. Por isso, a possibilidade de conservação do negócio processual e a sua convalidação hão de ser apreciadas. É o que passaremos a analisar mais detidamente a partir de agora.

1. DOIS PASSOS ATRÁS: ENTENDENDO A FIGURA DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Convenções processuais não são inéditas. Ainda que parte da doutrina, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, entendesse pela inexistência de negócios processuais (CÂMARA, 2013, p. 274), sob o fundamento de que os atos de vontade praticados pelas partes produziam nada mais do que efeitos previstos em lei (o que constituiria, portanto, ato jurídico), fato é que o código anterior já contemplava, essencialmente, espécies típicas de convenções processuais. Temos, com isso, as antigas redações dos arts. 333, parágrafo único, e 475-C, que autorizavam as partes a convencionar, respectivamente, sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a escolha do arbitramento como espécie de liquidação de sentença no caso concreto.

Verdade seja dita, o que tornava perceptível a existência de negócios processuais antes mesmo da vigência do CPC/2015, eram os próprios elementos característicos do instituto. Se outrora as partes, ainda que limitadas a espécies delineadas, podiam decidir sobre as regras do processo – o que não se confunde com a composição sobre o objeto do litígio –, decerto que convenções processuais são realidade há muito presente na sistemática processual (CABRAL, 2020, p. 43).

A evolução carreada no bojo do CPC/2015 está não só na conceitualização, mas também, e sobretudo, na ampliação do objeto negociável. O art. 190 é categórico: em casos nos quais a autocomposição seja possível, partes plenamente capazes poderão consentir e alterar o procedimento ou reorganizar posições e situações processuais, adequando o rito às características da causa e redefinindo seus ônus, faculdades e direitos.

A nova redação estabelece aquilo que a doutrina denomina de “cláusula geral de negociação processual”. Não está mais a se falar em negócios processuais apenas para as espécies previstas em lei. Passa a haver um tra-

tamento geral e aberto, abarcando negócios nos quais se autoriza a reorganização do procedimento no caso concreto, tendo como critério maior a vontade das partes. Permite-se que as partes flexibilizem o procedimento, agora não mais em tipos taxativamente previstos, mas celebrando convenções processuais atípicas, introduzindo a autonomia da vontade como uma diretriz informadora do processo civil contemporâneo.

É bem verdade que a autonomia da vontade, sobretudo nessa esfera, possui limitações, o que tem a sua razão de ser. O processo, em sua concepção ainda publicista, não pode ser pensado apenas como “*coisa das partes*”, devendo ser visto como instrumento ao final do qual a decisão não só resolverá os interesses conflitantes, como também – e principalmente – terá repercussões na coletividade, refletindo indiretamente no bem comum e na pacificação social (GRECO, 2011, p. 722). “*Não vigora, ipso facto, o vale tudo processual. O negócio jurídico processual não tem, nem deve ter, esta extensão*” (WAMBIER *et al*, 2015, p. 356). É natural, portanto, que a negociação processual não tenha a mesma amplitude que possui na ótica privatista (MOREIRA, 1984, p. 91) – no âmbito da qual, vale dizer, também há limitações ao negócio jurídico.

Esse pensamento, contudo, não deslegitima o papel fundamental da autonomia da vontade na seara processual. Ainda que não seja algo *só* das partes, não se pode ignorar o fato de que, contemporaneamente, o processo se organiza como uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), na qual este é harmonicamente distribuído entre juiz e partes (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2012, p. 623-624). Afasta-se a figura sempre protagonista do órgão jurisdicional para que, sob uma perspectiva policêntrica (NUNES, 2008, p. 215), o processo se estabeleça como instrumento para efetivação de direitos fundamentais, em uma espécie de neoinstrumentalismo.

“A autonomia da vontade, à luz dos princípios e garantias constitucionais, somente pode ser lida e reconhecida como elemento formador da justiça distributiva, da sociedade solidarista e da garantia de cooperação entre os sujeitos para a materialização dos fins sociais previstos na Constituição”, como ensina Fachin (FACHIN, 2011, p. 11). Negar a sua importância para o diálogo é fechar os olhos para o que diz o art. 6º, do CPC/2015, além de ignorar o estímulo à autocomposição (previsto no art.

3º, §§2º e 3º, do CPC), que tem por elemento norteador a autonomia da vontade, como estabelece o art. 166, *caput* e §4º, do CPC/2015.

Não se pode perder de vista que a convenção processual, como instrumento que viabiliza a flexibilização e adequação do procedimento às particularidades da causa e aos seus desejos, tem como elemento nuclear a autonomia da vontade, supondo-se um espaço de liberdade “para as partes encontrarem soluções autocompositivas sem interferência do órgão jurisdicional” (NOGUEIRA, 2020, p. 261). Não fosse por ela, as partes não teriam meios de concretizar a autocomposição, manifestada para além dos mecanismos adequados de solução de controvérsias, na medida em que permite uma disciplina do próprio processo.

A conclusão a que chegou Adriano Cordeiro (CORDEIRO, 2016, p. 33) em tese de doutorado dá o tom adequado ao tema. Afirmo o autor que deve haver um “equilíbrio entre autonomia privada e publicismo”. Na mesma linha, Igor Raatz (RAATZ, 2019, p.295) aduz ser necessário um equilíbrio no qual “o direito à participação das partes na estruturação do processo não seja sufocado por ideais hiperpublicistas que pautaram o modelo social de processo”.

Os contornos conferidos pelo CPC/2015 ao negócio jurídico processual revelam a vontade do legislador em privilegiar o paradigma democrático do processo, dotando as partes de poderes capazes de influenciar a dinâmica dos atos, faculdades e deveres processuais, assim como o próprio procedimento. O seu papel deve ser observado pela ótica da autonomia da vontade, de modo a assegurar a eficácia da cláusula geral de negociação processual.

2. A ATUAÇÃO DO JUIZ NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

2.1. O JUIZ E O SEU PAPEL NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: FIGURANTE OU PROTAGONISTA?

As funções exercidas pelo juiz nas convenções processuais são alvo de intenso debate. Considerando que se trata de instituto sabidamente informado pelo princípio da cooperação, informado pela autonomia da

vontade, *qual é a margem de participação do órgão jurisdicional na aplicação dessa ferramenta?*

As convenções processuais, em regra, independem de homologação judicial para serem válidas. Salvaguardadas as exceções legais ou eventual regra em sentido contrário que as próprias partes tenham estabelecido, a eficácia do negócio processual é plena e imediata a partir do momento em que celebrado, como prevê o art. 200 do CPC/2015. Essa dinâmica é evidentemente aplicável às hipóteses em que os negócios tenham as partes como únicos participantes, sejam aqueles que se aperfeiçoam pela manifestação de apenas uma das partes – negócios processuais unilaterais – ou aqueles nos quais a manifestação de vontade de duas partes materializa a existência do negócio (DIDIER JR., 2018, p. 26).

Há, contudo, que se observar que há convenções processuais em que a manifestação do magistrado é essencial à formação e aperfeiçoamento do negócio. Trata-se da hipótese em que o juiz atua como sujeito do negócio processual, como ocorre, por exemplo, com o saneamento consensual do processo, insculpido no art. 357, §2º, do CPC. A doutrina nomeia essa espécie de negócio jurídico processual plurilateral.

Ainda que não se duvide que a participação do juiz nos negócios processuais plurilaterais é possível, há controvérsia sobre o objeto dos negócios nos quais este poderá atuar. Diante disso, indaga-se: a legislação admite que o juiz atue em qualquer negócio processual plurilateral, seja ele típico ou atípico?

A razão desse debate está na própria redação do artigo que estabelece a cláusula geral de negociação processual. Por haver expressa menção às partes como sujeitos do negócio processual atípico no art. 190 do CPC, parte da doutrina tem entendido que o órgão jurisdicional não está investido da capacidade negocial necessária para participar dessa espécie de convenção processual. Murilo Avelino (AVELINO, 2015, p. 17) capitaneia essa interpretação, ao defender que “o juiz será co-declarante no negócio processual que disponha a respeito de situações jurídicas por ele titularizadas no processo. Só é possível, contudo, que se trate de negócios processuais típicos. É que, quando o legislador permite que sejam efetivados negócios jurídicos a respeito de ‘direito que admita autocomposição’, deixa entendido que a hipótese do art. 190 (atipicidade dos negócios processuais) não se aplica ao juiz”.

Em sentido contrário, posiciona-se Fredie Didier Jr. (DIDIER JR., 2015, p. 383). Defende o renomado autor que, “embora o *caput* do art. 190 do CPC mencione apenas os negócios processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional. Um bom exemplo de negócio processual atípico celebrado pelas partes e pelo juiz é a execução negociada de sentença que determina a implantação de política pública”.

Entendemos que a primeira leitura se mostra mais adequada aos fins pretendidos pela lei, e primeiramente por uma regra de hermenêutica jurídica. O estabelecimento de que **as partes** poderão estipular mudanças no procedimento e convencionar situações jurídicas processuais se traduz em verdadeira opção do legislador em excluir outros partícipes dessa negociação. Se a lei estabelece os elementos subjetivos constitutivos do negócio processual atípico, deixando de incluir outros que não as partes, revela-se o seu intento em reservar a estas o direito exclusivo de gozar da cláusula geral de negociação processual.

Em segundo lugar, o que está em jogo é a autonomia da vontade. Ainda que o juiz possa interferir, *a posteriori*, nos negócios processuais atípicos, a sua atuação está limitada às situações previstas no art. 190, parágrafo único, do CPC – o que se verá adiante. Uma vez que a capacidade negocial e a manifestação de vontade derivam exatamente da posição que as partes ocupam no processo, é mais do que natural deixar a estas o papel central na celebração do negócio jurídico processual. Se é a estas que compete compor sobre o direito em litígio, não havendo que se falar em direito titularizado pelo Estado-Juiz em disputa, cabe a estas decidir sobre o negócio processual atípico, como medida de preservação da autonomia da vontade.

Em terceiro lugar, o exemplo tomado por Didier para defender a participação ampla do juiz nas convenções processuais atípicas não autoriza essa conclusão. A execução judicial negociada de políticas públicas nada mais é do que a elaboração de um cronograma com etapas e prazos para implementação das ações impostas ao ente público no âmbito de um processo judicial – que mais se assemelha à calendarização processual (COSTA, 2016, p. 130), que, por excelência, é um negócio jurídico processual típico (art. 191 CPC).

A conformidade da norma impõe, assim, a noção de que compete somente às partes negociar e celebrar a convenção processual atípica, cabendo ao juiz o controle de sua validade, atuando com imparcialidade. Até porque, recorda Antonio do Passo Cabral (CABRAL, 2020, p. 274), “a capacidade negocial não é própria da função jurisdicional”. Válido o negócio processual, o juiz fica vinculado, cabendo a ele a promoção dos meios necessários ao cumprimento do que foi acordado pelas partes (NOGUEIRA, 2020, p. 268).

2.2. O JUIZ ENQUANTO *GATEKEEPER* – FISCAL DA VALIDADE DO NEGÓCIO PROCESSUAL ATÍPICO – E A POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO DAS INVALIDADES PARA GARANTIR QUE A VONTADE DAS PARTES

O art. 190, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015, além de estabelecer requisitos subjetivos e objetivos do negócio jurídico processual atípico (limitando a capacidade negocial às partes plenamente capazes cujo exercício é possível somente nos casos em que o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição), indica o poder-dever que tem o juiz de controlar a sua validade, devendo, em algumas hipóteses, recusar-lhes a aplicação.

Embora o juiz possa, como visto, figurar como partícipe das convenções típicas, a redação do art. 190 do CPC/2015 dá o exato contorno subjetivo dos negócios processuais atípicos. Ao contrário da interpretação que parte da doutrina dá ao tema, o legislador foi categórico ao reservar ao magistrado o papel de controle da legalidade do negócio processual atípico, papel este que se coaduna com a superação de um modelo processual paternalista. Reconhece-se que as partes são “suficientemente maduras para que o processo passe a ser uma coisa *com partes* sem excluir os ganhos do publicismo” (GODINHO, 2015, p. 409), o que não significa, por óbvio, que “instrumentos estatais possam ser manipulados de maneira descontrolada pelos litigantes” (CABRAL, 2020, p. 279).

Essa guinada tem uma razão de ser. As origens do viés publicista do processo remontam ao Código de Processo Civil Alemão de 1877 e ao Código Austríaco de 1895 (CAPPELLETTI, 2008, p. 322). Por muito tempo, concentraram-se poderes e faculdades de condução do processo

nas mãos do juiz, em busca da qualidade e justiça na atividade jurisdicional (ALMEIDA, 2011, p. 161). Tal fato se justifica se nos atentarmos para o fato de que o (hiper)publicismo surge em um momento de ruptura com o Estado Liberal, repercutindo no modo de se pensar o processo e a jurisdição, com incrementação crescente dos poderes do juiz (RAATZ, 2019, p. 71).

Se, de um lado, a concepção publicista tinha como consequência primeira o protagonismo judicial, de outro, a atuação das partes era construída sob uma perspectiva de coadjuvação (para não dizer figuração em alguns atos do processo). Ao passo em que ao juiz eram conferidas as armas para dirigir o rumo do processo, quase que de forma exclusiva e autoritária, às partes pouco – ou nada – restava.

Não se desconhecem os benefícios dessa concepção para a organização do processo como se tem hoje, mas esse não é mais o espírito que orienta o direito processual civil contemporâneo. A preocupação com a efetividade do processo perpassa por várias nuances, incluindo, por exemplo, o alto volume de causas hoje em curso. Diálogos acerca do descongestionamento do Poder Judiciário são numerosos e necessários, mas de nada valem se não acompanhados de ações que desloquem do juiz funções e faculdades que podem ser exercidas pelas partes, sem que isso implique em ofensa à ordem pública ou risco de insegurança jurídica. Pensando nisso, o legislador limitou o papel do juiz nas convenções processuais atípicas ao controle de sua validade, o que, naturalmente, deve-se fazer nas exatas condições e hipóteses previstas no art. 190, *caput*, do CPC/2015.

Estabelecidas essas bases, note-se que o CPC/2015 impõe ao juiz o dever de controlar a validade do negócio processual, cuidando de estabelecer três hipóteses sobre as quais o juiz deverá recusar a aplicação das convenções processuais atípicas, a saber: (i) nos casos de nulidade do negócio; (ii) quando a convenção for inserida em contrato de adesão ou, (iii) quando uma das partes estiver em manifesta situação de vulnerabilidade.

Humberto Dalla (PINHO, 2020, p. 474-475), orientado pela doutrina de Leonardo Greco, apresenta um rol contendo os elementos mínimos que devem estar presentes na celebração dos negócios processuais, e que, naturalmente, serão objeto do exame de validade empregado pelo juiz:

(i) A possibilidade de autocomposição a respeito do próprio direito material posto em juízo ou a impossibilidade de que a convenção prejudique o direito material indisponível ou a sua tutela;

(ii) A celebração por partes plenamente capazes;

(iii) O respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e

(iv) A preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual.

Há quem acrescente que a satisfação dos pressupostos tradicionais dos atos jurídicos pode não ser suficiente para que o negócio jurídico processual atinja o plano de validade (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 536). Isso porque o processo possui pretensões próprias. Diante disso, a possibilidade irrestrita de negociação processual poderia, mesmo que de forma contraditória, acarretar a perda da liberdade para uma das partes envolvidas, razão pela qual os direitos fundamentais processuais também devem ser interpretados como limites às convenções processuais, sujeitando-se ao controle de validade realizado pelo juiz.

As ponderações soam razoáveis. Embora as convenções processuais se orientem pelas regras gerais dispostas no Código Civil (por se tratar de espécie do gênero negócio jurídico), não se pode perder de vista que o seu objeto é voltado, essencialmente, ao procedimento ou às situações jurídicas processuais (ônus, poderes, deveres ou faculdades processuais).

Seja como for, em se tratando do exercício de aferição de validade dos negócios processuais atípicos, revela-se crucial ao juiz observar as condições que o art. 190, *caput*, do CPC/2015 estabelece, sem perder de vista, a rigor, as regras que o Código Civil traz sobre as invalidades dos negócios jurídicos.

A preocupação do legislador, com nitidez, é o autorregramento da vontade sem perder de vista a promoção e proteção da noção de processo justo. Isso quer dizer que a posição que a autonomia da vontade ocupa na sistemática processual civil contemporânea não pode repercutir em extinção ou negativa de vigência a direitos fundamentais. De fato, não se pode imprimir a ótica constitucional para outorgar direitos às partes e, noutro

momento, usar o mesmo instrumento para tolher o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a paridade de armas.

A confusão na qual não se pode incorrer é que toda e qualquer convenção processual atípica acarreta, automaticamente, diminuição ou negativa de vigência a direitos fundamentais. A doutrina, por vezes, tem se pautado na ideia de que as faculdades sujeitas à negociação processual seriam restritas aos casos em que o ato processual não é orientado por norma cogente (BUENO, 2017, p. 226). Todavia, a interpretação, em certa medida, hipertrofia a sistemática processual e contraria as noções de autonomia da vontade e efetividade do processo que orientam o CPC/2015.

Embora, de um lado, a opção feita pelo legislador para o tratamento de negócios processuais atípicos ditos inválidos tenha o espírito de garantir tratamento isonômico entre as partes, é oportuno refletir se o remédio é adequado. Questiona-se: *somente é cabível ao julgador rejeitar a aplicação do negócio processual, sem qualquer outra ação alternativa para corrigir o vício?*

Esse aspecto deve ser ponderado porque, *a priori*, já que o legislador não distribui opções para reparar os negócios processuais atípicos inválidos, é de se entender que a consequência imediata do seu afastamento é o reestabelecimento do *status quo* processual de acordo com a dinâmica estabelecida em lei. Em outras palavras, rejeitar a convenção processual atípica por sua invalidade implica em submeter as partes ao procedimento e à ordem das situações jurídicas processuais tal como previstas no CPC/2015.

A reflexão pode ser assim traduzida: se o CPC/2015 inaugura uma fase de harmonia entre as concepções publicista e privatista do processo, ajustando-o à noção democrática do devido processo (CORDEIRO, 2016, p. 96), estabelecendo um ambiente de participação plena, é razoável entender que as partes também tenham a oportunidade de, corrigindo os vícios, convalidar o negócio processual antes inválido.

Vale lembrar que uma das inspirações para a reformulação do papel da parte no processo, como consagra o CPC/2015, foi justamente a arbitragem (PINHO; LOBO, 2018, p. 677).

Em nosso sentir, a Lei n.º. 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”) prescreve um remédio apropriado, baseado na manifestação da vontade da parte, para conferir eficácia à cláusula compromissória inicialmente ineficaz. A regra está contida no art. 4º, §2º, da Lei de Arbitragem, que restringe a eficácia da cláusula compromissória presente nos contratos de adesão a

dois eventos: quando a parte aderente iniciar o procedimento ou quando ratificar o seu teor.

A intenção do legislador é clara. A prevalência é da autonomia da vontade das partes, elemento central do negócio jurídico (PEREIRA, 2005, p. 478-479), mesmo nas hipóteses em que, em tese, a convenção celebrada seja ineficaz. O aperfeiçoamento do negócio jurídico com a ratificação do consentimento se apresenta como a medida mais efetiva para assegurar a preservação da autonomia da vontade diante de irregularidades que, em tese, podem comprometer a higidez da avença. Consagra-se, assim, a boa-fé como norte.

Outra percepção sobre os métodos para enfrentamento das invalidades do negócio processual está na normativa material. Considerando que às convenções processuais se dá tratamento que comunga regras gerais previstas no Código Civil e comandos específicos do CPC/2015, não há erro em admitir a importação de valores e princípios gerais ao tratamento dos negócios jurídicos.

Sob esse prisma, é importante analisarmos o princípio da conservação dos negócios jurídicos. Sabidamente privilegiado pelo Código Civil, esse princípio traz a noção elementar de que “tanto o legislador quanto intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar em qualquer dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio realizado” (AZEVEDO, 2002, p. 66). Doutrina José Maria Leoni (OLIVEIRA, 2017, p. 549), outrossim, “que o referido princípio não se aplica somente às cláusulas de um negócio jurídico, mas a todo o negócio”.

A presença do elemento vontade é ínsita a existência do negócio jurídico. Zelar pelo seu pleno exercício é essencial, sob uma ótica privatista, à garantia da liberdade das partes envolvidas. Sob perspectiva processualista, a conclusão não pode ser outra: a liberdade das partes em pactuar sobre condições de procedibilidade e prática de atos processuais é a máxima expressão da busca pela efetividade do processo. Não havendo prejuízo decorrente da invalidade, *por que não convalidar os negócios processuais inválidos para garantir a sua aplicação e a realização da vontade das partes?*

Aliás, a presença do prejuízo como consequência da invalidade no negócio processual tanto é relevante que o Fórum Permanente de Proces-

sualistas Civis editou o enunciado 16, segundo o qual “o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

A interpretação sistemática do art. 190 do CPC/2015 traz à tona a ideia de que deve ser privilegiada a autonomia da vontade das partes ainda que nos negócios processuais inválidos – os quais devem ser, logicamente, corrigidos e aperfeiçoados de modo a se manter a vontade declarada das partes, adequando-a aos parâmetros necessários para que o negócio processual seja válido e eficaz. Isso não quer dizer que inexistam limites à autonomia da vontade. Quer dizer que, havendo causas de invalidade, o primeiro pensamento deve ser: *como corrigir as invalidades para garantir que a vontade das partes seja mantida?* Esse exercício pedagógico é, essencialmente, atribuível ao juiz enquanto fiscal da validade do negócio processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual civil foi vestido com novas roupas. Costurar novas roupas com velhas agulhas e velhas linhas compromete os esforços empregados na construção dessa nova modelagem processual, induzindo o processo a repetir os percalços que se buscou reestruturar ou evitar com a edição do CPC/2015. Não se pode analisar a sistemática atual com as lentes de outrora. Assim é que as convenções processuais, sobretudo as atípicas, devem ser examinadas sob a visão que guiou o legislador. E essa visão reúne não só a preocupação com a construção de um processo cooperativo, mas, principalmente, com a preservação da autonomia da vontade das partes litigantes. Afinal, não há como colaborar se os partícipes não têm as suas vontades resguardadas.

Ao exercer o controle de validade dos negócios processuais atípicos, não compete ao juiz **somente** decretar a invalidade e reestabelecer o *status quo* processual originário (o que pode até ser a solução mais fácil, mas não necessariamente melhor). Ao juiz cabe também, e principalmente, trabalhar em conjunto com as partes para afastar possíveis vícios que comprometam a higidez da convenção processual, seja buscando a manutenção da intenção original destas, seja convocando-as para que, agora perante o

órgão jurisdicional, exponham o seu desejo em ratificar (ou não) a vontade antes convencionada.

A compreensão do processo na ordem contemporânea demanda esforços para que partes e juiz atinjam a pretendida satisfatividade. No universo de participação hoje em vigor, as medidas que impõem o silenciamento das partes por invalidades, ressalte-se, passíveis de aperfeiçoamento ou convalidação, não se adequam ao espírito que norteia a sistemática atual.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A jurisdição na perspectiva publicista e privatista no contexto da solução de demandas individuais de massa – notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V. VII, nº. 7, jan-jun. 2011.
- AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 40, n. 246, ago. 2015.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Teoria Geral dos negócios jurídicos processuais. 3ª edição. Salvador: Jus Podivm.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil: v. 1**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociais e políticos do processo civil. In: _____. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I. Tradução: Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26^a edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

CORDEIRO, Adriano Consentino. **Negócios jurídicos processuais e as consequências do seu descumprimento**. 2016. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/>. Acesso: 31 mar. 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “Execução Negociada” de Políticas Públicas em Juízo. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 59, jan-mar. 2016. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/>. Acesso: 31 mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, Vol. 1. 17^a edição. Salvador: JusPodivm, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, vol. 04, n^o. 01, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/>. Acesso: 20 mar. 2021.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1. 3ª edição. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: _____. **Temas de direito processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, José Maria Leoni. **Direito Civil**. Parte Geral. OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; LOBO, Julia Araripe Leite. Os negócios jurídicos processuais e alegação de existência de convenção de arbitragem. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 4, n. 1. 2018.
- RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo**. Liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo**, v. 272, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/>. Acesso: 30 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça). Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DA POSSE: ESTUDOS SOBRE ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO INSTITUTO

*Júlio César Mendes Brasil*⁴²

*Felipe Lima Pinheiro*⁴³

INTRODUÇÃO

Se observado o modelo de distribuição populacional adotado na maioria das cidades brasileiras irá se constatar que, de maneira geral e nacionalizada, os moldes adotados foram, muitas vezes, realizados e empregados sem o devido processo de urbanização e planejamento de expansão com o passar de anos e décadas. Isso ocasionou uma distribuição inadequada de áreas, com a ocorrência de grandes glebas de terras sendo entregues para um único proprietário, que acabavam por não exercer a função social da propriedade. Não poucas vezes, essas áreas eram meramente utilizadas para especulação econômica, ao passo em que diversas famílias seguiam desassistidas dos seus direitos mais básicos. Tal cenário, envolto num contexto em que o direito social fundamental à moradia muita das vezes não passa de mero texto constitucional – num cenário onde o texto

42 Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão. Professor em Processo Civil na Faculdade Santa Teresa.

43 Bacharelado em Direito pela Faculdade Martha Falcão. Estagiário no escritório jurídico Higino, Sordi, Sousa, Toledano & Advogados Associados.

se separa completamente da realidade –, ignorado pelo Poder Executivo, onde uma miríade de pessoas com poucos recursos vaga, arriscando-se a ocupar terras em busca de um lar.

É nesse cenário de fragilidade nas políticas de moradia, sobretudo em grandes metrópoles, que se exige a aplicação dessas políticas, que se constata a cada vez mais recorrente ocorrência de ocupações irregulares multitudinárias, notadamente conhecidas enquanto “invasões coletivas”.

Os exemplos são os mais diversos possíveis, estando aí aos montes, em diversas cidades brasileiras, seja no contexto urbano ou no contexto rural, onde se tem o contraste entre o crescimento econômico e o acompanhamento desse crescimento por políticas habitacionais que acompanhem o crescimento populacional, muitas vezes, tendo como única solução recorrer aos créditos bancários, num claro processo de comercialização do espaço urbano.

Também consequência deste cenário são as diversas ações judiciais que chegam ao crivo do judiciário, onde proprietários, tutelando seu direito fundamental à propriedade, ajuízam ações petitórias e possessórias, no mesmo passo em que os moradores e comunitários defendem-se, buscando a garantia do seu direito fundamental à moradia – independentemente do “chão” em que poderão exercê-lo, aliás.

A missão, como bem parece ser, não é das mais simples, visto que exigir-se-á uma ponderação de valores axiológicos, como é o caso da dignidade da pessoa humana, bem como um sopesamento de direitos fundamentais, onde têm-se de um lado o direito à propriedade, previsto no Art. 5º da Constituição Federal, enquanto do outro o direito social à moradia de centenas e milhares de pessoas, previsto no Art. 6º da Constituição Federal.

Resultado desse conflito são as reintegrações de posse coletivas, com diversos exemplos no Brasil. No sentido oposto, têm-se também as decisões judiciais onde se verifica que, em razão do decurso temporal, em conjunto com o exercício da função social, constata-se a aquisição de direitos à propriedade, como foi o *leading case* da Favela Pullman (REsp 75659), localizada no estado do Rio de Janeiro.

Ocorre que, numa análise mais atenta as complexas consequências fáticas e sociais de tais conflitos, constatou-se que as soluções empregadas, muitas vezes utilizando-se da forma binária de resolver o direito – onde se

exige que para que haja um “ganhador”, é necessário que haja “um perdedor” – as soluções acabavam por ser, muitas das vezes, inadequadas para o caso concreto, traduzindo-se em soluções que terminam por agredir e retirar direitos fundamentais de forma muito severa, sem efetiva ponderação de valores Constitucionais e axiológicos – seja esta solução pela prevalência do direito fundamental à propriedade ou mesmo a moradia.

A título de exemplo, pode-se utilizar a hipótese de um proprietário que, de boa-fé, adquire imóvel à título oneroso e, por qualquer razão, acaba por ver sua área ocupada por moradores de baixa renda, oportunidade em que, ao procurar o judiciário, vê o direito à moradia se sobrepor ao direito à propriedade, cenário onde todos os ônus da inexistência de políticas de moradia acabam por recair nas costas daquele que, por todo tempo, agiu de boa-fé.

No cenário oposto, têm-se as diversas famílias que, num instinto de sobrevivência e busca por um local para existirem, acabam se juntarem à milhares que situação de penúria social parecida, adentrando em grandes áreas – por vezes, abandonado –, ocupando um pedaço de chão e formando suas moradias, ainda que precárias, construindo famílias, até o momento em que veem no risco de serem obrigadas a serem abruptamente retiradas daquilo que lhe é o seu único alento, isto é, seu lar, ficando à mercê, sem destino, lhe restando, muitas das vezes, apenas uma promessa de que, um dia, quem sabe, a “fila da moradia”, lhes alcance.

Assim, nesse contexto onde se parecer ter somente decisões “binárias”, onde o ônus recairá ao proprietário pela inexistência de políticas habitacionais, ou mesmo às famílias que deverão ficar ao relento, visando evitar a ofensa ao direito à propriedade, surge uma possível “terceira via” de solução, com a possibilidade da utilização da Desapropriação Judicial Privada – também conhecida como Desapropriação Indireta –, instituto criado pelo Código Civil de 2002, tendo como escopo a harmonização do direito social à moradia e o direito à propriedade, visto que possibilita a indenização ao proprietário, desde que os pressupostos estabelecidos pelo código sejam observados.

Esta possibilidade vem, ainda que timidamente, sendo empregada pelo Poder Judiciário, como bem se viu no REsp 1.302.736/MG, com a afirmação da utilização da mudança fática da posse para manutenção das

famílias no local esbulhado, ao passo que responsabilizava a municipalidade a indenizar o proprietário da área onde era situada a comunidade.

Ocorre que, não obstante a louvável e corajosa utilização deste instituto, ainda resta necessário a melhor elucidação de algumas repercussões destas decisões, como se vê no conflito entre princípios e institutos processuais, (i) como na necessidade de identificação dos responsáveis pelo pagamento previsto pelo art. 1.228 do Código Civil; (ii) bem como da discussão acerca da existência ou não de violação ao princípio da inércia quando da transformação de uma ação de cunho inicialmente reivindicatório em ação de cunho indenizatório em grau de sentença, buscando, ao fim, encontrar soluções para as problemáticas aduzidas.

Assim, enfrentando esses pontos, utilizar-se-á o Resp. 1442.440 – AC enquanto norte para o enfrentamento dos pontos acima demonstrados, buscando também guarida nas doutrinas que versam sobre a problemática abordada.

1. PONDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DE DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL DA POSSE E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS EM DISCUSSÃO

No cotidiano de grandes metrópoles é muito comum a existência de conflitos possessórios, sobretudo aqueles de natureza coletiva, caracterizado pela existência de uma grande quantidade de pessoas alocadas e residindo em área que pertence à terceiro. Essa comum realidade leva a proprietários, valendo-se de seus direitos de propriedade ou posse, buscar o Poder Judiciário em vista de obter a reivindicação daquele bem esbulhado.

Muito embora o Código Civil e o Código de Processo Civil prevejam possibilidades de proteção da propriedade por meios mais simplórios – por assim dizer –, como é o caso da utilização da força para manutenção do bem, como bem se observa no art. 1.210, § 1.º do Código Civil (ROSENVALD, Nelson., 2017, p. 297-298), bem como como é o caso do pleito de liminares (MONTENEGRO, 2018, p. 506), ambas com o intuito de abreviar ou mesmo evitar com que o esbulho aconteça ou se prolongue, é fato que o objeto tutela leva, naturalmente, a existência de processos complexos.

A tratativa sobre a relação entre tantos direitos fundamentais, como é o caso do direito à propriedade, moradia, dignidade da pessoa humana e os direitos facultativos do próprio exercício da propriedade, faz com a análise da temática seja cercada de uma complexidade natural, majorada de forma sensível quando se coloca na perspectiva da coletividade, onde se tem o contraste numérico do direito, isto é, o direito de um único titular da coisa para com outras centenas ou milhares de famílias que ocupam imóvel alheio a fim de estabelecerem moradia. (OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo, 2016, p. 2). Nesse contexto, as soluções muitas vezes são vistas de formas binárias, tendo dois possíveis quadros fáticos derivados do processo: (i) O proprietário, valendo-se do seu direito à propriedade, reivindica a coisa para si, retirando os esbulhadores do local que lhe pertence; (ii) As famílias, valendo-se do seu direito fundamental à moradia, conseguem a manutenção no local habitado, passando a valer-se, a partir daquele momento, de poderes relacionados a propriedade.

Na primeira hipótese, o direito à propriedade prevalecerá, ao passo que a garantia fundamental à moradia perecerá frente ao direito à propriedade. Na segunda hipótese, por sua vez, ocorrerá o inverso. Em ambos os cenários, há um ônus gigantesco que alguma das partes terá que suportar.

Não se deve tratar a perda do direito à propriedade de bem – ainda que não cumpra evidentemente sua função social típica –, como algo banal, como se não fosse algo que atingisse os interesses e naturalmente a vida do proprietário. Tampouco pode-se tratar a reintegração de dezenas ou milhares de famílias, que ficarão ao relento, como algo corriqueiro. Essa indiferença para com o perecimento do direito não pode ser admitida.

Somada a essa problemática, está o decurso do tempo. O decurso do tempo faz com que as relações entre os esbulhadores e o local esbulhado se solidifiquem. É através do tempo que comunidades inicialmente precárias se transformam em bairros, dotadas de equipamentos públicos e comércio próprio. E o decurso do tempo, muitas das vezes, acontece no mesmo passo do processo. Mais que isso, o decurso do tempo entre a prática do esbulho e o proferimento de uma sentença definitiva, com executoriedade plena para produzir efeitos, gera sensação de pertencimento do esbulhador com a coisa esbulhada. É a sensação de ter um lar que lhe pertence. E essa sensação, muitas das vezes, não cabe na análise de uma “canetada” jurisdicional.

O prazo em que se analisa, a quem assiste o melhor direito ou a melhor razão, faz com a realidade fática se transforme, gerando uma miríade de alterações entre a situação real e a antiga situação, não mais real, mas tão somente hipotética, referente a um passado que não mais existe.

Todos esses e muitos outros, que não cabem na abordagem buscada no presente estudo, estão presentes no contexto de análise do magistrado. Não é, de fato, uma decisão fácil. Nesse sentido, há um possível alento, previsto no art. 1.228, ao versar sobre a possibilidade de desapropriação judicial da posse-trabalho.

A possibilidade, prevista no art. 1.228, §§ 4º e 5º, permite a manutenção da posse, transformada em propriedade, para com os moradores que ali residem, ofertando indenização enquanto contraprestação ao antigo proprietário – que perdera sua propriedade às famílias ali residentes –.

Ao tratar do tema, Maria Helena Diniz explica a existência de um equilíbrio nas relações entre propriedade, posse e direito à moradia – tratado enquanto “interesses sociais em jogo”, vejamos:

Este conceito fundante de posse-trabalho justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição (art. 5º, XXIV). Se se garante o direito de propriedade que deve no seu exercício atender à sua função social, o seu não atendimento sujeita o seu titular à desapropriação. Somente se pode assegurar o direito de propriedade quando estiver produzindo utilidade socioeconômica, mediante seu aproveitamento racional e adequado, representado por obras e serviços relevantes efetuados no imóvel (HELENA DINIZ, Maria, 2014, p. 213)

Nesse sentido, o Poder Judiciário, através do REsp 1.302.736/MG foi levada ao crivo do STJ, tendo este Tribunal se manifestado do seguinte modo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART.

927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. (omissis).

2. O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbação ou esbulho pela parte ré; a data da turbação ou do esbulho e a perda da posse.

3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva.

4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração.
6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1302736/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016).

Na ementa do julgado, o Ministro Luis Felipe Salomão observou a existência de uma verdadeira mudança fática na realidade da área objeto da discussão, restando necessário um verdadeiro sopesamento de direitos fundamentais, onde a problemática discutida no presente trabalho salta aos olhos, ao se observar a dualidade existente na valoração de direitos fundamentais – como é o caso do direito à moradia –, e o direito à propriedade.

O entendimento do STJ, ainda que deva ser observado com o cuidado, afinal, foi proferido em caso concreto com características próprias, ilumina de forma única a questão, ao abordar a existência de uma possível solução que possa conciliar os interesses de proprietário, para não se ver esbulhado judicialmente de sua coisa, bem como para não se ter cenários desoladores decorrentes de reintegrações coletivas.

2. A QUESTÃO PRINCIPAL: QUEM PAGA A CONTA?

A análise preliminar sobre o instituto da desapropriação por posse-trabalho, deixa uma impressão positiva e promissora de sua utilização enquanto apaziguadora de problemáticas como a ora analisada. Assim, a desapropriação judicial da posse demonstra-se como meio extremamente útil para soluções de conflitos possessórios coletivos, onde existem direi-

tos conflitantes: Moradia e Propriedade. Mas, ainda não se tem exatidão quanto a quem é o pagador da desapropriação.

Maria Helena Diniz, ao tratar sobre a natureza jurídica do instituto, inclusive, faz referência a ala doutrinária que entenda se tratar de uma espécie de “usucapião onerosa”, em razão da necessidade de pagamento por parte dos “possuidores-usucapientes”, vejamos:

Há quem ache que, pelos requisitos exigidos pela lei (posse ininterrupta e de boa-fé por mais de 5 anos), seria uma "usucapião onerosa", pois os "possuidores-usucapientes" ficariam sujeitos ao pagamento de um quantum indenizatório ou que haveria uma conversão da prestação de restituir a coisa na de indenizar pecuniariamente, similar à hipótese do parágrafo único do art. 1.255. No entanto, o desideratum do novel Código Civil parece ter sido a configuração de uma desapropriação judicial pela posse qualificada, pois, ante a colisão do direito de propriedade com o princípio da função social da propriedade, privilegiou o segundo (DINIZ, p. 214).

Assim, a legislação impõe o pagamento, ao mesmo tempo que indica que a posse ali referida deverá atender a sua função social. Por oportuno, é natural que a conexão entre função social e moradia não necessariamente será traduzida na existência de uma população hipossuficiente residindo no local.

Ainda que esta não possa ser tida como uma regra excludente de outras hipóteses, é fato que a lógica por trás de um instituto com clara finalidade social, é abranger àquelas populações menos abastadas, de modo que, independentemente da origem da ocupação irregular, esta se deu por famílias humildes, que fizeram ali sua residência, desencadeando em um cenário onde, na hipótese de exigência de pagamento, estas, provavelmente, não teriam condições de arcar com as custas. Logo, num cenário onde os possuidores-usucapientes não possuem condições de arcar com os custos derivados da aquisição do local, têm-se uma problemática importante e fundamental para a própria possibilidade de procedência e efetiva utilização do instrumento judicial: Quem irá arcar com os ônus da indenização referente a desapropriação judicial do proprietário?

Inicialmente, deve-se constatar que não se tem nenhuma legislação específica acerca do tema, de modo que devemos buscar em outras fontes nossa resposta, como é o caso do o Enunciado nº 308, aprovado na IV Jornada, consubstancia o entendimento de que a indenização se deve dar pela “Administração Pública” quando os possuidores forem de baixa renda:

308 – Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, §5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

Nesse sentido, parece que, ao menos quando se tratar de possuidores de baixa renda, o ônus recairá sobre o Poder Público, entendido até aqui em sentido lato. Neste sentido, ainda resta a pergunta: mas contra qual Poder Público?

A utilização do termo “Poder Público” não pode ser utilizada de forma genérica, haja vista que “Poder Público” pode ser qualquer um dos Poderes que possua alguma função institucional. Isto é, a Defensoria Pública dos Estados poderia ser considerada Poder Público nesse caso? Poderíamos, também, utilizar o as Casas Legislativas enquanto sinônimo de Poder Público?

Assim, preliminarmente, é necessário que haja uma especificação mais adequada quanto a utilização do termo “Poder Público”, entendendo-se que o mais adequado é afirmar que o ônus financeiro recai, quando possível o for, ao Poder Executivo, haja vista que a ele cabe tutelar o orçamento público, dispondo, a princípio, de maior quantidade orçamentária para lidar com questões como a ora abordada. Todavia, é sabido que o Poder Executivo se desdobra no Poder Executivo a nível federal, estadual e municipal, com competências distribuídas pela própria Constituição Federal. E as competências da Constituição Federal serão fundamentais para encontrarmos a resposta que buscamos.

Isso porque, a política urbana é responsabilidade dos municípios, de modo que a distribuição do solo e o controle da política é feita pelo Município. Logo, parece que a princípio a competência, ao olhar preliminar, parece ser dos Municípios para efetivarem a desapropriação, em razão de ser dele o ônus para execução da política urbana.

Por oportuno, cabe salientar que tal compreensão também pode acarretar a uma inviabilização do próprio instrumento, haja vista que, muito embora me pareça o mais correto, é fato que o orçamento municipal é – bem – inferior aos dos demais Poderes. Ademais, é certo que o pagamento deverá seguir a regra de pagamento de títulos executivos judiciais contra a Fazenda Pública, isto é, o pagamento via precatório, seguindo as regras estabelecidas pelo art. 100 da Constituição Federal.

3. A CONVERSÃO DE AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EM INDENIZATÓRIA E OS LIMITES DA COISA JULGADA

As ações de reintegração de posse, sobretudo aquelas de natureza coletiva, possuem em sua estruturação e própria execução confrontos de direitos constitucionais que lhe tornam complexas e muito atinentes ao caso concreto, levando-nos a ter que ponderar diversos valores econômicos, sociais e propriamente humanos (PEREIRA, 2016).

Nesse ponto, importante esclarecer que inobstante haja a possibilidade de ajuizar, de pronto, ação de desapropriação judicial da posse, tendo como autores os moradores da comunidade esbulhada, o presente estudo se voltará à análise de processos que tenham como polo ativo o pretense possuidor ou proprietário.

No mesmo sentido narra o enunciado 310 e 495 das Jornadas de Direito Civil:

Enunciado n. 310, "interpreta-se extensivamente a expressão 'imóvel reivindicado' (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório";

Enunciado n. 495: "O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 52, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias"

Apesar de a origem do direito não ser de suma importância, o pedido formulado na petição inicial é essencial para entendermos o presente texto. Isso porque, independentemente se formulado na posse ou em propriedade, o pedido de ações de reintegrações de posse ou reivindicatórias de propriedade são baseadas no intuito de reaver para si coisa que lhe foi indevidamente retirada.

Muito embora as ações de reintegração de área sejam naturalmente utilizadas no contexto da posse, é comum que muitas delas sejam, por vezes, confundidas com o instituto das ações com fundamento no exercício de direitos oriundos da propriedade (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2017, p. 936). Assim, na análise da desapropriação judicial da posse, não há diferença se a natureza do direito pleiteado na ação é formulada com base em direito possessório ou mesmo quanto à propriedade.

Logo, pode-se aduzir que a natureza jurídica destas ações é de reivindicar e não de cunho indenizatório. O autor não pleiteia para si, em primeiro olhar, a indenização por ter sido esbulhado. Tampouco pleiteia que seja indenizado por não poder gozar dos seus poderes enquanto proprietário da coisa. Seu intuito, ao judicializar seu pleito, é de reaver para si coisa que lhe tenha sido indevidamente retirada.

Evidentemente, é possível que, em análise profunda e casuística, o possuidor ou proprietário esbulhado tenha algum dano criado em razão do esbulho e possa discutir esse dano no bojo da ação de reintegração ou reivindicação, mas é fato que seu pleito primordial é relacionado ao bem esbulhado, com interesse em reaver. Assim, é necessário se perguntar se não haveria, no bojo de uma ação reivindicatória, equívoco processual ao alterar a natureza jurídica da ação, haja vista que a decisão que determina a desapropriação judicial da posse acaba por transformá-la em decisão com cunho claramente indenizatório para com o autor de ação de reintegração de posse.

Isto é, o pleito inicialmente realizado pelo autor é a de reaver para si a coisa. A demanda processual proposta à análise do Poder Judiciário não versa sobre indenização e não se cogita isso à título de pedido alternativo ou subsidiário, logo, como poderia adotar-se um posicionamento de cunho indenizatório?

A pergunta aparenta ter duas respostas e possibilidades: (i) Há a possibilidade da coletividade, em reconvenção, realizar pretensão própria em

face do autor, reivindicando a utilização da desapropriação judicial da posse; (ii) Na possibilidade do Ministério Público, atuando enquanto parte, na função de fiscalizador da ordem jurídica, pleitear a transmutação da ação reivindicatória em ação indenizatória.

Ambas as possibilidades são previstas enquanto soluções para afastar evidente violação ao princípio da inércia jurisdicional. Por mais humanitária que seja a causa, por mais necessário que seja uma análise cuidadosa do tema, é necessário que o Poder Judiciário seja invocado a se manifestar, sob pena de cometer claro equívoco no provimento jurisdicional, proferindo decisão *extra petita*, indo além do requerido.

Caso qualquer das possibilidades acima aventadas seja possível, não será a transformação da natureza jurídica da ação, nem haverá equívoco no provimento jurisdicional, haja vista que a reconvenção é forma de o réu realizar demanda jurisdicional própria em face do autor, tendo essa demanda autonomia e capacidade própria, passando a ser uma discussão autônoma no bojo do processo principal (BUENO, Cassio Scarpinella, 2016 p. 348-350).

Oportuno salientar, ainda, que é necessário que, caso o responsabilizado pelo pagamento seja órgão público, este deva ser incluído na demanda em tempo de exercer seu direito ao contraditório, isto é, no bojo da reconvenção, deverá o ente público ser posto enquanto réu-reconvindo, não podendo este ser surpreendido somente no momento do proferimento da sentença, em razão dos limites subjetivos da sentença.

CONCLUSÃO

Como visto, os conflitos possessórios de natureza coletiva são um fenômeno que sofre os efeitos do decurso do tempo e da dinâmica social, fruto do processo cultural de um povo, criando consequências que na realidade refletirão, de forma direta, na atuação do Estado. Em especial na esfera processual, ao analisar os conflitos possessórios de natureza coletiva há de se ter em mente sempre que o magistrado deverá analisar as peculiaridades do caso concreto e, em especial, se os protagonistas cumprem a função social da posse ou propriedade.

Trata-se, sobretudo, da necessidade de sopesar os direitos conflitantes – direito à propriedade *versus* direito à moradia –, além de também avaliar

a atuação do Poder Executivo no que pertine à introdução das mudanças de infraestrutura estabelecidas no plano concreto. É nesse contexto que se deve analisar a possibilidade de ocorrência da desapropriação judicial da posse e suas repercussões processuais. Isso porque, num cenário não incomum, os conflitos processuais levarão o proprietário a ter que se desfazer do seu direito à propriedade, para ver o direito à moradia sobressair-se, bem como o contrário poderá existir.

Em ambos os cenários, sempre há a necessidade de uma das partes se vir sem seu direito fundamental, de modo que o instrumento da desapropriação judicial, por mais que ainda exija o melhor ajuste em seu procedimento, se demonstra como um meio capaz de atender a ambos os pleitos, levando indenização àquele se ver sem sua propriedade, bem como garantir a efetivação do direito à moradia. Nesse passo, são importantes os questionamentos acerca de quem deverá custear a desapropriação. A impossibilidade de pagamento acabaria por gerar a própria inviabilidade do instituto que, por melhores que sejam as intenções, jamais poderia passar do campo das ideias, em razão do campo material exigir a viabilização dos recursos para pagamento.

É evidente, portanto, que deverá se estabelecer uma espécie de ordem de pagamento. Inicialmente, deverão ser responsáveis pelo pagamento àqueles que ocupam a área e nela permanecerão. A viabilidade desta primeira hipótese importa a existência de residentes que tenham condições de adimplir o pagamento, evitando com que o proprietário tenha um direito fictício ao recebimento de valores que jamais chegarão em sua conta bancária.

Neste ponto, deve-se observar que o instituto de desapropriação judicial analisado na presente obra é muito mais reconhecido enquanto meio de garantir direito à moradia de populações mais vulneráveis, indicando que estas jamais poderão adquirir onerosamente o bem. Afinal de contas, se pudessem adquirir de forma onerosa um bem, não estariam na condição que estão. Assim, exige-se que haja uma opção mais eficiente para pagamento.

A solução mais adequada é a responsabilidade do Poder Público, na figura do Poder Executivo. Inicialmente, cumpre dizer que ao Poder Público é delegado o dever de fazer valer os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, como é o caso do direito à moradia e que,

muitas das ocupações são fruto da inércia de políticas públicas por parte do Estado a fim de acompanhar o crescimento populacional da cidade.

Logo, deverá o Poder Público, na figura do Poder Executivo, ser responsável solidário, de forma subsidiária, pelo pagamento da desapropriação, devendo, todavia, participar de todo o processo que venha, ao seu fim, constituir o Poder Público na figura de devedor ao antigo proprietário, que fora judicialmente desapropriado.

As problemáticas dessa imputação são diversas, como a substituição da discricionariedade do Poder Público em desapropriar as áreas que sejam de seu interesse por decisões judiciais que imputam o dever de desapropriar determinada área, a fim de fazer valer o direito de moradia de familiares. Muito embora a discussão seja oportuna e importante, não será tratada no presente trabalho.

Ainda nesse sentido, é necessário que haja o pedido de desapropriação judicial da posse por alguma das partes, seja pelo autor, que pode pedir enquanto pedido alternativo ou subsidiário ou mesmo na figura da coletiva, enquanto réu. Fato é que a decisão que define a desapropriação judicial não poderá ser realizada após o processo de cognição, notadamente realizada em juízo de primeira instância. Essa afirmação certamente impõe uma problemática importante na executoriedade deste instituto, haja vista que muitas das vezes, a solução de indenizar o proprietário surge somente quando se constata os danos sociais decorrentes de determinada reintegração de posse ou propriedade.

Muito embora seja esta uma dificuldade plausível, as regras processuais impõem que o pedido seja feito, seja em petição inicial ou mesmo em reconvenção, no momento adequado, sob pena de desvirtuar os procedimentos jurisdicionais e a natural ordem dos tribunais.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4 fev. 2016**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE SÁ, Renato. **Manual de Direito Processual Civil**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10ª Ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 31ª Ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direitos civis: Direitos reais**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 1ª Ed. São Paulo. Editora: Juspodivm, 2017.
- FILHO, Roberto Efrem; AZEVEDO, André Luiz Barreto. **As Teorias da Posse e da Propriedade e o Campo Jurídico Sob Conflito**. R. Fac. Dir. UFG, V.34, n. 2, p. 73-97, jul. / dez. 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 12ª. ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2017.
- MONTENEGRO Filho, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- MOTA, Mauricio. **A Função Social da Posse**. 2018. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-funcao-social-da-posse-por-mauricio-mota/>>. Acesso em 30 mar. 2021.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. 7ª Ed. São Paulo. Editora: Forense, 2016.
- NERY, Nelson. **A função social da posse: Limites e condicionamentos jurídicos**. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, v. 2, p. 15-74, nov-dez. 2013.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ª Ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 9ª Ed. Salvador: Juspodium, 2017.

- OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. **Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro**. Ano 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Oliva-e-Rentería-civilistica.com-a.5.n.6.2016.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. 25^a. São Paulo: Forense, 2017.
- SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Direito Civil Constitucional**. 2a ed. São Paulo: Saraiva. 2017.
- STJ. **Recurso Especial: 1.302.736 / MG 2011/0230859-5**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 23/05/2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862113925/recurso-especial-resp-1302736-mg-2011-0230859-5/inteiro-teor-862113927?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- STJ. **Recurso Especial: 1442440 / AC. 2014/0058286-4**. Relator: Min. GURGEL DE FARIA. Data de Julgamento: 07/12/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549845496/recurso-especial-resp-1442440-ac-2014-0058286-4>>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- STJ. **Recurso Especial: 75659 / SP. 1995/0049519-8**. Relator: Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 21/06/2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7207144/recurso-especial-resp-75659-sp-1995-0049519-8/inteiro-teor-12956705>>. Acesso em: 31 mar. 2021.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil. Volume Único. 1ª Ed.** São Paulo: Editora Método, 2017.

O SISTEMA MULTIPORTAS NA ADVOCACIA PUBLICA A EFICIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO COMO MEIO DE EVITAR A JUDICIALIZAÇÃO: DA OUVIDORIA AO CONSENSO

Letícia Botelho Gois⁴⁴

INTRODUÇÃO

A atuação consensual da Advocacia Pública Federal ainda é essencialmente concentrada em seu servir litigioso ou consultivo. As propostas autocompositivas partem dessas duas frentes de atuação. Aqui se propõe uma atuação consensual autônoma, para inaugurar a instância da busca de consenso, de forma técnica e independente do servir contencioso e consultivo do órgão. E os benefícios sociais e institucionais é a pauta aberta neste artigo.

Tendo em vista a necessidade de buscar meios alternativos para resolução de conflitos com o Poder Público, mercê do exponencial crescimento da judicialização e da dificuldade, cada vez maior, de tal via atender adequada e suficientemente às demandas que lhes são apresentadas, a legislação recente, no caso, a Lei nº 13.140/2015,⁴⁵ contempla a possibilidade de,

44 Advogada da União; mediadora judicial; mestranda em Direito e Gestão de Conflitos-UNIFOR-Universidade de Fortaleza.

45 Art. 32, Lei nº 13.140/2015: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios po-

no âmbito das Advocacias Públicas de União, estados e municípios, serem instituídas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, quer os de natureza interorgânica, quer aqueles existentes entre particular e pessoa jurídica de direito público.

A referida legislação, igualmente, viabilizou a aplicação da Mediação para Administração Pública Federal, determinando os princípios próprios para seu uso. A Lei de Mediação ainda não foi regulamentada internamente no âmbito da AGU. A instância consensual, atuante no órgão, obedece, portanto, aos regramentos internos próprios, desde 2007, quando foi criada a Câmara de Conciliação da Administração Federal (CCAF), pelo Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007, para prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Outras iniciativas foram adotadas, tal como, a Central de Negociação, constituída no âmbito do contencioso, pela Portaria 02/2012, que atua nas causas propostas nos Juizados de pequenas causas, elaborando acordos e colocando fim à judicialização.

A ausência de regulamentação da Lei prejudica iniciativas que venham a construir um caminho autônomo de acesso à consensualidade. Neste artigo, todavia, apresentamos uma hipótese idealizada a esse propósito.

Por meio do presente artigo pretende-se, portanto, como objetivo geral, analisar, sob a vertente da consensualidade administrativa, o papel da ouvidoria e, como objetivos específicos, apreciar a possibilidade de ela funcionar, no âmbito da Advocacia-Geral da União, como porta de acesso própria e exclusiva ao encaminhamento de questões e conflitos por parte do cidadão perante a Administração Pública Federal.

Esta visualização da Ouvidoria, como o setor inaugural, precípua à atuação consensual, teria aptidão a separar os conflitos reais, dos conflitos aparentes. Entende-se aqui, por reais, aqueles conflitos, que não sejam resultado de eventuais *déficits* de informação ou de comunicação. E, por

derão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

outro lado, aparentes, todas aquelas situações, onde se supõe um antagonismo, que, todavia, se revela inexistente, quando prestadas as informações necessárias às partes envolvidas, ou se estabelece um canal de comunicação entre as mesmas.

No caso da AGU, por se tratar de um órgão público federal, se propõe, por fim, a possibilidade de instituição de escutas, regionais e setorializadas, dada a diversidade de realidades socioculturais, dentro do país, e a complexidade dos temas apresentados nos diversos órgãos da AGU, por todo o país.

A presente pesquisa, portanto, de natureza analítica, tem por base a legislação e a doutrina sobre os temas transversais (consensualidade administrativa, advocacia pública, diálogos institucionais).

1. DA TRIAGEM EFICIENTE: DEVER/DIREITO À INFORMAÇÃO

Em decorrência de diversos fatores como o princípio democrático, que demanda a crescente participação do usuário na Administração Pública, tal como previsto no art.37 & 3º da CF e agora regulamentado pela Lei n.13.460, de 26 de junho de 2017, bem como do princípio da eficiência administrativa, com suas exigências de resultados, tem-se autorização legislativa para desenvolver uma diferenciada forma de participação popular nos assuntos de gestão pública e de atuação por parte de órgãos e entidades públicas, marcada pela consensualidade e pelo controle de qualidade pelos cidadãos da prestação do serviço público.

A consensualidade administrativa envolve duas dimensões: os acordos de vontades envolvendo a Administração Pública como instrumentos para solução de processos administrativos pela “negociação do exercício do poder estatal”, nas palavras de De Palma (2010, p.128) e as formas de participação administrativa na formação das decisões.

Essa nova dimensão da atuação administrativa requer a adoção de postura dialogica da Administração Pública, sendo necessário reconhecer ao particular, que com ela interage, a efetiva possibilidade de contribuir para a formação de suas decisões, o que demanda procedimentos e organizações funcionais devidamente estruturados para tanto, além de instrumentos concretizadores do resultado dos diálogos.

Exatamente nesse ponto surge a importância das Ouvidorias. No caso, mais especificamente, a Ouvidoria da AGU, foco do presente trabalho, em cuja atividade é possível identificar relevantes vantagens se atuar como primeira e exclusiva porta de acesso neste caminho dialogico autônomo. A triagem previa, em seu âmbito, permite, por sua vez, diferenciar conflitos aparentes, dos reais. Entendemos conflitos aparentes como aqueles que movimentam a máquina administrativa estatal, em geral, não por uma necessidade efetiva de solucionar conflitos de interesses, mas para suprir eventuais *deficits* de comunicação entre sociedade e Poder Executivo.

Há que se ter o cuidado em informar e esclarecer – função precípua de uma Ouvidoria –, de trazer ao cidadão um conhecimento pleno dos fatos, objetivamente considerados. Com isso, os encaminhamentos internos, decorrentes, podem ser diversos, conforme o grau de satisfação com a informação e o esclarecimento. A percepção da existência de uma efetiva conflituosidade torna-se mais nítida. Casos certamente existirão em que o simples esclarecimento será suficiente a desfazer uma aparência de conflito.

A Ouvidoria no Brasil já não é mais um modismo, é uma realidade que consiste, concomitantemente, em uma nova ferramenta de gestão e um instrumento da democracia participativa – tal como previsto na Lei n. 13.140/2017⁴⁶ –, de inclusão e de participação social e, como primeira

46Art. 13. As ouvidorias terão como atribuições precípua, sem prejuízo de outras estabelecidas em regulamento específico: I – promover a participação do usuário na administração pública, em cooperação com outras entidades de defesa do usuário; II – acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade; III – propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços; IV – auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei; V – propor a adoção de medidas para a defesa dos direitos do usuário, em observância às determinações desta Lei; VI – receber, analisar e encaminhar às autoridades competentes as manifestações, acompanhando o tratamento e a efetiva conclusão das manifestações de usuário perante órgão ou entidade a que se vincula; e VII – promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes.

Art. 14. Com vistas à realização de seus objetivos, as ouvidorias deverão: I – receber, analisar e responder, por meio de mecanismos proativos e reativos, as manifestações encaminhadas por usuários de serviços públicos; e II – elaborar, anualmente, relatório de gestão, que deverá consolidar as informações mencionadas no inciso I, e, com base nelas, apontar falhas e sugerir melhorias na prestação de serviços públicos.

Art. 15. O relatório de gestão de que trata o inciso II do caput do art. 14 deverá indicar, ao menos: I – o número de manifestações recebidas no ano anterior; II – os motivos das

porta, certamente estimula e facilita a relação dialógica, possível de ser franqueada à sociedade para dar início a tratativas diretas e autônomas entre o Estado e o Cidadão.

A Ouvidoria, como sede, por excelência, de tratamento da comunicação, permite promover o acesso direto e autônomo à atuação consensual somente perante um conflito real e não aparente. Prevenindo-se uma movimentação desnecessária e onerosa do aparato estatal, voltado à autocomposição técnica, por mero *deficit* ou inexistência de uma comunicação eficiente.

2. OUVIDORIA E MEDIAÇÃO

Importa a esse estudo a observação do uso institucional da mediação, como técnica descrita na Lei nº 13.140/15. Fazer distinção de caráter de suas ferramentas leva-nos a propor um uso diferenciado pois a técnica da Mediação visa facilitar tanto a comunicação quanto a negociação. Assim, é possível supor uma especialização que favoreça o tratamento exclusivo, em sedes precípuas, de objetos distintos: comunicação e conflito de interesses. Casos existirão em que a comunicação eficiente desfaz uma aparência de conflituosidade. Perante o conflito real, todavia, isso não ocorre, porque, de fato, ali há um antagonismo verdadeiro entre posições ou pontos de vista.

Feita essa distinção, em sede de Ouvidoria, surge a segunda providência institucional, e, portanto, podemos denominá-la de segunda porta franqueada. Trata-se da oferta ao cidadão do encaminhamento às Câma-

manifestações; III – a análise dos pontos recorrentes; e IV – as providências adotadas pela administração pública nas soluções apresentadas.

Parágrafo único. O relatório de gestão será: I – encaminhado à autoridade máxima do órgão a que pertence a unidade de ouvidoria; e II – disponibilizado integralmente na internet.

Art. 16. A ouvidoria encaminhará a decisão administrativa final ao usuário, observado o prazo de trinta dias, prorrogável de forma justificada uma única vez, por igual período.

Parágrafo único. Observado o prazo previsto no caput, a ouvidoria poderá solicitar informações e esclarecimentos diretamente a agentes públicos do órgão ou entidade a que se vincula, e as solicitações devem ser respondidas no prazo de vinte dias, prorrogável de forma justificada uma única vez, por igual período.

Art. 17. Atos normativos específicos de cada Poder e esfera de Governo disporão sobre a organização e o funcionamento de suas ouvidorias.

ras de Conciliação regionais, para que estas tenham a possibilidade de fazer uso das opções de técnicas da consensualidade a oferecer uma solução consensual: Conciliação, Mediação e Advocacia Pública Colaborativa. Em todas elas, contamos, ai sim, com a garantia do uso da Mediação, em seu viés negocial, com suas particularidades.

Portanto, propõe-se, fundamentalmente, a especialização da Advocacia Pública, com atuações diferenciadas a fim de trazer eficiência e efetividade ao serviço. É o fundamento de validade para viabilizar a autonomia e a distinção entre as atuações institucionais. Por essa mesma razão, percebemos benefícios em se distinguir as funções precípua da Ouvidoria e da Câmara Local de Conciliação.

Para essa proposição, temos que apontar a diferença entre expertise, aptidão e habilidade, necessárias a uma e a outra atuação institucional. As atuações consultiva, contenciosa e consensual dialogam entre si, mas não se confundem. Algumas vezes são profundamente antagônicas. Por isso, é imprescindível à eficiência do serviço ter uma distribuição de funções, estrutura, gerenciamento de cada uma, e, principalmente, o foco da prestação de um serviço pelos advogados públicos.

Com base nessa mesma percepção, trazemos à luz uma distinção também necessária, a que deve ser feita entre posições e interesses antagônicos e falhas de informação e esclarecimento que geram aparência de antagonismo. A uma e outra situação propomos tratamentos especializados. Portanto, aponta-se a necessidade de especialização de funções na Advocacia Pública para atender com mais eficiência e efetividade demandas diversas. Com esse propósito, propomos o investimento institucional na eficiência de uma comunicação que, em última análise gera aproximação entre cidadão e Estado.

A máquina administrativa judiciária, muitas vezes, é movimentada apenas para atuar como substitutiva de uma comunicação inexistente ou precária entre Poder Executivo e sociedade como autores e réus. O *déficit* de esclarecimento e de informação sobre uma situação fática conduz à suposição de um antagonismo, que nem sempre, como já dito, é real. Com isso, a movimentação onerosa da máquina administrativa pode ser evitada pela eficiência de uma comunicação.

Por isso, pautamos neste artigo uma analogia ao sistema multiportas, idealizado ao Judiciário, no âmbito da Advocacia Pública Federal, inau-

gurado pela Ouvidoria para que seja um Triagem prévia a invocar o Judiciário.

3. DO SISTEMA MULTIPORTAS NA ADVOCACIA PÚBLICA

Em seus estudos, o professor Frank Sander, da Faculdade de Direito de Harvard, mencionava, já em 1976, a necessidade de existir um Tribunal Multiportas, ou “centro abrangente de justiça”. Essa é a origem da expressão “Justiça Multiportas”.

Vários doutrinadores afirmam que o novo Código teria adotado o modelo ou sistema multiportas de solução de litígios porque o Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente a possibilidade da arbitragem (art. 3, §1º) e a obrigatoriedade, como regra geral, de ser designada audiência de mediação ou conciliação (art. 334, caput), (multi door system).

O livro *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* (FGV, 2012) apresenta os resultados de pesquisa sobre o Tribunal Multiportas como instrumento capaz de contribuir para a ampliação do acesso à Justiça, o aprimoramento do sistema de resolução de conflitos no Brasil e consequentemente a redução de processos judiciais. É indispensável para a democracia e para o desenvolvimento econômico e social da nação que sejam desenvolvidas estratégias visando a concretização dos valores de justiça e de eficiência da administração e ao equilíbrio do impacto econômico das práticas judiciárias.

Marco Aurélio Peixoto e Renata Peixoto (2018), em seu livro *Fazenda Pública e Execução*, apontam as notórias vantagens na aplicação de uma Justiça Multiportas:

- a) o cidadão assumiria o protagonismo da solução de seu problema, com maior comprometimento e responsabilização acerca dos resultados;
- b) estímulo à autocomposição;
- c) maior eficiência do Poder Judiciário, porquanto caberia à solução jurisdicional apenas os casos mais complexos, quando inviável a solução por outros meios ou quando as partes assim o desejassem;

d) transparência, ante o conhecimento prévio pelas partes acerca dos procedimentos disponíveis para a solução do conflito.

O sistema multiportas importado ao âmbito de atuação da Advocacia Pública faria o papel de efetivar uma triagem prévia dos conflitos reais a justificar efetivamente uma movimentação da máquina administrativa estatal. Isto porque, como já dito, a preocupação da autora, neste artigo, é com uma judicialização desvirtuada e precipitada. Essa importação, todavia, implica nessa consideração do uso do setor de Ouvidoria como porta de entrada à atuação consensual autônoma do órgão representativo.

4. A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE COMUNICAÇÃO E NEGOCIAÇÃO

Após o primeiro acesso, franqueado ao cidadão, pela demanda aberta perante a Ouvidoria, inaugura-se a instância de tratamento da comunicação, garantindo-lhe a suficiência de informação e esclarecimento sobre os fatos em si. Diante destes, configura-se a existência ou não de posições antagônicas firmadas entre o Estado e a pretensão do cidadão. Concluída essa etapa, outra oportunidade cabe oferecer ao cidadão: a do aproveitamento da instância de solução consensual dos conflitos de interesses entre Estado e cidadão. Cabendo a ele a escolha, cumpre-lhe sejam informadas as opções institucionalmente oferecidas.

A Câmara de Conciliação da AGU tem, a seu dispor, a possibilidade de oferecer soluções consensuais, mediante o emprego das técnicas da Conciliação, da Mediação ou da Advocacia Pública colaborativa (Enunciado 31 CJF). A primeira é usualmente utilizada na AGU desde a criação da Câmara de Conciliação da Administração Federal.

A mediação está expressamente prevista na Lei nº 13.140/15, como meio possível de solução de controvérsias entre particulares e a administração pública, desde que haja capacitação dos advogados públicos na técnica.

A Advocacia Pública colaborativa difere das demais técnicas, por se tratar de tratativas diretas entre advogado público e cidadão, sem a necessidade de um condutor. Ela está prevista no Enunciado nº 31 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, no âmbito do Conselho

da Justiça Federal, e consiste na possibilidade de firmar pactos de não litigância:

É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.

Tendo como premissa que a proximidade entre Estado e Cidadão deva se constituir em parceria com vistas à solução de impasses, e considerando esse rol de opções, deve-se analisar em que medida essa escolha deve ficar a cargo do cidadão ou do Estado, devendo haver um consenso quanto a essa escolha.

Nesse momento é fundamental o papel da Ouvidoria que, por meio de informações ao cidadão acerca do funcionamento de cada uma dessas técnicas da Consensualidade, pode auxiliar a construir esse consenso; garantida a compreensão, outorga-se ao cidadão a escolha. Partimos sempre do princípio de que o encargo do advogado público será o mesmo, qual seja, o de estabelecer tratativas diretas, sem intermediação de um julgador, mas de um condutor, capacitado tecnicamente, para facilitar o diálogo.

Na verdade, a neutralidade de um condutor, como princípio primordial da atuação consensual, torna-se perceptível ao Advogado da União quando se trata de conflitos entre interesses públicos, no âmbito da Administração Pública Federal. A Lei nº 13.140/15 possibilita o protagonismo da AGU na introdução da técnica da Mediação na Administração Pública por conta da posição que este órgão ocupa no seio de toda a Administração Pública Federal. Ou seja, por ser um órgão representativo autônomo e desvinculado dos órgãos que assessora e representa, não se submete a interesse de um ou outro órgão público federal, e, por isso, em eventual conflito de interesses, tem uma neutralidade compatível com um papel mediador entre eles.

No caso de conflitos entre interesses público e privado, como é o caso de uma demanda aberta perante a Ouvidoria, deve persistir a neutralida-

de do Advogado da União necessária à condução técnica, se compuser a mesa de negociação outro advogado público do consultivo e do contencioso que tutele o interesse do ente político, naquela situação. Eis aí, inclusive, mais uma razão a favor da especialização da Advocacia Pública.

A alternativa de um condutor de tratativas consensuais de fora da Administração Pública Federal nos parece impraticável em razão do diálogo entre os princípios do Direito administrativo e os princípios que regem a condução técnica consensual de tratativas. Essa harmonia será objeto de tutela precípua do Advogado público, que detém o domínio do conhecimento de ambos, e pode estabelecer essa congruência dialógica primeira. A ele caberá essa tutela. Ao advogado público que integrará a mesa de negociação caberá a tutela do interesse público em pauta. São tutelas diversas de interesses públicos diferentes. O interesse público no consenso existe e nos parece ser objeto de tutela precípua por advogado público, no domínio das regras de direito administrativo e capacitado na técnica da Mediação. Dessa forma, percebemos a importância da releitura das possibilidades dos setores institucionais, acreditando na especialização da Advocacia Pública, de modo a trazer maior eficiência ao seu mister de tutelar os interesses públicos estatais, acrescido a esse rol, o interesse público no consenso, como forma mais econômica, racional e eficiente de solução dos conflitos de interesses.

O sistema multiportas, importado ao âmbito de atuação da Advocacia Pública Federal, nos parece uma forma de harmonizar e adequar a AGU ao propósito da Lei nº 13.140/15 de introduzir nas funções institucionais a atuação técnica de mediar conflitos de interesses. Nessa tecnicidade, pretendida pela Lei, considera-se o acesso pela Ouvidoria, como forma de atender ao primeiro dos princípios basilares da Consensualidade: a autonomia e voluntariedade do Cidadão em optar pelo meio consensual de resolução dos conflitos. Caso o Estado não entenda que cabe solução consensual, pela Lei nº 13.140, cabe aos regulamentos expedidos pelos entes públicos escolher quais causas podem ser encaminhadas às câmaras.

5. A EFICIÊNCIA DA COMUNICAÇÃO

Parte-se aqui de uma premissa fundamental. A comunicação inexistente ou deficiente pode gerar a movimentação da máquina administra-

tiva e o empenho de despesa pública em vão, por uma mera aparência de demanda. Isso porque, a falta ou a precariedade de intercâmbio de uma informação, por exemplo, ou um esclarecimento, que não esclarece de fato, ou, ainda, uma má compreensão de um relato, por si só, podem gerar desentendimentos, que, de imediato, ganham aparência de conflituosidade, sem própria e efetivamente se constituírem em conflito de interesses.

Quer-se com isso dizer que a comunicação, nesses casos, precisa ser clara para que se perceba um efetivo conflito a ser tratado. Antes de se inaugurar uma instância de tratamento do conflito em si, que se ofereça um tratamento da comunicação em si. A isso pode se propor a Ouvidoria. Esse é um benefício de uma eventual opção da Ouvidoria como acesso direto de uma reivindicação social.

Sanear a comunicação é papel institucional da Ouvidoria, por meio de uma escuta mais bem qualificada pela técnica da Mediação, e um encaminhamento que gere uma resposta mais empática ao demandante.

O esclarecedor artigo “A Ouvidoria como facilitadora do processo de comunicação”, de Arthur Edgar Silveira, Nailton Alves de Oliveira e Eliana Pessoa (2008), sustenta o papel fundamental de uma comunicação eficiente em uma organização e o valor da Ouvidoria como institucionalmente responsável por ela:

A Ouvidoria é um canal de participação do cidadão em relação às organizações. O ouvidor está dentro da organização para buscar racionalidade e deve ter uma visão pontual do foco do problema, o que facilita encontrar soluções. Pode-se concluir que a Ouvidoria ganha destaque e importância no mercado por prover as organizações, de uma fonte relevante de dados e informações a respeito dos usuários dos produtos e serviços oferecidos, sobre a imagem e o nível de excelência da empresa. Com isso facilita a gestão da empresa na tomada de decisões em direção à efetividade dos serviços prestados. A intensificação e eficiência da comunicação podem trazer benefícios às diferentes áreas da organização.

E complementam:

Keith Davis (1972, apud CHIAVENATO, 1982) afirma que a comunicação é um processo de passar informação e compreensão de

uma pessoa para outra. A comunicação é: “a habilidade humana que ajudou a superar a condição animal e a tornar o ser humano um ente social que se distanciou intelectualmente dos demais seres vivos do planeta” (CHIAVENATO, 2004).

Comunicação está associada com: (1) as influências externas que recebidas (sensação, percepção); (2) os processos internos (interpretação, compreensão, significado, atenção); (3) as influências externas provocadas no outro (liderança, motivação, sugestão); e (4) relacionamentos, interação, conectividade, convivência, coesão, cooperação, aprendizado, mudança, inovação, ética, transparência e responsabilidade (PESSOA, 2005).

A Ouvidoria é, portanto, percebida, de um lado, como uma possibilidade de atendimento à necessidade de tratamento autônomo dos conflitos envolvendo a Administração Pública, pela AGU; de outro, como medida de economia e racionalidade de investimento estatal na solução de conflitos. Além disso, introduz a tecnicidade pretendida pela Lei nº 13.140/15 à atuação consensual, ao propiciar a voluntariedade e a autonomia ao cidadão e ao Estado.

6. O PODER DA RESPOSTA EMPÁTICA: A ESCUTA QUALIFICADA PELA TÉCNICA

Ao se falar em Ouvidoria, de imediato surge a ideia de escuta e de comunicação entre sociedade e instituição. O grau de eficácia dessa escuta e dessa comunicação é avaliado pelos encaminhamentos feitos e pela resposta oferecida ao autor de uma demanda aberta. Quanto maior for o investimento na qualidade dessa receptividade das demandas, melhor será o atendimento prestado, em termos de adequação dos encaminhamentos internos.

Nesse sentido, a Ouvidoria funciona como um canal de acesso entre os agentes internos e externos de uma Instituição. Por isso, entendemos como fundamental o investimento nessa escuta e nessa comunicação para o alcance da eficiência de resultado. Essa eficiência, por sua vez, será medida pela resposta que satisfaz a demanda. E essa satisfação não se relaciona

necessariamente com o atendimento do pedido, mas com a pergunta respondida, com o esclarecimento prestado e com a informação solicitada.

Culturalmente, há uma associação entre reclamação e Ouvidoria, como se fosse uma escuta reservada às reclamações. Não é comum o entendimento de que a Ouvidoria pode ser também um canal de reivindicação, de sugestão, em suma, de participação. O questionamento sobre a vantagem de se reivindicar algo pela Ouvidoria precisa ser respondido com a contextualização.

De fato, em uma Administração Pública monológica, onde o consenso, como forma de gestão de conflitos, não é valor nem princípio, é possível afirmar que não faria o menor sentido supor a preferência por uma reivindicação qualquer pelo canal da Ouvidoria. Mas, de forma diametralmente oposta, cabe repensar o papel de uma Ouvidoria em uma Administração Pública Consensual, em que há interesse público no consenso, como forma adequada de gestão de todo e qualquer conflito.

Gustavo Costa Nassif (2009) aborda o tema em seu artigo “As Ouvidorias Públicas no contexto de um novo modelo de governança”, publicado na *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*:

É inevitável a abertura da administração a qualquer interessado e a criação de instrumentos de administração consensual dotados de processualidade administrativa como indispensável garantia dos afetados em relação ao exercício do poder. Dos instrumentos voltados para a consensualidade na administração pública, as Ouvidorias Públicas merecem um especial destaque, pois o instituto possibilita o amadurecimento das relações entre o cidadão e o Estado, aprimora a democracia participativa e legitima as decisões uma vez que os envolvidos participam do processo decisório da administração, permitindo uma controlabilidade difusa realizada por uma sociedade civil atuante. O instituto das Ouvidorias Públicas constitui-se em processo administrativo de participação aberto a qualquer indivíduo ou grupos sociais determinados, com vista ao aperfeiçoamento da prestação de serviços públicos e à legitimação das decisões da administração pública. Em face do princípio constitucional do controle, a fiscalização por intermédio do adminis-

trado conduz o poder público às melhores decisões a respeito dos interesses pessoais e coletivos.

A Ouvidoria de uma Instituição como a AGU, inserida na forma de gestão consensual dos assuntos públicos, harmonizada com os princípios de governança pública, precisa se comprometer com a mudança de cultura institucional ao interpretar as demandas que chegam da sua Ouvidoria como contribuição à melhoria dos serviços e de funcionar com uma potência maior da que até então teve no trato dos assuntos institucionais, sejam eles de caráter social, de serviço ou funcional.

Nassif complementa, com percepção da realidade, os efeitos dessa necessária contextualização, ao analisar:

Permanecendo a administração introspectiva e míope diante da tensão entre fatos e normas, não deterá a legitimidade evocada para os tempos modernos. Sua estrutura administrativa fechada em si mesma deverá ser rompida, uma vez que o direito não pode se curvar à sua forma singular de estabelecer e implementar políticas públicas. Ao contrário, deve estar aberta para ser capaz de atender aos interesses de todos os membros da sociedade. A administração pública instrumentalizada com canais de comunicação permanentes cria a possibilidade, ao receber da sociedade suas diversas tendências ou preferências, de angariar juízo confiável para lastrear suas decisões.

Ou seja, perceber esse setor institucional com uma possibilidade de escuta dos anseios sociais, seja de caráter reivindicatório ou reclamatório, implica em aproximar Estado e Cidadão na gestão da coisa pública, tornando-os parceiros e capazes de solucionar, autonomamente, seus conflitos de interesses. Além disso, encontrar, nesta forma de atuar, mecanismos para a consolidação da democracia, tão cara ao Estado de Direito.

Fazer a releitura do papel institucional da Ouvidoria implica promover uma estruturação compatível com este novo desenho, sensibilizando e capacitando agentes públicos nesse nobre mister da utilização das ferramentas da Mediação aptas a facilitarem a comunicação.

Superada a doutrina que entendia haver processo somente no exercício da função jurisdicional, admite-se que a processualização das atividades administrativas, por possibilitar um maior conhecimento do modo de atuar e também a dialética com o cidadão, é tendência que acompanha a consolidação do princípio democrático. Nestes termos, o ato administrativo passa a ser estudado dentro do contexto procedimental, formado pelas fases e formalidades que precedem sua edição e que devem ser permeadas, obrigatoriamente, pelos princípios administrativos. (...) A ascensão do processo administrativo marca o triunfo da consensualidade sobre a imperatividade e traz consigo a garantia de controle não só da manifestação da vontade da Administração, mas também de seu iter de formação (ALEGRETTI, 2004, p. 307).

Além do propósito de estar em consonância com os ditames de uma Administração consensual, percebemos mais benefícios na atuação da Ouvidoria, no tocante à economicidade e à celeridade no trato das questões, como por exemplo, a economia de recurso público e um grau mais racional de investimento público.

Existindo, de fato, um conflito de interesses, e não uma mera falta de comunicação, o cidadão terá a seu favor elementos suficientes quanto ao tratamento que pretende dar ao conflito. Optando pela judicialização, terá, com isso, o ganho da especialização da função jurisdicional, que não cumprirá o papel de mera interlocutora entre partes em litígio. Contudo, se optar pela autocomposição, tem acesso direto à instância consensual do órgão de forma direta e autônoma.

Portanto, entende-se a Ouvidoria, nesse contexto de Administração Pública consensual e dialógica, no papel institucional diferenciado de promover o acesso autônomo à atuação consensual, e de tratar, de forma qualificada, pela técnica da Mediação, a comunicação entre sociedade e instituição. Como resultado, gerar economicidade e racionalidade de investimento público no tratamento dos conflitos de interesses. Nesse sentido, alcança-se a uma só vez evitar a judicialização desnecessária (e muitas vezes, precipitada) e oferecer uma atuação consensual autônoma e independente dos demais setores institucionais (consultivo e contencioso) e do Poder Judiciário.

7. A MEDIAÇÃO

A possibilidade de narrar fatos / ocorrências à Ouvidoria, pelo canal de escuta próprio, bem como de reivindicar os direitos, que deles supõe, resultarem, não pode, todavia, induzir ao embate jurídico, exclusivo do cenário da Jurisdição. Em sede de autocomposição, não há polêmica jurídica, mas sim adequação e integração entre possibilidades e necessidades dos envolvidos.

Dessa compreensão, pode resultar o interesse em uma autocomposição, ou em uma judicialização, ou não. A autocomposição, se escolhida, consistiria no encaminhamento interno daquela escuta. Essa escuta, no entanto, pode ter outro destino. Conta-se com uma hipótese, por exemplo, de reconhecimento do direito ou de satisfação plena por meio das informações certas e qualificadas e dos esclarecimentos prestados (casos dos conflitos aparentes). Por isso essa escuta é entendida, ao mesmo tempo, como um canal de acesso direto do interessado à atuação consensual e extrajudicial e à própria solução em si de uma demanda, sem qualquer encaminhamento, concretizando-se, assim, o princípio da economicidade. Partimos, portanto, da convicção de que a comunicação deficiente, ou inexistente, constitui grave desperdício de trabalho e de recursos públicos. A ideia é a de que seu resultado seja a de um filtro depurador, que diferencie demandas efetivas e reais das demandas aparentes.

A recente Lei nº 13.460/17 dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública e direitos dos usuários de serviço público e vem regulamentar o parágrafo terceiro do artigo 37 da Constituição Federal, complementando, ainda, a Lei nº 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação, que traz um novo código de regras e direitos aos usuários e prestadores de serviço público. Impri-me protagonismo às Ouvidorias na tarefa de oferecer o controle social da qualidade dos serviços públicos, permitindo a participação ativa da sociedade nas decisões institucionais de serviço. Sob esse prisma, a Lei, a um só tempo, empodera o cidadão e as Ouvidorias, no propósito de tornar a comunicação mais eficaz entre todos os atores que se relacionam institucionalmente.

Esses dois protagonismos coincidentes — da AGU, na Lei de Mediação e das Ouvidorias, no novo código de regras do Serviço Público

propiciam uma reflexão sobre a percepção da Ouvidoria como canal de acesso direto à consensualidade, autônomo em relação ao Judiciário e aos demais setores institucionais de atuação. Portanto, perceber a Ouvidoria como sede de tratamento precípua da comunicação e como porta de acesso direto à atuação consensual são propostas que se relacionam. Porque uma precede a outra e lhe é inerente. Vejamos o exemplo do cidadão interessado em pleitear um pensionamento. Suponha esse pedido submetido por intermédio da Ouvidoria. A demanda é aberta e gera a busca de informação, como providência preliminar, tal qual ocorre com as citações judiciais, em demandas judicializadas. A diferença será o credor dessa informação. No caso da Ouvidoria, será o cidadão e não o Judiciário.

A informação prestada pelo respectivo órgão público, provedor do pensionamento, pode ser, por exemplo, no sentido de não reconhecer a qualidade de beneficiário do interessado. Nesse caso, a Ouvidoria, ao repassar a informação ao cidadão, assegura-se da compreensão das razões para o não reconhecimento, promovendo o acesso certo à informação tão necessária e esclarecedora ao cidadão. Suponha seja apenas a ausência de um documento a ser anexado. O autor tem essa informação prestada. Suponha seja de fato uma negativa ao pedido. Ao autor é oferecida a oportunidade de encaminhamento à Câmara de Conciliação para tentar uma autocomposição. Ou ainda, o cidadão pode obter a informação, não se interessar pela autocomposição e optar pela judicialização. Aqui é, também, campo de autonomia da vontade.

8. A DISTÂNCIA ENTRE REALIDADES BRASILEIRAS: A REGIONALIZAÇÃO

A Ouvidoria da AGU é um órgão central de gestão da Instituição, localizado no Distrito Federal. A realidade de inserção da AGU por todo o Brasil, no entanto, não é padronizada, ou seja, cada região apresenta universos culturais, sociais e econômicos muito diversos entre si, o que nos faz refletir sobre os benefícios que poderiam advir de uma descentralização regionalizada da escuta de Ouvidoria. Nesse sentido, para que a Ouvidoria seja uma primeira porta franqueada ao cidadão, em um sistema multiportas, importado à Advocacia Pública Federal, que é a proposta de análise neste artigo, é necessário pensar nessa hipótese de regionalizar as escutas por delegação da Ouvidoria Central às Regionais.

Pretendemos tratar da especialização das escutas, aproximando-as de cada demanda própria, inserida em um contexto próprio, o que pode resultar em uma integração dos recursos humanos e operacionais locais, em termos gerais, trazendo ganho considerável na aproximação entre ouvinte e interlocutor, melhorando assim o tratamento e encaminhamento da demanda. Isso porque a Ouvidoria deve ter entre suas atribuições a de contribuir para a simetria informacional, já que a AGU, pela sua própria natureza, detém a primazia técnica, jurídica e econômica. Logo, o procedimento de escuta própria viabiliza mitigar a assimetria informacional entre as partes envolvidas no conflito.

A ferramenta comunicacional da técnica da Mediação é o meio de se qualificar as escutas ao capacitar o ouvinte para oferecer uma escuta ativa e produtiva de resultados empáticos. Para isso, é fundamental que a Ouvidoria seja a sede exclusiva de tratamento da Comunicação, outorgando às Câmaras o tratamento do conflito real. Entendemos, portanto, essas providências institucionais como de inserção a uma nova realidade de valores e paradigmas da Consensualidade.

A busca é no sentido de resultar em respostas empáticas e eficazes ao cidadão, e constituir medida de grande economia aos cofres públicos. Isso porque a despesa pública, em prol de solucionar conflitos, via judicialização ou autocomposição, somente aconteceria quando justificada por uma efetiva necessidade.

Tratar a comunicação requer menos do aparato estatal do que tratar e curar o conflito em si. Portanto, apostar em um aperfeiçoamento da comunicação pode resultar em significativa providência a bem de uma racionalização dos investimentos institucionais.

CONCLUSÃO

A Ouvidoria da AGU não é órgão finalístico e detém atribuição legal de fomentar canais de acesso e comunicação. É protagonista na Lei nº 13.460/2017, que constitui código de regras aplicáveis aos prestadores e usuários de serviços públicos e regulamenta o comando constitucional insculpido no artigo 37, parágrafo 3 da CF/88, no tocante não somente à eficiência, mas, principalmente no alcance do efetivo serviço que deverá ser prestado ao usuário.

Luiz Carlos Assis Iasbeck (2012) percebe a Ouvidoria como essa instância técnica de tratamento institucional focado, ao afirmar:

O processo da comunicação, dessa forma, envolve operações sutis e, por isso mesmo, imperceptíveis à observação do leigo, que só se acerca sensivelmente de tais sutilezas quando dos resultados reativos do processo, ou seja, quando as coisas funcionam bem ou mal, segundo suas expectativas e seus interesses. Por isso é comum nas organizações serem identificadas como “problemas de comunicação” aquelas situações em que a resposta não coincide com a expectativa de resposta de quem tomou a iniciativa do processo, o emissor. Do mesmo modo, uma comunicação eficiente é entendida como aquela que é capaz de provocar respostas favoráveis e congruentes com as intenções do emissor”. Os problemas trazidos às ouvidorias com o rótulo de “reclamações, sugestões, críticas ou dúvidas” são, quase sempre, relacionados à comunicação, do ponto de vista do processo propriamente dito, ou seja, são “problemas”, porque algo que partiu da organização (de sua expressão) com determinadas intenções foi entendido e “consumido” de forma diversa pelo cliente ou cidadão. Para entender a diferença entre o que se envia e o que se recebe, é necessário analisar as intenções de emissão e das expectativas de consumo, materializadas tanto em informações intangíveis (serviços, atividades, ideologias) quanto em suportes identificáveis (produtos, critérios, regulamentos).

Neste estudo, nos propusemos a analisar a releitura do papel institucional da Ouvidoria da AGU, para perceber nela competências compatíveis com a vontade política da consensualidade. A percepção do caráter nacional do órgão representativo e suas implicações nos leva a supor benefícios na descentralização e regionalização da Ouvidoria para oferecer uma escuta e respostas mais empáticas à sociedade.

A circunstância de ser um órgão representativo autônomo e desintegrado da estrutura dos órgãos que assessora e representa, foi pontuada como razão para o protagonismo na lei de Mediação que enseja uma estruturação institucional a viabilizar uma atuação consensual técnica e autônoma em relação ao servir consultivo e litigioso.

O sistema multiportas adotado no âmbito da Advocacia Pública traz proximidade entre Estado e cidadão e oferece autonomia ao Poder Executivo para oferecer formas diversas de solução de conflitos sem a intervenção do Judiciário.

A Ouvidoria é percebida como porta de entrada à Consensualidade e, dentro desse cenário, múltiplas portas podem ser abertas pelo Cidadão, de acordo com seu interesse: Mediação, Conciliação e Advocacia Pública colaborativa. A escolha é do cidadão, mas o dever de informação e esclarecimento para que tome uma decisão informada é da Ouvidoria. Dessa forma, se percebe a constituição de uma parceria entre Estado e Cidadão em prol de solucionar os conflitos de interesses que surjam, sem que seja necessária a movimentação da máquina administrativa judiciária.

A expectativa é de que a instalação de uma instância de tratamento da comunicação, no âmbito da Ouvidoria da AGU, com escutas qualificadas tecnicamente pelas ferramentas da Mediação, regionalizadas e setorizadas conforme o público-alvo, resulte na movimentação justificada do aparato da máquina administrativa, tornando legítimo o empenho de recursos públicos a essa finalidade.

Portanto, independentemente da natureza das questões que chegam como demandas de trabalho, a Ouvidoria constitui órgão de grande responsabilidade no trato da informação. Sendo assim, não pode prescindir de competências comunicativas específicas e de foco exclusivo. Essa percepção do poder de uma comunicação eficiente é, aqui, referenciada como fundamento de validade de toda uma proposta de intervenção na realidade da Ouvidoria da AGU.

A participação e a consensualidade tornam-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2001, p. 41).

REFERÊNCIAS

- ALEGRETTI, Fabrício Motta cita Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.) **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson de Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (orgs.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Administração de Empresas – Uma abordagem contingencial**. São Paulo: Mac Graw Hill, 1982.
- CHIAVENATO, Idalberto. Prefácio. In: MATOS, Gustavo Gomes de. **Comunicação sem complicação: como simplificar a prática da comunicação nas empresas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador, 2010. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>> Acesso em: 19 out. 2019.
- IASBECK, Luiz Carlos Assis (Org.). **Ouvidoria: mídia organizacional**. Porto Alegre: Sulina, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NASSIF, Gustavo Costa. “As Ouvidorias Públicas no Contexto de um Novo Modelo de Governança”. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 73, p. 43-58, 2009.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e Execução**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 118

PESSOA, Eliana. **Comunicação Interpessoal e Empresarial**. Apostila (Curso de Administração Postal) – Faculdade de Administração, Universidade de Brasília, 2005.

PESSOA, Eliana; OLIVEIRA, Nailton Alves de; SILVEIRA, Arthur Edgard. **A Ouvidoria como Facilitadora do Processo de comunicação**. UnB/ÚNICO, 2008. Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/a-ouvidoria-como-facilitadora-do-processo-de-comunicacao-organizacional>>. Acesso em: 19 out. 2019.

ADVOCACIA PUBLICA COLABORATIVA: ENUNCIADO 31 CJF

Letícia Botelho Gois⁴⁷

INTRODUÇÃO

A Advocacia Geral da União, ao longo desses 25 anos, ofereceu à sociedade uma defesa, eminentemente combativa, aos interesses públicos federais, tutelando sua prevalência e superioridade. Um grande desafio se impõe, daqui para diante, à Instituição: atuar na Consensualidade. A técnica para o exercício dessa nova competência, de autocompor conflitos, ou advogar, de forma colaborativa, foi ofertada pela Lei nº 13.140/15, e sua essencialidade ao exercício desse novo mister é objeto da reflexão que aqui se propõe.

Nas últimas três décadas, diversos movimentos transformaram o papel do Estado contemporâneo, deflagrando um processo de revisita à compreensão de sua finalidade na sociedade. Nesse contexto, a partir de meados da década de 1990, o Brasil iniciou seu mais profundo processo de transição, ainda inacabado.

Nesse sentido, o país vem empreendendo alterações em sua estrutura administrativa, a fim de transformar o modelo burocrático de gestão e implantar novo modelo de administrar, denominado gerencial. A diferença entre ambos os modelos reside na finalidade da prestação dos serviços públicos: o gerencial visa ao atendimento dos interesses coletivos com foco no cidadão. Dessa forma, há um rompimento com a estrutura adminis-

47 Advogada da União 1996 – CJU/RJ, mediadora judicial – Res. 125 CNJ.

trativa tradicional, uma vez que existe, agora, uma nova percepção quanto aos interesses coletivos e aos do Estado, em si. A reforma administrativa comprometeu o Estado com seus resultados qualitativos. A prestação do serviço e a atuação administrativa vêm buscando atuar da forma mais eficiente possível, a fim de satisfazer os interesses e necessidades do cidadão usuário, em vez de somente garantir a manutenção da rigidez administrativa. Assim, flexibilizados os modos de gestão e de adoção de políticas públicas, no decorrer da descentralização e desburocratização da atividade administrativa, o formalismo desmedido vem perdendo a vez.

1. DO CONTEXTO HISTÓRICO POLÍTICO-SOCIAL DA CONSENSUALIDADE

Nesse panorama de transformações, o Estado passou a priorizar o desempenho de suas tarefas, alinhadas aos seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. Nesse sentido, de acordo com Oliveira e Schwanka (2009, p. 308):

Joan Prats I Català revela que as origens do fenômeno datam de meados da década de 90 do séc. XX especialmente na Europa, traduzindo um consenso crescente de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se fundamentam na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil.

Segundo Rogerio e Dias (2012, p. 11), “o princípio da eficiência traduziu esses pressupostos e impulsionou a Administração a se reestruturar de forma funcional, para satisfazer às expectativas do cidadão na prestação do serviço público externo e interno”. Exsurtem novos conceitos e valores do Estado eficiente. Fenômenos como o Estado em rede e a Governança Pública passam a ser propagados como pressupostos dessa eficiência. Assim, não há dúvida de que emerge uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração.

Portanto, nesse novo universo de valores, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, contrapondo-se à dominante perspectiva impera-

tiva e monológica. Embora elaborada a partir da experiência comunitária europeia, segundo Oliveira e Schwanka (2009, p. 307), “Manuel Castells apresenta sua noção de Estado em rede, cujo significado é, em síntese, „o Estado caracterizado pelo compartilhamento da autoridade. ” O conceito de Governança Pública, por sua vez, se traduz na pretensão de alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais, por meio do fortalecimento do Estado de Direito, e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o incentivo à participação e um pluralismo de dimensões múltiplas.

Logo, a consensualidade na Administração Pública resulta de inúmeras transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas em uma sociedade global, interferindo, de forma determinante, nas relações do poder público com os cidadãos.

2. O INTERESSE PÚBLICO NO CONSENSO

Nesse panorama, relativizar o conceito clássico, que impunha um supremo e indistinto interesse público, uno e indivisível, é fundamental. Hoje, esse reconhecimento qualifica e privilegia a concepção de interesse público. Não há desamparo na consensualidade. Ao revés. O entendimento que, hoje, se pode, com propriedade, sustentar, é o da unidade de interesses públicos e privados, sem contradição, negação ou exclusão. Mas, antes de tudo, de harmonização.

A ideia de ponderação, prevalece como ferramenta de controle da discricionariedade administrativa. Ou seja, persegue-se qual o interesse público prevalente no caso concreto, bem como, a observação das consequências que ele produzirá sobre os interesses dos membros da sociedade. Não mais indistintamente. O valor soberano da dignidade humana, consagrado pelo nosso legislador Constituinte originário, impõe essa interpretação das normas constitucionais.

Gustavo Binenbojm (2006, p. 86) observa que, para definir o interesse que prevalecerá, deve existir uma “ponderação proporcional” dos interesses em conflito.

Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um **Estado de ponderação**, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, **ponderada** e **razoavelmente**, tanto

os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais (BINENBOJM, 2006, p. 86).

De fato, o postulado de supremacia é substituído pelo de proporcionalidade, o qual exige, em primeiro lugar, que a medida adotada se constitua em meio adequado ou idôneo à finalidade almejada (BINENBOJM, 2006, p. 129). Nesse panorama, vale ressaltar o pensamento de Norberto Bobbio, expressado em 1985, para quem “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, do que a de detentor do poder de império”.

3. ADVOCACIA PÚBLICA EFICIENTE

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Advocacia Pública somente vai oferecer, hoje, segurança jurídica ao Estado Brasileiro, se tutelar o interesse público primário, que, atualmente, acolhe como primado tanto a dignidade humana, quanto o consenso, traduzidos na oferta dos serviços mais adequados e eficientes às inúmeras demandas da sociedade.

Constata-se, nesses 25 anos de AGU, uma evolução das estratégias, de uma defesa intransigente, ao reconhecimento de um suposto déficit ou erro administrativo. Exsurge, dessa flexibilização, a possibilidade de trilhar o caminho da consensualidade, como nova frente de atuação institucional e de alternativa à sociedade, ao propósito de pacificação social. Pode-se avaliar, portanto, por todo um quadro de releituras conceituais, de antigos dogmas, que, hoje, o advogado público tem o poder-dever de promover a autocomposição, se mais adequado e vantajoso for, apropriado da técnica e apoiado na lógica do consenso, compromissado com os princípios ditados pela Lei nº 13.140/15.

A atuação Consensual é, portanto, percebida como uma nova competência institucional, ao lado da Consultiva, Contenciosa e Correccional. O êxito em cada uma dessas frentes de atuação institucional, vai requerer, do advogado público, aptidão diferenciada, sob pena de falência de qual-

quer dessas empreitadas. Por essa razão, defende-se a especialização na advocacia pública. A missão institucional de diferenciar perfis próprios de atuação, capacitando-o, está a serviço da eficiência do serviço a ser prestado à sociedade.

A nova realidade exige uma advocacia pública de Estado, que atenda às mudanças paradigmáticas, exigindo não só qualificação e treinamento, mas também alterações estruturais, em sua repartição de competências, e funções institucionais, para abraçar a atuação consensual, como forma autônoma e independente das demais funções institucionais.

4. A LÓGICA DO CONSENSO: NOVA TÉCNICA

O atuar do advogado público, sob a lógica do consenso, difere fundamentalmente da atuação sob a lógica adversarial. Usualmente, o que se verifica, em geral, é a aplicação de técnicas excessivamente persuasivas, já que nem sempre os profissionais do direito dispõem das habilidades específicas para conduzir processos consensuais. Por isso, muitas vezes, aqueles que acessam a via judicial enfrentam as dificuldades impostas por um sistema talhado na lógica adversarial. A postura persuasiva e combativa acaba comprometendo a qualidade dos acordos obtidos, comprometendo a sustentabilidade dos mesmos.

Portanto, no compromisso com a eficiência e com a segurança jurídica, o construir do consenso precisa de técnica. A autocomposição há de ser um processo técnico, onde o advogado público condutor, deve ser capacitado para bem utilizar as ferramentas próprias, dentro dos princípios específicos desse novo atuar previsto em Lei. Surge, desse modo, um novo saber, uma nova lógica de pensamento e de postura ao Advogado Público.

A construção do pensamento, na lógica adversarial, é voltada à persuasão e ao convencimento. Para esse objetivo, conta-se com o talento, o preparo e a vocação dos advogados para interpretar parcialmente as normas, atuando sobre a divergência entre as partes.

De maneira oposta, a lógica do consenso requer atuação sobre a convergência e a interdependência entre as partes envolvidas em um conflito de interesses. Por esse motivo, o conhecimento dos interesses, das necessidades e das possibilidades reais das partes torna-se fundamental para uma eficaz atuação consensual. Quando o foco passa a ser o cidadão, visuali-

za-se imediatamente uma interdependência e uma linha de convergência que aproxima as partes conflitantes, legitimando e tornando possível um diálogo e uma eventual autocomposição de interesses.

Nesse sentido, não se pretende fazer uma análise ética sobre o atuar beligerante, mas sim demonstrar que, ambas as técnicas, consensual e beligerante, clamam por diferentes aptidões e perfis de atuação. Quer-se, com isso, dizer que, o advogado público ao optar pelo caminho da consensualidade ou litigiosidade estará, em ambos, na tutela do interesse público. E, para cada qual, utilizará uma lógica, um saber e uma postura própria. Se assim não o fizer, estará prejudicando o sucesso de seu esforço. São lógicas opostas, a adversarial e a do consenso.

Tecnicamente, a lógica adversarial se constrói com uma capacidade técnica persuasiva e combativa. Por sua vez, a lógica do consenso requer técnica colaborativa, de escuta ativa e empática, capacidade empática de compreensão dos fatos, criatividade e de espírito de parceria. A opção constitucional de absoluta tutela à dignidade humana e à eficiência administrativa conduz à consensualidade como forma mais adequada de gestão em geral.

Existem muitas demandas judiciais em que interesses públicos parecem conflitantes, mas não o são propriamente. A depender do foco fixado, a linha de convergência aparece e permite a construção de consenso. Evidentemente, que, casos existem em que, a beligerância e a polaridade se tornam inevitáveis, e, portanto, essa linha de convergência não surge. Nesses, o advogado público combatente e beligerante precisa atuar para prestar o serviço técnico de combate e defesa jurídica dos interesses. Assim, o dever de defesa da constitucionalidade das leis, outorgado pelo legislador constituinte originário, ao Advogado da União, por exemplo, persiste inabalado frente à alternativa da consensualidade.

A adequação da alternativa- judicial ou consensual- ao caso concreto, ou seja, o juízo de admissibilidade cabe, com exclusividade, ao advogado público consensualista. Por isso, precisa optar pela técnica do combate ou do consenso.

A Judicialização convive harmonicamente com a Consensualidade. São espécies de um mesmo gênero, na verdade, qual seja, formas de composição ou gestão de conflitos/impasses. Portanto, a apropriação da técnica de autocomposição, com suas nuances principiológicas, teóricas e de

método–previstas na Lei nº 13.140/15 – vai nortear o advogado público no juízo de adequação a cada caso concreto.

Em resumo, a escolha pelo caminho da consensualidade será das partes conflitantes, por princípio. Mas, ao advogado público, condutor de tratativas, cabe o juízo de adequação, por lhe ser objeto de tutela o interesse público existente ou não no consenso em si, em cada caso específico.

5. SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NO CONSENSO: TECNICIDADE

A Lei nº 13.140/15 prevê, claramente, a necessidade de capacitação para a função de autocomposição de conflitos. Por essa razão, o risco e o prejuízo de o advogado público se propor à atuação consensual, desapropriado da técnica de autocomposição, são grandes, visto que a construção de consenso requer conhecimento e apropriação não apenas da técnica, em si, mas também de seus princípios. Vou além. O advogado público consensualista tem perfil específico.

Soluções consensuais, construídas descompromissadas da técnica, tendem a ser ineficientes e insustentáveis com o tempo. E hoje se pode perceber inclusive o caráter da legalidade também comprometido. Daí o vasto e robusto estudo sobre os institutos da Mediação e da Conciliação, o qual evoluiu para o amparo legal de ambos pelo instituto da autocomposição.

Defende-se que a Advocacia Geral da União foi contemplada pela Lei de Mediação, com uma nova competência institucional: Autocomposição dos conflitos de interesses. Anteriormente, decorria de um poder-dever do princípio administrativo de autotutela. Hoje, a Lei nº 13.140/15 exige a técnica para esse exercício e o compromisso com os princípios que enumera.

Trata-se de uma nova ferramenta que capacita o advogado público a atuar tecnicamente, de forma parcial – na Advocacia Pública Colaborativa – ou imparcial – na Mediação –, adequando, no que couber, aos princípios administrativos. Afirma-se, portanto, que a segurança jurídica, a eficiência e a sustentabilidade das decisões consensuais estão diretamente relacionadas à tecnicidade do processo de autocomposição ou do novo advogar colaborativo.

6. MEDIAÇÃO

Na década de 1960, surgiu, sobretudo nos Estados Unidos, o movimento de retomada dos métodos de resolução extrajudiciais de conflito, entre eles, a mediação. Diante da crise do Estado de Bem-Estar Social e da segmentação do acesso à justiça, bem como da demanda popular em participar na construção do Direito, esses métodos ganharam força e credibilidade. A partir disso, constatou-se que o Direito adquiriu mais legitimidade, quando formado por processo de entendimento entre sujeitos, distante de qualquer influência religiosa ou metafísica, baseado na autodeterminação dos indivíduos.

O método busca, em especial, o entendimento intersubjetivo do conflito, reconhecendo como êxito da mediação, até mesmo, o processo concluído sem ajuste, desde que tenha perpassado pelo diálogo entre os participantes. Além disso, a Mediação não busca desobstruir o Poder Judiciário servindo como método alternativo de resolução de controvérsias. Sua atuação é de complementariedade às vias judiciais para dirimir os conflitos em que se possa resultar consenso.

De maneira geral, a mediação constitui método extrajudicial de resolução de conflitos que se utiliza da figura do mediador como facilitador do diálogo entre os envolvidos, os mediatos, com objetivo de estabelecer a intercompreensão de suas pretensões e a aproximação de seus desejos, a fim da propositura e da escolha de resolução a controvérsia pelos próprios participantes.

Trata-se de técnica dialógica, não adversarial, cuja proposta pode ser, ou não, realizar um acordo final, como conclusão do entendimento intersubjetivo de suas pretensões. Para isso, é imprescindível a distinção das posições aparentes dos participantes e de seus verdadeiros interesses durante o processo, por isso, conhecer e entender a causa geradora do conflito é requisito para eficácia do acordo. Ademais, a resolução da controvérsia no fator original do problema contribui para a pacificação social, no sentido de evitar o nascimento de outros conflitos na mesma relação social.

A Lei nº 13.140/2015, no seu Parágrafo Único, do art. 1º, define a mediação como “[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a con-

trovêrsia”. De fato, um sistema de solução de controvérsias que seja de “múltiplas portas” favorece o desenvolvimento das atividades administrativas e da governança pública, o atendimento das demandas e anseios dos cidadãos, bem como do setor produtivo. Esse é o desafio imposto à AGU pela Lei nº 13.140/15, o de estruturar-se para o desempenho de uma nova competência institucional, com apropriação de um novo saber e uma nova aptidão ao advogado público.

7. O ADVOGADO PÚBLICO MEDIADOR

Muitos questionam a possibilidade de o advogado público estar apto, segundo a Lei Complementar 73/93, a conduzir tratativas, mediando conflitos de interesses. Aqui, se percebe não como possibilidade, mas como dever institucional, frente à vontade política manifesta na Lei nº 13.140/15. Somente o Advogado público pode harmonizar, em cada caso, os princípios inerentes à Mediação e aos princípios administrativos e processuais. A regulamentação da Lei nº 13.140/15 oferecerá ao Advogado Público, essa legitimidade de atuar. Dentre os desafios à regulamentação da Lei, percebemos como essenciais os seguintes:

7.1. IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR E PARCIALIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO

O advogado público como mediador de conflitos, capacitado na técnica, estará atuando na tutela do interesse público no consenso, zelando pela construção autônoma da solução adequada, eficiente e sustentável no tempo. Oferece à sociedade o meio mais adequado de solução de impasses. Mas, para compatibilizar com a Lei complementar 73/93, cumpre, haja previsão expressa, quanto ao desempenho nesse mister, sempre com a presença, nas tratativas, de outro advogado público assumindo a tutela parcial do interesse próprio do Ente público representado. O Advogado Público Mediador não substitui o do contencioso e nem o do consultivo. Atuações distintas.

O advogado público mediador tem o dever de zelar pela garantia de direitos fundamentais, cabendo conduzir as tratativas dentro desse contorno. O compromisso com a imparcialidade, significa não favorecer

qualquer dos participantes e resguardar a igualdade no procedimento a todo momento. Portanto, não há desamparo do interesse público tutelado pelo advogado público, quando conduz processo de autocomposição. Na verdade, o advogado público mediador nada mais significa do que o reconhecimento institucional do Poder-dever do Estado na autogestão de conflitos internos, oferecendo amparo ao novo interesse público de autocomposição.

A imparcialidade não é, como pode parecer, um obstáculo, mas sim um parâmetro de atuação, galgado em um novo paradigma: o do interesse público no Consenso. Assim, o advogado público ao atuar como condutor de tratativas, zela e tutela o interesse público no consenso, conferindo a outro advogado público a tutela do interesse parcial do órgão que representa.

7.2. ISONOMIA ENTRE AS PARTES E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A isonomia advém do fato de que, hoje, não há mais uma hierarquia de interesses, em que o público estaria sempre prevalente sobre o privado, indistintamente, mas sim, uma análise de cada caso, por meio da técnica de ponderação e de proporcionalidade. Essa isonomia refere-se ao tratamento oferecido pelo advogado Público Mediador aos interesses em conflito. Desse modo, cabe ao advogado público, que conduza tratativas, de forma comprometida com a técnica e princípios da Lei, oferecer tratamento idêntico entre as partes, sejam elas entes públicos ou privados. Por isso, a isonomia relaciona-se à igualdade de oportunidades às partes envolvidas em um conflito, de expor os fatos, razões, necessidades e possibilidades.

Cabe também aqui, uma previsão expressa na normatividade interna da AGU para que seja um parâmetro de dever funcional do advogado público, condutor de tratativas oferecer isonomia e atuar de forma imparcial.

7.3. ORALIDADE E PRINCÍPIO DO ÔNUS DA PROVA

Esse princípio da Mediação relaciona-se diretamente à compreensão do papel do Mediador. A condução de tratativas negociais não pode ser

confundida com consulta e assessoramento jurídico e menos ainda com julgamento.

No papel de condutor, o advogado público estará facilitando o diálogo entre os representantes legais, e gestores, propiciando um intercâmbio de informações, viabilizando eventuais releituras, zelando pela escuta e fala, garantindo a exata compreensão por um e outro, dos interesses, necessidades e possibilidades reais de cada contexto envolvido. Portanto não há prova a ser produzida, ou comprovação a ser feita ao Advogado público Mediador.

Ao se pretender comprovar um fato ou uma alegação, com documentos, cabe ao Advogado Público mediador abster-se destinando-os às partes envolvidas, reciprocamente. Daí uma grande diferença entre a lógica adversarial e a lógica do consenso. O atuar de forma persuasiva é imprescindível ao êxito na primeira, ao passo que, no propósito da solução por consenso, prejudica e compromete todo o procedimento de autocompor conflitos.

Aqui também temos esse parâmetro de atuação, que deve se constituir em um dever funcional ao advogado público apto à atuação consensual, qual seja, precipuamente, diferenciar consultoria e assessoramento jurídico de autocomposição de conflitos. O Advogado Público Mediador não emite qualquer juízo de valor.

7.4. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES E IMPULSO OFICIAL

Esse princípio da Mediação é fundamentalmente oposto ao que rege o processo de litigância. Na autocomposição as partes são donas do processo. A desistência ou renúncia tem consequências no processo judicial. No processo de autocomposição técnico, não se pode compelir a persistir, e a desistência ou renúncia nenhum prejuízo acarreta.

Como visto, a mediação é um procedimento autocompositivo de dimensão dialógica. Nesse sentido, a exigência de voluntariedade dos participantes para o uso do método é fundamental, como determinado pelo art. 2º, §1º da Lei nº 13.140/2015. A eles cabe optar pelo método da mediação para a resolução de sua controvérsia podendo inclusive abandoná-la em seu curso.

Na ausência de voluntariedade, não haveria abertura para o diálogo e conseqüentemente para o processo de intercompreensão. Ademais, as decisões acerca do conflito serão propostas e tomadas pelos próprios envolvidos, exigindo-se mais uma vez a voluntariedade dos participantes.

7.5. BUSCA DO CONSENSO E PRINCÍPIO DA VERDADE FORMAL

A busca do consenso que, nesse panorama, refere-se à conjugação de interesses, necessidades e possibilidades reais das partes envolvidas, consiste no princípio que norteia a atuação do advogado público condutor de tratativas. É o objeto de sua tutela: consenso. Nesse sentido, o esforço do advogado público, condutor de tratativas negociais, comprometido com a técnica, é o de construir uma coexistência e consideração recíprocas, das realidades apresentadas, para que a solução seja fruto de uma construção coletiva, na qual todos sejam contemplados em suas necessidades e possibilidades reais. Por isso, esse ambiente requer, do advogado público, em vez de persuasão e domínio por argumentações, capacidade de desenvolver o diálogo, de escuta ativa, de ouvir empático, bem como de gerenciar todo esse processo dentro dos princípios.

7.6. CONFIDENCIALIDADE E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Necessariamente, o procedimento de Mediação deve ser confidencial, já que, aos participantes, deve estar garantida a segurança para preservar seus relatos, bem como para proteger o próprio processo. Além disso, o sigilo possibilita a exposição real dos fatos, sem constrangimentos e receios.

Na ausência de confidencialidade, as informações relatadas pelos participantes poderiam ficar desprotegidas, gerando prejuízos às partes, caso constituíssem prova judicial uma vez frustrada a mediação. Por isso, a lei 13.140/2015 determina e estabelece critérios para confidencialidade em seus artigos 30 e 31, sem que tenha sido prevista a lavratura do termo de compromisso.

Não há, todavia, incompatibilidade entre o princípio da Mediação e o princípio da publicidade dos atos administrativos. O princípio da confidencialidade refere-se ao dever do advogado público, condutor de tratativas, de zelar pela ampla liberdade dialógica, ou seja, tudo pode ser dito, sem comprometimento, já que não há registro para eventual utilização como prova da evolução dialógica das tratativas. A liberdade de fala amplia os horizontes de possibilidades e oportunidades de conjugação de interesses. Portanto, não se deve falar em incoerência com o princípio da publicidade dos atos administrativos. Ao contrário, com ele se harmoniza, porque a publicidade dos atos administrativos relaciona-se ao dever de motivação do agente público e de informação do conteúdo.

Ambos se mantêm preservados se a confidencialidade for restrita a ampla capacidade de diálogo, com liberdade e sem registros. Firmadas as convicções, prevalece a publicidade da motivação para o consenso, a qual será expressa e registrada garantindo a publicidade da existência do acordo e da motivação. O dever de motivação, na verdade, resguarda e protege o advogado público, assegurando a todos o conhecimento das razões pelas quais optou-se pelo acordo como solução mais adequada a determinado impasse.

7.7. BOA-FÉ E VERDADE FORMAL

O princípio da Boa-fé da Mediação relaciona-se, diretamente, aos valores envolvidos em uma atuação sob a lógica do consenso, assim, o que perfaz a trilha da boa-fé é o objetivo de construir, coletivamente, a solução a um conflito ou impasse.

No processo de autocomposição, não há verdade formal já que, por princípio e ideologia, ela se relaciona diretamente com a realidade material dos fatos. Por isso, nesse processo, fala-se em conhecer as reais necessidades, possibilidades e interesses das partes envolvidas em um conflito, em detrimento do mero conhecimento formal da posição de cada um. Dessa forma, não há a demanda de se comprovar qualquer alegação, porque não se pretende convencer, mas sim conjugar as verdades, aproximar as realidades. Portanto, o ônus da prova não é coerente com a atuação sob a lógica do consenso, uma vez que ele terá como base o benefício a todos os envolvidos.

O advogado público dispõe de autorização legal para o exercício da autocomposição, desde que se aproprie da técnica e se comprometa com os princípios, previstos expressamente na Lei de Mediação, conjugando-os com os princípios de Direito Administrativo.

8. ADVOCACIA PÚBLICA COLABORATIVA: NOVA COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL

Apresentei a proposta de um novo conceito de advocacia pública na I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”, realizada no Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2016. Aprovada por unanimidade, hoje, consiste em uma recomendação, expressa no Enunciado nº 31 da CJF, dirigida aos órgãos representativos, aos representantes legais, aos representados e à sociedade.

É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.⁴⁸

A ideia foi importar o conceito da experiência na área privada da Advocacia Colaborativa, na qual se firmam pactos de não litigância entre os advogados, para que se evolua no diálogo e na busca por integralizar interesses contrários.

Na seara da Advocacia Pública, a importação de conceitos, requer, evidentemente, ajustes e adequações. O pacto de não judicialização pode ser firmado sem ofensa ao dever institucional, partindo-se da premissa da existência de um interesse público em construir soluções consensuais. A tutela a esse interesse autoriza o advogado público a optar e a se comprometer com a não judicialização. Frustrado o resultado da advocacia

48 GOIS, Leticia Botelho. Enunciado nº 31 do Conselho da Justiça Federal. Agosto de 2016.

colaborativa, um novo cenário se recompõe no Contencioso, com novos advogados públicos. Essa é a ideia.

Percebe-se o pacto de não judicialização podendo ser firmado entre advogados públicos, a fim de, efetivamente, evoluir para um diálogo produtivo sem compromisso com registros e, por consequência, sem a ideia de comprometimento com o que for exposto, enquanto ideias, ponderações e conjecturas.

A motivação, por sua vez, ao final, para adotar tal ou qual providência ajustada, precisa ser consignada para dar publicidade e, mesmo, para proteger o advogado público colaborativo, e deve constar de todo acordo, mas a evolução de tratativas, para se alcançar um consenso, pode ser protegida pelo sigilo, sem ofensa ao princípio da publicidade dos atos administrativos, desde que, dele, conste as razões para adoção de uma ou outra postura.

Nesse panorama, surge uma questão: a defesa ou o patrocínio de qualquer causa que tutele um interesse público sem o espírito bélico é possível? Retirar da Advocacia o espírito beligerante seria como pedir ao médico que não usasse o bisturi? Quase isso! Mas, assim como na Medicina, se evoluiu para cirurgias a laser e para a Robótica, pode também a Advocacia ser exercida com qualidade e êxito sem ataque e defesa presentes.

Tanto a advocacia pública, quanto a privada estão alicerçadas sobre o binômio ataque-defesa. O bom advogado público, ou privado, é aquele que encontra argumento para a defesa contra qualquer acusação, por isso, a celeridade nesse contra-ataque consiste no sucesso da empreitada.

Portanto, vale ressaltar que compreender a colaboratividade como generosidade ou tolerância, implica em retirar o caráter técnico da atuação, e, com isso retirar-lhe credibilidade. Advogar colaborativamente constitui nova forma de advogar, na qual há uma construção, com técnica e princípios, de parceria, para compor divergências. A técnica e a formação são necessárias na iniciativa privada, e deverão também ser construídas para a advocacia pública. Somente assim se qualifica esse novo atuar profissional.

9. O ADVOGADO PÚBLICO COLABORATIVO

O advogado público, com aptidão e competência (capacitação) para atuar no ambiente da Consensualidade, ao apropriar-se da lógica do consenso, torna-se apto para atuar como advogado colaborativo, sendo-lhe

úteis também as ferramentas da técnica da Mediação e dos princípios que a direcionam.

Apesar de a condução de tratativas diferir do advogar colaborativo em muitos aspectos, eles têm em comum a atuação sob a lógica do consenso em contraposição à lógica adversarial e a tecnicidade como condição de validade.

Enquanto na Advocacia Colaborativa a posição parcial do advogado se mantém intacta, tutelando o interesse parcial, na Mediação, o advogado público, condutor de tratativas entre partes conflitantes, tutela o interesse na construção de consenso em si. Deste modo, delega a outro advogado público o mister da defesa parcial, porque a técnica dialógica da Mediação permite ao advogado público o que denominamos representação mediativa. Conceito a ser desenvolvido que se contrapõe à representação intermediativa.

A representação mediativa gera parceria, já que, nela, o advogado público não substitui o representado, mas com ele constrói caminhos. A intenção e a necessidade dos gestores, na realização das políticas públicas, entram em sintonia com os limites legais, pontuados pelo advogado público, em um trabalho de equipe voltado à construção de consenso. A representação intermediativa, por sua vez, gera a substituição que tanto conhecemos em sede contenciosa. Por conseguinte, a advocacia pública colaborativa, constando como recomendação no enunciado 31 aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, da forma como prevista, consiste, sem sombra de dúvida, em avanço enorme e uma conquista institucional a ser incorporada como nova realidade da AGU adequada aos ditames de uma Administração Pública Consensual.

Nesse panorama, a dogmatização do conceito é o convite, já que, ao oferecer contorno e segurança, ao advogado público, nesse novo atuar, fixam-se novos deveres funcionais, construindo-se um novo saber. Assim, a advocacia pública colaborativa atende a uma AGU cidadã que tutela a dignidade humana, persegue a eficiência e realiza a opção constituinte por um sistema federativo de repartição de competências que funcione como uma unidade.

10. CONCLUSÃO

Há um grande caminho ainda a percorrer para que essa recomendação, constante do Enunciado 31 do CJF, não seja um mero conselho,

que será seguido ou não, conforme o juízo de valor e conveniência de cada advogado público ou gestor público. Deve, dessa maneira, carregar todo um peso conceitual de dogmas para embasar uma eficiente atuação colaborativa, oferecendo segurança jurídica à sociedade e ao Advogado Público que pretenda atuar de forma colaborativa.

Propõe-se, desse modo, a releitura do papel institucional da AGU dentro do atual contexto de uma Administração gerencial, sugerindo uma nova advocacia, exercida de forma colaborativa e não combativa, além de uma condução técnica dos processos de autocomposição.

Prospectivamente, se visualiza a especialização da advocacia pública como forma de dar suporte ao advogado público no exercício das novas competências institucionais, assegurando, com isso, que as soluções consensuais sejam efetivamente construídas de forma integrada, juridicamente segura e sustentável no tempo. É a AGU inserida na cultura da paz social.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Dash, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na I Jornada de Solução Extrajudicial de conflitos. **Revista da AGU**. Brasília, n. 31, ano X, jan-mar, 2012.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGÉRIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, v. 12, n.

134, abr. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46960>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro e São Paulo: Ed. Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009.

APONTAMENTOS SOBRE A CAPACIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR DE CELEBRAÇÃO NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

*Alana Gabriela Engelmann*⁴⁹

INTRODUÇÃO

Apesar de não ser um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, foi com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que houve a expansão da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, sejam eles devidamente previstos no referido diploma legal, tendo por exemplo os negócios jurídicos processuais típicos, bem como a possibilidade de formalização de convenções processuais, através do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê que é lícito as partes convencionarem nos autos sobre o procedimento adotado.

Sendo assim, o presente trabalho irá tratar sobre a temática dos Negócios Jurídicos Processuais, bem como quem possui legitimidade e capacidade processual para celebração deles. É realizada essa abordagem sobre a legitimidade e a capacidade processual quanto a celebração de Negócios

49 Advogada. Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Pesquisadora junto ao Grupo Escola de Processo, sob coordenação do prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, na UNISINOS. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela UNISINOS.

Jurídicos Processuais, com o objetivo de se analisar se poderia o Poder Judiciário, através do seu Magistrado, celebrar Negócios Jurídicos Processuais com as partes, sendo este um assunto de grande divergência na doutrina atual. Será abordada, de forma breve, a questão da possibilidade do julgador, tanto de primeiro quanto de segundo grau, de ser parte na celebração dos Negócios Jurídicos Processuais.

A importância do presente trabalho está justamente em trazer a ideia de que é possível a celebração de Negócios Jurídicos Processuais pelos Magistrados, ou seja, pelos julgadores, tanto no juízo de origem, no processo de cognição, quanto nos Tribunais, sendo que essa possibilidade pode trazer vários benefícios uma vez que assim as partes podem ajustar o processo a sua causa sem causar nenhum prejuízo nem para a demanda nem para a parte adversa e ainda auxiliar em um julgamento mais justo da demanda, com maior efetividade processual.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO CODIGO DE PROCESSO CIVIL

Os Negócios Jurídicos Processuais nada mais são do que a manifestação de consensualidade das partes sobre questões da relação jurídica processual, sendo uma espécie de fato jurídico que é produzido a partir da vontade das referidas partes, sendo essa manifestação de vontade voltada para o autorregramento de situações jurídicas processuais ou à alteração do procedimento legalmente estabelecido (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

Partindo de uma premissa principiológica, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve a inclusão ao sistema processual brasileiro de diversas modalidades de negócios processuais típicos, quais sejam, aqueles previstos em lei, bem como houve também a consagração de ampla liberdade para negociação processual atípica, a aplicação da norma fundamental de respeito ao autorregramento da vontade no processo, através da previsão legal contida no art. 3º, § 2º, ao prever que, conforme se constata da simples leitura do texto normativo legal, “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (NOGUEIRA, 2018).

Não se pode esquecer também que o Código de Processo Civil de 2015 enuncia, no § 3º do art. 3º, que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

A partir da leitura dos parágrafos segundo e terceiro do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, é possível fazer a seguinte análise: Primeiro, que o juiz, como representante do Estado, possui um dever geral de promover a autocomposição; após, se constata que alguns sujeitos do processo, como no caso juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, possuem o dever de promover o estímulo à autocomposição processual (NOGUEIRA, 2018). Assim, o dever de promover a autocomposição, imposto tanto ao juiz, como a algumas partes processuais, de acordo com a previsão do art. 3º, § 2º do CPC/15, abrange um dever positivo de priorizar a solução autocompositiva, ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro se estruturou para dar primazia à autocomposição (NOGUEIRA, 2018).

As premissas acima trazidas se justificam através da principiologia adotada pelo Código de Processo Civil, uma vez que o direito processual civil brasileiro adota um modelo cooperativo de processo, com valorização da vontade das partes, e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais, tendo em vista que, de acordo com a previsão legal contida no seu art. 6º, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, cabendo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, de acordo com a previsão legal do art. 7º do Código de Processo Civil, para que não seja proferida uma decisão contra uma parte sem que a mesma seja previamente ouvida, conforme previsão legal do art. 9º, do mesmo diploma legal, com o objetivo de que o juiz não se beneficie de um fundamento o qual não se tenha oportunizado a manifestação anterior das partes, conforme previsto no art. 10 do Código de Processo Civil (CUNHA, 2018).

Diante disso, resta claro que o Código de Processo Civil de 2015 se preocupa principalmente com a resolução dos conflitos, e não com o julgamento por si só, oportunizando assim as partes uma melhor participação no processo, com a finalidade de obter uma melhor prestação jurisdicional, conforme segue:

Há, no atual CPC, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador (CUNHA, 2018).

Antes de adentrar especificadamente na matéria, é trazido um conceito formulado por Fredie Didier, em que o mesmo diz que “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” (DIDIER, 2018).

Assim, a partir da análise do referido conceito, pode-se dizer que, o negócio jurídico nada mais é do que uma fonte de norma jurídica processual que acaba por vincular o órgão julgador, que, tendo em vista que se encontra em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, sendo acrescentadas nesse ponto também as normas convencionais (DIDIER JR., 2018).

A questão sobre a existência dos negócios jurídicos processuais traz muita polêmica na doutrina processual, uma vez que vários juristas entendem que o direito processual não é compatível com o presente modelo de negócios processuais, sob a justificativa de que os atos processuais devem resultar da lei, mesmo que oriundo da vontade das partes (RODRIGUES; GISMONDI, 2017). Por outro lado, a partir da observância do princípio da efetividade processual, percebe-se que as soluções consensuais trazidas pelos negócios jurídicos processuais vão de encontro ao referido princípio, uma vez que é prudente conferir poder às partes para poderem adaptar o processo ou o procedimento às necessidades do seu caso, sendo assim uma alternativa para superação da crise jurídica que o nosso ordenamento

enfrenta, através da presente adequação voluntária do processo ou das situações jurídicas processuais (RODRIGUES; GISMONDI, 2017).

Assim, resta claro que a possibilidade de realização de negócios processuais deve-se ser possibilidade em todos os âmbitos ou em todos os graus de jurisdição, para que seja tanto respeitada a vontade das partes estabelecida consensualmente entre as mesmas, bem como para garantir a efetividade processual de cada caso.

Conforme referido por Pedro Henrique Nogueira (2018), os acordos de procedimento são de suma importância para o ordenamento, uma vez que possibilitam que as partes dialoguem com o juiz acerca do procedimento adotado para a especificidade do litígio, conforme segue:

Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se do instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.

Conforme se pode observar através da simples análise do Código de Processo Civil de 2015, o mesmo trouxe alguns exemplos de negócios processuais em seu texto, os quais podem ser chamados de típicos, uma vez que se encontram previstos junto ao referido diploma legal, quais sejam: a eleição negocial do foro, previsto no art. 63, o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente, previsto no art. 65, o calendário processual, previsto no art. 191, §§ 1º e 2º, a renúncia de prazo, previsto no art. 225, o acordo para suspensão do processo, previsto no art. 313, II, a organização consensual do processo, previsto no art. 357, § 2º, o adiamento negociado da audiência, previsto no art. 362, I, a convenção sobre o ônus da prova, previsto no art. 373, §§ 3º e 4º, a escolha consensual do perito, no art. 471, o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação, que consta no art. 509, I, a desistência do recurso, previsto no art. 999, dentre outros (DIDIER JR., 2018). Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe somente a possibilidade de negócios processuais típicos, trazendo também um dispositivo em que se faz possível a realização de convenções processuais atípicos, que abordem sobre procedimento.

Para tanto, foi inserido o art. 190, no Código de Processo Civil de 2015, que diz o seguinte: “Versando o processo sobre direitos que admitam auto composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre o seu ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Diante da simples análise do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, fica clara a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, isto é, para além daqueles já expressamente previstos no ordenamento jurídico legal, uma vez que as partes podem convencionar sobre o procedimento, bem como podem negociar sobre quais ônus, faculdades e direitos e também sobre seus deveres no processo (NOGUEIRA, 2018).

Assim, o primeiro ponto que se extrai da leitura do artigo exposto acima é que somente é possível a realização de negócios jurídicos processuais sobre o procedimento adotado na demanda em processos que versem sobre direitos disponíveis, restringindo assim a possibilidade das negociações sobre procedimento, com a finalidade de adequar o processo às particularidades do caso concreto (CUNHA, 2017).

2. OS JUÍZES COMO PARTE CAPAZ DE CELEBRAR NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Adentrando a parte principal do presente trabalho, é necessário proceder na análise de quem possui capacidade para celebração dos Negócios Jurídicos Processuais, para então proceder na análise do papel do juiz, na celebração dos Negócios Jurídicos Processuais.

Primeiramente, cabe salientar que as partes da celebração de um Negócio Jurídico Processual são aquelas que acabam se vinculando, em virtude de sua capacidade negocial, através de um ato voluntário, sobre disposições contidas em um instrumento convencional, celebrado entre todas as partes, sendo que a referida celebração pode-se dar antes do nascimento do processo (CABRAL, 2016), bem como durante o seu curso. Por outro lado, apesar de haver a ideologia de que os negócios jurídicos processuais devem de ser celebrados somente entre as partes, uma questão importante a ser levantada é a questão da capacidade do juiz em poder ser parte ou na presente celebração.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha (2018), apesar do art. 190 do Código de Processo Civil apesar mencionar expressamente os negócios jurídicos processuais celebrados entre as partes, não há nenhuma disposição legal que impeça que as partes possam celebrar negócios jurídicos processuais atípicos com o juiz, tornando assim possível um negócio processual plurilateral, uma vez que o mesmo é celebrado entre autor, réu e juiz.

Em observância ao que já havia previsto o Código de Processo Civil de 1973, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, em seu artigo 200, trouxe a possibilidade de qualquer tipo de negócio entre as partes ou entre estas e o juiz, ao dispor que “os atos das partes consistem em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais” (CUNHA, 2017).

No mesmo sentido, de acordo com Fredie Didier Jr. (2017), apesar do art. 190 do Código de Processo Civil fazer menção somente para o fato de que os negócios processuais atípicos são celebrados pelas partes, a presente afirmativa não significa que não é possível a celebração de negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional.

Ainda, para confirmar a referida ideia trazida anteriormente, deve-se lembrar que há exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos, mostrando assim que não é estranha a figura do juiz na celebração de negócios jurídicos processuais, conforme segue:

Seja porque já exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz, como já examinado, o que significa que não é estranha ao sistema essa figura; seja porque não há qualquer prejuízo (ao contrário, a participação do juiz significa fiscalização imediata da validade do negócio), seja porque poder negociar sem a interferência do juiz é mais do que poder negociar com a participação do juiz. (DIDIER JR., 2017)

Por outro lado, não são somente os negócios processuais plurilaterais típicos que podem ser usados como exemplo, uma vez que há negócios processuais atípicos que podem ser celebrados entre as partes e o juiz. Para consolidar o referido entendimento, pode-se usar o exemplo de negócio processual atípico celebrado pelas partes juntamente com o juiz a execu-

ção negociada de sentença que determina a implantação de política pública (DIDIER, JR., 2017).

Apesar de ser notável a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais entre as partes com o juiz, há doutrinadores com entendimento diverso do mesmo, afirmando que não há a possibilidade de celebração dos mesmos entre partes para com juiz, em virtude do papel desempenhado pelo magistrado junto ao processo.

Por outro lado, conforme entendimento de Antônio do Passo Cabral, apesar de ser admitida a ideia de que o juiz age voluntariamente no processo, essa vontade é autoritativa, uma vez que a mesma é manifestada pelo Estado-Juiz, conforme segue:

Por outro lado, ainda que concebamos que o juiz age *voluntariamente*, e que esta vontade produza efeitos, de qualquer maneira a vontade externada pelo Estado-juiz não decorre de uma escolha livre; e uma *vontade autoritativa*, como se percebe no procedimento da arrematação, por exemplo: ao anunciar publicamente a venda forçada do bem, pratica-se um ato jurídico em sentido estrito, que não reflete uma oferta negocial; o convite público que o Estado faz para que sejam apresentadas propostas (*invitatio ad offerendum*) também não pode ser equiparado a uma "oferta" porque tem efeitos previstos em lei; ao praticar esses atos, o efeito da venda judicial/ainda que pretendido pelo juiz, decorre de um dever legal, e não de espaços de autonomia e liberdade: a vontade negocial do Estado-juiz é vinculada, total ou parcialmente, seja no que se refere a escolha de praticar o ato seja em determinar o seu conteúdo e efeitos. (CABRAL, 2016)

No mesmo sentido acima exposto, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero (2016), ao alegar que o Juiz da causa não pode ser parte na celebração de Negócios Jurídicos Processuais, sob o argumento de que o Juiz não fica vinculado ao processo, ou seja, que o mesmo pode a qualquer momento não participar mais da resolução da demanda, sendo designado outro Juiz para tanto, e pelo caráter da pessoalidade da formalização do Negócio Jurídico Processual,

outro juiz que não o formalizou não poderia ficar vinculado a um negócio o qual o mesmo sequer participou da sua negociação:

E não bastará, para que se aceite a possibilidade desses acordos, que se permita que o magistrado deles participe. Ora, o processo não pertence a um juiz determinado, nem é possível conceder que o acordo feito por um magistrado seja oponível a outro (ou outros) que dele não participaram. Imagine-se um acordo, estabelecendo o calendário para a prática de atos processuais, celebrado nos termos do art. 191. O que deve suceder na hipótese de o juiz, que celebrou esse pacto, vir a aposentar-se, remover-se, a licenciar-se ou a ser promovido? Poderá o acordo ser obrigatório também ao seu sucessor, que jamais firmou qualquer convenção, ou anuiu a ela? Mais grave: firmado o acordo, com a anuência do juiz, pode o tribunal, em grau de recurso, entender que esse pacto vulnera normas impositivas, que prejudicou alguma das partes ou ainda que é nulo por qualquer razão?

Para completar a ideia trazida acima, ainda é trazido o argumento de que no nosso sistema judiciário não há um único juiz vinculado ao processo, mas sim toda um órgão jurisdicional que fica vinculado ao processo, o que por si só mostra que não pode haver a vinculação de um Negócio Jurídico Processual a um juiz, tendo em vista que outras pessoas e órgãos ficarão vinculados a um negócio o qual os mesmos não celebraram:

Eis a primeira grande dificuldade na aceitação desses acordos processuais que afetam a atuação do juiz no processo. O fato de não haver um único juiz vinculado ao processo, mas toda uma estrutura de órgãos por onde aquele feito poderá passar, torna muito mais complexo aceitar que, mesmo com a participação do magistrado no acordo, ele possa ser vinculante para o Judiciário. Aliás, sublinhe-se que o art.191, ao prever que o calendário, convencionalmente celebrado entre o juiz e as partes, “vincula as partes e o juiz” (art. 191, §1º), não resolve o grave problema de estabelecer até onde há essa vinculação. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2016)

Por outro lado, não merece respaldo o entendimento firmado acima, uma vez que resta claro que o próprio Código de Processo Civil de 2015 legitima o juiz da causa para que o mesmo possa ser parte na celebração de um Negócio Jurídico Processual, apesar da vinculação pessoal do juiz da causa, ou não, ao negócio celebrado. O simples fato do art. 191, §1º⁵⁰ do Código de Processo Civil de 2015 prever que as partes podem, de comum acordo, com o juiz da causa, fixar calendário para a prática dos atos processuais, o que por si só já comprova a ideia trazida de que o juiz pode sim ser parte na celebração de um Negócio Jurídico Processual, comprova que o legislador, apesar de não trazer hipótese expressa da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos entre partes e juiz, admitiu a presente possibilidade ao prever em diversas situações a celebração dos mesmos entre partes e juiz.

O parágrafo primeiro do art. 191 do referido diploma legal ainda traz a ideia de que tanto as partes, como o juiz, ficarão vinculados ao referido Negócio Jurídico Processual, independente de quem for o juiz que estiver sob a responsabilidade do processo em que foi celebrado o Negócio Jurídico Processual. Em outras palavras, pode haver a mudança de órgão jurisdicional, ou da pessoa do Juiz, não sendo mais o juiz que celebrou o Negócio Jurídico Processual, que ainda assim ambos estarão vinculados ao Calendário Processual firmado nos autos. Por outro lado, conforme expõem José Miguel Garcia Medina (2016): “evidentemente, mesmo nesses casos em que o juiz participa da formação da convenção, sua manifestação não se equipara à das partes”.

Assim, resta claro a possibilidade de o Juiz atuar como parte na celebração de um Negócio Jurídico Processual, uma vez que, além do próprio Código de Processo Civil de 2015 trazer a previsão para tanto, junto ao calendário processual, não há nenhuma vedação expressa que impossibilite a atuação do juiz na celebração do mesmo, mostrando assim que, em certas situações, é possível sim o juiz ser parte na celebração de um Negócio Jurídico Processual.

50 Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta claro que, a possibilidade de celebração de Negócios Jurídicos Processuais vem de encontro com diversas garantias constitucionais e princípios processuais, uma vez que vem de encontro com o princípio da efetividade processual e da celeridade processual. A celebração de Negócios Jurídicos Processuais permite que as partes convençionem acerca do procedimento, o que possibilita que ele seja ajustado conforme a necessidade de cada demanda.

E isso vem ao encontro do objetivo do Código de Processo Civil, que busca a resolução de conflitos de modo consensual, com a devida anuência das partes que, de comum acordo, convençionam sobre o procedimento, no que diz respeito a direitos disponíveis, convençionando sobre ônus, deveres, debatendo se cabe recurso, ou não, bem como celebrando um calendário processual, que determinará a data da prática de cada ato processual. Por outro lado, a questão que se quis debater no presente trabalho foi a seguinte: Resta claro que as partes podem celebrar Negócios Jurídicos Processuais entre si, mas pode o juiz da causa participar na celebração deles?

A importância da questão está atrelada ao fato de que o juiz, muitas vezes, precisa se submeter a um Negócio Jurídico Processual celebrado entre as partes e que terá impacto diretamente na sua atividade jurisdicional, o que mostra a necessidade do julgador de participar da celebração dele.

Apesar de grande parte da doutrina não admitir referida possibilidade, resta claro a possibilidade de o Juiz atuar como parte na celebração de um Negócio Jurídico Processual, uma vez que, além do próprio Código de Processo Civil de 2015 trazer a previsão para tanto, junto ao calendário processual, não há nenhuma vedação expressa que impossibilite a atuação do juiz na celebração do mesmo, mostrando assim que, em certas situações, é possível sim o juiz ser parte na celebração de um Negócio Jurídico Processual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil)**, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: (arts. 188 ao 293). 2. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR. Fredie. **Ensaio Sobre Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: Com Remissões e Notas Comparativas ao CPC/1973. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios Jurídicos Processuais Como Mecanismo de Auxílio à Efetivação de Políticas Públicas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Felix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

A ADOÇÃO, PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, DO REGIME DE ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO CONCESSIVA DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

*Alana Gabriela Engelmann*⁵¹

INTRODUÇÃO

Existem dois tipos de tutelas jurisdicionais prestadas pelo Estado: a definitiva e provisória. No Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória engloba a chamada tutela de urgência e a de evidência, sendo que a tutela de urgência ainda pode-se dividir em antecipada ou cautelar (BRAUN, 2016).

O Novo Código de Processo Civil, instituído através da Lei nº 13.105/2015, trouxe grandes mudanças no âmbito das tutelas de urgência, uma vez que houve a reunião da tutela cautelar e da tutela antecipada, que

51 Advogada. Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Pesquisadora junto ao Grupo Escola de Processo, sob coordenação do prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, na UNISINOS. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela UNISINOS.

agora se encontram agrupadas sob único título chamado “Tutelas Provisórias” que, conforme referido, abrange também a tutela da evidência.

No Código de Processo revogado, havia uma marcada divisão entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, havendo um livro específico somente para o processo cautelar. No novo diploma processual, no entanto, houve a unificação procedimental entre as medidas urgentes cautelares e antecipatórias, apesar de possuírem uma distinção conceitual entre ambas, o que foi mantido no novo código (TALAMINI, 2012). A unificação procedimental se deu no que tange aos requisitos para a respectiva concessão, sendo que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada sujeitam-se à verificação da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A grande inovação no âmbito das tutelas de urgência refere-se à tutela antecipada, que no novo diploma pode ser dar pelo procedimento denominado antecedente, permitindo a estabilização dos efeitos da decisão antecipatória, mediante cumprimento de alguns pressupostos.

Tratando-se de inovação não prevista no Código de Processo Civil revogado, é de suma importância fazer a análise das origens da nova figura processual, seus requisitos e efeitos, no que consiste o objeto do presente artigo.

1. DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Antes de adentrar no enfrentamento da tutela provisória de natureza antecipada em caráter antecedente no Novo Código de Processo Civil, cabe referir que a tutela antecipada pode ser conceituada como sendo a técnica processual apta a resguardar a parte interessada de sofrer dano grave ou de difícil reparação ao direito pretendido em função do tempo do processo, garantindo seu resultado útil:

Em breve definição, pode-se dizer que a tutela antecipada é uma técnica utilizada para atender demandas inaptas a aguardar a resolução judicial definitiva, porque a ausência de imediato acesso ao objeto da postulação tem aptidão de impor sobre o postulante um grave dano ou um dano de difícil reparação (antecipação de tutela satisfativa) [...] (LIMA; EXPÓSITO, 2015).

No Código de Processo Civil revogado, foi através da reforma perpetrada pela Lei nº 8.052/1994 que o instituto da Antecipação de Tutela foi inserido no sistema processual brasileiro, através da alteração do art. 273. O dispositivo passou a contemplar a denominada tutela antecipada genérica possibilitando a antecipação, de forma parcial ou total, dos efeitos pretendidos com a sentença, desde que presentes a verossimilhança das alegações do autor, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação aliado à prova inequívoca⁵², ou ainda quando restasse caracterizado o abuso do direito de defesa.⁵³ Sobre o tema, são as palavras de Tesser (2014):

Na doutrina brasileira, o tema ganha especial relevância a partir do advento da Lei. 8.952/1994, que, alterando o Código de Processo Civil, dentre outras mudanças, positiva a possibilidade de concessão da chamada “antecipação de tutela” em todo e qualquer procedimento, alargando as hipóteses, até então específicas e previstas em alguns procedimentos ditos especiais, da obtenção de medidas que satisfaçam plenamente o direito postulado antes do advento do fim da prestação jurisdicional.

O instituto da antecipação de tutela foi uma grande conquista da doutrina brasileira, vindo de encontro ao princípio da efetividade do processo,

52 Desde a inserção da tutela antecipada genérica no sistema processual brasileiro muito criticou-se o requisito da “prova inequívoca”, uma vez que no início do processo dificilmente será possível ter-se prova inequívoca sobre determinado fato ou situação processual. Além disso o requisito “prova inequívoca” vai contra a própria lógica da sumariedade processual, demonstrando resistência do sistema à aceitação de juízos fundados em verossimilhança, conforme Paola Roos Braun (2016). A doutrina, assim, tratou de contornar a problemática em torno do requisito “prova inequívoca”, de modo que não tornasse inviável a concessão da tutela na forma antecipada, de que é exemplo o seguinte trecho de Arruda Alvim (2008): “a expressão prova inequívoca significa, apenas, que o juiz, para conceder a tutela, deverá estar firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada pelo autor e, bem assim, da juridicidade da solução pleiteada”.

53 Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

configurando um importante rompimento com o paradigma da ordinari-
riedade processual, herdado pela influência que a ideologia racionalista
teve sobre o Código de Processo Civil de 1973.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E COMO SURTIU A INSPIRAÇÃO PARA A ESTABILIZAÇÃO DOS SEUS EFEITOS

Após breve introito acerca do surgimento da figura da Antecipação
da Tutela no sistema processual brasileiro, é importante verificar de onde
adveio a inspiração para a adoção pelo novo código processual da forma
processual da tutela provisória de urgência de natureza antecipada em ca-
ráter antecedente que possibilita a estabilização de seus efeitos.

A influência veio do Direito francês, da figura denominada como *ju-
ridiction des référés*, que era um provimento de urgência cuja única exigência
era de que não poderia causar prejuízo a demanda principal, ou seja, que
a decisão tivesse efeito provisório e que pudesse ser revogada futuramente
(SILVA, 1991). No Direito francês, o *référé* teve lugar em função do grande
aumento da litigiosidade, sendo que se acabou por adotar esta espécie de
'jurisdição presidencial' de urgência que permitia ao juízo de primeiro grau
decidir, de forma provisória – resolvendo questões fáticas urgentes – sem
gerar prejuízos ao processo principal, o mérito do processo (SILVA, 2009).

Paulatinamente, a jurisdição do *référé* adotada pela França acabou por
absorver grande parte da jurisdição comum porque tinha o efeito de reali-
zar rapidamente o direito litigioso e, em função disso, resolver o conflito,
tornando muitas vezes inútil a própria futura sentença de mérito, como
explica Ovídio Baptista da Silva (2009) no trecho abaixo colacionado:

[...] Pois é neste contexto que se redescobre, como fruto da prática
forense mais do que como um produto doutrinário, a chamada
jurisdiction des référés, como 'jurisdição presidencial' de urgência,
perante a qual hoje tudo se decide, num primeiro estágio, sob for-
ma 'provisória' e, como inicialmente se afirmava, sem 'prejuízo ao
principal', mas posteriormente avançando-se ainda mais e absor-
vendo uma porção considerável da jurisdição comum; legitimando-
do-se, por meio do procedimento sumário e urgente, a adoção de

medidas francamente satisfativas que não só interferem no mérito da demanda principal, realizando concretamente o direito litigioso, como, em certos casos, na verdade o superam, por serem providências judiciais irreversíveis em seus efeitos, tornando supérflua e inútil a futura sentença de mérito, ante o fato consumado.

E justamente aí que residia a grande vantagem da forma processual do *referée* no Direito Francês: ele não buscava uma composição definitiva do conflito, mas atingia a estabilização de uma situação de fato, a partir de uma forma processual sumária, sem pretensão à formação de coisa julgada, porém extremamente útil do ponto de vista da efetividade do processo e do direito (LIMA, EXPÓSITO, 2015).

Assim, resta claro que o procedimento da tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente teve influência direta do *referée* advindo do Direito Francês. Ambos possuem a mesma finalidade: adoção de medidas rápidas, através de decisões fundadas em cognição sumária, que possam realizar direitos que demandem urgência, com possibilidade de estabilização dos respectivos efeitos, sem necessidade de posterior confirmação por um processo de cognição plena e exauriente (FREITAS JR., 2013). Sobre o *referée* do Direito Francês, leciona Theodoro Júnior (2013):

O procedimento do *référé*, no processo civil francês, cumpre o papel de tutela de urgência permitindo a adoção rápida de enquadramento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela do direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo.

No sistema processual pátrio inaugurado pelo CPC/2015, o pedido referente à tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente deve ser requerido através de “petição inicial simplificada”, no que reside a importante novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que tal petição não necessita o preenchimento de todos os requisitos da petição inicial previstos nos arts. 319 e 320 do CPC

e possui o principal objetivo de aduzir o pedido de tutela antecipada, com vistas à estabilização (BRAUN, 2016).

Cabe ressaltar que o novo Código de Processo prevê a tutela provisória de urgência antecipada também em caráter incidental (art. 294, parágrafo único) cujo procedimento assemelha-se àquele que o antigo Código de Processo Civil já regulamentava e que no novo diploma restou consolidado. Para a forma incidental da tutela provisória de urgência de natureza antecipada não está prevista a possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão e ela deve contar com petição inicial que preencha todos os requisitos dos arts. 319 e 320 do CPC/15.

É indispensável nessa “petição inicial simplificada” que sejam demonstrados os requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ao direito, bem como deve ser declinado o pedido da tutela definitiva que se pretende, com a finalidade de que o magistrado tenha condições de analisar o cabimento e os possíveis efeitos da tutela antecipatória pleiteada e decidir sobre sua concessão na forma antecedente ou não⁵⁴.

Apesar do art. 303 do Código de Processo Civil de 2015 prever a possibilidade de que a petição inicial que tenha por objetivo o requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente seja elaborada de forma simplificada, há dois requisitos indispensáveis para a propositura da mesma (conforme exposto no art. 303, § 4º do Novo Código de Processo Civil⁵⁵): tal petição inicial deverá indicar necessariamente o valor da causa, o qual deverá ser correspondente ao pedido que será formulado na demanda principal, bem como o requisito previsto no art.303, § 5º⁵⁶, que estabelece que a parte que

54 O Código de Processo Civil de 2015 traz a previsão do requisito exposto acima no seu art.303, uma vez que prevê que: “Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

55 Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. [...]

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. [...]

56 [...] § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo. [...]

estiver postulando a tutela antecipada de urgência em caráter antecedente deverá indicar expressamente que pretende valer-se do benefício da estabilização na petição inicial simplificada, para não deixar dúvidas ao juízo quanto a respeito da pretensão da parte requerente à estabilização da tutela. Sobre tal requisito, explica Fredie Didier Junior (2016):

A opção pela tutela antecedente deve ser declarada expressamente pelo autor (art. 303, § 5º, CPC). Um dos desdobramentos disso é a possibilidade de estabilização tutela antecipada, caso o réu seja inerte contra decisão que a conceda (art. 304, CPC). Os arts. 303 e 304 formam um amálgama. Desse modo, ao manifestar a sua opção pela tutela antecipada antecedente (art. 303, § 5º, CPC), o autor manifesta, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art.304.

Caso o juiz entenda que não há elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, determinará que o autor emende a petição inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, conforme previsto no art. 303, §6º, sob risco de, caso não seja tomada a providência, o processo seja extinto.

Concedida a tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial com complementação de sua argumentação e juntada de novos documentos que se fizerem necessários para elucidar a questão, bem como confirmar qual será o pedido de tutela final, para o que o CPC/2015 no art. 303, §1º, I lhe outorga 15 (quinze) dias de prazo, sendo facultado ao juízo fixar prazo maior, de acordo com a complexidade do caso. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) criticam a adoção do termo emenda pelo legislador, preferindo o termo aditamento:

Concedida a tutela antecipada na forma antecedente, tem o autor o ônus de aditar a petição inicial com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 303, § 1º, I, CPC). O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3º, CPC). Não realizado o aditamento,

o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 2º, CPC). Realizado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou e mediação (art. 334, CPC). Não havendo autocomposição, começará a fluir o prazo para contestação (art. 335, CPC). Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o aditamento da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, CPC). O legislador fala em emenda à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o art. 321, CPC: trata-se de aditamento da petição inicial a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 303, § 1º, I, CPC.

Havendo o aditamento, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação, nos termos do art. 303, § 1º, II e, restando frustrada a composição, passará a fluir o prazo 15 dias para que a parte ré se defenda, conforme disposto no art. 335 do CPC/2015. Cabe ressaltar que no mesmo momento em que o réu for citado para comparecer a audiência de conciliação o mesmo será intimado sobre o deferimento da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, começando assim a fluir então o prazo para interposição do recurso de agravo de instrumento, conforme previsão no art. 1.015, inciso I, CPC (BRAUN, 2016).

Tanto na hipótese de deferimento quanto de indeferimento da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, o recurso cabível pela parte prejudicada para atacar a decisão é o Agravo de Instrumento, conforme previsão expressa no próprio Código de Processo Civil de 2015, no art. 1.015, inciso I.

3. DA ESTABILIZAÇÃO, DO RECURSO CABÍVEL CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE OU INDEFERE O PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE E DA AÇÃO AUTÔNOMA DO ART. 304, § 5º

O art. 304 do Novo Código de Processo Civil dispõe que se não houver a interposição de recurso contra a decisão que concedeu a antecipação da tutela na forma antecedente, os respectivos efeitos se tornarão estáveis.

Grande parte da doutrina entende pela literalidade da lei, ou seja, que o recurso para atacar tal decisão é o Agravo de Instrumento, uma vez que assim dispõe o CPC. Por outro lado, há uma corrente doutrinária que entende que o réu não necessariamente precisa interpor o Agravo de Instrumento para evitar a estabilização dos efeitos da tutela, bastando que o mesmo, no mesmo prazo legal, ofereça contestação ou, ainda, manifeste-se no sentido de que seja realizada a audiência de conciliação ou de mediação, sendo que essa alternativa também teria a finalidade de demonstrar que a parte ré possui vontade de exaurir o debate com o prosseguimento do processo, economizando assim o recurso de agravo (BRAUN, 2016).

Cabe reforçar que caso haja o indeferimento da tutela antecipada antecedente, de forma direta ou após emenda, o recurso de agravo de instrumento é o cabível para atacar tal decisão, uma vez que o mesmo abrange todas as decisões que versem sobre tutelas provisórias, conforme expresso no art. 1.015, inciso I do CPC/2015. Por outro lado, é a estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada de forma antecedente que constitui a “cereja do bolo” em matéria de sumariedade no CPC/2015, uma vez que a decisão fundada em juízo de verossimilhança atinge o maior grau possível, tornando-se estável, em vez de ser posteriormente absorvida/confirmada por decisão fundada em cognição exauriente” (BRAUN, 2016).

Uma questão relevante acerca da estabilização da decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente diz respeito à formação ou não de coisa julgada. O legislador deixou bem claro no art. 302, § 6º que tal decisão não fará coisa julgada, conforme segue: “§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

Em simples análise do texto inserido pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que o mesmo refere que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mas que somente será *estável*, sendo que seus efeitos não poderão ser revertidos caso não haja a propositura de ação tendente ao exaurimento da cognição no prazo de 2 (dois) anos a partir da efetivação (MITIDIERO, 2017).

Tendo em vista que resta claro no referido art. 304, § 6º, que a estabilização dos efeitos da decisão somente serão afastados por decisão que revir, formar ou invalidar os efeitos da estabilização, sendo que tal decisão será

proferida em processo de cognição exauriente com tal finalidade, Daniel Mitidiero (2017) questiona a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente”, pois após esse prazo a estabilidade torna-se “inafastável”, ou seja, torna-se – sem o ingresso de ação posterior ajuizado no prazo legal – imutável e indiscutível.

Diante desse pensamento, o doutrinador acima citado procura abordar que, apesar do Código trazer expressamente que a decisão estabilizada que concede a tutela antecipada em caráter antecedente não faz coisa julgada – pois tal instituto pertence aos procedimentos de cognição exauriente – deveria continuar sendo possível o exaurimento da cognição passado o prazo de 02 (dois) anos “até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supressio*)” (MITIDIERO, 2017). Ainda, dispõe o art. 304, § 5º do CPC/2015 que qualquer das partes tem o direito de formular pedido para cassação ou invalidação de tal decisão, em até dois anos após a intimação da mesma e, caso haja essa invalidação, o processo será julgado extinto (LIMA, EXPÓSITO, 2015).

Quanto ao prazo de dois anos para essa nova demanda, Teresa Arruda Alvim Wambier (2015 apud BRAUN, 2016) e Guilherme Rizzo Amaral (2015 apud BRAUN, 2016) defendem a ideia de que tal prazo possui natureza decadencial, não admitindo suspensão e nem interrupção. Elaine Harzheim Macedo entende que não se trata nem de um prazo decadencial, muito menos de um prazo prescricional, uma vez que não faz coisa julgada, tendo em vista que a decisão que concede a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente é provisória, e nunca terá caráter de definitiva, sugerindo para tal caso uma nova hipótese de perempção no direito processual brasileiro (MACEDO, 2015 apud BRAUN, 2016).

4. A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE COMO TÉCNICA DE MONITORIZAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Outro aspecto de importante alusão na análise do presente instituto é a semelhança entre o procedimento da tutela antecipada concedida em

caráter antecedente e o procedimento monitorio, conforme será exposto a seguir. Efetivamente, o regime da estabilização dos efeitos da antecipação da tutela em caráter antecedente pode encontrar referência no procedimento monitorio, uma vez que este se sustenta sobre duas situações: a) o princípio da sumariedade da cognição, que permite ao juiz emitir decisão liminar; b) a profanação antecipada dos efeitos da sentença, que gera a inversão do contraditório, uma vez que essa antecipação obriga o Réu a defender-se sob risco da decisão liminar transitar em julgado e se tornar uma decisão definitiva (SILVA, 2009).

Conforme se pode analisar do procedimento monitorio, o mesmo busca somente oferecer as partes uma forma rápida e mais viável dos resultados requeridos, como, por exemplo, uma forma mais acelerada de formação de um título executivo, sendo que, para tanto, deve haver a mostra da possibilidade do direito do autor, bem como deve haver a inércia do réu, sendo essa a principal função da tutela monitoria (TALAMINI, 2012).

Pode-se dizer que o elemento principal do procedimento monitorio não é a postergação do contraditório e sim da constituição imediata do direito de executar algo, uma vez que a outra parte não praticou o seu direito ao contraditório de forma tempestiva, ou seja, é o procedimento cujo descumprimento do contraditório traz elemento desfavorável para a parte onerada, podendo assim se dizer que no procedimento monitorio a reação processual da parte ré possui o “ônus perfeito” (TALAMINI, 2012).

Em outras palavras, no procedimento monitorio, admite-se que a pretensão do sujeito seja apreciada sob cognição sumária, ou seja, se o juiz constatar que há elementos suficientes comprovando as alegações da parte autora, ou seja, sendo positivo o juízo de verossimilhança dos fatos alegados pelo mesmo, é transferido para a parte ré o dever de comprovar o contrário, através de processo comum de conhecimento com cognição exauriente, ou seja, cabe à parte contrária o dever de provocar o juízo e comprovar que não existe o direito do autor, através da provocação em atuação cognitiva exauriente na ação monitoria (TALAMINI, 2012).

Afirma Fredie Didier Jr. (2015, apud BRAUN, 2016) que a tutela satisfativa concedida antecipadamente em caráter antecedente nada mais é do que técnica monitoria incorporada ao procedimento comum, tendo em vista tal decisão também é apreciada em cognição sumária:

Sucedee que, ao mesmo tempo que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os procedimentos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente. O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microsistema de técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria e pelos art. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam, reciprocamente.

Diante disso, evidencia-se que a implementação do regime da estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente também possui influência no modelo do procedimento monitorio, que busca, a partir da cognição sumária, a execução de um direito, a partir do fato de que restou comprovado o juízo de verossimilhança, bem como do fato da parte contrária não ter praticado o seu direito ao contraditório, sendo esse o pressuposto para a estabilização/definitividade da referida decisão.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta claro que houve importante modificação na estrutura das tutelas urgentes em relação ao sistema processual anterior. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, houve a expansão dos efeitos que podem ser atribuídos à antecipação de tutela.

Do ponto de vista prático, é inegável que a unificação procedimental das tutelas de urgência é benéfica, facilitando o trabalho dos operadores do Direito que atuam no dia a dia forense, evitando, assim, jurisprudência defensiva, forma de colaborar para o um processo judicial tempestivo, cumprindo com a garantia constitucional da duração razoável do processo, consubstanciada no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

A adoção do sistema da tutela provisória de natureza antecipada em caráter antecedente, bem como da implementação da possibilidade de estabilização de tal medida, teve influência do *referée*, previsto no Direito Francês, uma vez que tal procedimento buscava resolver situações fáticas de conflitos qualificados pela urgência que demandassem urgência,

de forma sumária, sem se preocupar com a vinculação à confirmação por processo principal definitivo, marcado por cognição exauriente. Também se pode sustentar que o procedimento monitorio influenciou a forma processual de tutela urgente sujeita à estabilização.

Assim, nota-se que o objetivo do Novo Código de Processo Civil, contrariamente ao que se percebia no código processual revogado (especialmente antes das reformas pós 1994) foi de privilegiar não apenas a segurança, mas especialmente o princípio da efetividade, através da valorização da sumariedade processual por meio de decisões fundadas em cognição sumária. Por outro lado, apesar do presente trabalho não querer esgotar as questões acerca do tema proposto, o Código de Processo Civil de 2015 vem de encontro a uma nova fase do direito processual civil brasileiro, que busca o aproveitamento máximo dos atos processuais e maior aproximação com o direito material, ou seja, obter a resolução do conflito das partes, em vez de cair no conceitualismo e na abstração, alcançando assim uma maior efetividade do processo e do direito.

REFERÊNCIAS

- BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariedade *versus* sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil)**, 2015.
- LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque Tudo Que é Vivo Vivo, Morre” Comentários Sobre o Regime Da Estabilização dos Efeitos da Tutela Provisória de Urgência no Novo CPC. **Revista de Processo**. v.250, p.167-187, dez 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares. **Revista dos Tribunais**. v. 61, p. 7-23, jan-mar 1991.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de Urgência no Projeto de Novo Código de Processo Civil: A Estabilização da Medida Urgente e a “Monitorização” do Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 209, p. 13-34, Jul 2012.

TESSER, André Luiz Bauml. **Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela: Perigo de Dano e Perigo de Demora**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDIAÇÃO COMO METÓDO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS URBANOS

*Luciana Machado Oliveira*⁵⁷

*Edimur Ferreira de Faria*⁵⁸

*Ana Célia Passos Pereira Campos*⁵⁹

INTRODUÇÃO

O instituto da mediação é alternativa que possibilita o acesso à justiça e atende às necessidades de celeridade, além de promover mudança nos participantes, que trabalham as diferenças e promovem o crescimento e a assunção de responsabilidades pelos seus atos, o que propicia o desenvolvimento de uma cultura de paz e de cooperação na resolução de conflitos.

57 Professora de Graduação e de Pós-Graduação. Especialista em Direito Ambiental (2002). Mestre em Direito Público pela PUC/MG (2007). Doutoranda em Direito Público pela PUC/MG (2018-2021).

58 Doutor e mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professore da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado), da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Ex-Diretor da mesma Faculdade. Ex-Diretor da Escola de Contas e Capacitação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Ex-Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo.

59 Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas na linha de pesquisa de Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional. Graduada em direito pela UFMG (2009). Membro das Comissões da OAB-MG de Apoio aos Movimentos Populares e Direito Urbanístico.

Isso instala mudança de paradigmas e de ideais, compelindo os cidadãos a aceitarem substituição dos velhos parâmetros. A ideia de que todos os conflitos devem ser resolvidos pelo Poder Judiciário esmaece face ao surgimento de outros métodos de resolução de conflitos – dentre os quais a mediação – que podem ser utilizados pelas partes, na tentativa de resolver conflitos, independente do Judiciário. Este, por sua vez, será acionado apenas nos casos da tentativa de resolução de determinado conflito não lograr êxito.

Avaliou-se a utilização da mediação como método de solução dos conflitos fundiários urbanos através da evolução histórica do conceito de conflito, bem como, da mediação como método de resolução dos conflitos. Foi realizada a comparação de modelos de mediação, verificar as causas do surgimento dos conflitos fundiários urbanos.

Warat (2001), referencial teórico, menciona que a mediação faz parte dos atos de civismo, preparando os cidadãos para o fortalecimento da democracia. As pessoas devem buscar retomar o controle de suas próprias vidas, desejando não mais que o Estado e o direito, exclusivamente, imponham-lhes uma solução para suas questões. Utilizou-se a abordagem qualitativa na análise do tema.

Apresentam-se e discutem-se a possibilidade e viabilidade da mediação como método de solução dos conflitos fundiários urbanos, reduzindo o número de processos judiciais dessa natureza e examinam-se as causas do surgimento dos conflitos fundiários urbanos.

1. OS CONFLITOS SOCIAIS E A CIDADANIA

Conflito é produto da interação entre partes em situação de competição estando, algumas vezes, associado a aspectos negativos, mas também, com a presença de aspectos positivos como maior e efetiva participação social, favorecimento do diálogo e da construção de uma cidadania integral. É o que se pretende constar a seguir.

1.1. OS CONFLITOS SOCIAIS

Desde o início da civilização, das relações humanas e sociais, percebe-se a existência do conflito. O conceito de conflito é múltiplo, e unani-

midade não haverá para trabalha-lo. O conflito surge em qualquer relação: intrapessoal, interpessoal, cultural, social, religioso, político e cultural.

Segundo Cunha e Leitão (2012), o conflito surge de uma situação social em que existe ligação entre os estados emocionais, cognitivos; a inexistência de incompatibilidade, parcial ou total, de objetivos. Carmo e Esteves (2008) conceituam conflito como

um produto da interação entre duas ou mais partes em situação de competição. Geralmente o conceito de conflito aparece associado a aspectos negativos de violência, de terror, de conflitos étnicos e religiosos, de guerras, de desordem, de protestos. No entanto, a existência de conflito pode potencializar maior participação, coesão social e inovação ao nível das relações sociais e espaciais dos comportamentos e das práticas. A existência de conflito favorece o diálogo e a discussão e assim, a fruição do espaço público e de uma cidadania plena. (CARMO; ESTEVES, 2008, p. 2)

A primeira reflexão é ter visão negativa do conflito. A resolução que se dá ao conflito, entretanto, é que poderá ser negativa ou positiva. Pode-se escolher resposta positiva por meio do diálogo, ou negativa por meio da violência, da não resolução do problema. Existem, no entanto, várias funções positivas do conflito de como funcionar como motor de mudança social, colocando em evidência as diferenças intergrupais e contribuindo para o fortalecimento da coexistência social. Como função positiva, podem os conflitos melhorar a capacidade das partes de tomar decisões, estimular o pensamento crítico e mudar a forma de encarar os problemas.

A resolução de conflitos por intermédio do Poder Judiciário traz desgaste emocional para as partes, pois há espera interminável na resolução do conflito. Não existe autonomia, tampouco controle das partes na resolução do conflito.

No sentido oposto, a utilização das formas alternativas de resolução de conflitos traz celeridade da resolução da demanda, economia processual e a compreensão de que ambas as partes ganharam, pois são dotadas de autonomia e livre manifestação da vontade para solucionar o conflito que as aflige.

1.2. O ACESSO À JUSTIÇA SOCIAL

Para o conceito de acesso à justiça, o que interessa abordar, neste artigo, é o conceito de acesso à justiça social extrajudicial, sem judicialização do conflito, sem interveniência direta da decisão de juiz. O acesso à justiça social pensado neste artigo refere-se à justiça por meio da resolução de conflitos com as partes pensando e refletindo sobre o problema do outro, tendo interesse na visão do outro.

Pensar a justiça apenas do ponto de vista do acesso à Justiça formal, está-se caminhando se já não estiver para a injustiça completa e para um sentimento de que a justiça nunca ocorrerá. Souza (2015a) enfatiza que a implementação de meios alternativos de resolução de controvérsias pode impactar favoravelmente tanto a eficiência no tempo da prestação jurisdicional quanto a qualidade da resolução do conflito.

As formas de resolução de conflitos extrajudiciais, como mediação, conciliação, negociação e arbitragem, são meios de acesso à justiça social e saem do conservadorismo da prestação jurisdicional formal. O destaque para esses tipos de resolução de conflitos está no envolvimento das partes na busca de um ponto convergente diante de interesses divergentes.

Não se defende aqui o término da existência da prestação jurisdicional formal, da figura do juiz. O que se defende é a existência de métodos alternativos de solução de conflitos, pois são menos penosos e com menor custo para o efetivo acesso à justiça, ainda com a observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

2. MEDIAÇÃO

A mediação é realidade multidisciplinar envolvendo, no seu alicerce, conhecimentos em vários níveis, como Direito, Psicologia, Sociologia e de todas as ciências sociais e humanas. Daí ser ela tão rica e eficaz na resolução de litígios, e, por causa disso, acolhida já por ordenamentos jurídicos. Enfatiza-se que a mediação é cabível na resolução de direitos disponíveis e patrimoniais, bem como na resolução de direitos indisponíveis e não patrimoniais.

2.1. MEDIAÇÃO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E VANTAGENS

O instituto da mediação significa a resolução do conflito existente entre duas ou mais pessoas com o auxílio de um terceiro, imparcial e treinado, que está disposto a ouvir, ponderar e reformular perguntas fazendo com que ao final as partes possam tomar suas decisões, levando em consideração o outro e resolvendo o conflito até então existente.

Pinho (2010) compreende mediação como processo por meio do qual litigantes buscam auxílio de terceiro imparcial que contribuirá para solução do conflito. Ressalte-se que o mencionado terceiro é o mediador, com a função de auxiliar durante todo o procedimento da mediação. A ele foi conferido poder para auxiliar, e não para decidir, julgar. Para Warrat (2011), o mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. A figura do mediador é ponto central para o sucesso da mediação, pois o que se busca é a resolução do conflito de forma a satisfazer os interessados, tentando, ao final, firmar o acordo, mas antes de tudo tentando restabelecer a comunicação e a paz social entre as partes, concretizando a democracia e a cidadania.

Várias são as características da mediação dentre as quais se extraem três mais relevantes, a saber: liberdade das partes, confidencialidade e aproximação das partes.

A característica de liberdade das partes, também nominada “voluntariedade”, significa que as partes envolvidas têm a liberdade de escolher se desejam mediar o conflito ou não e, mais ainda, se durante o procedimento de mediação desejam continuar na resolução do conflito ou interromper a mediação do problema. Essa característica demonstra que existe total liberalidade entre as partes e que a figura do mediador, apesar de essencial, não é determinante na decisão final, independentemente de qual seja.

A característica da confidencialidade apresenta-se tanto nas seções em que participam partes e mediador, como também nas seções individuais entre mediador e cada parte. Essa característica propicia confiança e segurança às partes envolvidas no conflito, pois demonstra que o que está sendo discutido naquele ambiente só interessa às partes envolvidas, ressalvado os casos em que uma das partes for ente público, por força do princípio da publicidade contido no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988.

A característica de reaproximação das partes concretiza o modelo de medição circular narrativo que veremos adiante. A reaproximação das partes demonstra que o acordo em si – o que será escrito e pactuado entre as partes – é relevante para o sucesso da resolução do conflito. Maior do que isso, entretanto, é a resolução do conflito entre as partes por meio do diálogo, da reaproximação das partes, alicerçada na convivência pacífica e sem participação do Poder Judiciário para resolução da querela. Ressalte-se que algumas dessas características tornaram-se princípios no art. 2º da Lei nº 13.140, de 26 de jun. de 2015 (BRASIL, 2015b).

2.2. MODELOS DE MEDIAÇÃO

Para que a mediação seja realizada, as doutrinas nacional e internacional indicam três escolas: o Modelo de Harvard, o Modelo Transformativo de Bush e Folger e o Modelo Circular-Narrativo, de Sara Cobb.

2.2.1. MEDIAÇÃO AO MODELO DE HARVARD

O modelo da Universidade Harvard surgiu nas décadas de 1950 e 1960, época de acirramento da Guerra Fria entre os Estados Unidos da América e a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), quando um grupo de Harvard desenvolveu procedimentos e técnicas para superação dos impasses nas negociações.

O modelo de Harvard indica 5 (cinco) estágios para o desenvolvimento do procedimento de mediação. Vale ressaltar que sua base é a mediação passiva, ou seja, não existe a intervenção direta do mediador, que apenas exercerá o papel de facilitador do diálogo entre as partes, utilizando-se de técnicas para alcançar o objetivo principal da mediação Tradicional-Linear de Harvard, que é a construção do acordo. (LIMA, 2007, p. 89)

Segundo Lima (2007), no primeiro estágio do modelo de Harvard o mediador se apresenta e explica às partes envolvidas no conflito as regras, parâmetros e limites, demonstrando quais as vantagens e desvantagens de a mediação ser trabalhada como forma diversa da judicialização.

No segundo estágio, o mediador terá de ser um excelente ouvinte, utilizando a técnica de escutar, ouvir as partes envolvidas na apresentação de seus conflitos.

No terceiro estágio, o mediador elabora e faz perguntas às partes. As perguntas podem e devem ser refeitas em outros termos ou em outro contexto. Lima (2007) ressalta que o terceiro estágio é fase lenta que necessita de paciência e habilidade, principalmente pelo fato de as partes serem chamadas a refletir sobre as questões centrais, o que gera discussões e desentendimentos. É nessa fase, também, que se analisa a atitude de cada uma das partes, o que facilitará a inserção de possíveis técnicas que possam amenizar o conflito e, conseqüentemente, motivar as partes a terem percepção de um futuro melhor.

Já no quarto estágio, o mediador, com as informações obtidas por meio dos questionamentos feitos, reúne-se com as partes envolvidas no conflito e elaboram juntos propostas eficazes e condizentes com a realidade das partes.

Finalmente, no quinto estágio, ocorre a lavratura do termo de acordo com a manifestação e aquiescência dos envolvidos.

Entende-se que a mediação transforma a competição gerada pelo conflito em cooperação entre as partes para resolvê-lo. O modelo apresentado visa à construção de acordo satisfatório para ambas as partes.

2.2.2. MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA

A mediação transformativa foi modelo elaborado por Bush e Folger (2005), que ao longo do tempo tem sido estudado, desenvolvido, aplicado e aperfeiçoado. Sua finalidade não é o acordo em si, mas a transformação que pode ocorrer entre as partes envolvidas no conflito. O fim não é o acordo, mas, sim, a transformação qualitativa dos envolvidos no conflito.

Para Gabbay (2011), segundo essa Escola, os conflitos devem ser vistos não como problema, mas como oportunidade para que as partes se transformem tanto no sentido de autoconhecimento como no de reconhecimento da importância do outro.

Ainda segundo Warat:

[...] o objetivo desta mediação não seria o acordo, mas a transformação das pessoas e seus sentimentos, única forma de transformar

e redimensionar os conflitos. Os conflitos nunca desaparecem apenas se transformam, e o papel do mediador é ajudar as partes para que olhem ao outro e a si mesmas, sem considerar o conflito como algo exterior. (WARAT, 2011, p. 31).

Na mediação transformativa, a figura do mediador tem a função – com sua técnica e habilidade – de facilitar o diálogo entre os envolvidos no conflito. As partes chegarão juntas à tomada de decisão que atender a ambas, tendo cada uma o olhar voltado para o problema da outra. O mediador não intervém diretamente na negociação, pois fará mediação passiva.

Ressalte-se, entretanto, que o mediador tem papel fundamental na resolução do conflito entre os envolvidos. É o mediador que observa o momento próprio em que se pode trabalhar o reconhecimento do interesse dos envolvidos, bem como estruturar o diálogo entre eles.

A mediação transformativa compreende o envolvimento das partes em todo o processo de mediação, o qual não está restrito ao acordo em si, mas na melhoria, no aperfeiçoamento, no desenvolvimento e na evolução das partes envolvidas, que serão sentidas não apenas no conflito em pauta, mas para os futuros.

2.2.3. MEDIAÇÃO CIRCULAR NARRATIVA

A mediação circular narrativa, segundo Meleu e Thaines (2015), foi desenvolvida em 1995 pela mediadora americana Sara Cobb, na Universidade de Santa Barbara, na Califórnia. Nesse modelo, o acordo também não é o objetivo principal, não é o fim como na mediação transformativa; ele é a consequência do processo circular narrativo.

O que se observa é que cada um dos envolvidos tem uma visão da história do conflito a ser contada. A melhor forma a ser desenvolvida é ouvir a história de ambas as partes, pois cada uma apresentará sentimentos e posições diferentes para o conflito. A partir daí, o mediador trabalha com essas histórias utilizando uma estrutura circular, desestabilizando as histórias e apresentando às partes nova visão do conflito.

De acordo com Meleu e Thaines,

[...] na proposta narrativa, os conflitos correspondem a uma função das histórias que se conta, ao enfatizar diferenças entre os sujeitos e entre posições, como também, uma função das histórias que não podem ser ditas ou escutadas. Na mediação, é necessário criar espaços onde se possam contar as histórias, já que se deve entender a mediação como um processo “conversacional”, dentro do qual o mediador trabalha com as histórias que as partes trazem, sendo que estas histórias possuem, também, uma estrutura circular. (MELEU; THAINES, 2015, p. 14).

Para Gabbay (2011), diferentemente da mediação de Harvard, a mediação circular narrativa considera que as partes chegam à mediação em uma situação de ordem, envolvidas com suas posições, devendo as diferenças e reflexões serem suscitadas para que uma nova ordem surja.

Vale salientar que, entre os três modelos de mediação apresentados, não há um que seja melhor do que o outro. A escolha do modelo apropriado é feita pelo mediador, diante do caso concreto.

2.3. A MEDIAÇÃO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O primeiro projeto de lei sobre mediação foi apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra (PLC 4827/1998), tendo sido remetido ao Senado Federal em 2002 (PLS 94/2002) e aprovado nessa última Casa Legislativa durante o mês de julho de 2006. Após paralisado, o projeto voltou à cena legislativa em 2011.

Um segundo projeto de lei foi apresentado em agosto de 2011, por meio do qual se aperfeiçoavam alguns elementos não previstos, bem como tratava de outros aspectos relevantes ausentes no primeiro projeto de lei, o de 1998.

Novamente, Souza preleciona que

[...] o novo projeto de lei sobre mediação (PLS 517/2011), o qual detalha alguns aspectos sobre o procedimento de mediação que não eram tratados no projeto anterior, mas deixa, por outro lado, de tratar de outros aspectos (como as incompatibilidades para atuação posterior de mediadores) que são tratados pelo PL que tramita na Câmara. Em alguns pontos, os dois projetos divergiam (sendo

que o segundo, de um modo geral, apresenta maior apuro técnico, e explorava muito melhor o potencial da mediação), mas o que se verifica é que eles se complementavam em alguma medida, apesar de determinados assuntos muito relevantes ainda ficarem de fora de ambos. (SOUZA, 2015b, p. 56).

O Projeto de Lei nº 517/2011, entretanto, não foi aprovado e, em 2013, surgiu o Projeto de Lei nº 405/2013 e em seguida o Projeto de Lei nº 434/2013. Os três projetos foram reunidos, e finalmente, foram ajustados e votados pelas duas Casas Legislativas, tendo como resultado a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (BRASIL, 2015b).

O Novo Código de Processo Civil Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015a) possui 22 ocorrências sobre a mediação, demonstrando uma considerável mudança, já que nos códigos anteriores nenhuma menção há ao instituto como método extrajudicial e judicial adequado e recomendado para a resolução de conflitos.

Destaque-se que o objetivo deste artigo é realçar e enfatizar a importância da mediação como método de resolução de conflitos sociais urbanos que acontecem entre particulares em menor proporção e em elevada proporção entre particular e Poder Público.

3. MEDIAÇÃO COMO METÓDO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS URBANOS

Os motivos pelas quais surgem os conflitos fundiários urbanos entre o Poder Público e a coletividade estão centrados no desrespeito aos direitos fundamentais individuais e sociais. A reintegração de posse de imóveis públicos e privados, em que o processo tenha ocorrido em desconformidade com a garantia de direitos sociais; obras públicas geralmente relacionadas com implantação ou melhoria de infraestrutura, resultantes ou não de desapropriação, que resultem de alguma maneira, na expulsão de famílias de baixa renda; inexistência ou deficiência de políticas habitacionais em que não foram privilegiadas a habitação de interesse social e a regularização fundiária que possam conferir solução habitacional adequada para garantir o direito à moradia.

Em um processo de mediação tem de ocorrer o envolvimento de todas as partes afetadas pelo conflito, como instituições e órgãos públicos,

entidades da sociedade civil vinculados ao tema, a coletividade diretamente atingida para que busquem a garantia do direito à moradia digna e adequada e impeça a violação dos direitos humanos dos moradores dos locais atingidos por obras públicas.

3.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

O princípio fundamental do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade do processo disposto no art. 5º, LXXIV, o princípio da eficiência no art. 37, *caput*, e o princípio democrático disposto no art. 1º, todos da mesma Constituição, são os fundamentos constitucionais que reafirmam a importância da adoção da mediação para resolução de conflitos entre o Poder Público e particulares ou a coletividade (BRASIL, 1988).

Souza compreende que o

Poder Público deve necessariamente disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos para as situações em que estiver litigando com particulares. Tal não significa, por evidente, que sejam os particulares obrigados a tomar parte nestes processos consensuais, podendo optar, se assim entenderem mais apropriado, pelo processo contencioso tradicional. Da mesma forma, nos conflitos que envolvem entes públicos entre si, a solução consensual deve ser buscada sem cessar até que se alcance sucesso, por decorrência lógica do princípio da eficiência. (SOUZA, 2015c, p. 133)

Quanto à legislação infraconstitucional, citam-se as principais leis que preceituam a possibilidade de resolução de conflitos pela via extrajudicial, existentes desde a década de 1990: o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 13 de junho de 1990 (BRASIL, 1990b); a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL 1985); o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990a), que prevê a instituição de termo de ajustamento de conduta, uma forma de resolução de conflitos extrajudicial. Além dessa última, mais duas leis preveem a adoção de ajuste de conduta para amenizar ou evitar danos: a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que

dispõe sobre crime ambiental (BRASIL, 1998) e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003).

3.2. OS CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS E O PODER PÚBLICO

Os conflitos sociais fundiários sempre existiram desde que as cidades começaram a ser estruturadas e as desigualdades sociais as acompanharam. A disputa pela terra – o sonho da propriedade, do direito à moradia – tem exacerbado, dia após dia, os conflitos fundiários urbanos entre o Poder Público e a coletividade.

Cafrune (2010, p. 202) apresenta os motivos que dão origem aos conflitos fundiários urbanos:

É no âmbito da luta por moradia, seja por meio das ocupações de imóveis urbanos vazios e das reivindicações para a regularização fundiária, seja em razão dos empreendimentos públicos e privados que buscam remover populações de baixa renda, que estão situados os chamados *conflitos fundiários urbanos*. Necessário explicitar, para possibilitar uma reflexão adequada sobre tais conflitos, seu objeto e os sujeitos envolvidos, uma vez que os discursos e as políticas de mediação de conflitos fundiários buscam centrar suas ações para o contexto interno dos assentamentos informais e não para sua relação com os demais atores sociais. (CAFRUNE, 2010, p. 202 – grifos do autor).

É no âmbito da luta por moradia, seja por meio das ocupações de imóveis urbanos vazios e das reivindicações para a regularização fundiária, seja em razão dos empreendimentos públicos e privados que implicam remover populações de baixa renda, que estão situados os chamados “conflitos fundiários urbanos” (CAFRUNE, 2010).

Acrescenta Fernandes:

[...] que a irregularidade fundiária, antes de ser uma disfuncionalidade urbana, é uma característica constituinte das cidades. Tal condição de ‘ilegalidade’ emerge não pela ação das pessoas que agem para exercer um direito, mas da ordem jurídica que define a

forma adequada de acesso aos direitos: ‘o processo de produção da lei é o mesmo processo de produção da ilegalidade; nesse contexto, a discussão sobre o papel do direito no desenvolvimento urbano também é, principalmente, uma discussão sobre a ilegalidade urbana’. (FERNANDES, 2006, p. 130).

Conforme visto, os conflitos fundiários urbanos possuem natureza coletiva, pois de um lado estarão os moradores ou ocupantes de um ou mais imóveis e de outro, estará(ão) o Poder Público ou os proprietários.

3.3. A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS URBANOS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO

Saliente-se, primeiramente, que existem inúmeras críticas quanto à utilização ou não da mediação como método de resolução consensual de conflitos urbanos. Realmente, o adequado seria evitar o conflito adotando medidas e políticas públicas, mas, se instalado, a preferência deve ser dada à via consensual para solucioná-lo. Além de ser meio célere e menos oneroso, todos os envolvidos podem ganhar, porque o resultado da decisão é fruto de discussão, diálogo, compreensão e aceitação, conduzidos pelo mediador.

Em um processo de mediação tem de ocorrer o envolvimento de todos os afetados pelo conflito urbano – como instituições e órgãos públicos, entidades da sociedade civil vinculados ao tema, a coletividade diretamente atingida – para que busquem a garantia do direito à moradia digna e adequada e impeça a violação dos direitos humanos para a população. No sentido de prevenir conflitos, a mediação também deve ser utilizada para a discussão efetiva entre os envolvidos em relação ao acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, no cumprimento da função social da propriedade e da cidade.

Já nas situações dos conflitos já instalados, imprescindíveis a mediação e o diálogo para a solução dos conflitos fundiários urbanos, a ampla participação social de todos os envolvidos no conflito e que os debates levados a efeito na solução dos conflitos sejam realizados por mediador, que vivencia e tem conhecimento do espaço do conflito.

Finaliza Souza destacando que

[...] não obstante seja necessário reconhecer a peculiaridade dos conflitos envolvendo o Poder Público, ainda assim o caminho da consensualidade se revela, em muitos casos – e aí eu saliento a situação daqueles conflitos que envolvem políticas públicas – a solução mais adequada para o problema, para não dizer a única possível, notadamente em situações em que os impasses criados geram autênticas paralisações do aparato estatal. (SOUZA, 2015c, p. 349).

Os conflitos existem desde a Antiguidade e não deixarão de existir em uma sociedade em que coabitam interesses, direitos, deveres e opiniões divergentes. A democracia está na divergência. Está em ideias e ideologias diferentes. Entretanto, a democracia também se concretiza quando o conflito pode ser resolvido de forma dialogada, em que todos ganham, e não no sistema em que um ganha e o outro perde.

A mediação como forma de resolução de conflitos fundiários urbanos é mais adequada para as partes envolvidas e para toda a sociedade, pois ela possibilita a concretização, de forma eficiente, dos direitos fundamentais e dos interesses da coletividade urbana.

CONCLUSÃO

Neste artigo, procurou-se analisar a possibilidade da utilização da mediação como método de resolução de conflitos fundiários urbanos, cujos objetivos são a concretização dos direitos fundamentais do acesso à justiça, da celeridade e da eficiência a essa justiça e a não judicialização excessiva dos conflitos fundiários urbanos. Reconhece-se que, desde o início da civilização, da coexistência do ser humano se relacionando socialmente com outro ser humano, percebe-se a existência do conflito. O conceito de conflito é múltiplo e unanimidade não haverá para trabalhar esse conceito.

Cabe enfatizar que a mediação traz um sentimento de que o que foi decidido foi o justo para ambas as partes, trazendo abrandamento no relacionamento, facilitando a comunicação e a redução do desgaste emocional. Essa é a maior vantagem da mediação para a celebração da cultura da paz e o sentimento de que a justiça das partes foi concretizada.

A mediação como forma de resolução de conflitos fundiários urbanos é a solução mais adequada para as partes envolvidas no conflito e para toda a sociedade, pois existe a possibilidade de se concretizarem de forma mais eficiente os direitos fundamentais e os interesses da coletividade.

Confirma-se a hipótese pois nas situações dos conflitos já instalados, são imprescindíveis a mediação e o diálogo para a solução dos conflitos fundiários urbanos, uma ampla participação social de todos os envolvidos no conflito, e que o debate dos conflitos fundiários urbanos seja realizado por um mediador que vivencia e tem conhecimento do espaço do conflito.

A mediação tem de ser utilizada para prevenir conflitos ou para resolvê-los. Isso vai depender do momento em que as partes entenderem que é possível a solução do conflito entre ambas com a interveniência de um terceiro. Os conflitos não devem ser trabalhados sem levar em consideração os princípios constitucionais, preciosidades e elementos essenciais ao funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com Emendas constitucionais de revisão. Diário Oficial da União, Brasília: [Senado Federal]. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Texto com Emendas constitucionais de revisão. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. **Lei nº 8.078, de 13 de junho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict.** San Francisco, Jossey Bass, 2005.

CAFRUNE, Marcelo Eibs. “Mediação de conflitos fundiários urbanos: do debate teórico à construção política”. In: **Revista da Faculdade de Direito-UniRitter.** Porto Alegre, nº 11, p. 197-217, 2010. Disponível em: <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/503/310>. Acesso: em 28 jun. 2016.

CARMO, Andre; ESTEVENS, Ana. “O conflito social e a construção da cidadania no espaço urbano”. **E-Cadernos Eces**, 1º dez. 2008. Disponível em: <http://eces.revues.org/1441>; DOI : 10.4000/eces.1441. Acesso em: 19 mar. 2020.

CUNHA, Pedro. LEITÃO, Sofia. **Manual de gestão construtiva de conflitos.** 2ª ed. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2012.

FERNANDES, Edésio. “Direito e gestão na construção da cidade democrática no Brasil”. In: BRANDÃO, Carlos Antônio Leite (Org.). **As cidades da cidade.** Belo Horizonte: EdUFMG, 2006.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-24042012-141447. Acesso em: 01 abr. 2021.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. **Manual de mediação: teoria e prática**. Belo Horizonte: New Hapton, 2007.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. “Mediação wariatiana: uma aposta na alteridade”. In: **ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI-UFS, 24: Direito, Constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio**. Sergipe, 2015. p. 200-219. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c178h0tg/2y368zo8/mwhGNpTvy7tq3Ezd.pdf>. Acesso em 31 mar. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Luciene Moessa. “Mediação, acesso a justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação”. In: _____. (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Essere Nel Modo-E-book. 2015a. p. 35-78.

_____. “Diretrizes éticas, capacitação, credenciamento e supervisão da atuação de mediadores e conciliadores: contribuições preliminares”. In: _____. (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Essere Nel Modo- E-book. 2015b, p. 115-158.

_____. “Mediação de conflitos envolvendo entes públicos”. In: _____. (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul. Essere Nel Modo-E-book. 2015c, p. 331-349.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2011, v. 1.

CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO AUTOCOMPOSITIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Erilaine Guns de Araujo*⁶⁰

*Hortência Gaspar de Araújo*⁶¹

INTRODUÇÃO

O direito fundamental de acesso à justiça está previsto na Constituição Federal brasileira, e, através do Poder Judiciário, foram instituídos alguns meios para a solução de conflitos. Ocorre que, o Poder Judiciário atualmente enfrenta enorme acúmulo de demandas, o que torna o sistema lento, tendo como consequência, a demora nas decisões judiciais. Diante de tais problemas, houve a necessidade de se estabelecer métodos alternativos, cujos procedimentos se mostram mais simples e céleres que o processo judicial tradicional, porém, gozando de mesmo valor e de equivalência jurisdicional, e, é neste contexto que se vislumbram as alternativas auto compositivas de resolução de conflitos, como a conciliação.

Para a elaboração do presente trabalho, foi realizado um levantamento bibliográfico, com revisão de algumas leis, abordando a conciliação.

60 Graduada em Engenharia Florestal pela UNEMAT, Graduada em Direito pela UNEMAT, Graduada em Pedagogia pela UNIASSELVI; Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Instituto LFG.

61 Graduada em Direito pela UNEMAT.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: DA CONCILIAÇÃO

Nas palavras de Luiz Antonio Scavone Junior (2018, p. 275), “a conciliação implica na atividade do conciliador, que atua na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.” O autor ainda complementa afirmando que “o conciliador tenta demover as partes a solucionar o conflito acatando suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito que, entretanto, depende da anuência das partes” (2018, p. 275).

A conciliação, portanto, assim como a mediação, é um instituto jurídico que permite às próprias partes serem protagonistas de seus litígios, possuindo maior flexibilidade no que se refere às regras do procedimento, é econômica e poupa tempo, conforme disposto a seguir.

1.1. PRINCÍPIOS APLICADOS NA CONCILIAÇÃO

Serão aplicados na conciliação assim como na mediação, os princípios previstos no artigo 166, *caput* do CPC, quais sejam:

- a) Princípio da independência: entende-se que o conciliador não deve permanecer próximo das partes, é importante que ele fique longe dos mesmos para que não se envolva;
- b) Princípio da imparcialidade: é crucial que o conciliador não penda para nenhum dos dois lados, não privilegiando nenhuma das partes, deve o conciliador aparecer como uma figura imparcial;
- c) Princípio da autonomia da vontade: significa que os conciliados são livres para decidir o conflito, bem como também as regras do procedimento, de acordo com seus interesses, ninguém será submetido a este procedimento compulsoriamente;
- d) Princípio da confidencialidade: é o que veda de os participantes do procedimento da conciliação divulgar as informações discutidas ali na sessão, devendo o conciliador alertar os conciliados sobre este dever, tanto no começo da audiência, quanto no momento em que julgar necessário;

- e) Princípio da oralidade: indica que o uso da palavra é a prevalência da sessão, sendo que todos os atos devem ser expressos oralmente;
- f) Princípio da informalidade: refere ao fato de que o procedimento que não deve possuir exigências em sua formalidade, isto é, o procedimento da conciliação é meramente informal, dispensando várias regras de procedimento;
- g) Princípio da decisão informada: diz respeito a manter os litigantes informados sobre seus direitos e contexto fático onde estão inseridos.

1.2. DO CONCILIADOR

O conciliador pode ser judicial ou extrajudicial. Quanto ao primeiro, nos dizeres de Scavone (2018, p. 280) “atuando como auxiliar da justiça nas audiências de conciliação (CPC, art. 334) nos termos dos arts. 165 a 175 do CPC”. No caso do conciliador extrajudicial, não há leis ou regras que determine a função, e por isto, conforme entende Scavone Junior (2018, p. 280), “nas duas formas de atuação aplicar-se-ão, por extensão, as regras da Lei nº 13.140/2015” – a lei da Mediação.

O artigo 167 do CPC, estabelece que os conciliadores deverão estar inscritos no cadastro nacional, no cadastro no tribunal de justiça ou no tribunal regional federal, devendo ainda possuir capacitação para este registro da profissão, e esta ser realizada em instituição, entidade credenciada pelos próprios tribunais de justiça, atendendo assim o que é definido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça.

É de grande importância a seguinte observação:

[...] diferentemente do mediador judicial, nos termos da Lei nº 13.140/2015, não exigiu formação superior ou formação superior jurídica específica, ao menos expressamente. Nada obstante, requer, especialmente dos conciliadores judiciais, o respeito ao “princípio da decisão informada” (CPC, art. 166) em atividade que implica “sugerir” a solução da controvérsia, de tal sorte que entendemos que a formação jurídica superior será requisito inafastável, seja a teor do que dispõe o art. 166 do CPC (decisão infor-

mada), seja em razão de interpretação sistemática com o artigo 11 da Lei nº 13.140/2015. (SCAVONE, 2018, p. 281).

O autor dá seu voto favorável para que o conciliador judicial possua formação superior ou formação superior jurídica visto que sua função será sugerir soluções aos casos, e para que isso ocorra da melhor forma possível, deve o profissional ter o mínimo de conhecimento jurídico, como por exemplo, quanto aos direitos das partes como também outras peculiaridades que a função requer. Para o renomado doutrinador, é inviável que o conciliador possa sugerir soluções juridicamente possíveis sem possuir formação jurídica acadêmica.

1.3. DO CADASTRO DE CONCILIADORES E CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO

O artigo 167 do CPC tratará deste título, e é importante dizer que o mesmo se aplica também na mediação. Conforme já expressei, é necessário que os conciliadores estejam inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, e isto deve ser feito porquê, segundo Scavone (2018, p. 282), “permite que os respectivos tribunais divulguem dados estatísticos nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 167 do CPC, exigência que deve ser atendida, preferencialmente, por meio da rede mundial de computadores.” Tal registro/cadastro deve ser sucedido por lista de aprovados em concurso público, se assim o tribunal entender justo. Nada impedindo o tribunal de formar um quadro próprio de mediadores e conciliadores, como afirma Scavone, que ainda complementa, (2018, p. 282): “exclusivos ou em concorrência com os mediadores e conciliadores particulares cadastrados admitidos mediante simples comprovação da formação e curso de capacitação ou mediante concurso de provas e títulos, preenchidos os requisitos de formação.”

Quanto ao que prevê o artigo 168 CPC, as partes podem se utilizar da sua autonomia da vontade para escolher o conciliador/mediador ou câmara de conciliação. É importante observar que a lei estipula que haja um cadastro nacional e um do tribunal, mas, que a escolha será feita pelas partes dispensando nessa oportunidade quaisquer formações, concursos, cursos e afins. O que é notado é que, a Lei da Mediação no artigo 11,

estipula que para o mediador é necessário possuir formação superior há pelo menos 2 anos, e na visão de Scavone (2018, p. 282), “por analogia e em interpretação sistemática, a mesma formação, diante da omissão do CPC, deve ser exigida para o conciliador judicial, ressalvadas opiniões em sentido contrário ante a omissão do Código de Processo Civil.”

Ainda perante os efeitos do artigo 168, caso os litigantes não optem por escolher o mediador/conciliador, será feita uma “livre distribuição entre os cadastrados, observada a respectiva formação, ou seja, a especialidade dos mediadores e conciliadores” (SCAVONE, 2018, p. 282). Uma espécie de sorteio de acordo com a especialidade dos profissionais.

1.4. DOS IMPEDIMENTOS

O CPC traz uma vedação para os conciliadores que são também advogados, no caso, uma interdição para advogar, vejamos o §5º do artigo 167: “Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.”

Outro impedimento que a lei prevê é o que consta no artigo 172 de mesmo diploma legislativo que estabelece: “O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”. Tal disposição é aplicada também nos casos em que os conciliadores não são advogados.

A Lei nº 13.140/2015 menciona no artigo 5º que “aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz”, estas hipóteses de impedimento e suspeição são encontradas nos artigos 144 e 145 do CPC. E, por conta do artigo 148 – CPC-, serão tais hipóteses legais aplicadas também aos conciliadores, utilizando a tática da interpretação extensiva.

1.5. EXCLUSÃO DO CADASTRO NACIONAL E DOS TRIBUNAIS

O artigo 173 CPC versa sobre e afirma que será excluído do cadastro, aquele que agir com dolo ou culpa, ou infringir qualquer dos deveres, é o

que reza o inciso I. Já o inciso II, caso seja o conciliador/mediador impedido ou suspeito para atuar no caso, deve este ser punido com a exclusão.

Como se observa, caso o conciliador atue em procedimento com dolo ou culpa, violando algum dever, ou ainda, realiza audiência mesmo sendo impedido ou suspeito, deve ele responder processo administrativo perante o tribunal e ficar afastado por 180 dias. Afirmo ainda Scavone que, (2018, p. 285) “A exclusão não isenta o mediador e o conciliador de responsabilidade civil, pelos prejuízos que tenha ocasionado, e penal, se for o caso.” Ou seja, ainda que seja excluído do cadastro e responda processo administrativo não se esquivará da responsabilidade civil juntamente com a penal, a depender do caso.

1.6. PAGAMENTO

De acordo com os ditames do artigo 169 CPC e artigo 13 da Lei da Mediação, as partes devem arcar com a remuneração dos conciliadores, se estes forem particulares, devendo seguir como parâmetro a tabela estipulada pelo tribunal de acordo com as exigências do CNJ.

Também podem ser conciliadores voluntários e concursados. Quanto à voluntariedade das audiências de conciliação, o §2º do artigo 169 CPC dispõe que “os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.”. No caso de câmaras de conciliação/mediação não cadastradas, Scavone pondera que (2018, p. 285) “não haverá gratuidade nos trabalhos, sendo de se questionar se a regra não inibirá o cadastramento de câmaras de conciliação.”

1.7. DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL

O CPC traz que, no procedimento comum – art. 318 e seguintes-, haverá em todos os processos a designação da audiência de conciliação.

As hipóteses de não realização da audiência estão previstas no §4º, incisos do artigo 334. Quais sejam, i) quando ambas as partes não tiverem interesse de participar na composição consensual do litígio e manifesta-

mente expressarem seu desinteresse; ii) quando o direito objeto do conflito não admitir autocomposição – os direitos indisponíveis –, E aqui um adendo, a legislação, seja ela o CPC ou a Lei da Mediação, não previram quais seriam estes direitos indisponíveis. Embora, fazendo uma análise semântica da palavra “indisponíveis” temos como resultado, o que não se pode dispor, isto é, não se pode abrir mão deles. Logo, são direitos que não se pode negociar, exemplo: direito à vida, à liberdade, à saúde, à dignidade, entre tantos outros.

Assim sendo, quando o autor manifestar seu desinteresse logo de antemão na inicial e o réu em até 10 (dez) dias antes, por petição, contado o prazo a partir da 1ª audiência, vide §5º. O §6º traz à tona o caso em que um dos polos haja litisconsortes, neste caso, terá de haver manifestação em mesmo sentido de todos os litisconsortes.

O CPC reconheceu tamanha importância a audiência de conciliação. Tanto é verdade que previu em seu texto legislativo sanção para aqueles que injustificadamente não comparecem à audiência, aplicar-se-á nestes casos multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem pretendida, é o que estabelece o §8 do artigo 334; define ainda este ato como atentatório à dignidade da justiça.

Daniel Amorim, polemizando, questiona:

[...] que sentido tem obrigar a presença das partes para uma audiência em que exclusivamente se tentará a conciliação ou a mediação? Seria uma sanção apenas porque a parte não pretende conciliar ou mediar? Não atenta contra o constitucional direito de ir e vir criar um dever de comparecimento a essa audiência, mesmo que seu objetivo não seja pretendido pela parte, que inclusive expressamente se manifesta nesse sentido? (NEVES, 2018, p. 653).

A partir das indagações feitas pelo autor, de fato, pode ser feita uma reflexão sobre a autonomia que goza as partes nestes procedimentos, aliás, ao menos na teoria. É possível observar que ambas as partes têm o direito de não optar pela autocomposição, só precisam manifestar que assim não o quer, mas caso haja se comprometido com a conciliação deve assim seguir, firme de sua escolha sob pena de sanção judicial.

Em que pese a legislação, esta não especificou detalhadamente como ocorrerá o procedimento judicial da conciliação, somente prevendo no que tange aos conciliadores e mediadores – dos artigos 165 a 175 –, e sobre a audiência, artigo 334 e seguintes. Scavone reuniu regras básicas esparsas na legislação, como por exemplo: necessidade da presença de advogado, intimação na pessoa deste, que seja dado intervalo de 20 minutos durante as audiências de conciliação ou mediação, entre outras disposições que o autor considera importante (SCAVONE, 2018, p. 286).

Aqui um adendo, embora essas disposições básicas sejam aplicadas, as partes têm liberdade – autonomia da vontade –, para estabelecer as regras quanto aos procedimentos, é o que dispõe o §4º do artigo 166 do CPC, e as disposições básicas serão aplicadas na ausência de combinação entre as partes acerca do procedimento, e o que não atritar, com a Lei nº 13.140/2015, que é aplicada por extensão a conciliação.

A Lei nº 13.140/2015 – lei da mediação –, é também aplicada a conciliação, ambas modalidades alternativas de resolução de conflitos são previstas conjuntamente no Novo Código de Processo Civil, e a carência de legislação sobre a conciliação especificamente. Scavone (2018, p. 287) critica a lei da mediação afirmando que “disse menos do que queria ou deveria dizer”, pois tratou somente da mediação, entretanto o CPC dispôs da mediação e conciliação concomitantemente como meios alternativos de solução de conflitos. De fato, observa-se esta lacuna na lei, o legislador não se atentou. Mas, notavelmente, tal brecha pode ser resolvida fazendo o uso da aplicação extensiva.

1.8. DO PROCEDIMENTO DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL

O início do procedimento da conciliação marca-se com a primeira audiência, devendo por obvio, o conciliador estar presente na data e local designados, mesmo que as partes não se façam presentes, sob pena de recair a elas as consequências de sua ausência, vide §8º do artigo 334 CPC.

Presentes as partes, é importante assinar a ata, termo inicial da audiência, que servirá como prova da reunião bem como também servirá para iniciar a contagem de prazos.

É interessante também sempre alertar as partes seu dever de confidencialidade das questões tratadas ali, na verdade o dever de confidencialidade

recai a todos que estiverem presentes na reunião, que participarem direta ou indiretamente, não somente às partes.

1.9. DO IMPEDIMENTO, SUSPEIÇÃO, RECUSA E DO DEVER DE REVELAÇÃO

No que tange ao impedimento e a suspeição, serão aplicadas ao conciliador as mesmas regras aplicadas aos juízes, *mens legis* contida nos artigos 144 e 145 CPC. Por força do inciso II, do artigo 148, o conciliador é considerado auxiliar da justiça, é o que dispõe o artigo 149 CPC. Devendo ainda o conciliador ser uma figura imparcial no procedimento, vide artigo 166 CPC.

Scavone (2018, p.290) menciona que “o conciliador deve observar o *dever de revelação* de qualquer fato ou circunstância possa interferir na necessária imparcialidade”. Isto é, o conciliador deve expor às partes os motivos que o torna impedido ou suspeito; e, dar a elas a oportunidade de recusa. A conciliação judicial é obrigatória – salvo se um dos litigantes não a deseja, manifestando-se contrariamente ao procedimento –, e mesmo ela sendo obrigatória, as partes usufruem do poder de recusa do conciliador se esta for fundamentada em razão de impedimento ou suspeição do profissional. Mas, em caso de o conciliador não dizer seu impedimento/suspeição, pode uma das partes alegar na “primeira oportunidade que lhes couber”, é o que estabelece o §1º do artigo 148 CPC. Não alegando na primeira oportunidade, caduca-se o direito. No caso de conciliação extrajudicial, pode a parte a qualquer momento alegar o impedimento/suspeição, devendo constá-la em simples notificação, devendo entregar outra parte e ao conciliador, vide artigos 17 e 20 da Lei nº 13.140/2015.

Ainda supondo que a suspeição ou o impedimento seja identificado somente após a finalização do procedimento da conciliação e que deste procedimento resultou acordo, ou seja, a transação, entende Scavone (2018, p.291) “que caberá ação anulatória no caso de transação extrajudicial em razão do vício do consentimento (erro ou dolo)”. Isso, “se a atuação do profissional foi fator determinante para a manifestação volitiva ou, tratando-se de transação judicial homologada por sentença, ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil.” (SCAVONE, 2018, p.291).

1.10. DA CONCILIAÇÃO NO CURSO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

Os litigantes podem começar a resolução da controvérsia através do procedimento judicial na via tradicional do Poder Judiciário e somente no decorrer deste decidir a solução pela via alternativa conciliação. Assim sendo, deverão as partes requerer ao juiz a suspensão do processo. A decisão de suspensão é irrecurável, devendo as partes estarem bem cientes desta opção bem como também decidirem conjuntamente. Quanto as tutelas, cumprindo os requisitos estabelecidos pelo artigo 294 e seguintes do CPC, quaisquer dos litigantes poderão solicitar ao juiz ou ao árbitro. É o que dispõe o artigo 16 da Lei nº 13.140/2015.

1.11. ADVOGADO

A Lei nº 13.140/2015 no artigo 10 dispõe que, na mediação extrajudicial, “as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos”, o CPC por sua vez, estabelecendo os ditames do procedimento da mediação e conciliação judiciais, impõe no § 9º do artigo 334, “as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos”. Temos aqui uma controvérsia, enquanto o primeiro deixa às partes a liberdade para escolher serem assistidas ou não por advogados ou no caso, defensor público, o CPC torna-o indispensável. Scavone (2018, p.292) posiciona-se certificando que a presença do advogado é indispensável. Para o autor, no caso da conciliação (mediação também) judicial, a obrigação de presença do advogado faz-se necessário devido a capacidade postulatória de que gozam os profissionais, objetivando a garantia e a preservação de todos os direitos que possuem os litigantes, além do mais, norma constitucional é o que se verifica no artigo 133, que determina que a presença do advogado é indispensável à administração da justiça.

Por outro lado, não há impedimentos na lei que determine a presença do advogado na conciliação extrajudicial. Para Scavone (2018, p.292), “fora do Poder Judiciário e da jurisdição estatal, a presença do advogado não é obrigatória, e assim consideramos em razão do art. 334, § 9º, do CPC e do art. 10 da Lei nº 13.140/2015.”. Ainda que não seja obrigatória a presença de advogado em caso de transação extrajudicial, é reco-

mandado que o tenha, pois, em caso de acordo se o conciliador não for credenciado pelo tribunal, é indispensável a assinatura do advogado, a fim de que o acordo surta efeitos e na hipótese de descumprimento, acionará diretamente a via executória, ao contrário disto, terá que demandar pelo processo de conhecimento, artigo 784, IV, CPC.

Se, na conciliação judicial – na qual é indispensável a presença do advogado –, caso as partes optem por um conciliador que não é credenciado pelo tribunal, que é possível acontecer vide §1 do artigo 168 CPC, nem havendo sentença homologatória, o acordo/transação terá natureza de título executivo extrajudicial, é o que determina o teor do 784, IV, CPC. Para Scavone (2018, p.292), se houver homologação, facultativa e a requerimento da parte, o título executivo será judicial nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015 e do art. 515, II, do CPC.

1.12. DO TERMO FINAL DE CONCILIAÇÃO E NATUREZA DO TÍTULO NA HIPÓTESE DE TRANSAÇÃO

Ao final do procedimento da conciliação pode existir ou não um acordo, o que também é chamado de transação. Um acordo exitoso para ambos os litigantes é o que almeja os meios alternativos de resolução do conflito, mas independentemente se houver ou não há que ser lavrado o termo final, é o que dispõe o artigo 20 da Lei nº 13.140/2015. Este termo constitui o que se chama por título executivo, devendo ser assinado obrigatoriamente pelas partes em caso de acordo, sendo as assinaturas facultativa em caso de não acordo.

O termo final também é importante para estabelecer a contagem de prazo prescricional, que restou suspenso desde a assinatura dos litigantes no termo inicial, é o que prevê o artigo 17, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015. O artigo 20, parágrafo único, de mesmo diploma legal expõe que, em caso de acordo, o termo final da conciliação, se homologado, constitui título executivo judicial. Se não homologado, título executivo extrajudicial.

1.13. ALGUMAS PECULIARIDADES DA CONCILIAÇÃO

Os litigantes podem ainda escolher prever em um contrato a cláusula escalonada, que, nas palavras de Scavone (2018, p. 294), “nada mais é que

a cláusula contratual que contempla a obrigação de as partes submeterem-se à mediação ou à conciliação previamente à arbitragem ou à jurisdição estatal, evitando que a controvérsia chegue diretamente à heterocomposição.” Deve ser previamente estabelecido pelas partes esta possibilidade, e a vantagem é que ajuda a evitar “a jurisdicionalização do conflito” como diz Scavone (2018, p. 295).

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é perceptível que muitas vezes os métodos alternativos autocompositivos passam despercebidos pelos jurisdicionados: às vezes por não conhecer de sua existência, outras pelo simples fato de não acreditar no grande potencial desses institutos jurídicos que gozam de igual validade e eficácia em relação a sentença judicial.

Com a consolidação do uso das formas consensuais de solução de litígio, como a conciliação, pode, além de resolver o conflito de forma célere, apresentar uma solução mais satisfatória e acertada, visto que as próprias partes participam na defesa de seus interesses por meio das audiências. Além disso, é uma forma menos dispendiosa para o Estado e por obviedade, há uma diminuição na utilização da via tradicional: a judicial, deixando-a estritamente para àqueles casos em que lhes são imprescindíveis, contribuindo também para sua maior efetividade e desafogando o Poder Judiciário.

Vale ressaltar que o método da conciliação será sempre utilizado quando, entre as partes, houver um conflito pontual, e que, entre elas não aja vínculo subjetivo anterior. É comumente usada para resolver conflitos mais simples, em que um terceiro imparcial pode tomar uma posição mais ativa e por isso, deve sugerir, questionar os litigantes, mas são as próprias partes responsáveis por chegar ao acordo.

Com isso, pode-se dizer que tal instituto jurídico transborda vantagens, pelo fato de as próprias partes serem protagonistas de seus litígios, fazendo com que elas tenham maior flexibilidade quanto as regras do procedimento, desenvolvendo assim sua autonomia e habilidade em resolver seus próprios conflitos. Além disso, trata de um instituto jurídico econômico, que poupa tempo, acessível – de forma que qualquer pessoa pode se submeter a audiência de conciliação-, e, a probabilidade de que

o acordo seja cumprido é bem maior, visto que a solução originou-se das próprias partes.

Dessa forma, é possível comprovar que a conciliação como meio alternativo para solução de conflitos é grande aliado do Poder Judiciário, tendo em vista que amenizar a sobrecarga de processos existente atualmente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17/03/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15, dez, 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.** Diário Oficial da União, Brasília, 29/06/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 03, dez, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil. 10. ed., rev., ampl. e atual.** –Salvador: JusPODIVM, E-book 2018.

SCAVONE, Junior, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação.** – 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, E-book 2018.

A EXPERIÊNCIA DO SISTEMA DE CARTÓRIO ÚNICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS: UMA PRÁTICA DE GERENCIAMENTO PROCESSUAL

*Felipe Emmanuel de Souza Vieira*⁶²

*Thiago Braga Dantas*⁶³

INTRODUÇÃO

A sociedade, desde o início do século XX, tem dificuldade em promover o efetivo acesso à justiça, o que se exacerbou principalmente após a Segunda metade do século XX, o que propiciou o surgimento da fase instrumentalista do processo, com as três ondas renovatórias defendidas por *Cappelletti* e *Garth*, no intuito de promover a sua efetividade. No decorrer do tempo, a luta pelo acesso à justiça apresentou novos dilemas, pois os problemas evoluem tais como as soluções. As três ondas apresentadas por *Cappelletti* e *Garth*, que bem informaram a tendência dos ordenamentos jurídicos em diversos países quanto à universalização do acesso à tutela

62 Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

63 Doutorando do Programa de Pós-graduação Sociedade e Cultura na Amazônia. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professor Assistente da Universidade do Estado do Amazonas.

jurídica, agora são desafiadas por novo grande problema: o número de litígios que chegam aos tribunais, que já era substancial, e é cada vez maior.

No século XX, sobretudo após a Constituição de 1988, houve a explosão do número de demandas no Brasil. Nesse contexto, tem-se promovido a construção de nova onda renovatória, a quarta, que é pautada pela perspectiva do gerenciamento de processos judiciais.

O *judicial case management* surgiu como medida para melhor contornar esse problema e se desenvolveu a partir de codificações europeias já nos anos oitenta (VAN RHEE, 2008, p. 11). Se os processos hoje são gerados em escala industrial, são necessárias tecnologias processuais e procedimentais simetricamente adequados a essa realidade.

Na perspectiva do gerenciamento de processos judiciais, sempre houve, do ponto de vista da secretaria do juízo, o enfoque do processo como produto da indústria da Justiça; responsáveis por servir de arestas ao triângulo processual, os servidores da Justiça já possuíam olhar do processo que exigia lógica de gestão quase fabril, pensamento que começou a ser cada vez mais importante com o tempo.

É lógico imaginar as dificuldades de se pensar o processo, instrumento de realização de Justiça, da mesma maneira com que se lida com uma linha de montagem em uma fábrica, porém, em 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fez assombrosa projeção: no ano de 2020 os números de processos em tramitação no Judiciário Brasileiro podem chegar à marca de 114,5 milhões de processos (Justiça brasileira deverá ter 114 milhões de ações em tramitação em 2020, 2014). É cada vez mais importante pensar o processo na escala industrial que ele exige; entretanto, é preciso frisar que, em paralelo à busca pelo lucro nas técnicas de aprimoramento próprias da área do conhecimento responsável pelo aprumo tecnológico da eficiência, está a efetividade da justiça.

A ideia de que o aprimoramento do trabalho da secretaria tem um limite mais próximo que o do gabinete, de modo algum pode ser capaz de excluir a importância desse órgão adjacente na busca pela concretização da efetividade do acesso à justiça. Se é impossível contrariar o fato de que a eficiência da secretaria é relevante para a eficiência do processo, também é impossível contrariar a importância de medidas que busquem o máximo dessa eficiência.

1. MUDANÇAS NA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DO GERENCIAMENTO DE PROCESSOS JUDICIAIS

Segundo Onodera e Watanabe (2016, p. 1), o gerenciamento processual consiste no juiz utilizar os instrumentos legais disponíveis de modo justo e ponderado, a fim de que se atinja a mais célere, menos custosa e justa resolução do conflito, entendimento similar ao de Silva (2010, p. 35), para quem o conceito pode ser compreendido como planejamento da condução de demandas judiciais em direção à solução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Na mesma esteira é possível visualizar conceito mais extensivo no entendimento de Cahali (2013, p. 32):

O gerenciamento do processo não se limita ao conjunto de técnicas destinadas à condução planejada do processo, à flexibilização procedimental ou ao uso dos meios alternativos de solução de conflitos. O gerenciamento do processo insere-se em um universo maior, que contempla temas ligados a políticas públicas, gestão dos cartórios judiciais, investimento na informatização dos processos, estrutura física dos cartórios, treinamento constante dos funcionários públicos, atualização permanente do juiz, dentre outras.

E no mesmo sentido Alves (2019, p. 151) dispõe:

O *case management* não se trata de pura e simplesmente de conferir ao juiz para conduzir o processo, mas também – e principalmente – de prever poderes suficientemente *flexíveis* que permitam ao juiz gerenciar o processo de uma forma adequada e mais eficiente.

Práticas de gerenciamento em larga escala para a realidade jurídica foram criadas para aumentar a celeridade da justiça e sua consequente efetividade, tais como o despacho saneador, as audiências preliminares de julgamento e os métodos alternativos de resolução de conflitos, exemplos fundamentais; porém, atentamos especialmente para a capacidade de contribuição da melhoria do procedimento em cartório para efetivação do processo em geral. Nessa linha pontua Onodera (2017, p. 16):

[...] a ausência de uniformização e compartilhamento de práticas judiciárias que imprimem maior celeridade na tramitação do processo também colaboram para o acúmulo de casos e atraso na prestação jurisdicional. Há necessidade de reestruturação e mudança de paradigma também no seio da administração do Judiciário a que chamaremos de *gerenciamento do tribunal* ou *court management*. A busca de soluções novas e eficientes é prática a ser constantemente trilhada e atingida.

Observa-se, portanto, a diferença entre o gerenciamento do processo em si e o gerenciamento da corte; o objeto do gerenciamento do processo é o gerenciamento dos casos, dos conflitos, e o gerenciamento da corte, o gerenciamento da instituição (CABRAL, 2018, p. 12). O gerenciamento de processos, ou *case management*, acaba assumindo a característica de tipo, da qual o gerenciamento de corte, administração judiciária ou *court management*, é espécie.

Uma das primeiras perspectivas do gerenciamento de processos judiciais surgiu da análise da praxe das secretarias que servem os juízos. Nesse âmbito se inserem as medidas de gerenciamento sob a ótica da Administração Judiciária, como a implementação de cartórios que funcionam com mais autonomia e em maior regime de delegação de atos administrativos, sem cunho decisório, “os protocolos”, na esteira do que Alves (2019, p. 327) entende como relevante proposta para o futuro do gerenciamento processual.

Os juízes e seus assessores, os diretores de secretaria e os escrivães judiciais, bem como todos os outros trabalhadores responsáveis por dar vida ao procedimento, sempre foram grandes responsáveis por fazer a prestação jurisdicional acontecer, de modo que é interessante entender quem são todos os indivíduos participantes da atividade jurisdicional:

O juízo compreende o Juiz, o gabinete, que são os funcionários que atuam mais diretamente vinculados à elaboração dos atos judiciais, e cartório, que é o conjunto de funcionários que processam os feitos, implementando as decisões judiciais. Geralmente no cartório estava integrado o oficial de justiça, que é o funcionário que realiza as atividades processuais externas como citação, penhora, intimação, verificação e outras. O oficial de justiça é, assim, a extensão espacial da autoridade judicial. (SLAIBI FILHO, 2016, p. 300).

Os servidores de cartório possuem grande importância. No âmbito do procedimento, antes da existência do processo eletrônico e mesmo após, o serviço desses profissionais, tão essencial à máquina judiciária, costuma ser um trabalho heroico:

Eles (os servidores) parecem se reconhecer em uma tarefa de Sísifo: de nada adianta o maior comprometimento com os resultados pois, em suas palavras, “o trabalho não tem fim”, “as mesas nunca ficam vazias”. O ambiente físico releva um cenário de caos e desordem: funcionários disputam o pouco espaço com pilhas infundáveis de processos. (SILVA, 2006, p. 7).

O juiz sozinho não é capaz de dar vida ao procedimento. Na ciência jurídica processual, Dinamarco (2003, p. 241) já informava a respeito disso: “Os auxiliares da Justiça participam do processo como agentes do Estado, desenvolvendo atividades que o juiz não seria capaz de realizar por si próprio e destinadas a dar apoio às deste e daí serem complementares os seus serviços”. Ademais, impõe-se a consideração da atividade jurisdicional como atividade de massa:

O modelo de “linha de produção” da justiça do século XXI é completamente diverso do funcionamento artesanal do século XIX quando a ciência processual foi concebida. Processar e julgar 5.200 processos/juiz exigem rapidez e métodos ágeis de trabalho, dificilmente compatíveis com o percurso de todo um procedimento de cognição exauriente massa. (SILVA, 2010, p. 28).

Essa lógica do primado da eficiência produtivista, no “chão de fábrica” da justiça, gera discussões importantes sobre a afetação da qualidade do processo pelas ideologias que nos últimos séculos tem dominado o pensamento jurídico processual, de modo que são oportunas algumas considerações sobre a influência da ideologia no processo.

1.1. A IDEOLOGIA NO PROCESSO

A visão de espécie de processo judicial que respeite os direitos de primeira geração remonta à Revolução Liberal Burguesa do século XVIII na França, que, após o período jacobino e com Napoleão, teve reflexo no processo judicial, que assumiu contornos mais afastados da realidade social (SANTOS, 2014, p. 20).

Essa primeira compreensão é importante quando consideramos que a Revolução Francesa gerou impactos em todo o mundo e existe verdadeira conexão e similitudes do processo civil entre os estados europeus, em razão de condições históricas semelhantes, qual seja, matriz histórica comum (CAPPELLETTI, 2001, p. 15). A concepção de modalidade de processo que respeitasse a florescente concepção burguesa de mundo trouxe conquistas, como redução do patrimonialismo no judiciário e relativo ganho de eficiência da atividade judicante, mas também é necessário apresentar os dilemas que criou para a garantia da justiça, como o afastamento do direito processual da realidade social, com a formalização do acesso à justiça (SANTOS, 2019, p. 20).

Pela perspectiva liberal, o juiz era sujeito passivo no processo, mero expectador imparcial do debate (NUNES, 2008, p. 45). O processo liberal já se mostrava esgotado ainda no curso do século XIX, as contradições históricas do capitalismo e a evolução das teorias científicas de socialismo conclamavam mudança. Conforme esclarece Nunes (2008b, p. 46), iniciou-se, então, a busca por nova perspectiva teórica que, ao problematizar os efeitos deletérios do liberalismo, tentava melhoria da técnica processual mediante novos pressupostos.

A crise no estado de bem-estar social, na segunda metade do século XX, acabou trazendo de volta o pensamento liberal pelo movimento neoliberal, que afetou as mais diversas áreas da sociedade, uma vez que o neoliberalismo se tornou hegemônico como modalidade de discurso e passou a afetar tão amplamente os modos de pensamento que se incorporou às maneiras cotidianas de muitas pessoas interpretarem, viverem e compreenderem o mundo (HARVEY, 2005, p. 13).

O processo civil acabou recebendo, ainda que de maneira discreta, sob falsa socialização do processo, o impacto do pensamento dominante e na realidade brasileira o modelo neoliberal de processo foi sendo delineado pela ausência, principalmente, de três vertentes: vontade política, infraestrutura e preparação dos profissionais, conforme coloca Tinoco (2013, p. 45), de modo que:

Almejando determinar a socialização, foram estabelecidos institutos processuais (antecipação da tutela) e modelos procedimentais diferenciados (Juizados Especiais) e várias outras alterações que objetivam celeridade processual e cumprimento da eficiência a partir da desformalização e do

reforço de poderes judiciais. Entretanto, acometido foi o modelo reformista de patologia ainda mais danosa do que a derivada do reforço dos poderes dos magistrados e decorrente do esfacelamento do papel das partes e demais partícipes do sistema processual: foi sendo esvaziado o papel do processo como garantidor de implementação dos direitos fundamentais. (TINOCO, 2013, p. 46).

A democratização do acesso à jurisdição pode não significar a democratização do acesso à justiça. Mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o primeiro código democrático, conforme bem pontuam Carvalho e Oliveira (2020, p. 529), muito precisa ser feito para que processo seja socialmente efetivo, de modo que tratar a busca de conceitos como celeridade, eficiência, eficácia é essencial, porém mais importante e condensador que os anteriores, é a efetividade, que no entendimento de Vieira e Matos (2020, p. 104) “relaciona-se, principalmente, com a celeridade processual, instrumentalidade do processo e adequação da prestação jurisdicional ao litígio posto sob apreciação judiciária.” Entretanto, importa esclarecer melhor essa definição, bem como as anteriores.

Chiavenato (2003, p. 29) pontuou que a eficácia é medida de alcance de resultados e a eficiência a medida da utilização dos recursos nesse processo, ou seja, eficiência refere-se a “como fazer as coisas”, já a efetividade significa a capacidade de atendimento de expectativa da organização ou sociedade (CHIAVENATO, 2003, p. 155). Nesse sentido também aborda a doutrina do Direito Administrativo:

A eficiência não se confunde com eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 29).

Toda e qualquer nova técnica havida para melhorar a eficácia, a eficiência e, por fim, a efetividade do serviço público da jurisdição, deve ser realçada e buscada pelos operadores do direito, mas com o cuidado de não ser pervertida por uma ideologia de precarização. Considera-se, portan-

to, como escopo desse trabalho, a visualização da melhoria da jurisdição civil de primeira instância nesses termos com a introdução do sistema de Cartório Único.

1.2. O MODELO DO CARTÓRIO ÚNICO E A EXPERIÊNCIA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

O Modelo do Cartório Único nasceu com a perspectiva de alcançar melhor desempenho no peso econômico do judiciário sem perdas para a celeridade da prestação jurisdicional, para se conferir maior efetividade à Administração da Justiça. No país, o precursor foi o Cartório do Futuro, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), implantado pelo órgão por meio dos provimentos conjuntos N^o 1 e 2 de 2014 (TJSP, 2014) (TJSP, 2014b).

A exposição de motivos dos atos para criação do Cartório Único conta com a asseguuração do princípio da razoável duração do processo, a meta do Conselho Nacional de Justiça de priorização da primeira instância, a necessidade de modernizar a estrutura e a organização das unidades judiciais do Tribunal, para a utilização do meio eletrônico no processamento de autos judiciais e a promoção de maior eficiência e produtividade.

Como resultado de sucesso, o planejamento estratégico aprovado pelo Tribunal para os próximos seis anos contou com a expansão do modelo como meta de aprimoramento da gestão judicial, tanto na capital quanto no interior do estado de São Paulo (TJSP, 2020).

Após o pioneirismo do TJSP, o modelo começou a ser visto com bons olhos por outros tribunais, tendo sido implantado já no Tribunal de Justiça do Pará (TJPA, 2020) e no Tribunal de Justiça do Amazonas. Dentre todos os exemplos, interessa particularmente a apresentação e análise da experiência no Tribunal de Justiça do Amazonas como exemplo, visto termos tido a oportunidade de ter contato direto com o projeto.

No Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM), já em 2017, o modelo foi implantado pela Portaria N.º 866/2017 do Pleno do Tribunal (TJAM, 2017), que seguiu os exemplos bem-sucedidos do TJSP. Na exposição de motivos para criação do novo modelo foi destacado que a agilidade gerada pela digitalização de quase a totalidade do acervo do tribunal tornou

despicienda a manutenção de secretarias individualizadas para cada juízo e criou as Unidades de Processamento Judicial (UPJs).

A Portaria estipulou a seguinte organização interna para as UPJs: um Diretor de UPJ, um Assistente de Atendimento e Suporte, outro de Movimentação e um último de Processamento. Os Gabinetes dos Juízes das Varas integrantes das UPJs passaram a ser compostos da estrutura máxima de um Assessor Jurídico de Juiz de Direito de Entrância Final, um Assistente Técnico de Juiz de Direito de Entrância Final; além de dois servidores efetivos.

Anteriormente à implantação do modelo, as varas que agora compartilham a mesma Unidade de Processamento Judicial contavam, cada uma, além do Diretor, com pelo menos um Técnico Judiciário, dois Assistentes Técnicos Judiciários e dois Atendentes Judiciários, todos do quadro permanente do órgão, conforme disposição do artigo 409 da Lei Complementar Estadual nº 17, de 23 de janeiro de 1997 (AMAZONAS, 1997). Conforme disposição anterior, as secretarias das quatro varas que integram a 1ª Unidade de Processamento Judicial, por exemplo, contariam com um total de 24 servidores efetivos, número que caiu para pelo menos de 1/3.

Por meio da divisão de tarefas, as secretarias puderam focar em implementar no nível tático políticas e protocolos que, ao uniformizarem o procedimento, revelaram ganho de tempo na atividade cartorária, em decorrência também do acúmulo de experiência das secretarias com o uso dos meios mais modernos de agilização da atividade de secretaria, a exemplo da implementação da automação judicial, que no Tribunal de Justiça do Amazonas teve início no início dos anos 2000 (ESTADO DO AMAZONAS, 2003), anos antes da Lei nº 11.419/06 (BRASIL, 2006), que instituiu o processo eletrônico.

O atual sistema de automação judicial do Tribunal não segue estritamente as diretrizes da norma, especialmente o artigo 14 do diploma, o que pode significar um limite na conquista da efetividade do Judiciário como um todo, haja vista a ausência de unificação (BRASIL, 2006).

Evidente que o uso da computação permite ganho acentuado de experiência. Com as UPJs, uniu-se a experiência do ser humano, que sabe por meio de memória estatística quais os procedimentos mais constantes a serem utilizados hodiernamente no cartório, com a agilidade da informática, que é aperfeiçoada para fazer mais trabalho com menos esforço.

O sucesso do sistema de Cartório Único é tal que já nos primeiros meses de implementação do modelo na primeira UPJ, o Tribunal percebeu um aumento de 27% nas sentenças (Governo do Estado do Amazonas, 2017), e começou a se preparar para a expansão do modelo (TJAM, 2018).

O primado da eficiência é fazer mais com menos. A crença do Tribunal era de que a nova reformulação das UPJs, que diminuiu o gasto com o funcionalismo, pelo menos não diminuiria a efetividade da prestação jurisdicional, e o esforço do Tribunal em fortalecer o setor estatístico, na esteira dos objetivos do CNJ, permitirá a análise jurimétrica dos ganhos proporcionados pela implantação do modelo, o que nos leva ao conceito de jurimetria e a sua aplicação metodológica na análise sobre as Unidades de Processamento Judicial.

1.3. A CONTRIBUIÇÃO DA JURIMETRIA PARA O GERENCIAMENTO DE PROCESSOS JUDICIAIS: O CASO DAS UNIDADES DE PROCESSAMENTO JUDICIAL DO TJAM

A jurimetria, em termos práticos, pode ser entendida como análise estatística de casos passados (FERRARI, 2020, p. 141), ou como a aplicação de métodos quantitativos ao Direito (ZABALA; SILVEIRA, 2014, p. 76). Entretanto, o conceito pode ser alargado de maneira a se tornar mais elucidativo e prático. A doutrina mais experta no tema explica jurimetria como “disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica” (NUNES, 2016); portanto uma definição a um só tempo prática e abrangente o suficiente, uma vez que “o objeto da Jurimetria não é a norma considerada em si mesma ou em relação a outras normas, mas o estudo da conduta daqueles que regulam ou são regulados pelo Direito, ou seja, do comportamento humano em função das normas jurídicas.” (NUNES, 2016).

A vida de uma norma passa por diversas mãos. A princípio a divisão clássica de poderes coloca a elaboração das leis sob responsabilidade do Poder Legislativo. Uma vez feita a norma e considerada coerente com o restante do ordenamento jurídico, ter-se-á a aplicação do texto legal pelos operadores do Direito. Considerando que a jurimetria cuida da análise da

ordem jurídica, o primeiro impacto positivo da análise jurimétrica começa desde o momento de elaboração das leis:

A elaboração legislativa também pode fazer uso de análises quantitativas com bases de dados do Executivo e do Judiciário, uma vez que o Legislativo regulamenta as mesmas questões socioeconômicas dos demais poderes. Uma aplicação direta é a criação de novas regulamentações relativas aos maiores litigantes do país. O relatório técnico publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2011) aponta que bancos, órgãos públicos e empresas de telefonia estão no topo da lista. Assim, priorizar leis mais eficientes à luz da informação disponível pode reduzir drasticamente o tempo de tramitação e custo processual. (ZABALA; SILVEIRA, 2014, p. 78)

Outro uso da jurimetria é nas decisões judiciais propriamente ditas:

Quando se considera a abordagem da Jurimetria pelo enfoque da Decisão Judicial, existe uma reação instantânea de cautela, motivada pelo temor da mecanização da decisão e consequente perda de autonomia por parte do magistrado. Porém, deve-se considerar que a avaliação de informações advindas de levantamentos para a tomada de decisão é um procedimento corrente na Ciência. (ZABALA; SILVEIRA, 2014, p. 78).

O uso da estatística em decisões judiciais passa por outras questões, como o implemento da Inteligência Artificial na atividade jurisdicional; todavia, para o problema proposto, tem-se o uso da jurimetria como instrumento aferidor de táticas de gestão judiciária.

Para tanto, impõe-se a análise de alguns dados, fruto de observação empírica das UPJs. Tal análise obviamente já foi feita pela equipe estatística e pela equipe da secretaria geral das UPJs, vinculadas ao Tribunal; entretanto, será feita a interpretação dos dados disponíveis, que se referem a período anterior ao contexto pandêmico e que mostram a crescente relevância da implementação do sistema de Cartório Único no primeiro cartório implementado, que serviu como experimento para os demais.



Figura 1. Fonte própria, 2020

A primeira UPJ foi implementada no primeiro semestre de 2017, ao final do qual os dados coletados mostraram promissor crescimento dos atos finalísticos de gabinete. Porém, nos anos posteriores percebe-se o aumento de 10,66% dos processos julgados com sentença na 9ª Vara Cível, 8,57% na 10ª Vara Cível, uma queda de 29,9 % nas sentenças da 19ª Vara Cível e uma queda de 2% nas sentenças da 20ª Vara Cível no período compreendido entre 2017 e 2018, o que significaria queda conjunta de 3,4% na produtividade de sentenças dos quatro juízos juntos.

Os resultados, dessa maneira, no médio prazo da implantação do modelo, não pareceriam muito animadores se a análise excluir a diminuição de custos. Entretanto, quando se observam os dados mais maduros do modelo, o padrão de crescimento dos primeiros meses permaneceu, com queda de 10,66% dos processos julgados com sentença na 9ª Vara Cível, aumento de 32,4% na 10ª Vara Cível, de 52,38% nas sentenças da 19ª Vara Cível e 27,6% nas sentenças proferidas pela 20ª Vara Cível no período compreendido entre 2018 e 2019, o que revelou saldo positivo.

As sentenças são o objetivo final do processo, pois representam o título essencial para o início da atividade de satisfação do jurisdicionado. Porém, não são as únicas atividades finalísticas dos gabinetes que permitem vislumbrar os efeitos positivos do modelo de Cartório Único. É importante destacar as decisões interlocutórias, que impulsionam os autos dos processos.



Figura 2. Fonte própria, 2021

Em termos gerais, o que se viu foi um aumento de 25,6% no período entre 2017 e 2018 e 54% entre 2018 e 2019. Por sua vez, os despachos de mero expediente, os atos feitos pelo gabinete destituídos de cunho decisório e que podem ser substituídos pela atividade do cartório, tiveram pouco aumento nos mesmos recortes de tempo.



Figura 3. Fonte própria, 2021

Os dados disponibilizados pelo setor de estatística do Tribunal revelaram que todas as varas adotantes do modelo de UPJs no Tribunal de Justiça do Amazonas – 2ª, 5ª, 6ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 18ª, 19ª e 20ª varas cíveis, conforme organograma atualizado do tribunal (TJAM, 2020) – tiveram aproveitamento de 106,57% da principal meta do CNJ para a produtividade da prestação da jurisdição (Julgar mais pro-

cessos que os distribuídos), pouco superior à média 106,23% das 5 varas que ainda não integram o modelo.



Figura 4. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, 2020



Figura 5. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, 2020

Os dados ainda revelaram coeficiente de variação de 28,2% para as cinco varas com cartórios separados e 21,7% para as varas que integram o modelo das UPJs, o que demonstra tendência do modelo de Cartório Único em unificar a produtividade das varas. O verdadeiro ganho de eficiência das UPJs, contudo, está representado na capacidade de colaborar para que o Tribunal hoje faça mais com menos e atinja o objetivo norte da efetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O gerenciamento de processos judiciais e seu corolário, o gerenciamento da corte ou Administração Judiciária, devem primar pela eficiência como requisito para aferição da efetividade da jurisdição civil; entretanto, isso não deve se confundir com os objetivos de grupos econômicos que buscam apenas reduzir o peso do Estado na economia sem considerar a importância desse mesmo Estado no desenvolvimento social.

O exemplo das UPJs é paradigmático por revelar circunstância em que o Estado pode diminuir seus custos sem causar danos para a coletividade, uma vez que o acesso à Justiça é direito fundamental e essencial ao desenvolvimento social. As políticas de melhor alocação de recursos devem ser ambicionadas e conquistadas, sempre para almejar a celeridade, a eficiência, a eficácia e, sobretudo, a efetividade, mas sem nunca perder o ponto de vista do processo como garantidor de direitos.

Com o emprego mais cotidiano de todas as práticas de gerenciamento processual disponíveis e aquelas que se pretende disponibilizar no futuro, além do avanço revolucionário da tecnologia, com o uso da jurimetria para sempre medir essa evolução e melhor compreender o estado em que se encontra o percurso para esses objetivos, poder-se-á conceber um Judiciário mais eficaz, eficiente e, conseqüentemente, efetivo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento Processual no Novo CPC**. Salvador: Juspodium, 2019.

AMAZONAS. 1ª Termo aditivo do contrato 007/2002. **Diário Oficial do Estado do Amazonas**, Manaus, Poder Judiciário, n. Ano CIX, 16/07/2003.

_____. **Lei complementar N. 17**. Dispõe sobre a Divisão e a Organização judiciária do Estado do Amazonas, bem como sobre o Regime Jurídico da Magistratura e a Organização dos Serviços Auxiliares da Justiça, 1997.

BRASIL. **Lei nº 11.419**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências, 2006.

CABRAL, Antônio. New trends and perspectives on case management: Proposals on contract procedure and case assignment management. **Peking University Law Journal**, Beijing, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/20517483.2018.1603636>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

- CAHALI, Cláudia Elisabete Schwer. **Gerenciamento de processos judiciais**: em busca da efetividade da prestação jurisdicional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO, Luis Gustavo Barbedo Coelho Montes de; OLIVEIRA, Francisco de Assis. **O Neoprocessualismo e o Código Processual Democrático**: A Constitucionalização Dos Princípios Processuais. Rio de Janeiro, 2020.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ESTADO DO AMAZONAS. Nova unidade do TJAM permite agilidade fantástica nos processos, afirma governador em exercício, Bosco Saraiva. **Portal do Governo do Estado do Amazonas**. Disponível em: <<http://www.amazonas.am.gov.br/2017/12/nova-unidade-do-tjam-permite-agilidade-fantastica-nos-processos-afirma-governador-em-exercicio-bosco-saraiva/>>. Acesso em: 06 mar. 2021.
- FERRARI, Isabela *et al.* **Justiça Digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- HARVEY, David. **O Neoliberalismo**: História e implicações. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- JUSTIÇA brasileira deverá ter 114 milhões de ações em tramitação em 2020. **Consultor Jurídico**, 11 Novembro 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-11/brasil-devera-114-milhoes-acoes-tramitacao-2020>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

- MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Introdução à Administração**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: Horizontes para a democratização do processo civil**. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008a.
- _____. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008b.
- NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: Como a estatística pode reinventar o Direito** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; WATANABE, Kazuo. **Gerenciamento do processo (case management) no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador: Juspodium, 2019.
- _____. **Processo e Constituição**. Leme: J.H.Hizumo, 2014.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. O poder invisível: a burocracia judicial brasileira. **Encontro Anual da Anpocs**, v. 5, n. 32, 2006.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Magistratura e Gestão Judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TINOCO, Ana Beatriz Passos. Do Neoliberalismo Processual, das Reformas Processuais Sob Emblema De “Acesso À Justiça” E Da Atuação Do Amicus Curiae No Processo Objetivo: Um Balanço Crítico, **Em tempo**. Marília, v. 12, p. 42-60, 2013.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Provimento Conjunto Nº1/2014: Dispõe sobre a implantação da Unidade de Processamen-

to Judicial (UPJ) – 41^a a 45^a Varas Cíveis da Comarca da Capital. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo; SP, Caderno 1 – Administrativo, n. 1.775, 2014.

_____. **Provimento Conjunto Nº2/2014:** Dispõe sobre o fluxo de trabalho do piloto da Unidade de Processamento Judicial das 41^a, 42^a, 43^a, 44^a e 45^a Varas Cíveis. **Diário de Justiça Eletrônico**, Caderno I – Administrativo, n. Edição 1775, 2014.

_____. **Resolução Nº 845/2020: Planejamento Estratégico 2021-2026.** **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, Caderno 1 – Administrativo, n. Edição 3190, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. Núcleo de Estatística e Gestão Estratégica da Presidência. **Tribunal de Justiça do Amazonas**, 5 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/estatistica-presidencia>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. Organograma Institucional. **Tribunal de Justiça do Amazonas**, 20 fevereiro 2020. Disponível em: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/organograma>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

_____. **Portaria Nº 866/PTJ:** Altera a a estrutura organizacional e funcional das Secretarias das Varas de Primeiro Grau do Poder Judiciário do Amazonas. **Diário de Justiça Eletrônico**, Manaus, Caderno 1 Administrativo, n. Edição 2146, 2017.

_____. **TJAM inicia preparativos da ampliação do projeto das UPJs para os Juizados Especiais Cíveis.** **Juizados Cíveis e Criminais do Amazonas**, 8 Fevereiro 2018. Disponível em: <<https://juizados.tjam.jus.br/juizados/index.php/noticias/63-tjam-inicia-preparativos-da-ampliacao-do-projeto-das-upjs-para-os-juizados-especiais-civeis>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ. **TJPA organiza UPJ das Varas de Família.** **Tribunal de Justiça do Pará**, 20 Outubro 2020. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/1135120-tjpa-organiza-upj-das-varas-de-familia.xhtml>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

VAN RHEE, Cornelis Hendrik. **Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation**. Antwerp: Intersentia, 2008.

VIEIRA, Tatiana de Gusmão; MATOS, Diego Gonçalves Santos de. O fenômeno do neoprocessualismo à luz dos Direitos Humanos. *In*: SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de, *et all* (organizadores). **Dimensões jurídicas dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao Direito. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v. 16, n. 1, p. 73-86, jan-abr., 2014.

ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO PROCESSO CIVIL. LIMITES E POSSIBILIDADES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS

*Heres Pereira Silva*⁶⁴

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a possibilidade ou não de que as partes possam transacionar sobre pontos do processo, quando este foi selecionado — ou ao menos sobrestado — para julgamento em bloco. Como qualquer pesquisa científica, o presente artigo poderá criar no leitor — e essa é nossa expectativa — mais questionamentos do que soluções, uma vez que o Direito não é ciência exata. Para perseguir nosso objetivo, determinamos que se deve, antes de tudo, verificar qual o modelo de processo que adotamos no Brasil: um modelo privatista ou um modelo publicista.

Aqui também residem inquietações, uma vez que ora se apresentam no Código de Processo Civil normas que podem ser afastadas pelas partes,

64 Mestrando em Direito no PPGD-UNESA. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela UERJ. Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNESA e Bacharel em Direito pela UNESA. Advogado, militante no Estado do Rio de Janeiro. Professor no curso de Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

flexibilização procedimental etc., ora encontramos normas cogentes, pelas quais se verifica o processo como um instrumento de caráter público. Assim, uma análise sobre a natureza do processo pelo teor de suas normas, pode confundir o estudioso menos atento, que poderá imaginar tratar-se de uma natureza híbrida, entre privatismo e publicismo.

Analisaremos, também, ainda que esse ponto nos interesse apenas contingencialmente, se a possibilidade de normas de interesse apenas das partes — que podem sofrer modificação por meio de negócio jurídico processual — podem conviver com um processo civil alocado na esfera do publicismo.

Seguindo neste diapasão, vamos analisar o processo civil sob o enfoque, ainda que bastante recortado, das demandas repetitivas. Aliás, um dos filtros do Recurso Extraordinário *stricto sensu* é que a demanda ultrapasse os limites subjetivos das partes, de modo que o que é julgado neste recurso é a pertinência do direito, na qual uma tese deverá ser formulada, para aplicação em outros casos iguais. Enfrentamos, desse ponto de partida, os limites pelos quais se restringem as convenções entre as partes quando do consenso quanto a determinados pontos do processo.

Com isso, avançamos de um conteúdo histórico acerca da natureza do processo, passando pelas normas processuais vigentes, especialmente, as que preveem os acordos processuais, até chegar ao ponto de chegada — que deve ser apenas um ponto de parada para um novo recomeço, graças aos questionamentos que serão levantados e não necessariamente respondidos — no qual apreciaremos os limites do consenso no julgamento das demandas repetitivas.

1. PRIVATISMO E PUBLICISMO NO PROCESSO CIVIL

1.1. DE APÊNDICE DO DIREITO PRIVADO À CONCEPÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL: AS DUAS PRIMEIRAS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL

A famosa dicotomia preconizada pelo direito romano que separava o Direito entre público e privado também recebe atenção no estudo do Processo Civil. Estaria este ramo do Direito na esfera do público ou do privado?

Antes de ganhar sua autonomia científica, o Direito Processual era visto como um apêndice do Direito Civil, vale dizer, o processo tinha tão somente o condão de realizar o direito material.

Durante a era privatística, o processo pôde ser reconhecido como contrato (*litis contestatio*), no qual as partes, ao escolher o árbitro de sua confiança e nomeado pelo pretor, já definiam os limites da lide e o objeto a ser julgado (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2017).

A partir da noção de que o processo não poderia se enquadrar em uma categoria de contrato, passou-se a pensar no processo como um quase-contrato e depois ainda como um procedimento. Assim é que Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) nos informam:

O processo constituía uma série de atos que deveriam ser praticados como consequência da litigiosidade da relação jurídica de direito privado. Melhor: a relação privada, ao se tornar litigiosa, dava origem à necessidade da prática de uma sequência de atos que faziam parte do rito judicial de aplicação do direito material que se tornara litigioso.

Aqui ainda estamos diante da noção de processo como mero apêndice do direito material. Vale dizer, o processo apenas realizaria o direito material quando litigiosa a coisa.

A relevância e conseqüente autonomia do processo vai nascer a partir dos estudos de Oskar von Bülow⁶⁵, cuja premissa, nos explica CABRAL (2020a) era a de que “*a relação jurídica processual é pública por englobar o Estado-juiz; por isso diferenciava-se da relação jurídica de direito material subjacente a ela (res in iudicium deducta)*”.

No estudo do direito processual, essas são as duas fases metodológicas da linha evolutiva, de modo que o processo deixou de ser tido como direito adjetivo e, ganhando sua autonomia, teve o mérito de colocá-lo na seara publicista.

65 Bülow publica em 1868 a obra intitulada Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais, na qual afirma que no processo há relação jurídica. Bülow usa a concepção de relação jurídica de direito privado para afirmar a existência de uma relação jurídica entre as partes e Estado-juiz, relação jurídica, essa, de direito público, portanto.

1.2. DA INSTRUMENTALIDADE AO PROCESSO COOPERATIVO/COMPARTICIPATIVO: A TERCEIRA FASE METODOLÓGICA E AS CONCEPÇÕES MODERNAS DE PROCESSO

As fases metodológicas aqui colocadas são bem explicadas por CINTRA; GRIVONER; DINAMARCO (2009) no clássico Teoria Geral do Processo, que até a 25ª edição falava em três fases metodológicas no estudo evolutivo do processo: a fase adjetiva do processo como apêndice do direito material; a fase autonomista (ou conceitual) que vai fundar o publicismo do processo e; por fim, a fase instrumentalista, que vamos verificar nas linhas seguintes.

Responsável por inserir no Brasil a fase instrumentalista do processo, Cândido Rangel Dinamarco redigiu a obra seminal, A Instrumentalidade do Processo. Nesta obra, o autor cuida de explicar que o processo teria escopos a serem alcançados, sendo que o principal deles seria o escopo de pacificação social. Via-se que o conflito entre pessoas podia gerar perturbação social, sendo o Estado o responsável por resolver tais conflitos e, com isso, restabelecer a paz na sociedade. “*O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social*” (CINTRA; GRIVONER e DINAMARCO, 2009, p. 47).

A fase instrumentalista teve o mérito de buscar por um acesso à ordem jurídica justa, o que demandaria superar óbices econômicos e jurídicos e, para tanto, parte da premissa de que formalismos poderiam impedir ou atrapalhar este escopo, daí que previu o postulado da instrumentalidade das formas, “*segundo a qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados*” (CINTRA; GRIVONER e DINAMARCO, 2009, p. 48).

A tese de Cândido Rangel Dinamarco, porém, embora bastante festejada, não foi imune às críticas e, atualmente, não cabe mais na teoria do processo, embora ainda se fale em instrumentalidade das formas como um desapego às formalidades que inviabilizam o exercício de direitos subjetivos. Essa tese teve o condão de prosseguir com a relação autônoma do direito processual em face do direito material, prevendo escopos próprios para o direito processual independentes do direito material. Todavia, da-

va-se especial relevo à jurisdição de modo que não haveria espaço para atuação das partes.

Ignorando propositalmente outras fases apontadas na doutrina, podemos dar um salto para o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), já que com ele houve grande evolução neste sentido, de modo que se abre o processo para uma relação de cooperação entre as partes, num típico modelo cooperativo/comparticipativo de processo.

Uma das melhores referências no tema fica por conta da obra de MITIDIERO (2015) na qual o autor baseia o modelo cooperativo em três pressupostos culturais: os pressupostos sociais; os pressupostos lógicos e; os pressupostos éticos.

Embora o citado autor, em outro texto em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, já aqui citado, se mostre ao lado da doutrina que enxerga os negócios jurídicos processuais com desconfiança, é a partir do modelo cooperativo de processo que se torna possível enxergar as bases para os negócios jurídicos processuais, sem que se abra mão do seu caráter publicista. Neste sentido, relata o autor que o modelo cooperativo funda-se em outras bases, diversas do modelo paritário e do modelo hierárquico, na medida em que se forma no processo uma “*comunidade de trabalho*” e a “*cooperação converte-se em uma prioridade no processo*” (MITIDIERO, 2017, p. 64-5).

Desta forma, no bojo de um processo cooperativo há lugar para trocas entre as partes e o juiz, de modo a criar um terreno fértil para um processo justo, no qual as partes tenham a liberdade de adaptar o procedimento aos seus interesses, solucionando de forma justa e alcançando o desiderato da paz social a partir da maior participação no processo.

Ao rever a historicidade do processo civil com sua evolução, ainda que de forma breve e, compreendendo a natureza pública do processo, convém compreender as normas que preveem as convenções processuais e, se é possível falar numa contratualização do processo.

2. O LUGAR DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Em obra dedicada ao tema das convenções processuais, Antonio do Passo Cabral (2020a) salienta a compatibilidade das convenções proces-

suais com o publicismo processual. De fato, como visto no tópico anterior, o processo civil é reconhecidamente público, seja pelo reconhecimento da já ultrapassada teoria da relação jurídica processual, seja pela instrumentalidade do processo ou até mesmo pela reaproximação do processo ao direito material, esta última fincada em bases específicas. Enxergá-lo como público acabou por criar a noção de que as normas processuais seriam de natureza cogente, inafastáveis pela vontade das partes.

Como visto alhures, a fase instrumental do processo o reconhece assim a partir de escopos aos quais ele estaria vinculado. O primeiro escopo — chamado “*escopo social magno do processo e do direito como um todo*” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 47) traduz bem a ideia que paira(va) no imaginário dos juristas: a de que o processo é, antes, um instrumento de paz social e, para alcançar esta paz, as partes não podem revogar as normas que levarão o Estado-juiz a alcançar este fim.

Nesse diapasão Cabral (2020a) lembra parte da doutrina que, descrente dos negócios processuais, alimenta a ideia de que falar em negócios processuais é falar em privatização do processo ou, ainda, um neoprivatismo ou neocontratualismo.

É esse o pensamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 531), que escrevendo sobre o CPC/2015 asseveram que

O Código de Processo Civil, alinhando-se a uma tendência desenvolvida sobretudo no direito francês, a partir da década de oitenta do século passado, abraçou francamente a *contratualização do processo*. (grifos originais).

Os citados autores, em considerações críticas ao que eles chamam de privatização, enxergam nos escopos do processo uma função mais ampla para o processo do que aquela de solução de litígios como “coisa das partes”. Textualmente referem que “*essa privatização do processo civil simplesmente desconsidera todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins*” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 539). mDesta forma, percebe-se que em doutrina não é fácil admitir a existência de acordos processuais — típicas manifestações privadas de vontade — ao mesmo tempo em que se entende — e isso é pacífico — pela natureza pública do processo.

Assim Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) entendem que os acordos processuais poderiam se catalogar em duas modalidades: aqueles que afetam as atividades das partes e; aqueles que afetam a atividade jurisdicional. Estes últimos é que, para os autores, não deveriam estar à disposição das partes, já que o processo teria outros escopos para atender, para além dos interesses das partes envolvidas.

Sem descuidar do entendimento de que seria perfeitamente possível falar em convenções processuais no âmbito de um processo marcado pelo publicismo, CABRAL (2020a) trabalha todo um capítulo da sua obra para verificar cada uma das situações processuais, definindo o âmbito de liberdade das partes para convencionarem.

Menos abrangente, mas ainda assim assertivos, MARINONI; ARENHART e MITIDIERO (2017, p. 540) afirmam que “*o ideal, portanto, é que se possa prestigiar a autonomia das partes sem negar ao processo sua função de tutela dos direitos na dimensão da Constituição*”.

À guisa de conclusão parcial, diante do que foi trabalhado até aqui, é correta a afirmação de que a Constituição é sempre o limite de atuação das partes, sejam nos negócios jurídicos do direito material, sejam também nos negócios jurídicos processuais.

E mais, é possível a convivência de normas privatísticas no processo, espaço eminentemente público, sem que com isso desnature-se tal instrumento. Todavia, importante discussão se deslocará para a conformação dos acordos processuais naqueles processos em que se julga o direito em massa, vale dizer, o julgamento em bloco de matéria repetitiva. É o que tentaremos verificar no capítulo seguinte.

3. OS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE QUESTÕES REPETITIVAS COMO INSTRUMENTO DE INTERESSE PÚBLICO PARA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

Seguindo na linha histórica, ou melhor, pelas fases metodológicas pelas quais o processo civil esteve envolvido, podemos inferir que o processo civil se insere no direito público, dentro da dicotomia a se faz alusão a partir do direito romano.

Desta forma, pode causar certa estranheza a colocação do tema sobre as convenções processuais, típicas de um processo civil dito privado, ao

lado da noção de processo civil como instrumento público, sem afirmar por um neoprivatismo ou contratualização do processo civil, categorias rejeitadas neste trabalho.

Entretanto, especialmente quando se fala em incidentes repetitivos⁶⁶, temos claramente uma disposição publicista, de modo que o processo ultrapassa os limites intersubjetivos das partes e se torna um instrumento para fixação da tese jurídica formadora do precedente que irá se aplicar a casos futuros, isto é, a outros casos que não são os das partes.

Com efeito, Marinoni (2014) identifica no sistema⁶⁷ de precedentes justificativas como a unidade e o desenvolvimento do direito; promoção da igualdade e previsibilidade (dentre outros), que juntos identificam a utilização daquele resultado em outros processos e com outras partes.

Desta forma, a técnica de formação de precedentes a partir do julgamento de casos concretos serviria para dar estabilidade, integralidade e coerência à jurisprudência dos Tribunais (art. 926, CPC/2015), evitando que casos semelhantes fossem julgados de forma distinta, o que em última análise protege à própria jurisdição, vista a partir do seu escopo de gerar a paz social, portanto, alheio aos interesses das partes e indisponível às suas alterações.

De acordo com Pinho e Vidal (2019, p. 1047-8), escrevendo sobre a possibilidade de autocomposição em sede de Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR):

A incompatibilidade inicial estaria na compreensão equivocada de que, ao se conceber espaços à consensualidade no âmbito de uma causa-piloto, por exemplo, estaria sendo evitada a formação de um precedente judicial e as respostas por ele buscadas, como a

66 Aqui nos referimos de forma genérica a incidentes repetitivos, de modo a abarcar o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), os recursos extraordinários e especiais repetitivos, bem como o recurso de revista repetitivo.

67 Não é pacífica a utilização do termo sistema de precedentes. Para autores como Lenio Streck e Georges Abboud, o Brasil não tem um sistema de precedentes. Para os autores “O CPC-2015 elenca determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passarão a ser vinculantes para o enfrentamento de nossa litigiosidade repetitiva. Mas não se trata de sistema-precedentes” (STRECK; ABOUD, 2016).

atribuição de maior segurança jurídica no desempenho da função jurisdicional e o respeito à igualdade enquanto unidade do Direito.

Mas como admitir a possibilidade de autocomposição nos processos que visam a formação do precedente, seja ele vinculante ou não? Uma primeira tentativa de resposta ao questionamento proposto parte da possibilidade de autocomposição em relação ao direito material. Mais uma vez, Pinho e Vidal (2019) sugerem que não sendo a causa selecionada como paradigma, mas tão somente afetada pela matéria, não haveria problemas em resolver o caso pela transação entre as partes no que toca ao direito material.

Porém, como recordam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 531-2) “figuras como a transação, a renúncia, o reconhecimento jurídico do pedido obviamente estão ligadas de forma direta ao poder de dispor do direito material e, portanto, ligam-se antes ao plano substancial que ao plano processual”. Não é nosso objeto no presente trabalho — até mesmo pelos limites estreitos a que se propõe — tratar da autocomposição em matéria de recursos repetitivos. Assim, devolvemos ao leitor o questionamento, agora mais refinado com a diferença da autocomposição ligada ao direito material para a autocomposição ligada ao direito processual. Assim, pergunta-se: como evitar que as convenções processuais não alterem — ou ao menos não prejudiquem — a formação do precedente? Ou, é possível falar em negócios jurídicos processuais nos processos que visam à formação do precedente?

É correto afirmar, como estamos fazendo desde o início do presente trabalho que o processo civil se enquadra na dicotomia pública do direito, mas assim reconhecemos que nele também há um caráter privado, já que o processo, em análise apertadíssima, se desenvolve para solucionar a lide entre as partes⁶⁸.

68 Obviamente não se olvida que o processo não é apenas um instrumento para tratar dos interesses de duas partes, autor e réu. O processo pode ser ainda um processo objetivo, no qual sequer existem partes ou até mesmo um processo difuso ou coletivo, nos quais as partes são indeterminadas ou determináveis ou, ainda, um grupo, categoria ou classe de pessoas. Todavia, a análise aqui é sobre os negócios jurídicos processuais e parte de um processo “tradicional”, individual, já que cuidar dessas convenções em processos objetivos ou coletivos seria matéria para outro texto.

Em que pesem os incidentes para resolução de questões repetitivas nasçam das questões trazidas pelas partes de um processo individual (sem querer abordar os processos coletivos), essas demandas se destinam ao interesse público, ultrapassando interesses das partes, que é justamente a formação do precedente. Nesses tipos de incidentes não é possível sequer desistir do processo, ou melhor, a desistência é possível, mas o Ministério Público assumirá a titularidade da ação (art. 976, §§1º e 2º, CPC).

Alguns problemas se encontram neste cenário, em que as partes não teriam legitimidade para convencionar sobre um processo cujo interesse passou a ser público, coletivo. Não poderiam ser enquadradas como substitutas processuais, mesmo porque estariam de lados opostos.

Cabral (2020b) ainda aponta que:

É muito improvável que se consiga viabilizar uma negociação global com participação efetiva de todas as partes de todos os processos, o que por vezes significa ter que autorizar o exercício de prerrogativas processuais a um número excessivamente alto de pessoas (na casa das dezenas ou centenas de milhares).

Portanto, sobeja a necessidade de se compreender que o processo enquanto naturalmente público convive com questões de interesse meramente privado (para além do direito material subjacente), para as quais é possível falar em convenções processuais, mas persiste a pergunta: é possível falar em negócios jurídicos processuais neste tipo de incidente?

Antes mesmo de tentar responder ao questionamento, mas considerando que as respostas podem não ser dadas ou mesmo pretensamente respondidas no conjunto do texto, é correto afirmar que esses incidentes normalmente partem de um caso no qual existe um interesse de duas partes, a par de ter relevantíssimo interesse público a justificar mesmo a intervenção do Ministério Público (art. 976, §2º, CPC).

Desta feita, parte da doutrina irá admitir os negócios jurídicos processuais, tendo em vista a primeira parte da afirmação imediatamente acima — embora de interesse público, o pano de fundo é uma questão individual. Outra parte da doutrina irá se manifestar negativamente, fundamentada na segunda parte da afirmação — os incidentes têm um grande interesse público.

É interessante observar que a maioria dos manuais omitem tal informação, não enfrentando a questão da possibilidade ou não de que os negócios jurídicos processuais possam ser aplicados no julgamento dos casos repetitivos. Com isso, é necessário chamar a atenção do leitor para a existência do debate e para que a academia se posicione acerca do assunto.

A doutrina que começa a tratar do tema, ainda muito incipiente, vai se dividir. Admitindo a possibilidade de convenções processuais no bojo do processo que cuida de matéria repetitiva MENDES (2017, p. 251-2), ensina que

Poderá haver acordo coletivo mesmo em relação às questões processuais, desde que restrito às partes plenamente capazes, pois, em princípio, não parece existir objeção, em razão do caráter plúrimo, para que se admita autocomposição, salvo alguma peculiaridade no caso concreto que incida na vedação contida na parte final do art. 190 do estatuto processual.

Por outro lado, Cabral (2020b) rejeita a aplicação das convenções processuais e tece valiosos comentários em argumentação. Para tanto, cita potencial violação ao princípio do contraditório, uma vez que as partes que conduziriam a negociação seriam apenas aquelas do caso-piloto, suprimindo a participação das centenas ou dezenas de milhares de pessoas que estariam com seus processos suspensos. Cita o caso dos expurgos inflacionários, cuja tramitação no Supremo chegou-se a um acordo, sem qualquer participação da população que tem uma ação tramitando na qual discute a percepção dos referidos expurgos.

Entende ainda, pela violação do princípio do acesso à justiça, do dispositivo e da igualdade processual (art. 7º, CPC), uma vez que num cenário de pulverização dos litigantes eventuais o litigante habitual (normalmente grandes players do mercado econômico) teria maiores facilidades para litigar e chegar a um acordo cujo interesse somente a eles atenderia.

Perceba-se que aqui se adotará a posição que admite a possibilidade de acordos processuais nas demandas repetitivas e também é o que parece admitir o projeto de lei (PL 4778/2020) que cuidará dos processos coletivos.

Vêja-se o teor do seu artigo 13 *caput* e parágrafo único, *verbis*:

Art. 13. As partes poderão celebrar negócios jurídicos processuais em qualquer fase do processo, inclusive no cumprimento de sentença, cabendo ao juiz o controle de sua validade.

Parágrafo único. Sempre que possível, em ações em que se pleiteiam direitos difusos ou coletivos, deverá haver acordo sobre a destinação dos valores pedidos ou acordados, para que sejam diretamente empregados na realização de obras para restaurar o dano ao meio ambiente, ao patrimônio cultural ou artístico, ou outras obras ou atividades com o objetivo de reparar o prejuízo.

Mutatis mutandis, o processo que cuida de resolver questões repetitivas pode se inserir numa compreensão coletiva, na medida em que sua decisão fixará uma tese, cuja aplicação se dará aos casos presentes sobrestados e futuros, admitindo mesmo que juízes julguem improcedente o pedido de forma liminar (art. 332, CPC) quando contrariarem acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

Voltando ao Projeto de Lei, o seu artigo 29, ainda assevera que “*todo litígio coletivo pode ser resolvido por meio de acordo ou Termo de Ajustamento de Conduta*”. E para a concessão de legitimidade democrática ao acordo, já que envolve diretamente incontáveis pessoas, o projeto define que todos os litisconsortes deverão participar da proposta e a homologação pelo juízo depende da realização de audiência pública e manifestação do Ministério Público.

Assim, o que o projeto está a permitir é a realização tanto de negócios jurídicos processuais (art. 13 do PL 4778/2020) quanto acordos envolvendo direito material (art. 29 do PL 4778/2020), no âmbito de processos coletivos.

Aqui, reiteramos que admitiremos a possibilidade de acordos processuais em sede de julgamentos de casos repetitivos e justificaremos a nossa posição nas linhas que se seguem e à guisa de conclusão do presente trabalho, no tópico abaixo.

4. OS LIMITES DOS ACORDOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA REPETITIVA

Já foi dito em outras linhas deste texto que os limites à convenção processual das partes sempre seria a Constituição, tanto para aqueles que

admitem os negócios processuais no bojo de um processo dito publicista — e mais especificamente em um processo que cuida de casos repetitivos —, quanto para os que pedem cautela no seu tratamento. *Vis-à-vis* as posições que admitem ou inadmitem os acordos processuais, fato é que deve-se impor limites à sua aplicação no bojo de processos que cuidam de matéria repetitiva.

Convém, ainda, mencionar que as convenções das quais falamos neste tópico são os negócios jurídicos processuais. A autocomposição no tocante ao direito material, ficará, de fato, a critério das partes, uma vez que, ainda que solucionado o processo no que tange à realização do direito material das partes, a questão jurídica subjacente ainda poderá ser julgada e fixada a tese. Acordar nesses casos passa a ser questão de estratégia típica do jogo processual.

Quanto ao primeiro dos limites, não há dúvidas são os direitos fundamentais. Não é possível às partes dispor sobre direitos processuais fundamentais, notadamente o contraditório e a ampla defesa. Outro limite seria encontrado na boa-fé objetiva⁶⁹. O terceiro dos limites será a própria lei e aqui podemos, de pronto, citar o parágrafo único do art. 190, o qual prevê um controle de validade pelo magistrado.

É de se registrar, porém, que mesmo no dispositivo em comento, o legislador usou a expressão “*recusando-lhes aplicação somente nos casos...*”, vale dizer, a regra é a liberdade das partes em acordar “*mudanças no procedimento*” e “*convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais*” (CPC/2015, art. 190).

Ainda na legislação encontramos outro limite aos negócios processuais: ainda que as partes negociem a desistência do processo, essa não afastará a possibilidade de prosseguimento com o julgamento da causa. Dessa forma, havendo requerimento de desistência, o processo segue julgamento e o resultado da causa não poderá ser reclamado pela parte, visto que renunciou ao direito sobre o qual se fundava a ação ou, de outro lado,

69 A função de limite às posições jurídicas subjetivas ou função de controle do abuso do direito não serão, por óbvio tratadas nos estreitos limites deste trabalho, mas por todos, indicamos as obras do Prof. Nelson Rosenvald, Dignidade Humana e boa-fé objetiva do Código Civil, ed. Saraiva e do Prof. Anderson Schreiber, A proibição do comportamento contraditório, ed. Renovar.

a sujeição ao direito sobre o qual se funda a ação. Mas perceba, apenas valeria *inter partes*.

Já os acordos processuais dispositivos, isto é, aqueles que flexibilizam ou modificam o procedimento, devem, via de regra, ser limitados em seu uso. Isso por que o trâmite da demanda repetitiva deverá observar a forma prevista em lei, garantindo-se assim o devido processo legal como garantia fundamental.

Numa demanda individual, o devido processo legal interessa às partes, se bilateralmente elas convencionam por flexibilizar o procedimento, mal nenhum haveria em derogar a norma legal. Todavia, diante de um caso “coletivo”, a causa-piloto deverá observar a forma enquanto garantia.

Não obstante, entendemos possível a convenção sobre pontos do procedimento que interessará apenas às partes, como, *v.g.*, a limitação à sustentação oral ou mesmo a ampliação de prazos processuais, que embora possam interferir no processo, não nos parece que interferirá no resultado final, o que em última análise é o que interessará aos milhares de litigantes daquela causa.

Evidentemente não se esgota aqui, nestas linhas, os limites que podem ser impostos aos negócios jurídicos processuais, tanto nos processos individuais, mas principalmente — para os nossos propósitos — nos processos que julgam matéria repetitiva.

Os limites apresentados, contudo, iniciam o debate que poderá, ou melhor, deverá ser ampliado na academia e em outros trabalhos.

À guisa de conclusão parcial, porém, podemos propor — como forma de colocar em evidência o debate que ora se nos apresenta —, a fixação de uma diretriz para pensarmos no tema, qual seja, a de que seria possível falar em negócios jurídicos processuais em processos coletivos, desde que tais acordos sobre o processo cinjam-se tão somente àquelas questões que interessam apenas às partes litigantes, seja no processo-piloto, seja na causa individual sobrestada, respeitando-se assim também os direitos e garantias fundamentais, limitando-se pela boa-fé objetiva.

Está aí, uma proposta para início de debate.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo esse cenário de omissões e dúvidas doutrinárias é necessário que se pesquise o tema em tantas oportunidades quantas forem

possíveis. Aqui os limites estreitos do presente trabalho apenas nos dão a chance de chamar a academia ao debate e foi com este espírito que iniciamos a escrita, vale dizer, sem qualquer pretensão de esgotar as possibilidades do tema. Por outro lado, pensamos ter alcançado um primeiro objetivo: iniciar o debate e provocar a academia a pesquisar sobre este tema ainda muito incipiente e pouco explorado.

Sendo assim, concluímos — uma falsa conclusão, ou melhor, uma conclusão parcial, um ponto de parada — no sentido de que os negócios processuais, a despeito da noção pacífica de que temos um processo de caráter público, podem ser aplicados sem qualquer constringimento e, nos casos de processos que julgam demandas repetitivas, os quais saltam aos olhos o publicismo, em que pese mais limitados ainda, não há que se falar em impossibilidade de aplicação de tais negócios.

A partir destas linhas e das que já foram escritas sobre o tema, precisamos avançar para que o tema seja abordado com seriedade e que sejam geradas condições de possibilidade para um processo cada vez mais democrático sem que seja taxado de coisa das partes, mas que também fuja de um processo dito como coisa do Estado.

A virtude está no meio dos extremos, já dizia Aristóteles.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4778/2020. Dispõe sobre a nova Lei de Ação Civil Pública e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0qe9qvc3ouz781ja4z1r3cim6a4259732.node0?codteor=1933591&filename=PL+4778/2020>. Acesso em: 03 abr. 2021.

_____. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Senado, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2020a.

_____. Autocomposição e litigância de massa: negócios jurídicos processuais nos incidentes de resolução de casos repetitivos. *In: Grupo*

de pesquisas “Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo”, vinculado à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro: [s.n.], 2020b.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e sua Permeabilidade à Autocomposição. In ARAÚJO, Fernando (dir.) **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Ano 5 (2019), nº 6: Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1045_1071.pdf>. Acesso em: 03/04/2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. V. I. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** In *Senso Incomum, Conjur*: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 03/04/2021.

A INTEGRAÇÃO DEMOCRÁTICA VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: UM CASO DE CONCREÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

*Janaina Costa de Souza*⁷⁰

*Thiago Braga Dantas*⁷¹

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) autoriza a oposição de embargos de declaração em face de qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material. Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, isto é, cujo conhecimento é condicionado à indicação de um dos vícios supracitados; não objetivam diretamente a reforma da decisão embargada, mas sim o seu aperfeiçoamento, e eventual efeito infringente é decorrência da correção das irregularidades do *decisium*.

70 Graduada de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Voluntária do Programa de Iniciação Científica e Tecnológica da Universidade do Estado do Amazonas.

71 Doutorando do Programa de Pós-graduação Sociedade e Cultura na Amazônia. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professor Assistente da Universidade do Estado do Amazonas.

Pode ocorrer que, após a prolação de decisão judicial e durante o prazo recursal ou após a oposição de aclaratórios mas antes do seu julgamento, haja a consolidação de novo precedente judicial sobre a matéria discutida na demanda. Quanto à possibilidade de conhecimento de precedente posterior ao julgado em sede de embargos de declaração, há divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), já que ambas as Cortes possuem julgados tanto em sentido positivo quanto negativo.

Além de existir controvérsia jurisprudencial acerca do tema, trata-se de questão que afeta diretamente a economia processual e o direito fundamental à razoável duração do processo, pois a reforma de julgado com base em precedente superveniente em sede de embargos de declaração preveniria a interposição de outros recursos e, conseqüentemente, aceleraria o trânsito em julgado.

Pretende-se analisar essa possível hipótese de cabimento de aclaratórios a partir do processualismo constitucional democrático, prestigiado nas normas fundamentais do CPC/2015.

A princípio, examinar-se-á o desenvolvimento do processualismo constitucional democrático, bem como a relevância dos princípios do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e da cooperação na sua concretização. Na sequência, passar-se-á ao exame do sistema de precedentes judiciais e da função deles na democratização do processo. Por derradeiro, avaliar-se-ão os principais aspectos da controvérsia sobre o conhecimento de precedente superveniente em sede de embargos declaratórios, a fim de aferir sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

1 A IMPLEMENTAÇÃO DO PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO POR MEIO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DA COOPERAÇÃO

Considerado o fundador da ciência do Direito Processual, Oskar von Büllow definiu o processo como relação jurídica de direito público que se exteriorizaria por meio do procedimento e cujos sujeitos seriam as partes

e o juiz. Tal concepção influenciou diretamente a Teoria Instrumentalista, de Cândido Rangel Dinamarco, que idealizou o processo como instrumento da jurisdição, cujo objetivo seria a realização dos escopos metajurídicos e a pacificação social (RODRIGUES; LAMY, 2018, p. 107-110).

Apesar de ainda ser reproduzido por grande parte da doutrina brasileira, é forçoso reconhecer que o Instrumentalismo endossa o solipsismo e o protagonismo judiciais, o que não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 230).

Crítico da teoria de Büllow, Goldschmidt caracterizou o processo como situação jurídica e negou a existência de direitos e deveres processuais – que se depreendia da noção de processo como relação jurídica –, além de sustentar que as partes possuiriam meras faculdades e ônus de praticar os atos processuais (LIMA, 2015, p. 507). Mais adiante, essa ideia serviria de base para a Teoria Estruturalista de Elio Fazzalari, que apontava o processo como espécie de procedimento qualificado pelo contraditório e o procedimento seria mecanismo de legitimação do ato final (COUTINHO, 2012, p. 28).

Apesar de representar grande avanço no estudo da natureza jurídica do processo, a Teoria Estruturalista demandava complementação no sentido de considerar o aspecto constitucional desse instituto. Foi a partir da primazia das normas constitucionais advogada pela Teoria Constitucionalista que se chegou à percepção do processo como direito fundamental (FIORATTO; DIAS, 2010, P. 237).

Segundo essa última teoria, a Carta Magna não assegura aos indivíduos direito fundamental a qualquer tipo de processo, mas sim a procedimento que seja adequado ao modelo constitucional de processo, noção introduzida por Andolina e Vignera (COUTINHO, 2012, p. 30). Os autores italianos idealizaram o referido modelo como conjunto de princípios constitucionais indissociáveis e codependentes que serviria de base para todo e qualquer processo (BARROS, 2009, p. 331-345). A dinamicidade e capacidade de adequação desse modelo se explica por três atributos apontados por seus fundadores:

- a) expansividade (capacidade de condicionar a formatação de qualquer procedimento jurisdicional criado pelo legislador); b) variabilidade (possibilidade de assumir formas diversas, adaptando-se

aos mais variados tipos de procedimento exigidos pelas situações jurídicas específicas); e c) aperfeiçoabilidade (possibilidade de ser sempre aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional). (COUTINHO, 2012, p. 30).

Deve-se ter em mente, entretanto, o alerta de Nunes e Bahia (2010, p. 63) de que o predomínio do constitucionalismo sem a democracia, e vice-versa, suscita o autoritarismo. Para Habermas a participação de seus destinatários no procedimento, com possibilidade de discurso, seria requisito de norma legítima e democrática (COUTINHO, 2012, p. 31). Logo, o processo do Estado Democrático de Direito deve garantir a participação dos interessados na decisão judicial, com oportunidades de manifestação e de influência em tal provimento, bem como observar os princípios que estruturam o modelo constitucional de processo.

Essa democratização, segundo Hoffmann e Cavalheiro (2016, p. 101), deve abranger a esfera exoprocessual, ao se proporcionar maior acesso à justiça, e também endoprocessual, com o aperfeiçoamento dos institutos processuais de forma a permitir a participação popular no diálogo processual, o que não se restringe às partes.

Da conjugação dessa percepção com os ideais da Teoria Constitucionalista, surgiu o Processualismo Constitucional Democrático, concepção que parte da premissa de que:

O Estado Democrático de Direito é um conceito indissociável dos conceitos de constituição, democracia e direitos fundamentais; mas também é inseparável do conceito de processo, enquanto garantia de que os cidadãos terão os seus direitos respeitados. Desse modo, não se pode conceber a existência fática de um Estado Democrático de Direito, sem que se entenda o conceito de processo constitucional democrático, pois é nesse último que reside a própria garantia de existência dos fundamentos daquele. (COUTINHO, 2012, p. 36).

Além do enfrentamento ao despotismo, busca-se combater a liberalização e a socialização presentes no âmbito processual, visto que tais modelos são obsoletos por legitimarem protagonismos inconciliáveis com o Estado Democrático de Direito. Para tanto, sustenta-se o policentrismo

e a participação processual, de forma que os sujeitos atuem em igualdade (HOFFMAM; CAVALHEIRO, 2016, p. 101), pois todo processo constitucional deve:

[...] garantir a participação dos interessados na decisão (que sofrerão seus efeitos); além de permitir o controle dos argumentos solitariamente encontrados pelo órgão decisor, que sem o debate (sem o processo) certamente poderá se equivocar e gerar efeitos processuais nefastos, sem, ainda, esquecer a obtenção de eficiência na aplicação dos direitos. (NUNES; BAHIA, 2010, p. 85-86).

Para a consecução desses objetivos, é inegável a importância do respeito aos princípios constitucionais do processo, dentre os quais, para os fins desse estudo, destacam-se os do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e da cooperação processual.

O contraditório, na lição de Fioratto e Dias (2010, p. 244), “[...] garante a participação, em simétrica paridade, da construção da decisão, a todos os afetados por ela.” Por sua vez, a obrigatoriedade da fundamentação dos pronunciamentos judiciais permite tanto que as partes saibam se a causa foi precisamente analisada pelo julgador assim como o povo pode controlar tais pronunciamentos por meio da democracia participativa (DIDIER JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2020, p. 397). É latente a indissociabilidade de tais princípios, pois a ausência ou má fundamentação dos pronunciamentos judiciais ofende o contraditório em seu aspecto substancial, uma vez que:

[...] somente com a devida exposição dos fundamentos de acolhimento e de rejeição de cada uma das questões apontadas e discutidas no processo é que se pode dizer se houve uma possibilidade efetiva de influência e se foi respeitado o direito de ter seus argumentos considerados – aspectos do contraditório. (MARÇAL, 2019, p. 248).

A cooperação processual impõe ao juiz os deveres de: esclarecer as partes sobre eventuais dúvidas; consultá-las antes de decidir sobre a lide; e apontar os defeitos das manifestações das partes, para que se permita o seu suprimento (DIDIER JR., 2017, p. 144-146). Percebe-se, portanto,

que se trata de importante ferramenta de democratização processual, que decorre do princípio do contraditório (PARCHEN, 2012, p. 10).

O art. 489, §1º, do CPC/2015, destaca a relevância da motivação adequada das decisões judiciais nos casos de aplicação, distinção e superação de padrões decisórios. Intensificando-se o dever de fundamentação, reforçam-se, indiretamente, os princípios do contraditório e da cooperação, uma vez que indissociáveis daquele. Urge a análise da relação dessas e outras normas fundamentais do processo com o sistema de precedentes implantado no ordenamento jurídico brasileiro.

2. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

O ordenamento jurídico brasileiro se originou da *civil law*, que tem na lei – em sentido lato –, sua principal fonte, em contraponto à *common law*, que é sistema fundamentalmente jurisprudencial. O CPC/15, com vistas à instituição de sistema de precedentes persuasivos e vinculantes, determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (BRASIL, 2015).

Segundo Gajardoni et al. (2018a, p. 471-472) o dever de manter a jurisprudência estável traduz-se no reforço à igualdade e à certeza jurídica, na medida em que garante aos litigantes certa previsibilidade sobre o resultado do processo; a integridade, relaciona-se à consideração pelo julgador das decisões anteriores sobre o tema, ainda que decidam em sentido contrário; já a coerência exige tratamento semelhante às mesmas questões nos julgados das Cortes. Deve-se destacar que jurisprudência estável não é, necessariamente, imutável, pois os precedentes:

[...] não podem servir de obstáculo ao desenvolvimento do direito, tornando o presente refém perpétuo do passado, projetando um futuro já desbotado. Todavia, não é qualquer modificação da realidade que importa em superação do precedente. Exige-se alteração substancial da base jurídica, política, social ou econômica que forjaram e foram considerados na construção da norma que lhe é subjacente. Aliás, os precedentes podem ser superados também pela alteração legislativa (infra)constitucional que lhe serviu de base,

inclusive quando se pretende deliberadamente corrigir os rumos impostos pelo mesmo. (GAJARDONI et al., 2018a, p. 483).

O art. 927 do CPC/15 determina que serão precedentes:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

Diante desse rol, segundo Gajardoni et al. (2018a, p. 465) é pertinente notar que:

O Brasil não migrou para o sistema da *common law*, tampouco adotou um regime de precedentes vinculantes com a edição do Código de Processo Civil. Em menor dimensão, estatuiu um sistema de formação e de aplicação de precedentes qualificados (vide comentários ao art. 927), especificamente a vinculação no âmbito do Poder Judiciário a determinadas espécies de decisão judicial (padrões decisórios), quando produzidas de forma própria.

Na *common law*, as decisões adquirem a condição de precedentes a partir de julgamentos posteriores, enquanto no Brasil, como visto, a lei prevê que determinados julgados sempre ostentarão tal *status* (CRAMER, 2016, p. 79). Assim, há quem defenda a possibilidade de formação de precedente após a decisão no ordenamento jurídico brasileiro (BECKER; PEIXOTO, 2020).

Feitas as necessárias exposições quanto à regulamentação legal do precedente, convém conceituar tal instituto. Importante salientar, antes de tudo, que esse instituto não foi criado pelo CPC/2015, haja vista que todo sistema jurídico tem precedentes, variando somente a forma e a importância dada pelo ordenamento (MACÊDO, 2015, p. 87).

Segundo Didier Jr., Braga e de Oliveira (2020, p. 557-558), em sentido amplo, o precedente se consubstancia na decisão judicial cuja norma geral extraída de sua motivação pode orientar o julgamento de futuros casos semelhantes; e em sentido estrito, abrange os fundamentos jurídicos da decisão, chamados de *ratio decidendi* ou *holding*. Note-se, ainda, que, para chegar à *holding*, é necessária a associação entre os fatos relatados concretamente, a interpretação do direito positivo no contexto e a posterior conclusão (DIDIER JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2020, p. 563-564). Os precedentes não se confundem com a jurisprudência ou com as súmulas: a primeira é definida como o complexo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário e engloba as súmulas e os precedentes; as segundas representam a condensação da jurisprudência de um Tribunal (MEDINA, 2016, p. 133). A criação ou inserção de instituto jurídico com moldes diferentes exige, na maioria dos casos, releitura de outras normas para que continue existindo harmonia dentro do ordenamento. Não foge a essa regra a precedentalização, que determina, para manutenção da lógica e coerência no sistema, releitura de alguns princípios intrinsecamente relacionados ao processualismo constitucional democrático.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que o sistema de precedentes prestigia o preceito da igualdade, uma vez que a instituição de padrões decisórios visa à conferência de tratamento equivalente a situações jurídicas semelhantes. Porém, é imprescindível o alerta para o fato de que a aplicação descriteriosa dessas decisões que são parâmetro viola profundamente o referido princípio. Por isso, impõe-se ao julgador “encontrar, no bojo da norma, os critérios implícitos ou explícitos que autorizem a criação de distinções ou de equiparações.” (CAMBI; HELLMAN, 2014, p. 352).

A existência de sistema de precedentes não exige o juiz da atividade interpretativa, uma vez que, conforme o CPC/15, art. 489, §1º, ao invocá-lo, deve expor as semelhanças fáticas que considerou para determinar sua aplicação, e, ao afastá-lo, precisa apontar as peculiaridades do caso *sub judice* que impedem sua adoção (BRASIL, 2015). Caso se entenda pela superação do paradigma, a carga argumentativa imposta ao julgador é ainda maior, pois se exige a apresentação de razões inéditas e de fundamentação complementar que a justifique (DIDIER JR.; BRAGA; DE OLIVEIRA, 2020, p. 618).

Vê-se, portanto, que a fundamentação das decisões judiciais recebe maior valorização com o advento dos padrões decisórios, o que, consequentemente, promove o fortalecimento do caráter democrático do processo. Vale destacar que a observância de tal princípio é importante principalmente para a formação dos precedentes, visto que é dos fundamentos da decisão que se retira a norma que servirá de base para a solução de casos futuros (MEDINA, 2016, p. 134).

No enunciado n° 2, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), consigna-se que “para a formação do precedente somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”. Na mesma linha, no enunciado n° 460 do FPPC se aponta que “O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*”. Fica evidente o redimensionamento que o princípio do contraditório ganha a partir da instituição dos padrões decisórios no ordenamento jurídico brasileiro, como lecionam Didier Jr., Braga e de Oliveira (2020, p. 590):

A partir do momento em que percebemos isso – que, mesmo em processos específicos, é possível construir-se uma norma geral, aplicável a situações futuras –, o princípio do contraditório, visto como direito de participação na construção da norma jurídica, precisa ser repensado. Isso porque ele não mais pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

A segurança jurídica, ideal ínsito ao Estado de Direito, exige o respeito a situações jurídicas consolidadas no passado, bem como a proteção às expectativas dos cidadãos sobre as repercussões jurídicas de suas ações (MARINONI, 2010, p. 25). É justamente com o fim de consagração desse princípio que no CPC/15, art. 926, *caput*, ordena-se a manutenção pelos Tribunais de jurisprudência íntegra, estável e coerente, pois, na lição de Didier Jr., Braga e de Oliveira (2020, p. 588), “O respeito aos prece-

dentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo [...]”.

A observância dos precedentes decorre, ainda, do princípio da legalidade. Isso porque, segundo Didier Jr., Braga e de Oliveira (2020, p. 585), tal norma impõe que o juiz decida levando em consideração todo o ordenamento jurídico, e não apenas a lei em sentido estrito.

Não se questiona a possibilidade de conformação de decisão judicial a precedente estabelecido após sua prolação em sede recursal. Não obstante, por se tratar de recurso de fundamentação vinculada e tradicionalmente desprovido de efeitos infringentes, doutrina e jurisprudência discutem o cabimento de embargos de declaração com tal finalidade. À vista disso, deve-se examinar essa hipótese sob a ótica do processualismo constitucional democrático.

3. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE PRECEDENTE POSTERIOR EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração são uma espécie de recurso destinada a fazer valer o dever de fundamentação constante no art. 93, IX, da Constituição Federal, na medida em que são movidos em caso de omissão, contradição, obscuridade e erro material na decisão. Segundo Mazzei (2008, p. 6), a obscuridade decorre da má redação que abre margem para interpretações errôneas, enquanto a contradição consubstancia-se na presença de premissas incompatíveis, e, por fim, a omissão ocorre pela incompletude do *decisum*.

Recursos que são, os aclaratórios detêm efeito devolutivo, do qual decorre a capacidade de impedir a formação da coisa julgada e a preclusão da decisão embargada (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 267). Além disso, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, bem como podem suspender os efeitos da decisão recorrida pelo juiz ou relator se vislumbrada a probabilidade de provimento do recurso ou o risco de dano grave ou de difícil reparação, desde que relevante a fundamentação (CPC/2015, art. 1.026, *caput* e §1º).

Importa informar que existe divergência doutrinária acerca da incidência dos efeitos infringentes em sede de embargos de declaração. Não obstante, nos parece mais razoável a posição de Gajardoni et al. (2018b, p. 478), para quem:

[...] não raramente os embargos declaratórios operam com tónus mais vigoroso, alterando propriamente o provimento jurisdicional, nas hipóteses em que isto seja uma consequência inelutável do reconhecimento da omissão, contradição ou obscuridade, sua dita eficácia infringente.

É preciso avançar sobre a indagação acerca da possibilidade de cabimento de embargos de declaração para adequação da decisão em face de precedente surgido posteriormente. Nos Tribunais Superiores, corrente mais conservadora e majoritária defende a sua inadmissão, sob o argumento de que se desobedeceria à fundamentação vinculada de tal recurso, enquanto corrente minoritária sustenta a sua admissão, baseada notadamente na economia processual e na razoável duração do processo.

Defende-se aqui a possibilidade de conhecimento de precedentes supervenientes à decisão em sede de embargos de declaração. Quando a decisão embargada ignorou *holding* já existente, não se questiona a existência de omissão sanável por embargos de declaração, quando cabível o ajuizamento de ação rescisória, inclusive, com fundamento no art. 966, inciso V e §§ 5º e 6º do CPC/15. O que se discute, repita-se, é a possibilidade de aclaratórios com fundamento em precedente posterior ao julgado impugnado.

Note-se que não há criação de uma nova hipótese de cabimento do referido recurso, uma vez que ele teria fundamento na omissão de matéria sobre a qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento. Explica-se.

Na hipótese de cabimento dos embargos em caso de omissão, Didier Jr. e Cunha (2016, p. 253) trazem a inobservância do dever de autorreferência:

Se o tribunal julga determinado caso, mas não dialoga com precedente firmado em julgamento de casos repetitivos ou em incidente

de assunção de competência, seja para aplicá-lo ao caso, seja para realizar a distinção, não terá cumprido o dever de autorreferência. Há, então, uma omissão, a ser suprida por embargos de declaração.

Omissa é a decisão que, como já dito, explicita incompletude em seu bojo. Essa omissão pode ser direta – o magistrado não se manifesta sobre ponto arguido pelas partes – ou indireta – magistrado não se manifesta sobre ponto não suscitado pelas partes, mas sobre o qual deveria ter conhecido de ofício (MAZZEI, 2008, p. 17).

Como já dito, o CPC/15 não adotou a *common law*, mas criou sistema precedencialista único. Nesse sentido, no art. 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/15, traz-se a presunção legal de omissão consistente no desprezo das decisões descritas no art. 489, §1º, do mesmo diploma normativo. Considera-se não fundamentada a decisão judicial que, segundo o art. 489, §1º, inciso VI, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou à superação do entendimento” (BRASIL, 2015). Tal mandamento, somado à ideia de sistema de precedentes pautado na integridade, coerência e estabilidade, admitir-se-ia a não observância de precedente superveniente em sede de embargos de declaração.

Mazzei (2008, p. 21), ainda sobre omissão, traz interessante alerta:

A intuitiva associação feita entre a omissão indireta com a categoria das matérias de ordem pública não esgota, em absoluto, o rol de questões que podem ser vetores da oposição de embargos de declaração com espeque em tal fundamento (omissão indireta). Com efeito, há que se ressaltar que, a possibilidade de conhecimento oficioso, na realidade, constitui mero desdobramento processual que se atribui a determinadas matérias, existindo algumas que, muito embora possam ser pronunciadas de ofício, não são de ordem pública.

Isso porque apesar de grande parte da doutrina associar questões cognoscíveis de ofício pelo magistrado com matérias de ordem pública, deve-se atentar para o fato de que essas duas categorias, apesar de conterem pontos em comum, não se confundem (ROCHA, 2019, p. 283). Não

obstante a solicitação ou admissão de *amicus curiae* no processo pelo juiz, por exemplo, possa se dar de ofício, não se pode dizer que se trata de questão de ordem pública, mas sim de ferramenta de democratização processual; enquanto a convenção arbitral, apesar de versar sobre competência absoluta – matéria comumente considerada de ordem pública –, não pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado (ROCHA, 2019, p. 282-283).

Buscando adequar a noção de ordem pública ao Estado de Direito, Rocha (2017, p. 55-57) introduz o conceito de ordem constitucional e democrática processual, que se consubstanciaria na rigidez das normas constitucionais que exprimem estabilidade e segurança jurídica. À luz desses novos contornos, pode-se considerar que a questão da aplicação dos precedentes está inclusa nessa categoria, uma vez que visam à igualdade e à segurança jurídica, bem como à integridade, à estabilidade e à coerência da jurisprudência.

Pode-se dizer, portanto, que os precedentes se incluem no citado ponto de contato entre matérias de ordem pública e questões cognoscíveis *ex officio* pelo juiz, uma vez que sua *ratio decidendi* é considerada direito, que pode ser conhecida pelo julgador sem provocação das partes e justificaria os aclaratórios com base no art. 1.022, II, do CPC/15, ainda que o precedente seja superveniente, uma vez que:

Se porventura o juiz não aplica o precedente surgido depois da decisão, omite-se acerca de questão de direito (a *ratio decidendi*) conhecível de ofício, podendo as partes se valer do instrumento processual imediatamente cabível, qual seja, os embargos de declaração (SILVA, 2011, p. 412).

Esse argumento justifica ainda a possibilidade de cabimento de “embargos dos embargos”, na medida em que caberão aclaratórios caso o magistrado, em sede de embargos de declaração, deixe de conhecer do precedente superveniente à decisão embargada, já que se omitirá sobre questão que deveria conhecer *ex officio*.

A economia processual, em uma época em que cada vez mais o tempo torna-se determinante, muito beneficia-se da solução apresentada, porque evita atos desnecessários, como a interposição de recursos, reuniões em órgãos colegiados, e um maior número de servidores trabalhando no

processo. Afinal, “a orientação jurisprudencial, mais dia, menos dia, terminaria sendo aplicada ao caso” (SILVA, 2011, p. 410).

A razoável duração do processo, que visa à prestação efetiva da tutela, por sua vez, é prestigiada ao se desestimular, por meio da conformação das partes diante da força dos precedentes, possíveis impugnações julgadas por órgãos diversos e antecipar o trânsito em julgado do processo. Silva (2011, p. 408-409) exemplifica:

Imagine-se que uma apelação foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, que adotou entendimento que uma semana depois veio a ser alterado pelo STJ. Imaginar que a parte prejudicada deverá, primeiramente, opor embargos de declaração com fins prequestionadores e, depois, interpor o recurso especial é fazer do processo um martírio, um fim em si mesmo, em que a forma prevalece sobretudo, inclusive sobre valores de índole constitucional.

Note-se que, a partir do acolhimento da hipótese de oposição de aclaratórios em comento, possibilita-se a integração superveniente das decisões judiciais de forma a privilegiar o processualismo constitucional democrático. Isso pois tal recurso permite que as partes busquem o aperfeiçoamento do *decisum*, exercendo o controle popular sobre os pronunciamentos estatais, que é imprescindível ao Estado de Direito (SILVA, 2011, p. 3).

Homenageia-se o processualismo constitucional democrático na medida em que se preza pela duração razoável do processo, dever previsto no conjunto de normas constitucionais processuais, podendo ser considerado componente do modelo constitucional de processo. Reforça-se o caráter democrático do processo ao se promover a igualdade e a segurança jurídica por meio da aplicação do precedente. Diante da obrigação do magistrado de ouvir as partes (art. 10 do CPC/15) antes de decidir sobre os referidos embargos, observa-se a necessidade da participação processual.

Nota-se que não há impedimento no ordenamento jurídico acerca da possibilidade de aclaratórios para adequação da decisão em face de precedente superveniente. Na verdade, o direito positivo abarca essa hipótese, na medida em que a omissão, conforme sustentamos, é hipótese de

cabimento para embargos declaratórios, nos termos do art. 1.022, II, do CPC/15. Ademais, este cabimento está em consonância com a economia processual e com a razoável duração do processo, princípios prezados pelo processualismo constitucional democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o surgimento da ciência processual, diversos doutrinadores debruçaram-se sobre o estudo da natureza jurídica do processo, ao formularem teorias para tentar explicá-la.

Reunidos aspectos da Teoria Instrumentalista de Fazzalari, do modelo constitucional de processo de Andolina e Vignera e da democracia discursiva de Habermas, surgiu o processualismo constitucional democrático. Esse movimento questiona os modelos social e liberal de processo e objetiva a democratização processual a partir do incremento da participação e do policentrismo, bem como do respeito às normas constitucionais.

A partir dessa nova percepção, eclodiu a necessidade de rever os paradigmas do Direito Processual contemporâneo, a fim de adequá-los aos ideais do Estado Democrático de Direito. A previsão de um sistema de precedentes no CPC/2015 é uma tentativa de fortalecimento da segurança jurídica e da igualdade, que são imprescindíveis a qualquer Estado de Direito. Para isso, faz-se necessária a releitura das normas fundamentais do processo, notadamente os princípios do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e da legalidade, de forma a robustecê-las.

No que concerne ao cabimento do recurso de embargos de declaração com o fito de ver adequado o julgado a precedente assentado após sua prolação, demanda-se análise em consonância com o processualismo constitucional democrático. Alicerçados principalmente nos preceitos da economia processual e da duração razoável do processo, encontra-se resposta positiva sobre tal possibilidade. Além disso, demonstrou-se que ocorre omissão – hipótese de cabimento de aclaratórios conforme art. 1.022, II, do CPC/2015 – quando o magistrado decide de forma diversa ao precedente, ainda que superveniente, pois resta claro haver previsão no ordenamento para essa situação.

A introdução do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro pelos arts. 926 e 927 do CPC/2015 trouxe, implicitamente, a

hipótese de cabimento de embargos de declaração em caso de inobservância de precedente, ainda que superveniente, o que proporcionou maior integração do sistema processual brasileiro em relação ao processualismo constitucional democrático.

Ao se prestigiar o precedente superveniente, os embargos de declaração constituem hipótese de integração democrática fomentada pelo processualismo constitucional democrático. O sistema de precedentes valoriza o diálogo entre os órgãos judicantes, sobretudo quando as teses firmadas são oriundas de cortes de vértice, o que destaca ainda mais o papel dos precedentes na consolidação do processualismo constitucional democrático.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane Magalhães de Barros. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). **Constituição e processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. **Os embargos de declaração podem adequar o julgado a um precedente superveniente?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/os-embargos-de-declaracao-podem-adequar-o-julgado-a-um-precedente-superveniente-24072020>>. Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265**. Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, DF. 13 de abril de 2016. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 08 set. 2017.

- CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. **Revista de Processo**. 2014. p. 349.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 10, n. 14, p. 24-41, 2012.
- CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal** – 13. ed. reform. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- _____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. – 19. ed – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.
- _____, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 15. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020.
- Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018a.

- _____. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença:** comentários ao CPC de 2015 – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018b.
- HOFFMAM, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. Pela Necessária Reconstrução do Processo Civil Brasileiro no Caminho de um Processualismo Democrático-Constitucional. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 4, n. 7, p. 84-106, 2016.
- LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial** – 2. Ed – São Paulo: Atlas, 2015.
- MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- MARÇAL, Felipe Barreto. Contraditório, fundamentação e técnica de julgamento colegiado: violação do contraditório (e ao dever de fundamentação), da isonomia, da previsibilidade e da segurança jurídica com o sistema de “votação global”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 290, p. 247-275, abr. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: **Revista jurídica**, Porto Alegre, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, v. 974, p. 129-154, 2016.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: Alguns Apontamentos. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 101, p. 61, 2010.
- PARCHEN, Laura Fernandes. Impacto do princípio da cooperação no juiz. **Academia Brasileira de Processo Civil**, Porto Alegre, 2012.
- ROCHA, Marcio Oliveira. Doutrina brasileira e a ordem pública processual, essa desconhecida. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 2, 2019.

_____. **Por uma nova dogmática da ordem pública no direito processual civil contemporâneo**. Recife: O Autor, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/29925>. Acesso em 26 mar. 2021.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, Ticiano Alves. Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial. **Revista de processo**, v. 36, n. 201, p. 393-417, nov. 2011.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO DO NOVO CPC: UM POSSÍVEL CAMINHO PARA A CONCILIAÇÃO NAS DÍVIDAS FISCAIS

*Silvana Maria Parfieniuk*⁷²

*Vinicius Pinheiro Marques*⁷³

INTRODUÇÃO

Com a consciência de que, em uma democracia, a efetiva participação de todos os sujeitos que operam no âmbito processual é inexorável, notadamente a daqueles que experimentarão as consequências das respostas que serão ofertadas, o legislador concebeu um modelo inovador denominado de processo cooperativo, onde o princípio da cooperação assumiu preponderância fazendo com o que o processo deixasse de ser produzido exclusivamente pela vontade das partes ou pela vontade do juiz, passando a ser conduzido pela vontade conjunta das partes e do juiz, embasado em vertente coparticipativa/cooperativa, com aplicação dinâmica do modelo constitucional de processo.

72 Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Juíza de Direito titular da 6ª Vara Cível da Comarca de Palmas.

73 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor do programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins.

Com isso, o diploma vigente pretendeu conferir nova feição à relação jurídica processual, remodelando as posturas de todos os sujeitos processuais, ampliando o espaço conferido às partes, atribuindo-lhes responsabilidade na condução do processo, além de retirar o órgão julgador da posição de mero expectador do duelo das partes.

Nesse novo formato de processo, cuja matriz basilar seria o contraditório em sua feição substancial, exige-se um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, traduzindo a aplicação dinâmica do modelo constitucional de processo. Como decorrência dessa nova concepção, o processo passou a ser uma grande atividade cooperativa, na qual cada agente tem sua função e seus interesses próprios, mas todos estão voltados para um mesmo desiderato, almejando um justo e efetivo desfecho para a demanda.

Tendo como premissa que o espírito do novel princípio da cooperação é alcançar a ética, a lealdade e a honestidade como balizas de conduta de modo a facilitar a gestão do processo pelo juiz, permitindo que se chegue de maneira célere a solução mais justa possível para o caso, não se pode deixar de associar o aludido princípio aos métodos adequados de tratamento de conflitos, aplicáveis, inclusive, no âmbito execuções fiscais que, por sinal, são o foco deste estudo.

Nessa cadência de ideias, a correta aplicação do princípio da cooperação no âmbito das dívidas fiscais resulta no poder-dever do juiz de fomentar nesta seara a implementação dos métodos adequados de tratamento de conflitos, mediante atuação judicial dinâmica e proativa para a qual se exige um juiz comprometido com o resultado, com criatividade suficiente para traçar estratégias de gestão e de articulação com os demais personagens do conflito.

1. CONCEPÇÃO JURÍDICA SOBRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Dando concretude às normas fundamentais que já estavam previstas na própria Constituição, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu um novo paradigma na aplicação da norma processual civil quando condensou, em seus doze primeiros artigos, as Normas Fundamentais do Processo Civil como balizas estruturais que passaram a guiar o profissional

do direito em todas as fases do processo. Segundo Fredie Didier Júnior, tais normas fundamentais podem tanto ser princípios (por exemplo, o devido processo legal), como regras (como a proibição de provas ilícitas).

Assim, tem-se, atualmente, um processo civil constitucionalizado, construído sobre o princípio da cooperação que reflete uma nova leitura de princípios já conhecidos. Com isso, o diploma vigente pretende conferir nova feição à relação jurídica processual, remodelando as posturas de todos os sujeitos processuais, ampliando o espaço conferido às partes, atribuindo-lhes responsabilidade na condução do processo e retirando o órgão julgador da posição de mero expectador do duelo das partes.

Nessa nova ordem de normas processuais, o artigo 6º estabelece três princípios: princípio da cooperação, da duração razoável do processo e da prevalência do julgamento de mérito, despontando o primeiro deles como principal objeto do presente artigo, “cuja suposta matriz basilar seria o contraditório em sua feição substancial, que, para além do binômio informação–reação, revela um *direito de influência* na construção dos provimentos jurisdicionais” (STRECK; DELFINI; BARBA; LOPES, 2020, online).

Até o advento do Código de Processo Civil de 2015 os escritos doutrinários identificavam dois modelos de estruturação do processo: o modelo adversarial (no qual o processo é um conflito entre duas partes adversárias diante de um julgador teoricamente passivo, preponderando o princípio dispositivo) e o modelo inquisitorial (em que os maiores protagonistas não são as partes, mas sim o juiz, prevalecendo o princípio inquisitivo).

Com a consciência de que, em uma democracia, a efetiva participação de todos os sujeitos que operam no âmbito processual é inexorável, notadamente a daqueles que experimentarão as consequências das respostas que serão ofertadas, a nova lei processual, promovendo a junção dos modelos adversarial e inquisitorial concebeu, então, um modelo inovador denominado de processo cooperativo, onde o princípio da cooperação assumiu preponderância fazendo com o que o processo deixasse de ser produzido exclusivamente pela vontade das partes – como o era no modelo adversarial – ou pela vontade do juiz – nos termos do modelo inquisitorial –, passando a ser conduzido pela vontade conjunta das partes e do juiz, embasado em vertente coparticipativa/cooperativa, com uma aplicação dinâmica do modelo constitucional de processo.

Tal modelo de processo é caracterizado pelo redirecionamento do princípio do contraditório com a inserção do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, envolvendo a colaboração das partes com o juiz, do juiz com as partes e destas entre si. “A colaboração visa organizar o papel do magistrado e das partes na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho” (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 708).

Esse novo formato de processo, portanto, tenta atribuir uma posição para as partes e para o juiz no processo, privilegiando o trabalho processual em conjunto. A colaboração se estrutura a partir de pressupostos culturais que podem ser visualizados de ângulos sociais, lógicos e éticos. Pelo social, de forma alguma o Estado pode ser visto como inimigo. Do ponto de vista lógico, reabilita a feição lógico-argumentativa, pressupondo o reconhecimento do caráter cultural e problemático do Estado. E, do ponto de vista ético, o processo com colaboração busca sempre a verdade, exigindo boa-fé objetiva e subjetiva, pretendendo produzir decisões justas. (ARENHART, MARINONI e MITIDIERO, 2015, p. 101)

Sobre o modelo cooperativo de processo e essa nova forma de divisão das tarefas processuais, ensina Fredie Didier Jr, que:

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais (DIDIER JR., 2011, p. 213-226).

Reportando-se aos deveres das partes e colaboração processual inseridos no código de processo civil, Rodolfo Hartmann preleciona:

Os sujeitos processuais desempenham suas funções de acordo com o modelo de estruturação dado ao processo, em resultado das disposições normativas. Nestas atividades, o atuar cooperativo enaltece a responsabilidade de todos os sujeitos processuais pela justa solução da lide, objetivo final do processo. Assim, o órgão jurisdicional deve ter papel ativo, porém sem feição autoritária, enquanto às partes deverão ser imputados deveres de colaboração, interligados à boa fé, para influenciar no provimento jurisdicional. Esta boa-fé, por sinal, foi erigida como norma fundamental do CPC (art. 5º), assim como o dever de colaboração (art. 6º) (HARTMANN, 2016, p. 151).

Como se vê, a nova legislação promoveu um equilíbrio salutar dos papéis dos sujeitos processuais, de modo a proscrever as concepções de protagonismo de viés estatalista, com o juiz no centro, ou liberais, com as partes e seus advogados com papel predominante, com evidente reforço do debate e da responsabilidade destes sujeitos mediante a assunção de premissas fortes como do contraditório, da garantia de influência, da não surpresa, da fundamentação estruturada das decisões, da boa fé objetiva processual, entre outras.

Nessa toada, apresenta-se o processo cooperativo instituído pelo novo código de processo civil, em vigor desde 18 de março de 2016, como um modelo de processo civil contemporâneo, alinhado as exigências de um Estado Democrático de Direito e estruturado a partir do formalismo valorativo ou neoprocessualismo, no qual se deu a reconstrução da ciência do processo através de uma nova ótica advinda de uma série de transformações no pensamento jurídico.

Em face dessa inovação, o processo passou a ser de todos os que nele estão envolvidos sendo, pois, dependente da assunção de um papel adequado por todos os sujeitos processuais.

2. ESTRATÉGIAS EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Cabe agora focar a atenção sobre a devida aplicação do princípio da cooperação na atividade jurisdicional, assim como sobre o papel das par-

tes, visando alcançar a segurança jurídica e atender ao interesse público, fazendo uma reflexão acerca do princípio-dever de cooperação nos seus diversos aspectos: dever de esclarecimento, dever de consulta, dever de proteção ou de prevenção e dever de auxílio. Ocorre que, como elementos imprescindíveis ao bom funcionamento desse sistema cooperativo, deparamo-nos com a postura do juiz e a atitude das partes que não podem apenas provocar a jurisdição de forma despretensiosa. Devem buscar de forma clara, leal e honesta a melhor solução para aquela lide, participando da solução.

No que diz respeito à figura do juiz é necessário atentar para evolução de seu papel, ao longo das dimensões assumidas pelo Estado, desde a fase liberal, passando pela social, até chegar ao atual Estado Democrático de Direito.

Relativamente ao contraditório este desponta como o sólido exercício do direito de defesa com o desiderato de formar a cognição do juiz, atuando como defesa aos espaços deixados ou a carência da sua percepção, evidenciando a inevitável atitude de diálogo do processo. Nesta senda, o atual sistema jurídico processual deverá compor uma engrenagem, buscando sempre efetivar a segurança jurídica e o interesse público na resolução dos conflitos. Para tanto, a nova lei processual civil, ao instituir o princípio da cooperação, determina que seja dever tanto das partes como dos seus procuradores cuidarem para um bom movimento processual, tanto de forma positiva (ajudando o juiz na assimilação das teses de fato e de direito), como negativa (não agir de forma que atrase o processo).

É importante lembrar, ainda, que ao lado das partes e do juiz, os auxiliares da justiça, enquanto profissionais indispensáveis à prática dos atos processuais ordinatórios, devem se pautar pela lógica da eficiência (CF, art. 37) e da cortesia com as partes e seus procuradores, porquanto são também uma peça importante para concretizar o princípio da colaboração, na medida em que devem estar atentos à complicação interna de suas repartições, para evitar ao máximo que estas provoquem dilatações inconvenientes na marcha processual.

Cabe aqui um parêntese para aludir que a doutrina não é pacífica com relação ao princípio da cooperação entre as partes. Alguns doutrinadores entendem que a cooperação deve ocorrer somente entre as partes e o juiz, destacando que, entre as partes deve haver apenas boa-fé. Na visão destes,

a exigência de cooperação entre as partes cria uma situação utópica, pois a expressão “entre si” sugere que autor e réu caminhem de mãos dadas para alcançar a solução final, o que não seria condizente com o espírito bélico dos litigantes e suas posições antagônicas que, invariavelmente, impedem essa solidariedade processual.

De toda forma, para que o princípio da colaboração se aplique em toda sua extensão e com a sua devida efetivação, é preciso que haja adequação; necessidade; e, proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o julgamento de qualquer pedido depende, via de regra, do prévio contraditório. Com a chegada do Novo Código do Processo Civil, as partes e o juiz devem contribuir no conhecimento de ambos. Assim, o juiz deve discutir com as partes os fatos relevantes e as questões que permeiam a demanda, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações e orientando acerca da correção dos procedimentos adotados, assim como as partes devem agir pautadas na boa fé objetiva.

Exige-se, pois, como comportamento ideal, uma atuação limpa das partes, reprovando-se a utilização de artifícios para distorcer os fatos e retardar a prestação jurisdicional.

Nesse panorama e a título de conclusão do que se discorreu neste tópico, percebe-se que o espírito do novel diploma é alcançar a ética, a lealdade e a honestidade como balizas de conduta facilitando a gestão do processo pelo juiz de forma a permitir que se chegue de maneira célere a solução mais justa possível para o caso.

Embora não se questione a plena aplicação do princípio da cooperação no processo de conhecimento, a aplicação do referido princípio no processo de execução fiscal é tarefa que se revela mais espinhosa e complexa vez que, enquanto no processo de conhecimento a colaboração tem como fim o alcance da decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável, na tutela executiva fiscal o objetivo final é a efetiva satisfação da execução que, na maioria das vezes, envolve a tarefa de excutir bens do patrimônio do devedor. Nesse contexto, imaginar a plena colaboração do devedor na excussão dos seus próprios bens, conquanto possa parecer complexo, é providência que deve ser estimulada pelo juiz, de forma a evitar a multiplicação de execuções fiscais eternizadas. Sob esse enfoque, portanto, a superação do individualismo do devedor nos feitos executivos fiscal é tarefa das mais importantes e desejáveis.

Com efeito, o executado por dívidas fiscais deve atuar no processo com a consciência de que não se exime do dever de colaborar com o judiciário e de que se encontra em estado de sujeição em relação ao exequente. Todavia, usualmente, não é isso o que acontece, eis que de forma corriqueira, o que se constata é que, ao invés de colaborar, o devedor atua de forma a frustrar a execução.

Muita evolução ainda é necessária para a plena observância deste novo princípio na tutela executiva fiscal, tanto pelas partes – notadamente o executado – quanto pelos juízes, mas a jurisprudência e a doutrina parecem, a cada dia, sinalizar com maior eloquência a necessidade dessa mudança de paradigma visando dar mais efetividade à tutela executiva fiscal e à satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, evitando a proliferação de milhares de processos executivos fiscais que, de acordo com as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, constituem o mais expressivo acervo de feitos dos tribunais pátrios.

3. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO FISCAL: O DEVER/PODER DE O JUIZ FOMENTAR A CONCILIAÇÃO

Conforme já se discorreu nas linhas precedentes, o princípio da cooperação, objeto deste estudo, possui estreita ligação com o princípio da celeridade processual ou razoável duração do processo, porquanto tal princípio, dentro da relação processual existente entre as partes e o juiz, é o exercício com o fim de praticar atos de forma cooperativa visando alcançar a resolução de mérito do conflito. Nas palavras de Humberto Teodoro Júnior:

Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 106).

Uma vez que o princípio da cooperação, como já explanado, visa a ordenar o comportamento das partes para dar maior eficácia à solução dos conflitos, além de proporcionar uma menor duração no tempo de tramitação do processo e menos dispêndio financeiro para o Estado, não se pode deixar de associá-lo também aos métodos adequados de solução consensual dos conflitos, até porque, ao contrário de negar vigência ao princípio do acesso à justiça representado pela possibilidade de o cidadão formular uma pretensão em Juízo e ter a resolução da demanda por meio do Poder Judiciário, tais métodos vieram aprimorar e ampliar as formas de acesso à justiça diante da ineficácia dos mecanismos processuais que tradicionalmente vinham sendo utilizados para dirimir as contendas.

É inegável que, nos últimos anos, houve um significativo avanço dos chamados métodos de tratamento adequado dos conflitos no Direito Brasileiro, cujo movimento se iniciou com a vigência da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem; ganhou especial relevância com a edição da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça que dispôs acerca da Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, assegurando a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridades; passou pela promulgação da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que disciplina a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e prevê a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, observados os termos do Novo Código de Processo Civil; e, culminou com a entrada em vigor em 18 de março de 2016 do novo regramento processual civil que, em seu art. 334, elegeu a mediação e/ou a conciliação como o primeiro estágio para o cidadão que a busca justiça.

A partir desses marcos legais o Brasil deu passo determinante para inserir o Direito Brasileiro no contexto da política de tratamento adequado de conflitos, lançando mão de métodos essenciais para a pacificação social e poderosos instrumentos de composição das partes. Os meios adequados de resolução de conflitos apresentam-se fundamentalmente como métodos paraestatais de solução de controvérsias, através dos quais, como é de intuitiva evidência, retira-se do Juiz a solução do conflito de interesses.

Tais métodos compreendem, primeiramente, a negociação direta entre as partes que, por óbvias razões, é o mais eficaz e natural método para solu-

ção de quaisquer problemas. Por ter natureza personalíssima, a negociação direta preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução auto negociada. Ao lado da negociação direta, surgem os métodos que, embora tenham a negociação como base, aproveitam a participação de terceiros como facilitadores, que auxiliam as partes a atingir o estágio produtivo das negociações e a chegarem a um acordo.

Passo decisivo foi dado pelo Novo Código de Processo Civil quando instituiu a conciliação e a mediação como pilares de um novo modelo do processo civil brasileiro. A própria exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil deixa clara a importância da conciliação e da mediação como meios de resolução dos conflitos e que esse modelo deve ser prestigiado pela cultura jurídica brasileira. A bem da verdade, a mediação e a conciliação passaram a fazer parte de um sistema integrado de resolução de disputas em que o objetivo central não se restringe ao julgamento do processo, mas, sim, evolui para a resolução do conflito e a pacificação social.

Nesse viés, de fato, o legislador brasileiro adotou a concepção de um *multi-door courthouse*, ou seja, um sistema judicial multiportas em que será verificado, no caso concreto, qual o mecanismo mais adequado para resolução do conflito e pacificação social. Foi concebido um sistema de justiça amplo que permite ao jurisdicionado usufruir de diferentes mecanismos para resolução dos conflitos incluindo a arbitragem, a mediação, a conciliação ou mesmo o processo judicial. O compasso adotado pelo Novo Código de Processo Civil embora em alguns momentos possa prolongar o processo, já que exige a realização de uma audiência que antes não era prevista, certamente traz significativas vantagens relacionadas à resolução do conflito capazes de justificar esse novo rito, sendo sempre importante lembrar que o objetivo principal do processo não se esgota na sua efetividade e sim na pacificação social.

Conquanto o regramento normativo contemple a conciliação, a mediação e a arbitragem como os principais métodos de tratamento adequado de conflitos, o presente artigo se limitará à reflexão e análise da conciliação dada a relevância que esse meio de solução de controvérsias ganhou no Direito Brasileiro, notadamente após o advento do atual Código onde a conciliação deixa de ser uma alternativa para solução do litígio e passa a

ter tratamento de política judiciária pela qual o conflito preferencialmente deve ser resolvido.

Pois bem, com a atenção voltada para esse novo paradigma encampado pelo diploma processual civil, no sentido de conferir especial relevância à conciliação, é que se passa a refletir sobre sua aplicabilidade no âmbito das execuções fiscais.

Embora ainda sejam incipientes as iniciativas que buscam encontrar soluções autocompositivas nas questões que envolvam dívidas fiscais e apesar de alguns magistrados rejeitarem a transação tributária com base no entendimento que dimana do §4º, II, do artigo 334, no sentido de que o tributo é indisponível em qualquer situação, logo não admitiria autocomposição, o certo é que a tendência autocompositiva vem aos poucos se consolidando até porque, o artigo 174 do próprio Código de Processo Civil de 2015 determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem criar câmaras de mediação e conciliação para a solução consensual de controvérsias na esfera administrativa e que, na mesma linha, a Lei de Mediação (Lei Federal 13.140 de 2016), que entrou em vigor um pouco antes do Código de Processo Civil de 2015, é aplicável também quanto às causas que envolvem a Administração Pública. Nesse contexto percebe-se que a conciliação pode vir a surtir efeitos no campo tributário sim, porquanto, nesses diplomas legislativos inexistem regras no sentido de se excepcionar sua aplicação nas causas que versem sobre Direito Tributário, aí inclusas as execuções fiscais.

Com efeito, partindo desses permissivos legais e os associando à dicção do §3º do art. 3º, do CPC, no sentido de que a conciliação deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, constata-se que o método autocompositivo vem sendo cada vez mais utilizado, inclusive nos executivos fiscais, seja como forma de evitar a expropriação de bens ou para acelerar a satisfação das dívidas fiscais já em fase de execução, antes que sobre elas se manifeste o juiz.

Atualmente, em virtude do acentuado estímulo na adoção dos métodos adequados de solução de conflito, e da instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos, a conciliação na esfera pré-processual no âmbito dos créditos fiscais tem se tornado muito freqüente. Por essa nova via de acesso ao judiciário, em momento anterior à propositura da execução fiscal, a Fazenda Pública noticia a existência da dívida e o devedor é

convidado para negociação. Havendo resolução consensual do litígio – no caso, pagamento ou parcelamento da dívida fiscal – a solução encontrada pelas partes é devidamente homologada pelo magistrado que coordena esses Centros, transformando-se em título executivo judicial.

É lógico que a conciliação na esfera fiscal não é tão simples como no âmbito privado. Isso porque, enquanto as pessoas físicas dispõem de ampla liberdade para solucionar seus conflitos, seja por meio de conciliação, mediação ou uso dos demais instrumentos legais, dependendo a opção tão somente de livre-convicção das partes envolvidas, a mesma liberdade não é conferida ao Poder Público, já que a Constituição Republicana do Brasil impõe ao gestor público estreitos limites para transigir em relação aos bens e recursos públicos, exigindo autorização legislativa específica para qualquer negociação que envolva bens públicos ou que importe em renúncia fiscal.

Neste cenário, a partir de experiências levadas à efeito por força do “Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais” da Corregedoria Nacional de Justiça, verificou-se não só a viabilidade, mas a conveniência de se priorizar a cultura da conciliação, respaldada em Lei específica autorizando a renúncia fiscal de juros e multas.

Aliás, o Programa de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais instituído pelo Provimento nº 57, de 22 de junho de 2015 da Corregedoria Nacional de Justiça já antevendo o processo civil constitucionalizado que em breve entraria em vigor, se antecipou em aplicar na prática o princípio da cooperação na medida em que formatou um Programa permanente prevendo a reunião do Poder Judiciário, do Executivo e da população em um esforço conjunto para promover o pagamento de dívidas fiscais. O escopo do programa em questão é a negociação de débitos, redução de multas e juros, alcançando o parcelamento do pagamento e contemplando a realização de audiências de conciliação se a dívida já estiver judicializada.

Já em sua origem o referido programa estampou a previsão de que o Juiz da execução fiscal seria seu executor, estabelecendo que o magistrado deveria romper com modelos tradicionais pré-constituídos que traduzam a idéia de que a execução fiscal dispensa uma atuação judicial dinâmica e proativa para o atingimento do resultado da ação proposta. Reconheceu, ademais, que o impulso adequado para o êxito da execução exige do juiz comprometido com o resultado, criativi-

dade para traçar estratégias de gestão que, inclusive, impescindem da colaboração e/ou integração com os outros Poderes. Dessa forma, a Corregedoria Nacional de Justiça, por meio do aludido instrumento e com aplicação prática do princípio da cooperação, abriu caminho para a conciliação na esfera fiscal, enfatizando que o juiz deve dar o tratamento e solução célere, racional e eficaz aos conflitos fiscais, conforme especificidades da justiça local, fomentando uma mudança de cultura para a efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse prisma, é irrefragável a possibilidade de conciliação no âmbito fiscal, sendo certo que, para que haja benefícios fiscais (redução de juros e multa), exige-se lei específica do ente respectivo responsável pela instituição ou majoração do tributo, ou seja, que tenha a competência tributária respectiva em relação ao tributo em litígio.

A par da aplicabilidade da conciliação nas execuções fiscais quando existente lei específica autorizando a renúncia fiscal, também não há impedimento a que esses mesmos benefícios sejam estendidos aos contribuintes com dívidas fiscais ainda em fase administrativa, no propósito de evitar que os débitos já constituídos cheguem às barras da justiça para apreciação e cobrança, permitindo-se a negociação ainda em fase administrativa.

Como decorrência do êxito advindo da implantação do Programa de Governança Diferenciada das execuções fiscais mediante realização de mutirões de negociações fiscais amparados por lei específica prevenendo a renúncia fiscal, desponta, também, a possibilidade de se investir na conciliação/autocomposição de dívidas ajuizadas e de dívidas administrativas sem que haja renúncia fiscal, obedecendo-se, nessa hipótese, os critérios ordinários de pagamento ou parcelamento utilizados pela Fazenda Pública.

No que tange aos débitos já transformados em execução fiscal, embora os critérios de negociação sejam excessivamente limitados – restringindo-se aos critérios ordinários de pagamento ou parcelamento previstos pelo órgão público – ainda assim existe espaço para a conciliação porquanto nos processos judicializados poderá haver redução dos honorários da Procuradoria e haverá total isenção de custas com fundamento no art. 90, § 3º do CPC. Já no caso das dívidas em fase administrativa – registradas como pré-processos – a conciliação também se revela vantajosa na medida

em que, em situações que tais, o valor da negociação se limita ao montante dívida, sem incidência de custas e honorários da Procuradoria.

Como visto a conciliação na área fiscal não só é possível como também é altamente recomendável, sendo certo que, com ou sem renúncia fiscal, o contribuinte sempre é beneficiado sem que isso implique em qualquer prejuízo ao erário.

Por tudo quanto foi analisado ressoa evidente que a correta aplicação do princípio da cooperação no âmbito das dívidas fiscais resulta no poder-dever do juiz de fomentar a implementação dos métodos adequados de tratamento de conflitos nesta seara, mediante atuação judicial dinâmica e proativa para a qual se exige um juiz comprometido com o resultado, com criatividade suficiente para traçar estratégias de gestão e de articulação com os demais personagens do conflito que, nesse caso, são a Fazenda Pública e o contribuinte, de modo a garantir o resgate dos créditos fiscais e fomentar o cumprimento do dever cívico de pagar tributos, além de servir também como eficiente instrumento de gestão social.

CONCLUSÃO

O advento do processo civil constitucionalizado, construído sobre o princípio da cooperação, alinhado às exigências de um Estado Democrático de Direito e estruturado a partir do formalismo valorativo ou neoprocessualismo, impõe aos operadores do direito uma verdadeira reconstrução da ciência do processo através de uma nova ótica advinda de uma série de transformações no pensamento jurídico, haja vista que, em face dessa inovação, o processo passou a ser de todos os que nele estão envolvidos sendo, pois, dependente da assunção de um papel adequado por todos os sujeitos processuais. Nesse contexto, é oportuno destacar que a inserção desse novo elemento principiológico teve o escopo de propiciar um ambiente de cooperação no processo a fim de se alcançar um resultado efetivo primando pela boa-fé, lealdade e eticidade.

Há que se reconhecer ademais, que passo decisivo foi dado pelo Novo Código de Processo Civil quando, ao lado do princípio da cooperação, instituiu a conciliação como um dos pilares do novo modelo do processo civil brasileiro, modelo este que deve ser prestigiado pela cultura jurídica pátria, até porque a conciliação passou a fazer parte de um siste-

ma integrado de resolução de disputas em que o objetivo central não se restringe ao julgamento do processo, mas, sim, à resolução do conflito e à pacificação social.

A partir dessa nova lógica processual baseada no processo cooperativo, os métodos adequados de tratamento de conflitos, em especial, a conciliação, dentro de um sistema multiportas de acesso ao judiciário, tornaram-se instrumentos úteis e eficientes para resolução dos conflitos e pacificação social, inclusive no âmbito das execuções fiscais que, como se viu ao longo da explanação, constituem um dos focos do presente estudo.

Em arremate é preciso dizer que, na prática, é necessário que haja uma mudança de mentalidade de todos aqueles que, de qualquer forma, figuram no processo. Caso contrário, o modelo e ideário encampado pelo código será apenas uma utopia de como deveria ser o processo civil constitucional fundado na cooperação, o que fecharia quaisquer espaços para o emprego da conciliação que tanto tem contribuído na solução dos litígios.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses e dá outras providências. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em 23 jan. 2020.

_____. Corregedoria Nacional de Justiça. Programa de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/governanca-diferenciada-das-execucoes-fiscais/>>. Acesso em 20 jan. 2020.

_____. Corregedoria Nacional de Justiça. Provimento 57, de 22 de junho de 2015. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/03/provimento-n57-22-07-2016-corregedoria.pdf>> Acesso em 20 de jan de 2020

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf>, Acesso em 23 jan. 2020.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. 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. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. Lei nº 9.307, de 2 de setembro de 1996, Dispõe sobre arbitragem. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 23 jan. 2020.

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 198, p. 213-226, ago. 2011.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso Completo do Novo processo Civil**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 6. edição. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a constituição federal.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativelconstituicao>> Acesso em 20/01/2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Novo CPC Fundamentos e Sistematização.** São Paulo. Forense, 2015. Disponível em <<https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios-alternativos.pdf>> Acesso em 23 jan.2020.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Noemi Ferreira de Lucena*⁷⁴

*Werna Karenina Marques*⁷⁵

*Ingrid de Mello Ventura Lacerda*⁷⁶

*José Ventura Lacerda Júnior*⁷⁷

INTRODUÇÃO

No presente artigo, será estudado o tema da violência contra a mulher e a mediação como meio de resolução de conflitos, sendo também abordada a eficácia de tal método. Em um primeiro instante, é preciso delimitar o tema da pesquisa, devendo-se ressaltar que será analisada a eficácia da mediação sob o prisma da justiça restaurativa em casos de violência de

74 Graduada em Direito e Psicologia pela Uninassau – João Pessoa. Pesquisadora em Psicologia Social ligada ao Publi-Psi. Pesquisadora em Direito Constitucional ligada ao PIC – Iniciação Científica.

75 Professora de Direito. Doutora em Direito com duplo diploma na Université Grenoble-Alpes France e na Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Mestra em Direito Público pela Université Grenoble-Alpes France com diploma reconhecido pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

76 Graduada em Psicologia pela Uninassau – João Pessoa. Pesquisadora em Psicologia Social ligada ao Publi-Psi.

77 Graduada em Psicologia pela Uninassau – João Pessoa. Pesquisadora em Psicologia Social ligada ao Publi-Psi.

gênero e quando ela deve ser aplicada. Cumpre mencionar que as questões-chave a serem enfrentadas do presente estudo são: de que forma a justiça restaurativa pode ser eficaz no combate a violência contra a mulher e como a mediação de conflitos pode ajudar ambas as partes a chegarem a um acordo pacífico rompendo o ciclo de violência.

Em decorrência dos fatos acima articulados, verifica-se que o problema-chave deste artigo é referente à forma como a mediação de conflitos pode ser aplicada nos casos de violência de gênero. Desse modo, é preciso ressaltar que a mediação deve ser aplicada antes que haja um agravamento da violência contra a mulher, levando-se em conta que a mediação se dá em diversas sessões, tendo como objetivo principal o restabelecimento do diálogo entre as partes, podendo culminar em um acordo, ou não.

Para ilustrar a situação apresentada cumpre mencionar que, em estudo realizado por Parizotto (2018), uma das entrevistadas relatou que desejava muito mais a fixação da pensão alimentícia do que a condenação de seu ex-companheiro por ameaça de agressão, pois a dificuldade de conseguir um emprego tendo três filhos era o maior impeditivo para que ela conseguisse sustentar o lar sem o ex-companheiro que a agredia. Tal estudo foi relevante para compreendermos que a mediação pode fazer com que as partes cheguem a um acordo que possa beneficiar a vítima, fazendo com que a mesma possa seguir em frente mantendo uma relação cordial com o ex-companheiro.

Para discutir o tema deste artigo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, destacando principalmente artigos, utilizando-se os seguintes métodos: descritivo e explicativo. O emprego desses métodos permitirá que se analise corretamente os artigos selecionados para estudo durante a pesquisa bibliográfica, buscando descrever o problema-chave de forma imparcial enquanto se analisa e interpreta os fenômenos estudados, procurando identificar as causas e fatores determinantes.

Assim, por meio dos métodos escolhidos, deve-se salientar que o desenvolvimento do presente artigo será organizado da seguinte forma:

Fundamentos teóricos: a) De que forma a justiça restaurativa pode interromper a violência contra a mulher antes que haja um agravamento e b) A eficácia da mediação como forma de combate a violência de gênero.

Aplicações práticas: a) O que causa a não procura da mulher por apoio e mudança de vida; b) A dificuldade de seguir em frente após a denúncia e c) Como a mediação de conflitos pode ajudar a suprir tais dificuldades.

Alternativas e soluções: a) As sessões de mediação buscam tentar reestabelecer a relação pré-existente entre as partes envolvidas, conscientizando-as do que as levou até aquele momento, tentando chegar a um diálogo aberto e saudável; b) A dificuldade de conseguir um emprego tendo filhos é o maior impedimento para a mulher que é vítima de violência realizar a denúncia e, nesses casos, a mediação, principalmente inicialmente, busca resolver tais problemas sem que haja uma repercussão maior e evitando que haja o agravamento da violência contra a mulher e até mesmo contra os filhos e c) A mediação foi pensada de forma a resolver conflitos onde há uma relação pré-existente entre as partes, assim sendo, questões como pensão alimentícia podem ser acordadas de forma saudável entre as partes, de forma que a vítima possa seguir em frente e ambos possam criar os filhos, podendo ou não haver uma relação íntima no futuro.

Em decorrência do acima exposto, é importante destacar que será realizada análise descritiva e explicativa, uma vez que se torna a maneira mais adequada para o enfrentamento do problema-chave, pois dessa forma conseguiremos perceber a violência e a relutância da vítima em denunciar de forma objetiva e com neutralidade estruturando bem os argumentos que serão aqui apresentados. Assim, cumpre-se iniciar o estudo a ser desenvolvido na presente análise, estabelecendo-se o foco acadêmico-científico para a investigação da temática tratada.

1. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A COMPLEXIDADE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A Lei nº 13.140/15 conceitua mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. (BRASIL, 2015). Já segundo Luis Alberto Warat (1998, p. 05) o conceito de mediação é a “forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos no qual o intuito

de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”.

Preconiza a Resolução nº 125/2010 que compete ao CNJ prestar suporte aos tribunais na organização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), permitindo-se parcerias públicas e privadas. Os conciliadores ou mediadores necessitam passar por um curso de capacitação, sendo o conteúdo programático mínimo indicado pelo órgão (CNJ, 2010).

Desde sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro, a mediação vem ganhando cada vez mais adeptos, conforme se comprova através do relatório de 2020 do CNJ que apontou um aumento no número de procedimentos pré-processuais de resolução de conflitos nos CEJUSC, enquanto no ano de 2019 se alcançou 3.895, em 2020 se atingiu 9.416, um índice de 240% a mais entre um período e outro, ou seja, mesmo no período pandêmico, onde as sessões e audiências aconteceram por meio virtual houve uma busca considerável pela mediação e conciliação (CNJ, 2020).

É desse modo que se pode afirmar que a mediação representa o triunfo da cultura do pacto sobre a cultura do confronto. Busca-se fazer com que os envolvidos compreendam as circunstâncias que motivaram aquela ação judicial, assim como, diante da responsabilização das partes e minimização dos danos gerados pela solução consensual, a obtenção de escolhas mais duradouras. (SILVA; BARBOSA, 2017, p. 3).

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil apresenta normas que estimulam a mediação entre as partes enquanto forma de solução dos conflitos, existindo um capítulo próprio a seu respeito. Descreve o diploma que em seguida ao oferecimento da petição inicial cível pela parte autora e antes da resposta da parte ré, deverá ocorrer uma audiência de conciliação ou sessão de mediação, conforme disposto no artigo 334 do novo CPC. Caso não haja acordo, será designada audiência de instrução, na qual o juiz ainda poderá realizar nova tentativa de conciliação/mediação, bem como as partes também poderão requisitá-la (BRASIL, 2015).

Em um primeiro instante, torna-se relevante indicar que a mediação deve ser aplicada antes que haja o agravamento da violência, em que a mediação não será mais cabível, pois “não é certo reconciliar a mulher com o homem que a agrediu, que bateu nela (seja marido, ex-marido ou namorado), sem antes punir a violência cometida” (RAMOS, 2011, p. 116).

O conceito de violência contra a mulher está descrito no artigo 5º da Lei Maria da Penha, “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006), mas antes disso tem-se como objetivos da lei coibir e prevenir qualquer sorte de violência, cabendo a sociedade e ao poder público criar mecanismos que visem dar efetividade a tudo que se preconiza no diploma legal, inclusive, sendo permitido a interpretação segundo os fins sociais da mesma a partir das particularidades das mulheres em situação de violência.

A resolução de conflitos funciona como um suporte para a diminuição da violência contra a mulher se buscada inicialmente pela vítima e antes de qualquer forma de violência mais grave, para que seja possível estabelecer um acordo e que as partes possam seguir em frente, juntas ou separadamente, visando o bem-estar de ambos e até mesmo da família de forma geral.

Tendo em mente que o mediador tem a capacidade técnica de um terapeuta, um dos objetivos da mediação é reestabelecer o diálogo saudável entre as partes de forma a conscientizar ambos da situação atual. Apesar de a justiça restaurativa buscar firmar um acordo saudável entre as partes se faz necessário salientar o despreparo dos órgãos de apoio a mulher no atendimento a vítimas de violência pois em um estudo realizado pela Escola Anna Nery, percebeu-se que a experiência das mulheres ao serem atendidas por profissionais ligados aos serviços de colaboração intersetorial e que não geraram vínculo, motivou a decisão de não retorno, mesmo em casos de lesões físicas. Se faz importante salientar que Saffioti (1999) observa tais problemas e assevera a importância de assistentes sociais ou psicólogas durante o primeiro relato para que futuramente não haja o abandono e, conseqüentemente, o arquivamento do caso.

Dessa forma, pode-se notar que as sequelas da violência podem ir além do físico pois, em entrevista à revista VEJA, Luíza Brunet conta que “aquele soco ainda dói” mesmo já tendo se passado quase 4 anos da vio-

lência sofrida do, na época companheiro, Lirio Parisotto. Deve-se, portanto, apontar que de acordo com a autora Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti, a violência é um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror, a qual entende que a violência vai bem além do físico (CAVALCANTI, 2007).

Contudo, a justiça restaurativa foi pensada como um meio de evitar que haja mais casos como o da artista Luiza Brunet, em que a mediação de conflitos já não é mais cabível e tampouco necessária, pois a agressão já não é um conflito mediável. Tais conflitos que não são mediáveis precisam sim ser tratados, porém de outras formas, sendo a parte jurídica realizada pela polícia e pelo Poder Judiciário, por outro lado o aspecto pessoal deve ser tratado pelos profissionais da saúde mental. (RAMOS, 2011).

1.1. O DESPREPARO DO PODER PÚBLICO E OS REFLEXOS NA EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO

Importante destacar que antes da edição da Lei nº 11.340/06, o Brasil foi responsável por ratificar inúmeros pactos internacionais que promoviam a proteção e a defesa da mulher como Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, porém apenas a partir dos anos 90 é que houve avanços na implementação de ações de suporte e em defesa da mulher sendo que apenas em 1993 é que o primeiro documento internacional de direitos humanos foi aprovado na Assembleia Geral das Nações Unidas e que abordou tal forma de violência, sendo que foi defendida a seguinte perspectiva: tal documento define violência contra a mulher "qualquer ato ou conduta baseada nas diferenças de gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada" (CIDH, 1994).

Modificações concernentes ao tratamento dado ao tema ocorreram ao longo do tempo, podendo ser apontadas: maior preocupação a respeito da violência contra a mulher e como isso afeta a sociedade como um todo; meios para implementação de melhores condições de vida e segurança para mulheres de forma a evitar tais violências; maior conscientização da

sociedade a respeito desse tipo de violência, que é real e afeta não somente o físico como todas as áreas da vida, deixando marcas que serão carregadas para sempre.

Cumpra destacar que é possível estabelecer um marco temporal para as mudanças mencionadas no presente artigo, sendo este já a partir de 1994 na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher que ocorreu em Belém do Pará. Vale ressaltar que já no ano seguinte à Convenção de Belém do Pará, o chefe de Estado Fernando Henrique Cardoso, promulgou o Decreto nº1973/96 que fez a Convenção valer no Brasil, devendo a mesma "ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém".

O argumento central defendido neste artigo é a eficácia da mediação de conflitos no combate a violência contra a mulher, portanto, com base nas informações acima mencionadas, cumpre ressaltar que a mediação deve ser tida como meio de resolução de conflitos para que não haja o agravamento da violência contra a mulher. Sendo assim, é necessário compreender que as partes envolvidas na violência possuam o desejo de mudança, por esta razão a mediação de conflitos se faz eficaz pois o mediador colabora com ambas as partes para resgatar a comunicação a fim de compreender as raízes dos conflitos apresentado. A mediação promove aos envolvidos a capacidade de resolverem, eles próprios, suas divergências, ou seja, a mediação traz para as partes em conflito uma alternativa para que juntos possam construir sua própria solução.

É necessário ressaltar, entretanto, que um dos motivos que levam a vítima a apresentar receio na hora de realizar a denúncia contra o parceiro violento é o despreparo das Delegacias de Defesa da Mulher. Segundo matéria da revista VEJA (2018) cerca de 30% das mulheres retornam no dia seguinte para retirar a queixa, logo, nota-se que é de extrema importância aprimorar os serviços de apoio a mulher, de forma a capacitar melhor os profissionais que atendem as vítimas de violência, principalmente nas DDMs, gerando melhor atendimento e favorecendo o relato da vítima. Assim, a eficácia da mediação de conflitos depende também do preparo dos outros órgãos de apoio e acolhimento da mulher, pois não há como haver audiência de mediação caso a mulher vítima da violência não compareça ao mesmo ou simplesmente retire a queixa na DDM.

1.1.1. O PAPEL DOS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A Lei Maria da Penha é uma referência no combate à violência contra a mulher, principalmente por tratar esta questão a partir de suas características próprias. Para tentar oferecer o tratamento adequado, essa lei prevê a participação de inúmeros profissionais das mais diversas áreas em torno de ações de prevenção e repressão à violência, assim como da assistência à mulher em condição de violência. Para os partidários dos Juizados de Violência Doméstica híbridos, tratar o combate à violência contra a mulher a partir de suas características, significa considerar as dimensões cíveis entrelaçada as dimensões criminais. (PARIZZOTO, 2018).

O art. 14 da lei prevê que:

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária, com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006, *ON-LINE*).

A alteração feita pela Lei nº 13.894/19, que conferiu o caráter híbrido aos juizados de violência doméstica, ao estabelecer esta relação entre as causas, oportunizou que o mesmo magistrado que aprecia os pedidos de medidas protetivas, também é quem podem apreciar pedidos de separação conjugal, guarda de filhos, ações de alimentos e medidas de proteção do patrimônio da vítima, levando-se em conta estas informações na apreciação da causa criminal, o que permite uma compreensão mais ampla sobre o delicado cenário da violência que é perpetrada contra as mulheres.

Nessa direção, considera-se que é imperativo atuar para fazer descontinuar a violência, geralmente se imagina de pronto a esfera criminal, principalmente através das medidas protetivas de urgência, mas é através das decisões firmadas na esfera cível que se sustenta o rompimento com um cotidiano doméstico de violência.

Segundo dados atualizados do CNJ (2020), o número de varas exclusivas para processar e julgar demandas relativas à violência contra mulher

atingiu o patamar de 138 em todo território nacional, ainda se concentram nos grandes centros, todavia o incremento dessas varas possibilita a adequação dos demais métodos de resoluções de conflitos as mais diversas situações previstas pela lei.

De acordo com pesquisa realizada por Amanda Melo (2017) acerca da possibilidade de realização de mediação nos casos de violência doméstica, foi entrevistada a juíza titular do Juizado de Violência Doméstica do Distrito Federal e a mesma ressalta que na maioria dos casos a mulher pede na delegacia além de proteção, alimentos, guarda e regulamentação de visitas para os filhos. A magistrada, também, acrescentou que não concorda com a mediação, pois acredita que se minimiza a violência doméstica. Trata-se, contudo, de um pensamento infundado, haja vista que o processo de mediação de conflitos em casos de violência doméstica busca dar voz as partes envolvidas e garantir o bem-estar da vítima, fortalecendo sua autonomia e identidade. A mediação não busca a impunidade do ocorrido mas que a natureza da violência seja também resolvida em toda a sua extensão para que não haja a reincidência desse crime. (SICA, 2007).

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 13.140/2015, constituem os princípios orientadores da mediação: a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé. Em se tratando de conflitos familiares, verifica-se que a mediação pode restabelecer o diálogo entre as partes, evitando o início de um ciclo de violência, muitas vezes iminente de ocorrer. É aplicar a Justiça Restaurativa, que, nos dizeres de Vânia Curi Yazbek é:

[...] definida como um processo participativo de resolução de conflito por meio do qual pessoas afetadas por ele se reúnem voluntariamente e de modo previamente ordenado, para juntas, com intermediação de terceiros – e geralmente com a ajuda de um facilitador, estabelecerem, pelo diálogo, um plano de ação que atenda às necessidades e garanta o direito de todos os afetados, com esclarecimento e atribuição de responsabilidade. Então, qual é a proposta da Justiça Restaurativa? É a de dar voz às necessidades dos envolvidos em uma situação de conflito – à vítima, ao agressor, aos afetados, sejam eles parentes, ami-

gos ou vizinhos. Ao devolver a voz a todos envolvidos direta e indiretamente, a Justiça Restaurativa lhes restitui seu lugar no mundo, de atores e autores de sua própria história, outorgando-lhes a responsabilidade por suas ações. Concedendo-lhes a oportunidade de uma nova história por meio de uma nova escrita, o processo restaurativo oferece um espaço social para uma construção conjunta dessa nova história. Enfim, é um modelo de resolução de conflitos constituído pelos seguintes valores e princípios: empoderamento, participação, autonomia, respeito, busca de sentido e de pertencimento na responsabilização pelos danos causados, e satisfação das necessidades emergidas a partir da situação de conflito. (YAZBEK, 2013, p. 287).

A utilização da mediação nos casos de crimes de menor potencial ofensivo contra a mulher tem o poder de colocá-la como autora de sua própria história, provocando uma verdadeira mudança de paradigmas. A mediação de conflitos busca estabelecer um diálogo entre as partes envolvidas, de maneira que os sujeitos possam protagonizar, através do entendimento mútuo, a resolução do conflito que lhes aflige.

Em recente trabalho, Carola Cristofolini (2020) traz exemplos de utilização da mediação na Delegacia de Proteção à Criança, à Mulher e ao Idoso (DPCAMI) de Xanxerê-SC. Num primeiro momento, relata a autora, uma psicóloga policial civil realizava a escuta ativa da vítima. Depois, em outro momento, se ouvia a outra parte, individualmente. Em um terceiro momento, se ambas as partes estivessem de acordo, realizava-se a prática restaurativa entre as mesmas.

Um dos casos bem-sucedidos relatados no aludido estudo foi o de Rosa e Marte (nomes trocados pela autora do referido trabalho), ela contando com 38 anos, ele com 50 anos, ambos com cerca de 12 anos de relacionamento, onde Rosa procurou a delegacia devido ao fato de sofrer ameaça por parte do companheiro após o mesmo ter bebido e se encontrar bastante alterado. O casal ficou separado por dois meses após a lavratura do Boletim de Ocorrência, quando Marte pediu para retomarem o relacionamento, ao que Rosa respondeu que só voltaria se Marte realizasse um tratamento para o alcoolismo, fato que o levou a buscar tratamento no Centro de Atenção Psicossocial (CAPS). Ao ser indagada pelo policial, Rosa disse que o relacionamento andava “às mil maravilhas”, que seu

companheiro não tinha mais bebido e que a casa tinha passado por um procedimento semelhante à mediação no próprio CAPS, fato que os tinha auxiliado a resolver os seus problemas, sendo o casal acompanhado semanalmente. Por fim, não quis realizar nenhum procedimento na delegacia contra a parte autora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos objetivos propostos pelo artigo, percebem-se de imediato as particularidades e complexidades das causas quem envolvem à violência contra a mulher e que, dentre os meios adequados de resolução de conflitos – negociação, arbitragem, conciliação e mediação – seria esta última a mais bem indicada para tentar alcançar o cerne do problema enfrentado, ou seja, a violência.

A opção seria a mediação vez que o que se buscaria seria a melhor significação do conflito pelas partes a fim de viabilizar o reestabelecimento do diálogo entre elas, em especial quando há a existência de filhos o que gera um contexto de conflito de alta complexidade, poder de dano, consequências e sofrimento.

Inicialmente, o uso de meios adequados de resolução de conflitos, na prática, imposta e sem qualquer preparo técnico do magistrado ou auxiliares para a devida e criteriosa utilização desta técnica, no âmbito dos juizados especiais, quando da inexistência da Lei Maria da Penha, relegava a gravidade dos crimes de violência pautados no gênero – e concebidos como violação aos direitos humanos desde a Convenção de Belém do Pará – a crimes de menor potencial ofensivo e, portanto, transacionáveis.

Assim, o que se buscaria com a mediação frente à violência doméstica e ou intrafamiliar de gênero não seria a reconciliação do casal, nem a relativização da agressão, mas sim a compreensão da gravidade, complexidade e naturalização das agressões sofridas pela mulher vítima e a oportunidade que tanto a vítima quanto o agressor possam melhor compreender o fenômeno da violência doméstica no qual se encontram imersos, e assim, haver maior possibilidade de efetividade tanto das decisões e ou acordos realizados no curso das ações em trâmite nestes tipos de demanda, principalmente após a recente alteração ao artigo 14º da lei Maria da Penha que permite que sejam tratadas no âmbito do mesmo juízo matérias penais

e cíveis, envolvendo as mesmas partes, logo, os mesmos filhos, que tramitaram simultaneamente.

Imperativo se faz analisar a pertinência da mediação a cada caso concreto, acredita-se adicionalmente que o uso das mais diversas técnicas psicossociais nos casos de violência doméstica e de gênero pode se mostrar de acordo não só com as previsões da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ – que prevê a promoção do judiciário a formas mais adequadas à resolução de conflitos levados ao Estado-juiz –, como também e, primordialmente, à maior eficácia do enfrentamento do problema raiz que levara as partes a buscarem as instituições do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amanda Melo de. A possibilidade de realização da mediação nos conflitos de violência doméstica: uma pesquisa *in loco* no juizado de violência doméstica do núcleo Bandeirante-DF. **Serviço Social & Sociedade**, Brasília, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Relatório de Varas e Juizados Exclusivos de Violência Doméstica contra a Mulher em 21/02/2021. Disponível em: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_10%-5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=-true&sheet=shVDResumo. Acesso em: 1º abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução CNJ nº 125 de 29 de novembro de 2010** (consolidada). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 31/03/2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 29/03/2021.

_____. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 31 mar. 2021.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”**, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007.

CIDH. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.** “Convenção de Belém do Pará”, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.belem.do.para.htm#:~:text=Artigo%201,pública%20como%20na%20esfera%20privada>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CRISTOFOLINI, Carola. **A possibilidade da conciliação e da mediação de conflitos em casos de violência doméstica condicionados à representação criminal.** Monografia (Pós-Graduação em Sistema de Justiça: Conciliação, Mediação e Justiça Restaurativa) – Universidade do Sul de Santa Catarina. Xanxerê, 2020.

DA SILVA, Artenira *et al.* **Possibilidade de aplicação da técnica de constelações familiares e da mediação nas varas especializadas da mulher e da violência doméstica frente à Resolução CNJ nº 125/2010.** Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, v. 3, n. 2, p. 88-105, 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/2503>. Acesso em: 29 mar. 2021.

PARIZOTTO, Natália Regina. **Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: a reatualização do conservadorismo.** Serviço Social & Sociedade, n. 132, p. 287-305, ago. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282018000200287&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 mar. 2021.

RAMOS, N. E. B. **A mediação conflitos cíveis como instrumento de empoderamento da mulher vítima de violência doméstica.**

Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Já se mete a colher em briga de marido e mulher.** São Paulo Perspec., São Paulo, v. 13, n. 4, p. 82-91, Dec. 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 dez. 2020.

SEIXAS, M. R.; DIAS, M. L. **Violência doméstica e a cultura da paz.** 1º Ed. São Paulo: Roca, 2013.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Marli Aparecida Rocha de *et al.* **Percepção das mulheres em situação de violência sobre o apoio formal: Scoping review.** Esc. Anna Nery, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, e20200087, 2021. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452021000200208&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 dez. 2020.

VEJA. **‘Ele me bateu’: o corajoso fim do silêncio sobre a violência doméstica.** VEJA, [S. l.], p. 1 – 3, 11 maio 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reveja/ele-me-bateu-o-corajoso-fim-do-silencio-sobrea-violencia-domestica>. Acesso em: 4 dez. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito.** Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

A REALIDADE BRASILEIRA DE AFASTAMENTO DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E O ACESSO À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL VIRTUAL: O FOMENTO ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INCLUSIVAS

*Luciane Mara Correa Gomes*⁷⁸

INTRODUÇÃO

As relações sociais têm sido ampliadas, a partir do estreitamento das fronteiras com o uso recorrente e crescente da internet, exigindo que o acesso dos indivíduos a computadores, notebooks, tablets e celulares seja constante. O aperfeiçoamento do uso das tecnologias da informação e da comunicação, requer capacidades para manter-se no ambiente desmaterializado, principalmente quando empresas e órgãos governamentais

78 Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Associada da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Associada do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos.

conduzem as suas práticas para este campo de relações virtuais. Na seara do campo judiciário, com a utilização intensificada da rede mundial de computadores, alguns procedimentos passaram a ser identificados como de melhor arranjo e de maior possibilidade de resolução de conflitos, este cenário foi vislumbrado pelo legislador brasileiro para a implantação do processo eletrônico.

Não obstante a necessidade de adequação social, não houve um regular estudo para identificar a situação do acesso da população brasileira às tecnologias da informação e da comunicação, sem estabelecer uma relação entre o fato de possuir um computador e/ou celular, com acesso à internet, já tenha sido conferida a capacidade para estar neste cenário virtual. O problema que ocupa esta pesquisa que é investigar os indivíduos, que são meros usuários de aplicativos e programas de baixa complexidade, estão capacitados qualitativamente para obter o acesso à prestação jurisdicional eletrônica.

O objetivo deste trabalho é identificar os pontos de afastamento na obtenção de computadores e de internet na população brasileira para correlacionar com a proposta de acesso virtual à prestação jurisdicional. A hipótese é de identificar, dentro do mapeamento feito pelo Comitê Gestor de Internet no Brasil, o estado de desenvolvimento dos brasileiros no campo da tecnologia da informação e da comunicação. A partir deste monitoramento, compreender a qualidade do acesso à justiça desmaterializada, como alternativa ao problema da pandemia de Covid-19 pelo Conselho Nacional de Justiça.

A pesquisa adotará metodologia qualitativa, por meio de jurimetria, tomando como base de dados o levantamento feito pelo Centro Regional de Estudos para o desenvolvimento da sociedade da informação apresenta dados de todo o país, a análise dos resultados da pesquisa TIC Domicílio 2019, limitando aos dados coletados em nível nacional, de acesso às tecnologias da informação e da comunicação, com recorte nas ações que possibilitam a utilização de computador, equipamento preponderante para desenvolver as tarefas em um sistema eletrônico do Poder Judiciário.

1. ANÁLISE DO ACESSO ÀS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO NO BRASIL

O presente artigo é pautado na pesquisa TIC Domicílios 2019, divulgada em 26 de maio de 2020 que tem sido elaborada, desde 2005, pelo

Comitê Gestor da Internet no Brasil, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento da internet no Brasil e construir políticas públicas de inclusão digital. Como contextualizado na justificativa desta investigação, o Brasil possui uma população de 134 milhões de pessoas e goza do status de possuir 47 milhões de indivíduos desconectados de qualquer tecnologia digital. Num momento em que o distanciamento social é recomendado, como medida profilática ao contágio pela Covid-19, o acesso à rede mundial de computadores passou a ser ferramenta de trabalho e de continuidade nas atividades outrora presenciais.

Por esta via, o Centro Regional de Estudos para o desenvolvimento da sociedade da informação (CETIC) passou a monitorar a adoção das tecnologias de informação e comunicação (TIC) no Brasil e a o recorte feito na pesquisa TIC Domicílios tem como ponto de partida a utilização pelos indivíduos de computadores, sejam estes de mesa ou portátil, o acesso à internet em suas modalidades e se possuem celular ou tablet. A identificação por região do país, por área e por classe social irá viabilizar quem é capaz de ter acesso qualitativo à internet para que este indivíduo possa, dentre as múltiplas facetas do trato social, manter-se no exercício do acesso à justiça.

Numa primeira análise, é necessário verificar, considerando que apenas dois terços da população brasileira têm acesso às tecnologias da informação e de comunicação, a utilização de computador. Segundo os dados obtidos, entre 62,3-65% dos indivíduos que declararam ter utilizado um computador residem na Região Sudeste; nas regiões Sul, Norte e Centro Oeste são 59,5-62,2%; na Região Nordeste, o percentual cai para 51-53,8%. A partir destes dados, é latente considerar que o acesso a equipamentos de informática não é igualitário no país e que merece um projeto de política pública judiciária para suprimir esta lacuna, de modo a manter o princípio da paridade de armas dos jurisdicionados que buscam a prestação jurisdicional.

Outro dado importante diz respeito à área em que o entrevistado declara o domicílio: 64% moradores informaram ter domicílio na área urbana e 37% na área rural, evidenciando a priorização por aqueles que estão nos centros urbanos, possivelmente pela atividade profissional desempenhada e acesso à educação. Assim, é possível considerar que, a partir da classe social ocupada pelos indivíduos, poderá haver maior ou menor

disponibilidade orçamentária para a aquisição de equipamentos tecnológicos, por que 91% dos indivíduos informaram ser integrantes da classe A; 87% da classe B; 65% da classe C; e 35% das classes D e E confirmam a utilização de computadores.

Analisando pela perspectiva da remuneração, 91% dos indivíduos entrevistados que responderam positivamente à utilização do computador recebem remuneração igual ou superior a dez salários-mínimos, enquanto 83% se encontram entre recebimento de remuneração maior do que cinco e menor do que dez salários-mínimos, o que indica uma condição melhor de rendimentos para aquisição dos componentes de tecnologia da informação. Na parcela dos entrevistados que têm remuneração maior do que três e menor do que cinco salários-mínimos, 79% responderam afirmativamente quanto à utilização de computador, valor que cai para 69% quando a remuneração dos entrevistados é maior do que dois e menor do que três salários mínimos, diminuindo para 57% naquele grupo de rendimentos de mais de um e menos de dois salários mínimos e de 42% para aqueles que recebem menos de um salário mínimo, indicando que a prioridade para estes últimos é a subsistência e não a educação tecnológica.

A relação da condição social e a utilização de computador também estão conectadas com o grau de instrução, pois quanto maior o grau de instrução dos entrevistados, maior é a possibilidade de utilização de computador. Dentre os portadores de ensino superior entrevistados, 95% tinham acesso, enquanto dentre aqueles que declaram ter apenas o ensino fundamental somente 11% tinha utilizado um computador. Dentre a coletividade de indivíduos com ensino médio a utilização de computador é uma realidade de apenas 79% do grupo, em contraste com aqueles em situação de analfabetismo e educação infantil que é de 5%. Neste aspecto, é importante frisar que a educação de base não dá o incentivo e muito menos supre a ausência do equipamento tecnológico no âmbito das escolas, situação que seria visível nos indivíduos que possuem até o ensino fundamental.

É importante destacar que a pesquisa também se aprofundou no que seria considerado utilização do computador e, para limitar o campo de análise, este artigo avaliará aquelas ações que correspondem à capacidade do indivíduo atuar em um processo desmaterializado. Quando perguntado sobre o uso do computador para copiar e mover um arquivo, o per-

centual de residentes nas regiões Norte e Centro-Oeste, que responderam afirmativamente ao desempenho de tal tarefa, são de entre 58,1-59%, enquanto na Região Nordeste variou entre 56%-57%, na Região Sudeste alcançou entre 57,1%-58% e na Região Sul de 60,1%-61%. Nesta habilidade, os indicadores apontam que 59% são de residentes na área urbana, e 42% na área rural.

Ao avaliar os dados coletados pela classe social dos indivíduos que possuem a capacidade de copiar e de mover um arquivo no computador para a internet, é possível verificar que 75% dos indivíduos são pertencentes à classe A, percentual que reduz quando perguntados os integrantes da classe B (67%), classe C (53%) e classes D e E (38%). Quanto à renda familiar, 40% dos indivíduos que recebem até um salário-mínimo apontaram ter esta habilidade, enquanto 47% daqueles que têm renda maior do que um e menor do que dois salários-mínimos, percentual que passa para 57% naqueles que recebem mais do que dois e menos do que três salários-mínimos estão aptos a copiar e mover um arquivo. Este percentual aumenta naqueles que percebem mais de três e menos do que cinco salários-mínimos, passando para 75%, no grupamento que recebe mais do que cinco e mesmo do que dez salários-mínimos e atingindo 82% dos indivíduos cuja renda familiar é superior a dez salários-mínimos. Isto corrobora o posicionamento assumido de que a conexão entre o acesso às tecnologias está vinculada à condição financeira dos usuários.

Neste ponto, passa a observar a relação do grau de instrução dos indivíduos e a habilidade de copiar e de mover um arquivo, onde 76% dos entrevistados declararam possuir ensino superior; 58%, com ensino médio; 32%, ensino fundamental e 15% no grupamento com analfabetos e portadores da educação infantil. A partir destes dados, é possível asseverar que a inclusão digital quando promovida durante a educação básica proporcionaria aos indivíduos um desempenho qualitativo na utilização da rede mundial de computadores e, conseqüentemente, gerando menor entrave à prestação jurisdicional virtual que é o ponto nevrálgico deste estudo.

Outra habilidade para a utilização do computador que foi objeto do questionário da pesquisa TIC Domicílios é a capacidade de copiar e de colar informações em um documento. Avaliando os dados a partir da região onde os indivíduos declararam fixar domicílio, tem-se que as regiões Norte e Centro-Oeste tiveram os melhores percentuais, entre 56,1-58%,

enquanto a Sudeste ficou com 52,1-54,0%; a Sul, 50,1-52% e a Nordeste, 48-50%. Mais uma vez, destaca a disparidade de condições de igual acesso às tecnologias da informação e da comunicação, com viés a impactar no acesso à prestação jurisdicional virtual.

Retomando ao item de habilidade para copiar e colar informações em um documento, a partir do levantamento feito pela área em que o indivíduo tem domicílio fixado, tem-se que 54% dos entrevistados são moradores da área urbana, enquanto 35% são das áreas rurais. É possível sustentar que a habilidade para desempenhar tal tarefa é mais evidente e mais bem desenvolvida de acordo com as atividades profissionais e a proximidade dos postos de trabalho dos usuários.

Esta mesma habilidade quando avaliada pela perspectiva da classe social, destaca-se que 70% dos integrantes da classe A se declaram habilitados, 62% dos integrantes da classe B; da classe C, 46% e das classes D e E, 30%. Estes dados, avaliados a partir da ótica da renda familiar, o cenário é de 32% daqueles que possuem até um salário-mínimo se declararam capazes de reproduzir tal tarefa, 39% para quem percebe mais de um e menos de dois salários mínimos, 50% para quem tem renda familiar de mais de dois e menos de três salários-mínimos, 65% para aqueles que recebem entre três e cinco salários-mínimos, 70%, de cinco a dez salários-mínimos e 80% no grupo que tem renda maior do que dez salários-mínimos. As mesmas considerações tecidas na habilidade anterior, no que tange a relação com a situação financeira e econômica dos integrantes, podem ser aplicadas na habilidade para copiar e colar informações em um documento.

Ao confrontar a habilidade de copiar e de colar informações em um documento a partir com o grau de instrução, verifica-se que o percentual se mantém próximo se comparado com a habilidade anterior, onde 74% dos portadores de diploma de ensino superior declararam aptos; 50% dos entrevistados portadores de ensino médio; 22%, ensino fundamental e 11% de analfabetos e com ensino infantil. Estes dados vêm reiterar a necessidade de políticas públicas educacionais com vias a suprir a deficiência da inserção de tecnologias da informação no sistema educacional de base ou como incentivo à capacitação profissional, diante do aumento da utilização de tais instrumentos.

Outra habilidade selecionada e que faz parte dos atos que instrumentalizam um processo eletrônico é a habilidade de anexar arquivos em

email. Dentre aquelas apresentadas na pesquisa TIC Domicílio 2019, com a possibilidade de contribuir para o desenvolvimento desta pesquisa face à possibilidade de utilização no âmbito da estrutura do campo judiciário, é necessário conferir se o indivíduo tem a necessidade de instrumentalizar uma correspondência eletrônica com algum documento, em especial neste período de teletrabalho, onde as comunicações com os tribunais são feitas de modo remoto.

Esta habilidade foi mais evidente nos moradores da Região Centro-Oeste do país com 59,1-62% dos indivíduos entrevistados, sendo este percentual na Região Sudeste de 52,1-56%; na Região Sul, 50,1-53%; e regiões Norte e Nordeste de 47-50%. Quando analisada sob a perspectiva da área em que o indivíduo declarou domicílio, foi apontada por 55% dos indivíduos da área urbana e 38%, da área rural, reiterando o argumento de que as habilidades para tecnologias da informação e da comunicação são mais evidentes quando estão diretamente vinculadas à atuação profissional.

A habilidade, quando é avaliada a partir da declaração de classe social dos indivíduos entrevistados, é confirmada por 78% dos integrantes da classe A, na classe B é de 67%; da classe C, 45% e das classes D e E, 28%. De igual forma, quando o cenário de capacitação é observado a partir da renda familiar, onde apenas 32% daqueles que declararam possuir esta habilidade tem renda de até um salário mínimo; 39% para quem percebe mais de um e menos de dois salários mínimos, 50% para quem tem renda familiar de mais de dois e menos de três salários mínimos, 68% para aqueles que recebem entre três e cinco salários mínimos, 72%, de cinco a dez salários-mínimos e 83% no grupo que tem renda maior do que dez salários mínimos, ou seja, existe ligação entre a condição financeira do indivíduo entrevistado e as habilidades na utilização de computadores.

Outro ponto de avaliação que merece a nossa consideração é a comparação entre o grau de instrução dos entrevistados e a capacitação de anexar arquivos a um email. O levantamento revela que 80% dos portadores de diploma de ensino superior declararam ter tais condições, contudo este percentual reduz nos egressos do ensino médio para 50%; no ensino fundamental, 19% e analfabetos e ensino infantil, 9%. Sob este comparativo é possível apontar que há deficiência no ensino das tecnologias da informação, principalmente na educação de base, mesmo diante do aumento

no uso de equipamentos tecnológicos nos últimos anos como meio de reforço escolar.

Nessa linha de raciocínio, cabe concluir que existe um distanciamento dentre as camadas sociais no acesso às tecnologias da informação e com evidente concentração nas classes mais vulneráveis do ponto de vista econômico e que é um reflexo da falta de estrutura do sistema educacional. Este desequilíbrio é sentido com maior carga valorativa no sistema de processos eletrônicos e para melhor compreensão deste impacto sobre a garantia do acesso à justiça que se torna problemático pela falta de condições de estar no ambiente desmaterializado é que este trabalho passará a apresentar como se dá o seu funcionamento.

1.1. OS MECANISMOS DE ENFRENTAMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL BRASILEIRA NO ACESSO À JUSTIÇA VIRTUAL

Esta parte da pesquisa se ocupará de verificar o que é necessário para ter acesso virtual à justiça como um acesso qualitativo. Num primeiro momento, a finalidade é estabelecer este conceito, que é prescrito por Leonardo Greco (2003) como quando todas as garantias fundamentais do processo forem asseguradas no sentido de preservar a marcha ordenada do processo em direção ao seu fim. Assim, se ao postular um direito de exercício da jurisdição, o acesso não seja qualitativamente satisfatório a atender as expectativas das partes envolvidas no litígio, é possível afirmar que nem houve acesso qualitativo e muito menos será em relação ao resultado rápido do processo.

Isto se deve ao fato de que a prestação jurisdicional está diretamente relacionada à organização judiciária e que está voltada ao desenvolvimento de um processo justo e, para alcançar este objetivo, a resolução do conflito de interesses submetido ao judiciário, deve ser feita mediante a prática de uma série de atos ligados entre si por um fio condutor até o seu desfecho que esta unidade seja rápida. É necessário que esta estrutura seja dinâmica e eficaz (CARNEIRO, 2019), para tanto o Poder Judiciário deve cumprir as promessas de modernidade que as transformações sociais ocorridas ao longo dos anos trouxeram inovações ao campo sociológico (LOPES, 2014).

Por esta razão, a máquina judiciária se viu assoberbada de demandas e a maior efetividade do campo exige uma alteração estrutural com vias a atingir a democratização do acesso ao judiciário. Para Flavia Piovesan (2014) existe a necessidade de ter uma política institucional voltada ao Poder Judiciário com a finalidade de sistematizar os dados para se alcançar um tempo uniforme para o tempo de tramitação de um processo, como meio de reduzir o congestionamento. Por esta linha de raciocínio, o legislador brasileiro por meio do Código de Processo Civil adequou à comunidade jurídica ao processo eletrônico. Um fato deve ser considerado, o Brasil ainda possui um número elevado de excluídos digitalmente e que possui potencial para o ajuizamento de uma demanda nos juizados especiais cíveis, fazendários ou federais e não são dotados da capacidade de reproduzir uma prática que é desmaterializada.

Ao considerar que a finalidade do processo eletrônico é a redução do custo operacional do acervo físico, a demanda por espaço físico e recursos humanos para manuseio e realização de atos processuais, o cerceamento do acesso ao processo eletrônico pode causar a esta parcela da população, que não é portadora das habilidades para o desempenho do acesso virtual, a frustração de não conseguir qualitativamente ser inserido nesta estrutura. Por outro lado, o Estado, ao determinar que tal estrutura para tramitação das demandas judiciais migrasse para o processo eletrônico, veio a criar um encargo, tanto para quem está inserido no campo judiciário, quanto para quem dependa de uma prestação de serviço público judiciário.

Por consequência, esta imposição fomenta a desigualdade e, à guisa de exemplificação, a solução menos danosa seria o Estado conceder a quem teve o seu acesso à prestação jurisdicional limitado ou impedido, com a implantação do processo eletrônico, os meios efetivos para este exercício da garantia constitucional. Cabe salientar que a legislação processual garante a todos a prática de atos processuais por meio eletrônico e superar estas barreiras de acesso é um desafio que pode ser suprimido através de medidas adotadas pelo Poder Judiciário, com a finalidade de reduzir a desigualdade e que contribua para o acesso de todos a uma ordem jurídica justa (PINHO, 2015). Antonio José Carvalho da Silva Filho (2016) sugere, como meio para reduzir a desigualdade, que o Tribunal disponibilize computadores e scanners para a instrução das postulações realizadas,

como meio de evitar o comprometimento da ordem jurídica justa na evidente desproporção.

O acesso à justiça, como garantia fundamental, não é irrestrita no Brasil, porém urge considerar que uma parcela da população tem conhecimentos de seus direitos, mas não como tem mecanismos para a sua efetivação. Avaliando a partir do levantamento das condições locais e dos indivíduos, o resultado que poderá haver é um quadro de insegurança jurídica, face à tensão democracia e desenvolvimento, isto porque além do conflito jurídico, há a contenda de ordem social, que irá afetar ao grupo de maior vulnerabilidade por ausência de um planejamento prévio para a implantação de políticas públicas judiciárias. Nesta linha de raciocínio, Amartya Sen (2012) produziu reflexões a respeito do papel social das instituições e a igualdade de capacidade dos indivíduos, elaborando uma comparação entre igualdade de recursos e igualdade de capacidades, ajustada a realidade brasileira, pode ser vista como a diferença entre o acesso ao direito e o acesso à justiça. O impacto desta situação pode ser visto, com escopo na regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, para o momento de pandemia, onde a os atos praticados são feitos por meio de ambiente desmaterializado e atendimento remoto em teletrabalho pelos servidores, até que todo plano de retomada para os tribunais possa ser concluído. Isto gera para os litigantes em condições desiguais o rompimento na isonomia uma vez que salienta a desigualdade. Seja pela ausência de sistema capaz de garantir a igualdade a todos, seja pela ausência de estrutura do Poder Judiciário para garantir o acesso ao processo eletrônico a todos os jurisdicionados.

A regulamentação do processo eletrônico foi pensada apenas sob a perspectiva do desafogamento do campo judiciário com a distribuição de carga dinâmica das atividades dos cartórios e deixou à margem aqueles que dele necessitam a utilização e manuseio. O peso atribuído na inexistência de acesso ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, de comunicação eletrônica e de assinatura eletrônica, evidencia a violação da paridade de tratamento (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015) e apesar do processo eletrônico ser uma tendência à desmaterialização, que é fruto das transformações sociais pelas quais a sociedade tem sido envolta nos últimos tempos, é um indicativo que houve falha estrutural no planejamento sistêmico.

Assim, é possível concluir que a desigualdade social só será compensada quando a estrutura do campo judiciário for modernizada, ao ponto de contemplar a ausência de acesso dos indivíduos as tecnologias da informação, pela criação de políticas públicas inclusivas, promovendo a inclusão digital na educação e na aquisição de equipamentos, já que afeta grande parcela da população brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as transformações legislativas e sociais não tiveram o condão de frear o distanciamento dos grupos vulneráveis. Todas as modificações inseridas foram alinhadas a estrutura do campo judiciário, mas nenhuma delas voltadas à acessibilidade digital. Daí desponta um grande retrocesso, pois a ausência de métodos para suprir tais deficiências na estrutura dos órgãos judiciários não guarda coerência com o valor Justiça. A análise dos indicativos de tratamento desigual nas situações onde haja a limitação à utilização dos sistemas de prática de atos processuais por meio eletrônico deve estar no topo das metas do Conselho Nacional de Justiça, para reduzir os impactos da desigualdade social, de maneira a criar um campo judiciário para incluídos digitalmente, e outro para os analfabetos digitais, situação que macula a Constituição da República e lacera os fundamentos do estado democrático de uma sociedade igualitária e justa.

Nessa linha de raciocínio, o problema do acesso virtual à prestação jurisdicional, que foi aumentado a partir da pandemia de Covid-19, veio demonstrar que, apesar das políticas públicas implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça para reduzir o impacto sobre o campo judiciário com atenção ao distanciamento social e com a migração do serviço público judiciário para a modalidade teletrabalho, a parcela de indivíduos habilitados a conseguir o acesso ao processo eletrônico ainda é pequena, em relação à população brasileira.

O Conselho Nacional de Justiça, desde sua criação, vem se estruturando para o desenvolvimento dos métodos de resolução da crise do Poder Judiciário e poderia buscar além da premissa de uma prestação jurisdicional mais célere e adotar mecanismos para reduzir a desigualdade existente se faz tanto por aspectos culturais, quanto por aspectos econômicos.

Dentre as múltiplas facetas do trato social, manter-se no exercício do acesso à justiça, seria uma tarefa excludente já que apenas dois terços da população brasileira têm acesso às tecnologias da informação e de comunicação e declararam, nesta realidade, a capacitação para a utilização de computador. Ficou visível que a prioridade para este grupamento é a subsistência e não a educação tecnológica. O impacto também é maior nas áreas rurais, mantendo a premissa de que as habilidades estão conexas com as atividades profissionais desenvolvidas e a proximidade dos postos de trabalho.

A pesquisa buscou identificar a capacitação dos indivíduos para ter qualitativamente a aptidão para manusear tecnologias da informação e da comunicação e, conseqüentemente, usufruir do acesso virtual à Justiça. Neste sentido, buscou avaliar o percentual de indivíduos para executar tarefas essenciais no computador sob dois aspectos: a área de moradia e a condição social. Dentro da condição social dois indicadores foram relevantes, a classe social e a renda familiar.

Outro aspecto de relevância é que o sistema educacional brasileiro não é dotado de incentivo para a utilização de computadores como ferramenta de construção de capacidades e muito menos supre a ausência do equipamento tecnológico no âmbito das escolas, situação visível nas declarações dos indivíduos que possuem até o ensino fundamental. Desta forma, é possível afirmar poucos indivíduos estão propensos a atuarem nos sistemas de processos eletrônicos face à exigência de ter uma sequência de programas instalados em seus equipamentos para o desempenho do acesso à prestação jurisdicional desmaterializada. Neste singular ponto, houve a percepção de que uma grande parcela da população não está tecnicamente habilitada a manusear os sistemas do processo eletrônico, seja pela ausência de conhecimento, seja pela falta de políticas destinadas a minorar esta desigualdade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC Domicílios 2019**. Disponível em <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/indicadores/>. Acesso em: 28 set. 2020.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **O novo processo civil brasileiro**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Introdução do Direito Processual Civil. Volume I. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOPES, Amanda. Por que os brasileiros não confiam nas instituições públicas? **Tribuna do Advogado**. Rio de Janeiro. Ano XLII, n. 539, jul. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual civil contemporâneo**. V. 1: Teoria Geral do Processo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flavia. Por um Judiciário democrático. **Caros Amigos**. Especial Judiciário. São Paulo, ano XVII, n. 69, ago. 2014.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2012.

SILVA FILHO, Antonio José Carvalho. **Da forma dos atos processuais**. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; BACHENEK, Antonio Cesar; CAMBI, Eduardo. (Orgs.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA DA VERDADE REAL VS VERDADE FORMAL À LUZ DA DOCTRINA DE LUIGI FERRAJOLI

*Maximiano Dias Rosa*⁷⁹

INTRODUÇÃO

A verdade é um tema que provoca debates em diferentes ramos da Ciência. Na filosofia, seu ramo por excelência, é objeto de distintas teorias que ainda assim nos deixam sem muita certeza sobre o que é (a) verdade. Michel Foucault (1989), por exemplo, relaciona a verdade ao poder. No seu entendimento, cada sociedade tem o poder de considerar um enunciado falso ou verdadeiro, e a partir destes ideais, aplicar as sanções previstas em suas leis. Na visão do autor, o que é verdadeiro pra um grupo não necessariamente o será para outro grupo. Chegando a afirmar que “o poder precisa da produção de discursos de verdade”. Portanto, em sua teoria não é possível absorver a ideia de verdades absolutas.

Tomás de Aquino, em seu ensaio intitulado “Da Verdade”, afirma que a verdade é a adequação da coisa ao intelecto ("*utrum veritas sit tantum in intellectu*"), e a relativiza. Não à toa, a questão da verdade também ator-

79 Graduação em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (2013), pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil (2014) e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2016) pela UCAM. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (2016). Advogado.

menta há algum tempo os estudiosos do Direito, e mais especificamente, para os fins deste artigo, o Direito Processual. Neste caso, a problemática se dá não só no que a verdade representa para o processo, mas também em sua relação para com ele.

Dentre as ideias de verdade no estudo deste ramo do Direito, comumente se destacam os da verdade real e formal, desde a Teoria Geral do Processo até o estudo de um ramo específico do processo. Tais institutos são frequentemente estudados, e ensinados nas salas de aula de Graduação em Direito, e até mesmo em cursos de Pós- Graduação, como dicotômicos, as vezes sob a ideia de princípios, mas sem um aspecto claro sobre as implicações desses conceitos dentro do processo, e sua real pertinência.

Este artigo tem por objetivo aprofundar o estudo do tema da verdade processual para além da dos referidos conceitos, alcançando a perspectiva probatória que lhe toca, e suas implicações, debruçando-se especialmente sobre o ramo específico do Processo Penal, nas lentes da respeitada doutrina do processualista Luigi Ferrajoli. Antes, porém, passa-se a uma análise da verdade processual nos estudos do Direito Processual brasileiro.

1. O PENSAMENTO CLÁSSICO: VERDADE FORMAL *VERSUS* VERDADE REAL

Não é de hoje que o Direito Processual estuda a busca da verdade no processo classificando-a entre dois abrangentes grupos: verdade formal e verdade real. Segundo a doutrina clássica, a verdade real é apontada como comum ao processo penal, e é entendida como a busca da realidade plena dos fatos, isto é, sob a égide da verdade real o processo deve buscar a verdade absoluta dos fatos, a fim de demonstrar o que realmente ocorreu no caso concreto.

Nesse contexto, Rogério Lauria Tucci (1986), define a verdade real como "a reconstrução atingível de fato relevante e metaprocessual, inquisitivamente perquirida para deslinde da causa penal". Da mesma forma, Tourinho Filho (2000):

Na verdade, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos

fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, que realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.

De outro lado, a verdade formal é a que resultaria do processo, em conformidade com o brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* (“o que não está nos autos não está no mundo”), sendo comumente associada ao Processo Civil. Esta verdade não teria por escopo, obrigatoriamente, encontrar a exata correspondência com os fatos.

Diferenciando os institutos, Julio Fabbrini Mirabete (2002) aduz que o princípio da verdade real exclui “os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções ficções, transações etc., tão comuns no processo civil”. Tais classificações se apoiam, ainda, na justificativa de que o processo civil trata geralmente de direitos disponíveis, enquanto o processo penal trata de direitos indisponíveis, e que por isto neste último os interesses e bens em jogo seriam menos relevantes que naquele, tendo em vista os bens tutelados, a liberdade e jus puniendi do Estado (FINOTTI SILVA, 2015).

No processo trabalhista, a verdade real é tida como vertente processual do princípio da primazia da realidade. Estudiosos deste ramo advogam que o juiz deve perquirir o que efetivamente ocorreu na relação trabalhista, em detrimento apenas das provas documentais constantes nos autos. Para tanto, fundamentam, o juiz tem amplo poder instrutório e liberdade na direção do processo (art. 765 da CLT). Seria, portanto, a verdade real a fonte de maior certeza nos que diz respeito aos fatos que ensejaram a aplicação do direito. Esta certeza seria uma prerrogativa do processo penal (ACKEL FILHO, 1988) e também do processo trabalhista como defendem alguns doutrinadores (MARTINS, 2010).

Os juristas de processo penal quando fundamentam este entendimento no Código de Processo Penal, o fazem com supedâneo no art. 156, que para esses doutrinadores tem o condão de retirar o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências ex officio, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo (JESUS, 1989). Alguns doutrinadores relativizam tal distinção, mas ainda dentro do conceito apresentado, a exemplo de

Theodoro Júnior (2001) sustentando que “o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”.

Não obstante, a doutrina processual-penal é praticamente unânime em afirmar que, em sede de processo penal o juiz não pode se contentar com a verdade formal; devendo buscar sempre a verdade real, que seria aquela capaz de recompor plenamente a historicidade dos fatos.

2. A VISÃO CONTEMPORÂNEA

De outro lado, aprofundando-se no estudo do tema, alguns juristas passaram a perceber que a questão da verdade deveria ser analisada como um todo, valendo-se das lições contemporâneas sobre o tema proveniente de outras ciências, mais especialmente a filosofia, história e sociologia. Alguns juristas passaram a defender, então, que a verdade real não é capaz de ser alcançada (REALE, 1983) por um tal ou qual sistema processual, e de seus respectivos limites de produção de provas.

Assim, segundo o conceito moderno, a verdade absoluta é algo inatingível, seja dentro ou fora do processo, afastando-se a ideia de que o fenômeno seja o encaixe perfeito entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele. Nessa corrente de pensamento, Rodolfo Hartmann (2014) aduz que é impossível atingir uma verdade absoluta, e por isso já não devemos mais falar em verdade material ou verdade formal, mas sim em uma verdade processualmente válida, que é aquela verdade mais próxima possível (ou menos imperfeita possível) do que efetivamente ocorreu.

Já Zanetti Júnior (2007), endossado por Alexandre Câmara (2013), explora o conceito de verdade provável. Para aquele autor, a verdade absoluta jamais pode ser atingida. O máximo que se pode ser obtido no processo civil é uma verdade provável, um juízo de probabilidade, com alto grau de correção, advindo de um elevado contraditório processual e do comprometimento com uma decisão justa e uma preventiva discussão entre o juiz e as partes.

Outrossim, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011):

A ideia de verdade formal é hoje absolutamente inconsistente e a verdade real sobre determinado fato histórico não passa de uma utopia no processo. Assim, o resultado que chegará o magistrado nunca passará de um juízo de verossimilhança, devendo a “verdade” ser construída por meio de um procedimento que tenha em conta a argumentação em colaboração, assumindo importante papel o contraditório e as premissas que ensina Habermas, tais como a importância do discurso, do diálogo, do debate, da argumentação, tudo para formar a ideia da chamada “verdade factível”.

No estudo da verdade no processo judicial, é possível encontrar diferentes conceitos além dos aduzidos supra, como a verdade processual¹⁶ e a verdade judicial¹⁷. Mas o que todas essas correntes de pensamento guardam em comum, é o despertar dos juristas para a falibilidade da dicotomia da verdade formal e real. Alguns juristas passaram a questionar essa vetusta dicotomia, e a voltar-se para sua finalidade e utilidade dentro do processo judicial. Assim, a questão da verdade vem perdendo prestígio dentro do processo civil, em razão de suas inconsistências.

A doutrina contemporânea tem feito pouca ou nenhuma referência a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática. Marinoni (2011) chega a afirmar que é “mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática”.

O fato de o magistrado buscar ou não a verdade dos fatos não torna os fatos apurados nos autos mais ou menos reais. Não há, de fato, nenhuma utilidade neste tipo de preocupação/afirmação por parte dos juristas. E, instituir-se o princípio da verdade real não torna um sistema processual e de produção de provas mais legítimo, e mais capaz de buscar a verdadeira verdade. Muito pelo contrário, o que se percebe é que o apego a estes valores de verdade pode causar prejuízos à legitimidade do processo, provocando uma interpretação equivocada sobre o sistema processual e a dinâmica de prova – apenas para começar. Em tempos mais recentes, instalavam-se práticas probatórias as mais diversas possíveis, ainda que sem qualquer previsão legal, tudo em nome da busca da verdade (OLIVEIRA, 2008). Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011) escrevem que “o mito da verdade substancial tem servido apenas para atarracar

o processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos, que é, como visto, impossível”.

Na esfera do processo penal, onde o tema costuma ser mais sensível – e onde nosso trabalho passará a se concentrar –, as doutrinas modernas vão mais além das teorias destacadas supra, deixando de lado este apego à verdade no processo judicial, e concentrando suas teorias na legitimidade do procedimento, tão caro ao processo penal.

Aury Lopes Junior (2010) alinha-se a esse pensamento, que promove o comprometimento com o rigor do processo judicial na esfera penal, em detrimento de um certo rompimento com a verdade em seu sentido clássico, e merece ter destacada a sua fala:

A verdade real é um mito forjado pelo período inquisitivo, a qual buscava uma “verdade” a qualquer custo e pelas práticas probatórias as mais diversas possíveis. Por conta do “ritual judiciário”, há no decorrer do processo um labirinto de subjetividades e contaminações, fazendo com que o problema todo passe para a órbita da “verdade”, e não da verdade processual, da verdade real etc. O processo não possui a função de revelar a “verdade”, mas não se pode abandoná-la. A sentença vem a ser um ato de crença, de fé, que pode ou não coincidir com a “verdade”. A “verdade” é, assim, contingencial, e não estruturante, e o juiz formará seu convencimento construindo a “sua” história do delito com base nos significados da norma e “elegendo” as versões entre os elementos fáticos demonstrados”.

É insofismável que jamais se conseguirá, através do processo penal (ou qualquer outro) reconstruir com perfeição a historicidade dos fatos. E, embora exista o apelo a uma decisão justa, antes, se faz mister respeitar os princípios, direitos e garantias, principalmente as regras do devido processo legal e as limitações da atividade probatória (VAZ, 2010).

Filiamo-nos à ideia exposta nos ensinamentos de Aury Lopes Jr., segundo a qual a verdade real é um mito que advém do processo penal inquisitorial. Se bem pensarmos, num processo penal de sistema acusatório, como o nosso – ainda para os que o consideram misto – sobretudo consi-

derando as garantias constitucionais e processuais do nosso ordenamento, a ideia de princípio da verdade real soa estapafúrdia.

De fato, o processo penal não se presta a “desvendar” a verdade dos fatos, embora, obviamente, não tenha a intenção de ignorá-la. Em um Estado Democrático de Direito, de louváveis garantias processuais e constitucionais, como o nosso, o processo penal deve, em primeiro lugar, servir de garantia de tais valores e proteção do Estado Democrático. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, salienta que o objetivo principal do processo penal não é buscar a verdade, e sim resguardar a liberdade negativa perseguida pela lesiva teia do sistema penal.

A importância de se esclarecer e centralizar o debate a partir de tal perspectiva é assaz fundamental, haja vista que a busca da verdade no processo, conforme atestam os estudos do processualista italiano, relacionam-se diretamente com a produção de provas e o sistema processual adotado, sendo até mesmo capaz de influenciar o modelo de Estado vigente.

3. A VERDADE PROCESSUAL NA TEORIA DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Sobre a verdade, citado por Carnelutti (2009), Luigi Ferrajoli diz:

A verdade é como a luz ou como o silêncio, os quais compreendem todas as cores e todos os sons; mas a física tem demonstrado que a nossa vista não vê e os nossos ouvidos não ouvem mais que um breve segmento da gama de cores e dos sons; estão aquém e além da nossa capacidade sensorial as infra e ultracores, assim como os infra e os ultrassons.

No entender de Luigi Ferrajoli (2002), a ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde a uma ilusão metafísica. O autor (FERRAJOLI, 2006) reconhece o problema que há na atividade jurisdicional que busca a verdade dos fatos que lhe são submetidos a julgamento, pela impossibilidade de ser alcançada uma verdade absoluta. Inclusive, o autor diferencia dois tipos de verdade, e afirma que da verdade podemos apenas nos aproximar, tanto através de processos indutivos (verdade fática) quanto dedutivos (verdade jurídica).

O magistrado não vivenciou os fatos. E ainda que tivesse, teria a sua perspectiva sobre o ocorrido. No processo, todos são conduzidos a partir da historicidade dos fatos, (“signos de lo pasado” como declara Ferrajoli) através de documentos, declarações, informes etc. Quanto à matéria de direito, a verdade também não é absoluta na medida em que as premissas sobre as quais se funda o raciocínio jurídico vez por outra são incertas.

A verdade real guarda relação com um juízo de “decisionismo”, de evidente cunho inquisitivo, uma vez que a sua estrutura epistemológica parte de um conhecimento baseado não em referências fáticas determinadas com exatidão, mas sim em uma valoração subjetiva, eivada de pré-juízos impermeabilizados no âmago do inconsciente do próprio juiz, sobre as circunstâncias a ele apresentadas (FERRAJOLI, 2006). Nos ideais de Ferrajoli, o processo penal garantista deve distanciar-se ao máximo dos valores inquisitoriais, e por isso dos conceitos que dão supedâneo ao princípio da verdade real. E deve buscar, por sua vez, assegurar meios de proteger a liberdade humana frente ao eventual exercício arbitrário do poder pelo Estado, preocupando-se prioritariamente com a definição e o procedimento das condutas penalmente ilícitas, e suas respectivas sanções, ao invés da punição do acusado. Sendo assim, à luz dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, a ideia de verdade real na realidade remete ao sistema inquisitivo, comum ao autoritarismo. Por conferir ao juiz uma “cláusula aberta” de rompimento com o sistema processual vigente e, por conseqüência, com o Estado Democrático.

Um dos grandes riscos da teoria da verdade real, que se enquadra nos modelos substancialistas de direito penal estudados em Ferrajoli, é o de que, em nome de uma fundamentação extrajurídica ocorra o subjetivismo judicial no julgamento do caso concreto. A busca por uma verdade absoluta, carente de limites procedimentais, fomenta ponderações subjetivistas, e julgamentos privados, incorrendo na falta de legitimidade procedimental. A doutrina garantista de Ferrajoli é fundamentadamente na estrita jurisdicionalidade, compreendido como a verificabilidade ou refutabilidade das teses acusatórias pela comprovação empírica; e no princípio da estrita legalidade, segundo o qual “ninguém pode ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito (FERRAJOLI, 2006).

Tais características restam severamente prejudicadas diante do “princípio” da verdade real, que cede espaço para o autoritarismo. Nesse sentido, o autor faz a oposição entre garantismo e autoritarismo, relacionando-os à alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: “entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad” (FERRAJOLI, 2006).

O garantismo de Ferrajoli busca uma verdade processual onde a reconstrução histórica dos fatos esteja sujeita à regras precisas, que assegurem às partes, e a sociedade, um maior controle sobre a atividade jurisdicional. Ferrajoli não se opõe ao fato de que, diante das limitações do procedimento, o conhecimento dos fatos de um processo criminal pautado pelo modelo garantista possa ser inferior ao de um modelo autoritário. Isto faz parte do jogo democrático.

Em síntese, portanto, a busca incondicional e absoluta da verdade real é colocada em xeque na teoria garantista pelas razões seguintes: o objeto em juízo deve se limitar ao conteúdo da narrativa acusatória; a verdade alcançada no processo deve estar endossada pelas provas submetidas às regras e procedimentos legais; diante da dúvida, ou na falta da prova, prevalece a presunção de inocência. E, ainda assim, a verdade dos fatos restará sempre “provável”. Este é o “preço” que se paga por um modelo democrático, onde os fins não justificam os meios. Deve-se ter em conta nem tudo o que está no mundo estará retratado nos autos, e os autos do processo não são um “mundo à parte”.

Também como nos ensina Ferrajoli, um processo democrático não é um processo que atende aos anseios punitivos da maioria da população, e sim o que proporciona e respeita as garantias processuais e constitucionais.

CONCLUSÃO

Portanto, a verdade processual no paradigma clássico do Direito Processual demonstra-se claramente superada, pela própria impossibilidade que há de se impor a busca pela absoluta veracidade dos fatos em qualquer tipo de processo que seja. Ademais, no caso do processo civil, não se pode afirmar que ao juiz é possível aceitar uma “verdade formal”, tampouco que o brocardo jurídico “o que não está nos autos não está no mundo” se-

jam afirmativas válidas, sobretudo diante da argumentação de que o processo civil lida com direitos disponíveis, até porque nem sempre é assim que ocorre (direito de família, administrativo etc.).

Já no caso do processo penal, sobre o qual concentramos o nosso estudo, resta claro que a “crença” e aplicação da ideia da verdade real é ainda mais sensível – e grave – ocasionando a sua total superação diante das garantias e sistema processuais hoje vigentes, sobretudo considerando os ensinamentos de Ferrajoli.

É um efeito dominó. A verdade real no processo penal, tal como prega o paradigma clássico, é prejudicial à imparcialidade do juiz, afetando a dinâmica probatória, o sistema acusatório e, por sua vez, o Estado Democrático, vez que violadas os direitos e garantias processuais. Nesse sentido, a crítica de Eugênio Pacelli de Oliveira (2004):

Ora, além do fato de não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual, na realidade, o tal princípio, na extensão que se lhe dá, pode ser – e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele. No ponto, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou, quando nada, diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado.

No processo penal, o princípio da verdade real instaura cultura aliçada na ideia de que “os fins justificam os meios”, ao autorizar as mais diversas práticas processuais, ainda que contrárias a direitos e garantias individuais do cidadão, sob a justificativa de estar-se buscando a descoberta da “verdade real”. Conforme ensina ainda Aury Lopes Junior (2012), o processo penal, que busca uma verdade mais material e consistente e com

menos limites na atividade de busca, produz uma verdade de menor qualidade e com pior trato para o imputado.

Também dissertando sobre o tema, Diogo Rudge Malan (2003) reconhece também a inviabilidade da ocorrência da verdade real na relação processual, definindo-a como um mito, esclarecendo que num sistema acusatório, "somente poderia ocorrer uma verdade processual válida, buscada com a cabal observância da garantia da imparcialidade do juiz, que é quebrada pela iniciativa instrutória deste último."

Diante disso, resta patente a falibilidade do paradigma clássico da verdade processual, sendo inaplicável o princípio da verdade real, e ainda mais em sua dicotomia clássica, sobretudo no processo penal, isto, para não dizer que não há utilidade para o processo penal a busca por essa verdade. A função do processo penal liga-se, antes, às garantias e preceitos constitucionais – que não evidenciam a prioridade dessa busca.

Considerando os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, o processo penal deve buscar ser um instrumento de defesa de direitos fundamentais como a ampla defesa e o contraditório e uma garantia do devido processo legal, promovendo um julgamento conforme as regras do sistema jurídico. E pelas diversas razões já debatidas, dentre elas o fato de em nada ter contribuído para evolução democrática do processo, a busca da verdade deve ser desvinculada do escopo principal do processo judicial.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. Verdade formal e verdade real. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, 1988.

AZEVEDO, Lena. **Prisões e perseguições a ativistas trazem sombras da ditadura**. Carosamigos, n. 200, p. 20-25, nov. 2013.

BRASIL. **Código de processo penal**, 1941.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução Perfecto AndrésIbañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Roció Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2006.
- FINOTTI SILVA, Nelson. Verdade Real versus Verdade Formal no Processo Civil. **Manual de Processo Civil**. Disponível em: <www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson3.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2020.
- FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de MeloMachado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.
- _____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. Niterói: Impetus, 2014.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: lumen juris, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**, São Paulo, Nova Fronteira, 1983.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TUCCI, Rogerio. **Princípios e regras orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

*Fernanda Bragança*⁸⁰

*Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança*⁸¹

INTRODUÇÃO

Historicamente, a Administração Pública se mostrou reticente à solução de conflitos externamente ao Poder Judiciário e o fundamento da doutrina tradicional era baseada no princípio da indisponibilidade do interesse público. Ao longo do tempo, esta concepção evoluiu impulsionada também por alterações legislativas que expressamente admitiram o uso de métodos adequados em disputas com o Poder Público.

Este artigo tem o objetivo de analisar o uso de soluções negociadas para tratamento de disputas decorrentes de contratos de obras e serviços de engenharia a partir da evolução legislativa neste tema. O estudo está dividido em duas partes: a primeira trata sobre o uso de meios adequados de solução de conflitos com o Poder Público de uma forma geral e o respaldo jurídico existente para algumas situações específicas. O segundo tópico aborda especificamente sobre a fundamentação legal quanto à utilização

80 Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora visitante na Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Mestre e bacharel em Direito pela UFRJ. Coordenadora de Estudos e Pesquisas da Comissão de Mediação e Métodos Consensuais da OAB RJ. Advogada e consultora em mediação de conflitos. Mediadora.

81 Pós-Doutora pela PUC Rio. Professora da Universidade Federal Fluminense.

de soluções negociadas em contratos de obras e serviços de engenharia. A metodologia de pesquisa consistiu em um levantamento normativo sobre o tema.

1. SOLUÇÕES ADEQUADAS DE CONFLITOS COM O PODER PÚBLICO

O uso de meios adequados para tratamento de conflitos que envolvem a Administração Pública tem respaldo nos princípios do artigo 37 da Constituição, particularmente, no da legalidade e no da eficiência. Atualmente, são diversas as legislações que tratam deste tema em matérias relacionadas ao Direito Público.

O princípio da legalidade pode ser observado por dois aspectos: o primeiro é o fundamento legal do uso desses meios consensuais na legislação vigente e o segundo o amparo normativo do próprio conteúdo do acordo firmado com o Poder Público. O ponto de partida para o início da negociação com a Administração consiste em entender o quadro jurídico aplicável à questão. Porém, isso não implica uma impossibilidade de que *o próprio acordo contemple alguma alteração normativa, requerendo, nesse caso, aprovação da(s) autoridade(s) competente(s) para que possa produzir efeitos* (SOUZA, 2018).

A economia de tempo e de recursos financeiros ao lado dos ganhos qualitativo (em termos de relacionamento com o administrado) e satisfativo (no que tange ao desfecho da causa) com o uso de soluções negociadas nas demandas que envolvem a Administração são reflexos do princípio da eficiência. O Poder Público tem o dever de optar pela via mais célere, que gere custos menores e, ao mesmo tempo, apresente o melhor resultado.

A Lei nº. 13.140 de 2015 regula a mediação entre particulares e também a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. A legislação conta com um capítulo próprio voltado à solução consensual de conflitos quando uma das partes for o Poder Público. Esta autocomposição administrativa pode ser pré processual ou preventiva, ou seja, quando ainda não há uma ação ajuizada no Poder Judiciário para equacionar a questão; ou pode ser incidental, isto é, no âmbito de um processo judicial. Essas tratativas podem se desenvolver tanto extrajudicialmente, ou seja, fora da esfera judiciária como na própria estrutura dos tribunais nos respectivos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC).

O artigo 32 da lei nº 13.140 de 2015 autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criarem Câmaras para solução de conflitos tanto entre órgãos e entidades públicas quanto entre particulares e a Administração Pública. A I Jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios realizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) tratou deste tema como um dever dos entes federativos.

A submissão de disputas a essas Câmaras é facultativa e deve observar as normas do regulamento de cada entidade. A lei de mediação exclui da competência das Câmaras as demandas que dependam de autorização legislativa. Por outro lado, incentiva que os conflitos que envolvam pontos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares sejam geridos por meios adequados de solução de conflitos.

A Advocacia Pública das esferas federal, estadual e municipal poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, conforme dispõe o artigo 33 parágrafo único da lei.

A Jornada do CJF também incentivou a criação de entidades especializadas na solução de determinados tipos de conflitos da Administração Pública. Nesse sentido, o enunciado nº. 37 recomendou a criação de Câmaras previdenciárias de mediação para solucionar conflitos advindos de indeferimentos, suspensões e cancelamentos de benefícios previdenciários.

Na mesma linha, o enunciado nº. 33 sugere a criação de Câmara de mediação para tratar da regularização das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental que estão funcionando de forma irregular, ou seja, incentivar e promover o chamado "licenciamento de regularização" ou "licenciamento corretivo".

A instauração de um procedimento de solução consensual de conflitos suspende o prazo de prescrição, na forma do artigo 34 da Lei nº 13.140/2015. Os acordos realizados no âmbito dessas Câmaras de solução adequada de conflitos têm eficácia de título executivo extrajudicial e, caso sejam homologados judicialmente, de título executivo judiciais. Essas homologações são realizadas no âmbito dos centros judiciários de soluções de conflitos e cidadania.

A lei nº. 13.465/2017 estabelece como um dos objetivos da regularização fundiária urbana o estímulo à resolução extrajudicial de conflitos

em reforço à consensualidade e à cooperação entre o Estado e a sociedade (artigo 10, V). O artigo 34 da lei prevê que os municípios poderão criar Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos para a gestão consensual de disputas relacionadas à regularização fundiária urbana. O encaminhamento desses litígios pode ser realizado mediante a celebração de ajustes com os Tribunais de Justiça estaduais.

O dispositivo também inovou ao prever que os municípios poderão instaurar de ofício ou mediante provocação procedimento de mediação coletiva dos conflitos relacionados à regularização fundiária urbana (artigo 34, parágrafo 3º).

Além da criação de Câmaras de prevenção e resolução administrativa de disputas especializadas nesta matéria, os municípios também poderão realizar esses procedimentos no âmbito dos CEJUSC (artigo 34, parágrafo 5º).

A lei nº. 13.867/2019 autorizou expressamente o uso da mediação ou da arbitragem para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica. O intuito do legislador foi reforçar a negociação entre o Estado e o particular para tratarem desta questão de natureza pecuniária.

A lei nº. 13.964/2019 alterou a lei de improbidade administrativa e alterou o parágrafo 1º do artigo 17 para admitir expressamente o acordo de não persecução civil no âmbito desta ação. Esta previsão alterou um tradicional entendimento no sentido de inadmitir qualquer solução negociada nesta esfera. O relatório *Justiça em Números 2020*, do Conselho Nacional de Justiça, identificou que o Poder Judiciário contava com acervo de 77 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2019, sendo que mais da metade deste volume (55,8%) se referia à fase de execução.

A execução fiscal, por sua vez, corresponde a um conjunto de aproximadamente 30 milhões de processos e é considerada o principal fator de morosidade do Judiciário. O relatório afirma que o impacto é mais sentido no âmbito da Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos.

Em abril de 2020, foi publicada a Lei nº 13.988, que regula a transação fiscal em âmbito federal. O objetivo do legislador foi conferir maior agilidade e eficiência da arrecadação aos cofres públicos. A proposta consiste em seguir a tendência de desjudicialização dos créditos públicos (RODRIGUES; PEPE, 2020).

A nova lei é aplicável aos créditos de natureza tributária e não tributária e prevê três modalidades de transação: por proposta individual ou por adesão na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, ou na cobrança de créditos que seja competência da Procuradoria-Geral da União; por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário; e por adesão, no contencioso tributário de pequeno valor, nos moldes do artigo 2º.

Em que pese o escopo da legislação, o legislador permitiu um espaço de negociação limitado entre o Poder Público e o particular com a prevalência da modalidade de adesão. Na prática, esta opção permite tão somente a aceitação pelo devedor do contrato redigido pela Administração.

Este formato ressalta a padronização, a impessoalidade e a segurança jurídica, contudo, pode prejudicar a realização de mais acordos na medida em que não admite qualquer alteração nas cláusulas. Em todo caso, a lei representou um passo institucional importante na recuperação dos créditos fiscais na medida em que a responsabilização dos agentes públicos que participarem do processo de composição do conflito, judicial ou extrajudicialmente somente poderão ser responsabilizados, inclusive perante os órgãos públicos de controle interno e externo, quando agirem com dolo ou fraude para obter vantagem indevida para si ou para outrem (artigo 29).

2. SOLUÇÕES NEGOCIADAS VOLTADAS A CONFLITOS DECORRENTES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA REALIZADOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Até 31 de março de 2021, as contratações de obras e serviços de engenharia pela Administração Pública em âmbito federal eram regidas, fundamentalmente, pelo seguinte conjunto normativo: Lei nºs 8.666/1993, 8.987/1995, 11.079/2004 e 12.462/2011. Essas legislações também mostram a evolução, ao longo do tempo, no que concerne às previsões de uso de soluções negociadas para tratamento das disputas emergentes desses contratos.

A lei nº. 8.666/1993 rege as licitações e contratações da Administração Pública. As obras e serviços de engenharia envolvem, em geral, recursos financeiros expressivos e, por isso, a lei prevê para esta categoria o

maior valor estimado nas modalidades de licitação, sendo a concorrência a mais frequentemente utilizada pelo Poder Público. Esta legislação não previu expressamente o uso de soluções negociadas para o tratamento dos conflitos, contudo, os meios adequados de tratamento de controvérsias podem ser empregados com base no artigo 54.

A lei nº. 8987/1995 que trata sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos avançou nesta questão e previu como cláusulas essenciais ao contrato de concessão a delimitação do foro e dos meios amigáveis de solução de divergências contratuais (artigo 23, XV e 23-A).

A lei nº. 11.079/2004, sobre as parcerias público-privadas, estipulou que já no instrumento convocatório a Administração poderá prever os mecanismos privados de resolução de disputas para dirimir os conflitos relacionados aos contratos firmados entre o particular e o Estado (artigo 11, inciso III).

A lei nº. 12.462/2011, referente ao regime diferenciado de contratações públicas (RDC), estabeleceu que os contratos poderão prever a gestão das controvérsias desses contratos por meios adequados de solução de conflitos e se referiu, expressamente, à mediação (artigo 44-A).

Em 2020, a I Jornada de Direito Administrativo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado nº. 10, com a seguinte diretriz: em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei nº. 8.666/1993 é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e *Dispute Board*. Ou seja, mesmo durante um contrato já em curso, o Poder Público pode pleitear a inclusão da previsão de que, na hipótese de um eventual conflito, ele seja encaminhado para uma tentativa de composição entre as partes.

Em 1º de abril de 2021, foi publicado o novo ordenamento jurídico das licitações e contratações do Poder Público, a Lei nº. 14.133. A nova legislação entrou em vigor imediatamente, mas as demais leis que até então regiam o tema na Administração federal continuam em vigor por mais dois anos, salvo a parte de crimes e penas da Lei nº. 8.666. Esta dupla vigência visa permitir, justamente, um tempo hábil de adequação às novas disposições. O objetivo do legislador com a nova lei foi criar um diploma unificado tendo em vista impulsionar o planejamento administrativo, a

agilidade, a transparência, economicidade e a eficiência nas licitações e execução dos contratos administrativos. O estatuto contém um capítulo específico (capítulo XII do Título VI) sobre os meios alternativos de resolução de controvérsias.

No parágrafo único do artigo 151, a lei dispõe que os MASC podem gerir as controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações e o artigo 153 praticamente reproduz o entendimento firmado no enunciado nº. 10 da I Jornada de Direito Administrativo do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

CONCLUSÃO

O uso de soluções negociadas pela Administração Pública encontra respaldo no próprio texto constitucional, nos princípios elencados no caput do artigo 37 da CRFB, particularmente na legalidade e na eficiência. A lei de mediação deu uma impulsão ainda maior ao uso de meios adequados de solução de conflitos pela Administração na esfera extrajudicial, inclusive, com criação de Câmaras de prevenção e gestão de disputas especializadas.

Na sequência, outras legislações, como as Lei nºs 13.465/2017, 13.867/2019 e 13.964/2019, reafirmaram de forma categórica a possibilidade de utilização desses métodos adequados para a regularização fundiária urbana, definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública e admitiu expressamente o acordo de não persecução civil no âmbito da ação civil pública.

No que concerne propriamente às legislações de contratação de obras e serviços de engenharia pela Administração, desde a Lei nº. 8987/1995 o uso de soluções negociadas para a composição de disputas passou a constar expressamente e assim seguiram as legislações de parceria pública-privada e do regime diferenciado de contratações.

O novo estatuto de licitações e contratações com o Poder Público que entrou em vigor em 1º de abril de 2021 conta com um capítulo próprio de “meios alternativos de resolução de controvérsias”, contudo, sem

disposições mais arrojadas ou inovadoras. Entretanto, é preciso acentuar o movimento legislativo no sentido de impulsionar a maior eficiência na gestão das disputas neste âmbito e a desjudicialização desta matéria. O foco está direcionado ao encaminhamento das tratativas de composição na esfera extrajudicial.

REFERÊNCIAS

- BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Dispute Boards dans les contrats d'ingénierie au Brésil: pratique, prévisions normatives et institutions. In: ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro et al. **Estados e instituições jurídicas**, 2020, p. 414-426.
- 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: 29 mar. 2021.
- _____. **Lei nº. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 29 mar. 2021.
- _____. **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: 29 mar. 2021.
- _____. **Lei nº. 13.465**, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da

União; [...] e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm> Acesso em: 29 mar. 2021.

_____. **Lei nº. 13.988**, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm> Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. **Lei nº. 13.867**, de 26 de agosto de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13867.htm> Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. **Lei nº. 8666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> acesso em 31 de março de 2021.

_____. **Lei nº. 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm> acesso em 3 de abril de 2021.

_____. **Lei nº. 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm> acesso em 3 de abril de 2021.

_____. **Lei nº. 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de

Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; [...]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12462compilado.htm> Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. **Lei nº. 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm> Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. **Lei nº. 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: 3 abr. 2021.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Administrativo aprova 40 enunciados**. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>> Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. **I Jornada de prevenção e solução extrajudicial de conflitos**, 22 e 23 de agosto de 2016. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>> Acesso em: 29 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números CNJ 2020** (ano base 2019). Brasília: CNJ, 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justica-em-Numeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acesso em: 30 mar. 2021.

FORTINI, Cristiana. Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir. **Consultor Jurídico**, 4 de março de

2021. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>> Acesso em: 3 abr. 2021.

RODRIGUES, Marco Antonio; PEPE, Rafael Gaia. Ela, a transação fiscal, vista por nós, os advogados públicos. **Jota, tribuna da advocacia pública**, 2020. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/ela-a-transacao-fiscal-vista-por-nos-os-advogados-publicos-09052020>> Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. Execução Tributária pela Justiça no Brasil: ideias, tendências e perspectivas. **Revista Internacional de Direito Processual**, v. 9, n. 1, 2019, p. 118-127.

SOARES DE SÁ, Acácia Regina. Licitações e meios consensuais de solução de conflitos: um novo caminho. **Consultor Jurídico**, 12 de janeiro de 2021. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-12/acacia-sa-licitacoes-meios-consensuais-resolver-conflitos>> Acesso em: 31 mar. 2021.

SOUZA, Luciane Moessa de. É possível a resolução consensual de conflitos com o poder público. **Consultor jurídico**, 30 de julho de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/luciane-moessa-viavel-resolucao-consensual-poder-publico>> Acesso em: 29 mar. 2021.

A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NA EXECUÇÃO CIVIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS DE EXECUÇÃO COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE

*Beatriz de Carvalho da Hora*⁸²

INTRODUÇÃO

Segundo o artigo 789 do Código de Processo Civil, o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (BRASIL, 2015). Nesse sentido, a execução patrimonial é considerada o momento mais esperado pelo credor no processo, afinal, é a fase da entrega do que lhe é devido, restando ao devedor o encargo do cumprimento da obrigação reconhecida por sentença ou por título extrajudicial. Porém, em muitos casos, o simples fato de o direito já estar reconhecido não assegura a satisfação da obrigação, devido a impossibilidade parcial ou total da execução patrimonial, nas hipóteses de insuficiência ou indisponibilidade de bens do devedor à execução estatal. Com isso, resta ao credor apenas esperar sobrevir bens do devedor passíveis de execução?

82 Graduada em Direito pela Universidade Paulista.

Não obstante, o Estado ainda tem sido o único meio de execução permitido na legislação brasileira, em concordância com o princípio do monopólio estatal da função executiva, que compreende a execução patrimonial como atividade exclusiva do Estado. No entanto, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, atribuiu ao magistrado poderes para assegurar a efetividade de suas decisões, possibilitando maiores chances de satisfação na execução. Basicamente, as medidas atípicas impelem o devedor ao cumprimento da obrigação, através de meios de pressão psicológica, como, por exemplo, a indisponibilidade de direito e indisponibilidade de bens.

É importante evidenciar que a legislação garante, de acordo com o artigo 797 do CPC, que a execução seja realizada no interesse do credor, de forma que o magistrado, quando esgotadas as alternativas típicas de cumprimento da obrigação pelo devedor, terá à sua disposição o artigo 139, IV do CPC. Dessa forma, vê-se necessário o equilíbrio entre a satisfação do crédito e a garantia dos direitos fundamentais do devedor.

O presente artigo versa sobre um tema atual e relevante para a sociedade, tendo em vista que, devido ao fato de que, em muitos casos, a execução patrimonial esta fadada ao insucesso, seja por motivos de morosidade ou absoluta insatisfação da obrigação, há crescente declínio da confiança dos cidadãos na eficácia de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. Nessa perspectiva, o trabalho possui como objetivo geral abordar de forma ampla a possibilidade de utilização das medidas de execução atípicas como instrumento subsidiário de garantia da efetividade na execução de quantia certa, sob o olhar doutrinário e jurisprudencial, considerando o disposto no artigo 139, IV do Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105/2015.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar os aspectos gerais da execução por quantia certa, bem como os meios de execução; compreender o que são medidas de execução atípicas e a sua importância, considerando a eventual insuficiência de meios típicos de execução; estudar os critérios para a sua aplicabilidade e, por fim, abordar quais são as medidas atípicas aceitas no momento pelos tribunais.

O presente trabalho debruça-se sobre execução civil de quantia certa, espécie do gênero execução.

Desse modo, parte-se da hipótese de que as medidas atípicas de execução se manifestam constitucionais e adequadas para a utilização como recurso de garantia de efetividade. Para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa sob o método hipotético-dedutivo, com abordagem exemplificativa e realizada com base em relatos bibliográficos e jurisprudenciais. Conclui-se que os objetivos foram atendidos e as perguntas restam respondidas, dado o entendimento de que as medidas atípicas são promissoras para a garantia de efetividade na execução por quantia certa.

1. A EXECUÇÃO PATRIMONIAL

1.1. ASPECTOS GERAIS

A execução pode ser entendida como a etapa ou processo em que o juiz determina as medidas executivas que buscam o cumprimento de uma obrigação presente no título executivo. Nesta fase, o objetivo não é obter reconhecimento de um direito, como o que ocorre no processo de conhecimento, mas adotar as medidas cabíveis para a satisfação de um direito já reconhecido anteriormente. Ela abrange tanto a fase de cumprimento de sentença quanto a execução autônoma de título extrajudicial, tendo como a principal diferença entre as duas modalidades o tipo de título que compõe a obrigação, que pode ser título judicial ou título extrajudicial. Portanto, será utilizado nesta pesquisa o termo *execução* em sentido amplo, de modo que compreenda o cumprimento de sentença e o processo de execução por quantia certa.

É possível notar que o conflito existente na execução se dá pelo inadimplemento da obrigação por parte do devedor, que não cumpre espontaneamente o direito já reconhecido do autor, sendo, por esse motivo, indispensável a atuação do Estado para tornar eficaz a satisfação do direito.

Sobre o inadimplemento e a atuação do Estado, Marcus Vinicius Rios Gonçalves ensina:

Se houver o inadimplemento, o devedor estará sujeito à sanção executiva, um conjunto de providências determinadas pelo juiz para que se alcance a satisfação do direito do credor, ainda que contra a vontade do devedor. Deve o juiz determinar medidas para que se alcance o resultado prático mais próximo daquele que seria al-

cançado se o devedor cumprisse voluntariamente a sua obrigação. (GONÇALVES, 2010, p. 3).

É importante destacar que, segundo o Código de Processo Civil (art. 789), o “devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. No mesmo sentido, o princípio da patrimonialidade ou realidade, um dos princípios da execução, preceitua que somente os bens do devedor devem ser objeto de execução. Deste modo, o Estado, com o seu Poder Judiciário, retira do devedor os bens necessários à satisfação do credor, que deve corresponder ao valor da obrigação.

Em regra, o objeto de execução são os bens do devedor, como citado anteriormente. Porém, cabe salientar a possibilidade de a execução recair sobre o patrimônio de terceiros, como é o caso do fiador, por exemplo. Para a correção dessa hipótese, é assegurado ao terceiro o direito de propor ação de regresso em face do devedor.

Para tanto, as medidas típicas da execução, previstas no diploma processual civil brasileiro, possibilitam, basicamente, a pesquisa de bens do devedor por meio de veículos, de contas bancárias, de créditos e de imóveis, para ocasionar a penhora, sem prejuízo as exceções postuladas em lei. Ainda, o credor possui a faculdade de requerer a inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito.

O problema desse método está justamente na hipótese da falta de bens do executado a serem penhorados, sendo necessária a utilização subsidiária e ágil dos meios de execução atípicos, que será analisado em tópico específico

1.2. MEIOS DE EXECUÇÃO

Havendo descumprimento de uma condição por uma das partes, em especial o inadimplemento da obrigação, o Estado fica autorizado a interferir para restaurar a ordem jurídica, que neste caso se utiliza da responsabilidade patrimonial, que consiste na inferência do Estado no patrimônio do devedor. Para tanto há, basicamente, dois tipos de execução: a execução por meios diretos (sub-rogação) e a execução por meios indiretos.

A execução direta, conhecida como sub-rogação, é aquela em que não há participação do devedor, dado que o Poder Judiciário, através do

magistrado, toma as providências que deveriam ter sido tomadas pelo devedor resistente a satisfação da obrigação, para gerar a efetivação do direito do exequente, substituindo assim sua posição na prestação, ainda que o executado não esteja de acordo essas providências. A sub-rogação atinge diretamente o patrimônio do executado, através, por exemplo, da penhora – pela expropriação e adjudicação de bens patrimoniais do executado – garantida no art. 831 do Código de Processo Civil.

A execução indireta, conhecida também como meios de coerção, pode ser entendida como o meio em que o juiz, com a finalidade de compelir o executado a cumprir sua obrigação, se utiliza de recursos coercitivos, com a utilização de intimidação e certa pressão psicológica para estimular o adimplemento voluntário. A multa pelo não cumprimento da obrigação (art. 814, caput, CPC) é um exemplo desse meio de execução, classificado como meio de coerção de caráter patrimonial.

Há também o meio de coerção de caráter pessoal, com a possibilidade de prisão, mas somente no âmbito civil no caso de dívida de alimentos, fundamentada no artigo 5.º, inciso LXVII da Constituição Federal, bem como no Código de Processo Civil.

Em suma, nota-se na execução indireta que Estado/juiz não toma providências diretas para a satisfação da obrigação, ou seja, não substitui a vontade do executado, mas o pressiona a cumpri-la. De modo consequente, a partir desse entendimento, há respaldo para a utilização do art. 139, IV, do CPC, que possui rol aberto, para adotar medidas de coerção na execução, em caso de inadimplemento, visto que é conferido ao magistrado poderes atípicos de execução, proporcionais e necessários para o constrangimento do devedor.

Superado os aspectos introdutórios para a compreensão da execução, a responsabilidade patrimonial e os meios de execução, será abordado no próximo tópico a utilização da garantia acima citada na falta de bens do devedor a serem penhorados.

2. MEDIDAS ATÍPICAS DE EXECUÇÃO

2.1. DISPOSIÇÕES INICIAIS

A atipicidade dos meios de execução pode ser compreendida como a forma alternativa e subsidiária pela qual se busca alcançar a satisfação da

obrigação no processo de execução, dada a possibilidade de o juiz aplicar a medida executiva que melhor se adequar à efetividade da execução forçada. Nesse pensamento, tem-se o processo como instrumento para a realização de Justiça e como garantia dos direitos e interesses individuais.

Entende-se, com a atipicidade, que o objetivo principal é tornar a execução eficaz, buscando garantir a satisfação do credor no processo. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior ministra:

O processo, hoje, não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para recreio de pensadores esotéricos. O processo de nosso final de século é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo um instrumento de justiça. Assim, o devido processo legal dos tempos de João Terra tornou-se, em nossa época, o processo justo. (THEODORO JR., 1999, p.49)

Diante desse objetivo, o Código de Processo Civil, preocupado em entregar ao destinatário da norma mecanismos processuais mais efetivos, assegurou ao juiz a possibilidade da utilização do meio executivo mais adequado para dar, de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional executiva.

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 pecuniárias. (BRASIL, 2015).

Antes dessa possibilidade, o credor, ainda que detivesse razão ao direito, seja através de sentença ou de título executivo extrajudicial, não possuía garantia de efetividade, uma vez que o executado, possuindo ou não condições de adimplir sua obrigação, continuava inadimplente. Em que

pese a existência anterior das medidas executivas atípicas, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 1973 previa sua utilização, as medidas anteriores apenas podiam ser utilizadas nas obrigações de fazer e não fazer, bem como nas de entregar coisa. Assim, verifica-se que a ampliação de sua aplicação às obrigações de pagar foi importante para garantir efetivação da obrigação.

Além disso, essas medidas buscam fortalecer a atividade jurisdicional, buscando não permitir que o Poder Judiciário seja colocado em questionamento devido a sua inefetividade no cumprimento de suas decisões. Vale observar, contudo, que a atipicidade das medidas não é a regra, já que a primeira opção a ser seguido é a tipicidade das medidas executivas que, caso se tornem ineficazes, haverá a possibilidade da utilização de medidas que não estão expressas na legislação processual. Ou seja, o magistrado deve obedecer ao requisito de *ultima ratio* das medidas executivas atípicas.

2.2. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS

Devido à ausência contida no art. 139, IV, do CPC, base normativa mais incisiva a respeito da atipicidade na execução, é gerado certa preocupação em relação a sua utilização no caso concreto, uma vez que a norma confere ao juiz amplos poderes discricionários para que se possa adotar as medidas diferenciadas. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência acerca do tema buscam analisar tais medidas, bem como firmar requisitos de aplicação dessas medidas, sob a ótica constitucional.

Não é sem razão que o Código de Processo Civil brada, logo em seu artigo 1º, que “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” (BRASIL, 2015). Em outras palavras, o fenômeno da “constitucionalização do processo” exige que se faça a interpretação sistêmica do CPC a partir dos princípios constitucionais que balizam o processo civil moderno.

A partir desse entendimento, nota-se que a medida deve ser legal e pautada nas normais constitucionais, por isso todos, incluindo o juiz, devem obedecer à Carta Magna. Portanto, é vedada a aplicação de uma me-

dida atípica que seja contrária ao espírito constitucional, cabendo, nessa hipótese, responsabilização civil, de acordo com o art. 143, CPC.

No mesmo pensamento, o enunciado 12 do Fórum Permanente De Processualistas Civis discutiu a respeito da aplicação das medidas atípicas:

12. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução)

No citado artigo, é previsto que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (BRASIL, 2015).

É possível concluir, assim, que a adoção da atipicidade deve se dar após o esgotamento das medidas típicas, quando não obtiverem sucesso, bem como deve estar ciente de que o devedor tenha recursos para saldar a dívida, já que possui finalidade coercitiva, pois, segundo Daniel Neves, as medidas permitidas pelo artigo 139, IV, do CPC só são aplicadas enquanto ainda é possível o adimplemento da prestação pelo devedor, não servindo de sanção processual (NEVES, 2017, p. 128).

As medidas atípicas de execução buscam os devedores resistentes ao pagamento, que não cumprem voluntariamente suas obrigações, mesmo tendo condições para isso. Assim, a aplicação atipicidade só pode ser realizada se ficar demonstrado que a medida adotada será capaz de promover pressão psicológica para o devedor, para que cumpra sua obrigação.

Porém, demonstrado que o devedor não possui condições de realizar o pagamento, não haverá cabimento de atipicidade, pois faltaria de efetividade e o credor continuaria frustrado. Para este devedor, após esgotadas as tentativas de penhora de bens, o processo ficará suspenso e fadado ao prazo prescricional.

Além disso, com a determinação contida no art. 489, § 1º, I e II, do CPC, já transcrito, o juiz deverá fundamentar o seu entendimento e motivações acerca da decisão, bem como a finalidade esperada, sendo essa mais uma garantia a esse instrumento, pois mostra que há uma preocupação acerca do estudo detalhado do caso pelo juiz, para evitar possíveis arbitrariedades.

Tem-se também o art. 8º do Código de Processo Civil, que diz:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e as 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).

Em suma, verifica-se que cabe ao Estado conduzir a aplicação das medidas atípicas com o objetivo de garantir a efetividade da execução, sem, contudo, deixar de resguardar os direitos constitucionais garantidos aos executados.

2.3. AS MEDIDAS ATÍPICAS DE EXECUÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Dada sua recente vigência, o art. 139, IV, do CPC, que autoriza o uso de medidas atípicas de execução, ainda é objeto de discussão, principalmente em se tratando de sua constitucionalidade. Para melhor compreensão desse dispositivo sob o olhar constitucional, será realizada uma breve abordagem das disposições constitucionais acerca do tema.

O consagrado art. 5º da Constituição Federal dispõe, em seu inciso XXXV, uma premissa relevante para a presente discussão:

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)

A partir dessa ideia, nota-se a preocupação da Carta Magna de assegurar a efetivação e a proteção do direito, buscando, assim, a justiça. Relacionando ao caso da execução, quando o credor não está satisfeito, ele apenas detém um mero comprovante do direito, mas não a sua garantia. Esse sistema que, havendo eventual esgotamento das medidas típicas de execução, não insiste em garantir sua efetividade, ameaça o direito do credor.

Outrossim, as maiores discussões são dos direitos fundamentais do executado. Para ponderar esse pensamento, o art. 797 do CPC ressalva:

Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. (BRASIL, 2015).

Ainda nesse sentido, é assegurado, no mesmo diploma legal, que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a decisão;

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa fé. (BRASIL, 2015).

Dessa forma, nota-se a possibilidade de ponderação normativa, dada eventual colisão de normas, bem como a interpretação e observação do caso tendo como premissa o princípio da boa-fé. Assim, age com boa-fé o devedor que, tendo condições de cumprir com sua obrigação, permanece inadimplente? Nessa hipótese, diante da falta de pagamento, parece viável a limitação de direitos do devedor. Ainda, há a garantia do contraditório e

ampla defesa para o executado, bem como meios de impugnação, partindo do princípio constitucional do devido processo legal.

Os direitos fundamentais são prestigiados no ordenamento jurídico brasileiro, assim como a garantir aos cidadãos da eficácia das decisões judiciais, de forma a tornar efetivo o cumprimento de sentença. Portanto, torna-se importante haver um entendimento pautado pelo respeito às garantias constitucionais, bem como pela observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conforme o art. art. 8º do CPC, para auxiliar na construção das diretrizes necessárias para a aplicação do artigo 139, IV, do CPC/15.

3. PRINCIPAIS MEDIDAS ATÍPICAS

Ultrapassados os aspectos gerais da execução e dos meios atípicos, bem como os seus requisitos e debate constitucional, é chegado o momento análise das principais medidas adotadas atualmente. Alguns exemplos são: a suspensão da CNH, a apreensão do passaporte, o bloqueio de cartões de crédito, a proibição de frequentar determinados locais, o bloqueio de contas-corrente, a proibição em participação em concurso público, entre outros. A jurisprudência, porém, tem-se dividido entre o deferimento ou indeferimento das medidas atípicas.

A princípio, o Supremo Tribunal de Justiça sustentou que é cabível a utilização de meios executivo atípicos, devendo este, porém, observar os preceitos citados, como pode ser visto na ementa desse julgado:

RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ART. 536, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO, EM TESE. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.

(STJ – REsp: 1839681 AC 2019/0284366-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 19/11/2019).

A presente decisão negou provimento ao recurso especial que discutia a utilização de meio atípico de execução, especificamente, no presente caso, a apreensão de CNH. O recorrente aponta falta de necessidade de tal constrição. Contudo, o relator citou, em sua argumentação, alguns fatos do caso, tais como: o decurso do tempo na execução, que tramita desde 2011; o insucesso e esgotamento das medidas típicas e o comportamento escuso do executado, que não busca pagar a dívida.

Do mesmo modo, cale analisar o próximo julgado, que trata-se de acórdão do Agravo de Instrumento nº 2050212-30.2019.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que aborda as medidas de suspensão de CNH, do passaporte e dos cartões de débito e crédito dos executados:

PROCESSUAL CIVIL Compra e venda Móveis planejados – Ação de rescisão contratual cumulada com indenização julgada procedente e atualmente em fase de cumprimento de sentença – Decisão de primeiro grau que indefere pedido de suspensão da CNH, do passaporte e dos cartões de débito e de crédito dos executados – Agravo interposto pelo exequente – Tentativas de localização de bens via BACEJUD e RENAJUD infrutíferas – Inércia do executado na indicação de bens sujeitos à penhora – Pressuposto para a adoção de medidas coercitivas previstas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil caracterizado Admissibilidade das medidas que, de algum modo, podem resultar na satisfação do crédito – Suspensão do passaporte Medida que impede o devedor de assumir novas e vultosas despesas, preservando patrimônio e viabilizando o pagamento do débito – Direitos e garantias individuais que não são ilimitados, devendo ser relativizados com outros igualmente consagrados – Patrimônio do devedor que não se presta à livre disposição da forma que este bem entender, mas sim para o cumprimento de suas obrigações Inteligência do artigo 789 do Código de Processo Civil Bloqueio de cartão de crédito – Medida que busca evitar a assunção de despesas não essenciais em detrimento do crédito exequendo – Contenção de novas despesas que pode acarretar a preservação de patrimônio do devedor, viabilizando o cumprimento da obrigação pretérita com o exequente – Ausência de bens penhorá-

veis – Medidas coercitivas (suspensão do passaporte e bloqueio de cartões de crédito) voltadas a evitar a assunção de novas dívidas não essenciais pelo executado e a possibilitar o surgimento de recursos em benefício do credor. Relação harmônica entre tais medidas e o objetivo a ser alcançado. Suspensão da CNH e de cartões de débito. Medidas incompatíveis com a tentativa de satisfação do crédito. Efeito unicamente punitivo não amparado pela norma processual. Agravo parcialmente provido.

Diante do exposto, nota-se, de antemão, que o pedido de utilização de meios atípicos na execução formulado pelo credor não foi deferido, ainda que tenham restado infrutíferas as pesquisas de bens realizados em nome do devedor. Contudo, em se tratando da decisão do recurso, devido as circunstâncias do caso, foram deferidas algumas medidas atípicas, a fim de evitar possíveis gastos desnecessários por parte do executado, dado que os instrumentos que ele detinha, tais como cartões de crédito, possibilitam a novas despesas. A decisão teve como objetivo principal preservar o patrimônio do devedor para a viabilizando do pagamento do débito.

Efetivamente, o bloqueio do cartão de crédito e outros instrumentos possuem coerência, já que parece injusto o devedor permanecer realizando compras e adquirindo despesas com viagens ou outros tipos de entretenimento, enquanto essa quantia poderia ser direcionada ao pagamento de sua obrigação. Por isso, torna-se necessária a adoção das medidas atípicas providas nos julgados analisados, pois antes da vigência do art. 139, IV, do CPC, o exequente não poderia fazer muito e a prescrição começava a fluir em favor do executado.

É possível observar, com o estudo de alguns julgados, que o Tribunal Superior de Justiça compreende que não há privação à liberdade de ir e vir do cidadão devedor na apreensão de CNH, tendo em vista que o que ocorre somente é a retirada momentânea de conforto. A CNH não é uma manifestação principal do direito de locomoção e sim uma das formas de exercer esse direito. Com isso, não há ilegalidade na utilização de medidas de execução atípicas. Todavia, há necessidade de observância aos princípios constitucionais do devido processo legal, da subsidiariedade do uso dessas medidas e a análise do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da realização da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foi possível alcançar o objetivo do presente trabalho, que é o estudo da possibilidade de utilização das medidas de execução atípicas como instrumento subsidiário de garantia da efetividade na execução de quantia certa, bem como foi possível atingir os objetivos específicos.

Foi possível perceber que (i) o procedimento executório típico está fadado ao insucesso, (ii) o art. 139, IV, do CPC é constitucional e detém base normativa e jurisprudencial, (iii) é promissora e necessário a utilização dos meios atípicos de execução como garantia subsidiária a execução de quantia certa.

A adoção de medidas atípicas de execução mostra-se necessária diante do cenário de ineficácia da execução patrimonial, onde os devedores poderiam “relaxar” diante da insuficiência dos meios típicos e da morrosidade. Agora, o devedor de má-fé será coagido a sair da sua inércia, já que as medidas agem no psicológico e na moral do devedor. Com isso, a atipicidade das medidas executórias trouxe consigo inovação para a processo civil, afastando o receio de muitos de que, dado os poderes concedidos ao juiz, não haveria segurança jurídica no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Por isso, o juiz, necessariamente, deve fundamentar a sua decisão, apontando a base jurídica para utilizar a medida atípica mais adequada. Diante disso, o julgador, com a cautela e com a orientação dos precedentes e da doutrina, proferirá a decisão conforme o direito. Nesse sentido, foi possível entender que existem regras para a adoção das medidas atípicas, principalmente no que se refere a subsidiariedade de sua aplicação, que deve se dar após o esgotamento e ineficácia das medidas típicas. Além disso, o seu uso deve ser feito com responsabilidade e sob a ótica constitucional, analisado de acordo com cada caso.

No que se refere às controvérsias a respeito da atipicidade, entende-se que não incidem na base normativa, mas somente na forma em que será aplicada no caso concreto, pois ainda há certa divergência adinda dos tribunais. Outrossim, a doutrina demonstra estar receptiva a utilização da atipicidade na execução, havendo entendimento majoritário quanto a isso.

Os magistrados já começaram adotar o uso de medidas atípicas, tais como apreensão de passaporte, suspensão da CNH, bloqueio de cartões

de crédito e débito, entre outras que estão sendo utilizadas com maior frequência. Nota-se que, de acordo com a jurisprudência analisada, o Superior Tribunal de Justiça demonstra-se receptivo para a utilização das medidas atípicas. Contudo, os critérios para sua utilização aqui estudados, como a necessidade de que a medida seja constitucional, a utilizada de forma subsidiária e a fundamentação do juiz.

A presente pesquisa preocupou-se também com a credibilidade do Poder Judiciário, tendo em vista que suas decisões transmitem a mensagem do tipo de sociedade que temos. Como observado por Cassio Scarpinella Bueno, “a efetividade do processo mede-se pela sua capacidade de tornar reais (concretizados) os direitos controvertidos, ameaçados ou lesionados”. (BUENO, 2015, p. 50)

Dessa forma, pode-se concluir que esse tema, dada a sua recente vigência, ainda possui lacunas em relação ao seu entendimento, ainda que, de forma majoritária, tem sido aceito pelos operadores do direito, tendo em vista a sua capacidade de efetividade e sua celeridade. Com isso, o artigo base dessa pesquisa torna-se, atualmente, um dos dispositivos de maior efetividade da legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com Emendas constitucionais de revisão. Diário Oficial da União, Brasília: [Senado Federal]. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp: 1839681 AC 2019/0284366-0, Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Data de Publicação: DJ 19/11/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2050212-30.2019.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan, Data de publicação: 09/05/2019

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARDOSO, Beatriz. Teoria geral da execução no novo CPC. **Jus-Brasil**. Disponível em: <https://beacarrdoso.jusbrasil.com.br/artigos/459425469/teoria=-geral-da-execucao-no-novo-cpc#:~:text=H%C3%A1%20dois%20meios%20executivos%3A%20meios,existindo%20uma%20rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20adequa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 29 mar. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2010.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo do novo processual civil**. Niterói: Impetus, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: Art. 139, IV, do novo CPC**. São Paulo: Revista de Processo, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação. Jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Academia Brasileira De Direito Processual Civil**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

TUTELA EXECUTIVA E CONTRATOS ELETRÔNICOS: UMA ANÁLISE DO ELEMENTO FORMAL DE ADMISSIBILIDADE

*Éverton Luís Marcolan Zandoná*⁸³

INTRODUÇÃO

O rito executivo distingue-se do cognitivo, não apenas pela tutela a ser perseguida, mas também por ofertar mecanismo em que a demanda seja instruída, no sentido de fundamentada, por documento que, diferente de uma sentença judicial, é estranho, em um primeiro momento, ao Estado-juiz quanto a sua constituição, trata-se dos títulos executivos extrajudiciais (requisito formal de admissibilidade), como o contrato eletrônico. Antes de chegar ao Poder Judiciário, o título extrajudicial nasce no mundo dos fatos, oriundo das mais variadas formas de relações jurídicas, tanto do âmbito civil quanto comercial. Majoritariamente, é instrumento utilizado pelo jurisdicionado para formalizar negócios jurídicos.

Do início do desenvolvimento do comércio até a parte final do século XX, tais relações negociais se davam, predominantemente, de modo presencial, constituídas por documento físico que representava a relação entre as partes. Todavia, o advento da informática, em pouco tempo, alterou drasticamente as formas e possibilidades de interações sociais existentes,

83 Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro da Escola de Processo UNISINOS.

construindo um novo ambiente de comunicação e troca de informações. As transações antes estabelecidas, unicamente, por meio do contato presencial dos envolvidos, perdem espaço para a troca de *bids* através da Internet. A vontade passa a ser expressa de modo eletrônico.

Os contratos, inevitavelmente, também começam a migrar do ambiente físico para o virtual, sendo inegável a facilidade e comodidade para aqueles que o celebram, impulsionado, ainda mais, pelas necessidades de uma sociedade altamente dinâmica e conectada. Além disso, formalidades, antes essenciais, acabam sendo substituídas por novas tecnologias, como a assinatura digital e armazenamento virtual dos documentos.

Deste modo, busca-se analisar as questões atinentes ao cumprimento do requisito formal de admissibilidade (executividade) dos contratos eletrônicos, perpassando, inicialmente, o conceito e características dos pactos virtuais, além dos fundamentos do título executivo.

1. CONTRATOS ELETRÔNICOS

Os contratos eletrônicos podem ser definidos, conforme percepção de Luís Weilewicky (WEILEWICKI, 2001, p. 198), como sendo “[...] instrumentos obrigacionais de veiculação digital. São todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos.” Fundamental a caracterização construída por Ricardo Luis Lorenzetti (LORENZETTI, 2004, p. 285-287), o qual entende que o ambiente virtual pode ser utilizado em uma ou mais etapas de celebração, de modo geral ou apenas parcial, para caracterizar o contrato eletrônico, entendimento que figura como base para outros autores.⁸⁴

Como pondera Manoel J. Pereira dos Santos (SANTOS, 2000, p. 197), “o que distingue o contrato eletrônico dos contratos convencionais é justamente o fato de o computador ser utilizado como meio de manifestação da vontade e de instrumentalização do acordo das partes”. Frente a isso, atualmente, o exame da validade jurídica do contrato eletrônico torna-se sem sentido, ao passo que sua utilização está difundida, bem como doutrina e jurisprudência, consensualmente, assim entendem, de acordo

84 Presente em: Pinheiro (2016, p. 536) e Rebouças (2018, p. 27).

com Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2016, p. 535). Vale considerar que a questão foi objeto de muitas indagações doutrinárias no início do século atual, absolutamente, justificável pelo ineditismo do tema, o que, hoje, se mostra inócuo, tanto que a presente análise gira em torno de seus desdobramentos jurídicos.

Paulo Lôbo (LOBO, 2019, p. 35) ensina que “o contrato eletrônico não é uma espécie distinta dos demais contratos, no que concerne aos seus elementos essenciais. É distinto quanto à forma e o meio utilizado para declaração da vontade.” Deste modo, verifica-se a possibilidade de qualquer contrato em espécie ser utilizado no ambiente virtual, inclusive aqueles considerados de adesão, além da necessidade de observar a presença das condutas negociais típicas dos contratos tradicionais, inclusive, defeitos de forma e vícios na manifestação da vontade (LOBO, 2019, p. 37).

O Código Civil (CC), em seu art. 107⁸⁵, dispõe justamente sobre a liberdade das formas, como sustenta Ricardo Gesteira Ramos de Almeida (ALMEIDA, 2002, p. 92), em que não há necessidade de formato predefinido à manifestação de vontade em negócios jurídicos, senão quando houver previsão legal expressa. Internacionalmente, cabe destacar, também, pontos importantes da Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997) sobre comércio eletrônico, cujo art. 5º prevê que “não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica,” tratando das manifestações de vontade, através de meios digitais, assim como o art. 11 deixa clara a vinculação dos pactos virtuais quando diz que “[...] não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação.”

Destarte, não obstante a possibilidade de outros títulos extrajudiciais serem criados a partir do meio digital, denota-se o enquadramento do contrato eletrônico como instrumento particular, tendo força executiva pelo art. 784, III do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015) que diz “III – o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas.”

85 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (BRASIL, 2002).

Constata-se, assim, a necessidade de haver a assinatura por duas testemunhas, a fim de que haja o cumprimento do requisito previsto no inciso. Teori Albino Zavascki (ZAVASCKI, 2004, p. 332) ratifica a exigência, pois, conforme o autor, “testemunhar significa confirmar que o fato existiu”, o que vai ao encontro do entendimento de Sérgio Shimura (SHIMURA, 1997, p. 288), visto que se busca suprir a ausência do reconhecimento (de firma) realizado pelo agente público nos títulos executivos do inciso anterior (art. 784, II do CPC). Ainda, verifica-se a impossibilidade de que haja a assinatura a rogo do devedor, uma vez que não será dele, mas sim de terceiro, sendo necessário que analfabeto outorgue procuração por instrumento público para que outra pessoa assine o documento (ZAVASCKI, 2004, p. 332).⁸⁶

Araken de Assis (ASSIS, 2018, p.233), respaldado pelo atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), assevera que não há título executivo ao instrumento particular na falta das assinaturas, seja do devedor ou das testemunhas, porém não exige que a formalidade testemunhal ocorra no mesmo momento em que obrigado assina o documento, podendo ocorrer em momento posterior.

De qualquer forma, é necessário considerar, também, que tanto a assinatura do devedor quanto das testemunhas pode ser formalizada no formato digital, através da assinatura digital, à medida que não há nenhuma ressalva legislativa que comprometa a executividade do instrumento assim formalizado.

1.1. ASSINATURA E CERTIFICADO DIGITAL

Para que haja um negócio jurídico, seja civil ou comercial, se faz necessário a demonstração da vontade (elemento cerne do suporte fático), a qual, em grande parte das pactuações, é externada através da assinatura de documento, no intuito de formalizar um acordo. Como pondera Ana Carolina Horta Barretto (BARRETTO, 2002, p. 1), “no mundo real, o ponto-chave reside na determinação quanto a se uma pessoa manifestou ou não sua intenção de se obrigar, o que normalmente se dá por um registro escrito, e, em geral, pela oposição de uma assinatura manuscrita a tal

⁸⁶ No mesmo sentido: Shimura (1997, p. 288) e Theodoro Júnior (2018, cap. 5).

registro.” Aos títulos extrajudiciais tradicionais, em meio físico, a firma é dada, propriamente, através da assinatura do documento.

Todavia, no meio digital, as possibilidades tornam-se mais restritas, uma vez que o documento se encontra desmaterializado, representado apenas na forma de bits, o que, evidentemente, dificulta a identificação das partes envolvidas no negócio. Em vista disso, como alternativa, surge a assinatura digital.

Baseada na tecnologia assimétrica, a assinatura digital, como bem sugerem Omar Kaminski e Marlon Marcelo Volpi (KAMINSKI; VOLPI, 2004, p. 250) “[...] é uma técnica que se utiliza do conteúdo a ser assinado, somando-se à chave privada do emissor, para a criação de um conjunto de caracteres que irá acompanhar o conteúdo.” No entendimento de Sandro D’Amato Nogueira (NOGUEIRA, 2009, p. 36-37), “a assinatura digital comprova que a pessoa criou ou concorda com o documento assinado digitalmente, como a assinatura de próprio punho comprova autoria de um documento escrito.”⁸⁷ Pondera que a autenticidade é garantida, pois aquele que assina o documento ou a mensagem utiliza a chave privada, a ser confirmada pelo que recebe, através da chave pública, a qual, justamente, por ser pública, não é sigilosa (NOGUEIRA, 2009, p. 36-37). Portanto, como aduzem Renato Müller da Silva Opice Blum e Sérgio Ricardo Marques Gonçalves (BLUM; GONÇALVES, 2001, p. 301), “a técnica não só permite demonstrar a autoria do documento, como estabelece uma ‘imutabilidade lógica’ do seu conteúdo,” “a assinatura digital possibilita o reconhecimento da origem de um ato e também identifica um usuário aceito e permitido em determinada transação,” complementa Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2016, p. 270).

Outra vantagem da assinatura digital é a possibilidade da manutenção integral do conteúdo que constitui o documento. Conforme informa Angelo Volpi Neto (VOLPI NETO, 2001, p.56), “a encriptação engloba todo o texto com a assinatura, em sua função conhecida como hash” (grifo do autor). Por outro lado, não se deve confundir assinatura digital com assinatura eletrônica, uma vez que esta constitui gênero, enquadrando-se todas as formas de identificação através de meios informáticos aplicados, como senhas, códigos de verificação e a própria assinatura digital (BLUM;

87 Neste mesmo sentido: Pinheiro (2016, p. 270).

GONÇALVES, 2001, p. 301), a qual também não deve ser comparada ou equiparada à assinatura digitalizada, à medida que, neste processo, ocorre apenas a reprodução da assinatura a punho, levada ao meio digital uma imagem captada por processo de digitalização, não havendo qualquer garantia de integridade ou autenticidade ao documento (NOGUEIRA, 2009, p. 38).

A validade jurídica da assinatura digital fica atrelada à certificação de que determinada chave, efetivamente, pertença ao usuário. Leciona Ana Carolina Horta Barretto (BARRETTO, 2002, p. 39) que, em função do risco existente pela possibilidade de uma pessoa vincular qualquer chave pública à identidade de outra, além da impossibilidade de associação entre a assinatura digital e a real identidade, cria-se, assim, a necessidade de haver uma checagem desta ligação, garantindo sua idoneidade, o que se desenrola através da atividade de um terceiro, Autoridade Certificadora, emitindo o chamado certificado digital.

Tal mecanismo pode ser caracterizado como uma estrutura de dados, a qual é assinada de forma digital por uma terceira parte previamente autorizada e verificada, realizando a devida associação entre o emitente da declaração, seja pessoa, processo ou servidor, a uma chave pública, funcionando como um serviço de emissão de carteira de identidade, porém de modo virtual (NOGUEIRA, 2009, p. 39; REBOUÇAS, 2018, p. 132).

A força jurídica desta assinatura digital, vinculada ao certificado digital, fora instituída pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001 (BRASIL, 2001), a qual organiza as áreas administrativas para controle e fiscalização do sistema de chaves públicas, cria as cadeias de certificação necessárias e, principalmente, atribui validade legal à firma eletrônica, através do art. 10, §1º, visto que “as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários [...]”

Portanto, pode-se considerar a assinatura digital, previamente certificada, como sendo mecanismo hábil à exteriorização da vontade, em que se reconhece como autêntica a firma posta em documento eletrônico, sendo equiparada à assinatura convencional como força probante (REBOUÇAS, 2018, p. 135). Como Sandro D’Amato Nogueira (NOGUEIRA, 2009, p. 43) pondera, o certificado digital garante a autenticidade entre o

assinante e assinatura, integridade de que não houve nenhuma modificação no conteúdo do documento e o não repúdio à validade da autoria e eficácia da assinatura.

1.2. ESPÉCIES DE CONTRATOS ELETRÔNICOS

Partindo do pressuposto de que os contratos eletrônicos não são uma nova modalidade de contratos, em primeira análise, mostra-se prejudicada uma eventual classificação. Todavia, a forma como ocorrem as contratações no meio digital apresenta-se como uma característica relevante dentro da temática, a fim de atribuir a natureza das obrigações que venham a surgir e, conseqüentemente, possibilitar uma análise quanto a sua executividade.

Logo, a divisão ora adotada, a qual também é utilizada por parte da doutrina,⁸⁸ leva em consideração os aspectos tecnológicos computacionais dos contratos eletrônicos, a fim de possibilitar uma compreensão sistemática sobre o tema.

1.2.1. CONTRATOS INTERPESSOAIS

As contratações interpessoais podem ser definidas como aquelas em que há a interação humana diretamente em todas as fases contratuais, utilizando-se do ambiente digital para isso (REBOUÇAS, 2018, p. 41), conforme também ensina Manoel Joaquim Pereira dos Santos (SANTOS, 2000, p. 195), “a comunicação eletrônica se estabelece para a formação da vontade e para a instrumentalização do contrato, não sendo apenas uma forma de comunicação de vontade já construída ou forma de execução de contrato concluído previamente.” Erica Brandini Barbagalo (BARBAGALO, 2001, p. 53) pondera que “essa categoria se caracteriza principalmente pela interação humana nos dois extremos da relação.”

Pode-se destacar a exteriorização desta modalidade a contratação, por exemplo, através de e-mail, chats, como o Whatsapp e Messenger, ou mesmo via redes sociais. Lembra Rodrigo Fernandes Rebouças (REBOUÇAS, 2018, p. 41-47) que a formação destes contratos poderá ser

88 Presente em: Rebouças (2018, p. 40-57), Santos (2000, p. 194-195) e Barbagalo (2001, p. 51-55).

tanto entre presentes quanto entre ausentes, dependendo apenas de como irá ocorrer a perfectibilização do negócio, destacando alguns precedentes jurisprudenciais em que foram reconhecidas as contratações por meio de correspondência eletrônica mesmo sem que houvesse sido firmada assinatura digital.

Mesmo assim, importante considerar que, além da possibilidade da constituição de relações obrigacionais através meios de comunicação informatizados, a própria prática contratual migrou para o ambiente virtual, pois é comum minutas de contratos serem enviadas através de e-mail, ou mesmo pelo Whatsapp, deixando apenas a formalização (assinatura) do negócio jurídico para o meio físico. Além disso, a mencionada assinatura digital pode ser utilizada para fornecer validade jurídica, em que se terá o mesmo contrato que estivera materializado em suporte de papel, completamente virtualizado, gerando plenamente seus efeitos jurídicos.

1.2.2. CONTRATOS INTERATIVOS

As contratações interativas, também conhecidas como “click and wrap agreements”, “click-through agreements” ou “contratos por clique”, podem ser definidas, de acordo com o ensinamento de Erica Brandini Barbagalo (BARBAGALO, 2001, p. 55), como sendo quando “[...] uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem que ela esteja ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contato foi efetuado.” Faz-se uso de um site ou aplicativo já programado, em que haverá opções ao usuário, construindo uma espécie de loja ou estabelecimento virtual, sendo a principal característica do comércio eletrônico (SANTOS, 2000, p. 195).

É possível perceber, sem a necessidade de grande investigação, que esta forma de contratação corresponde a boa parte das relações obrigacionais estabelecidas no meio virtual. Rodrigo Fernandes Rebouças (REBOUÇAS, 2018, p. 48) aduz que:

Pelas suas características, independentemente de se tratar de uma relação empresarial, civil ou de consumo, podemos considerar que as contratações interativas partem de uma oferta pública, da qual

interlocutor irá aderir (contrato por adesão) às condições pré-estabelecidas, podendo apenas optar por contratar ou não.

As próprias denominações já sugestionam que por meio de simples comandos (cliques) ocorre a contratação, a qual é, evidentemente de adesão. Ricardo Luis Lorenzetti (LORENZETTI, 2004, p. 335) entende ser válida a celebração, tácita ou expressa, através desta modalidade em que não há discussão das cláusulas contratuais, havendo, logicamente, a possibilidade de serem dirimidas frente ao judiciário, além de também reconhecer que não necessariamente tais pactos implicam em relações de consumo.

Deste modo, percebe-se que contratos interativos destoam dos tradicionais por sua descentralização, não havendo um destinatário determinado, porém assemelham-se quanto ao modo como as contratações ocorrem, sendo que contratos de adesão sempre existiram e existem, inclusive em relações empresariais.

1.2.3. CONTRATOS INTERSISTÊMICOS

Nesta modalidade, como aduz Manoel Joaquim Pereira dos Santos (SANTOS, 2000, p. 194-195), “[...] a comunicação eletrônica se estabelece entre sistemas aplicativos previamente programados, estando ausente a ação humana no momento em que a comunicação se realiza.” As partes, que efetivam o negócio, definem, de modo antecipado, quais serão as condições que irão reger o pacto, transferindo-as para o ambiente virtual, através de um dispositivo eletrônico (computador), a fim de que o equipamento gerencie as transações posteriormente criadas, ocorrendo uma interconexão entre os sistemas dos contratantes (BARBAGALO, 2001, p. 51-52).

Esse modelo de contratação é recorrente em relações, predominantemente, comerciais entre pessoas jurídicas, à medida que os sistemas irão funcionar de forma conjunta, no intuito de gerenciar estoques ou mesmo negócios de compra e venda, sendo que as transações ocorrem pela rede EDI (Protocolo Padrão de Documentos) (SANTOS, 2000, p. 195). Há que se ponderar, porém, a possibilidade de futura aplicação da tecnologia às relações de consumo, envolvendo, assim, pessoas físicas, em que os forne-

cedores terão ligação direta com consumidores, a fim de que seja acompanhada a necessidade por produtos, como comida, itens de limpeza, entre outros, os quais serão repostos de forma automática (REBOUÇAS, 2018, p. 54).

1.2.4. SMART CONTRACTS

Os *smart contracts*, muito além de uma modalidade contratual, representam o produto de uma nova revolução dentro da própria revolução tecnológica. Inicialmente, pode-se definir um smart contract, na percepção de David Casz Schechtman (SCHECHTMAN, 2019), como:

[...] a manifestação digital de um contrato, no sentido de que o acordado entre as partes é transformado em um código de computador autoexecutável, ou seja, capaz de implementar as condições acordadas pelas partes independentemente de intervenção humana (seja de qualquer das partes ou de algum intermediário).

Atualmente, associa-se a tecnologia à *blockchain*, contudo o termo, *smart contract*, fora cunhado por Nick Szabo ainda em 1994, para definir a escrituração de obrigações e seus reflexos, como cláusulas penais e bonificações, em um código de programação em que o próprio sistema (computador) executa as avenças contratuais sem haver a interferência de agentes físicos (humanos) (MOREIRA, 2019).

O objetivo fundamental do *smart contract* é fazer com que a obrigação pactuada entre as partes, seja dar, fazer ou não fazer, transporte-se para algoritmos, no intuito de facilitar e tornar mais célere a parte registral, de monitoramento e a própria execução das disposições pactuadas, além de dificultar, ou então, impossibilitar, o descumprimento de alguma condição, sendo predominantemente utilizado em operações financeiras através de criptomoedas (MOREIRA, 2019).

Rodrigo Fernandes Rebouças (2018, p. 56) entende que este novo modo de contratação apresenta uma característica mista, reunindo parte dos contratos intersistêmicos e outra dos interpessoais. O próprio autor (REBOUÇAS, 2018, p. 57) explica que:

Uma vez realizada a prévia programação de todo o instrumento contratual e respectivos direitos e obrigações das partes (fase inter-pessoal), os quais serão eletronicamente verificados tal como o pagamento e/ou a entrega de determinado bem ou serviço, haverá a automática execução eletrônica de todas as demais obrigações contratuais, tais como a liberação de garantias, pagamento do preço, remessa do produto ao comprador, etc. (fase intersistêmica)

No entanto, como todas as contemporaneidades tecnológicas, os smart contratos trazem vantagens e desvantagens, fundamentalmente quando utilizam plataformas blockchain. Positivamente, apresentam atuação descentralizada, não necessitando da presença de um intermediário, afastam a necessidade de interpretação quanto às avenças pactuadas e apresentam um grau significativo de segurança. Em contrapartida, uma vez programado determinado termo ou condição, em regra, não será mais possível desfazê-la, denotam um custo de manutenção elevado, em função do consumo energético para o processamento dos dados, bem como as informações inseridas no sistema serão públicas para todos os usuários, o que, muitas vezes, não é o objetivo dos contratantes (SCHECHTMAN, 2019).

Perquirir a validade jurídica do smart contract torna-se um tanto desnecessária, uma vez que, conforme afirma Rodrigo Fernandes Rebouças (REBOUÇAS, 2018, p. 129-130), “haverá mais tranquilidade quanto a comprovação da efetiva contratação e sua respectiva declaração de vontade, a qual estará respaldada pela gravação de uma série de informações relevantes à segurança jurídica da validade do contrato.” Assenta-se questionamentos em relação ao descumprimento contratual, pois, não obstante a garantia de execução integral das cláusulas contratuais, em obrigações que importam no cumprimento em meio físico, é real a possibilidade de inadimplemento, o que implicaria na necessidade de utilização do smart contract como título executivo. Neste trilho, outro ponto interessante levantado por David Casz Schechtman (SCHECHTMAN, 2019) é a alternativa de, primeiramente, efetuar-se um pacto tradicional, através de outros formatos (contrato físico ou eletrônico), para, depois, levar as avenças para os algoritmos programados.

Em suma, os *smart contracts* revestem-se de um enorme potencial econômico e negocial. Em pouco tempo, estarão, efetivamente, inseridos no cotidiano, apontando-se as operações financeiras como a favorita para utilização da tecnologia, muito pela segurança ofertada (STOKES; RAMOS, 2017, p. 126). Cabe ao ordenamento jurídico manter-se atento aos futuros desdobramentos do uso das plataformas e a forma como serão dirimidos os litígios oriundos destas relações, principalmente, o inadimplemento e a possibilidade de execução civil.

2. REQUISITO FORMAL DE ADMISSIBILIDADE EXECUTIVA – TÍTULO EXTRAJUDICIAL

A tutela executiva, ao proporcionar a efetivação da norma jurídica concreta, exige, fundamentalmente, que o conteúdo em si esteja presente na referida norma, isto é, atos executivos só poderão ser deflagrados mediante a certeza do direito apresentado, o qual irá estar representado através do título executivo, judicial quando a concretização tem participação do juiz e extrajudicial quando a própria lei apresenta os requisitos, visto que, além de refletir a relação jurídica que desponta da incidência da norma sobre o suporte fático, detém a eficácia típica de prover a tutela jurisdicional executiva (ZAVASCKI, 2004, p. 265).

Conceitualmente, o título executivo pode ser definido como “o ato ou fato jurídico legalmente dotado de eficácia de tornar adequada a tutela executiva para a possível satisfação de determinada pretensão,” como bem sintetizado por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2000, p. 456). Nessas condições, a execução forja-se sobre a figura do título executivo, requisito formal de admissibilidade, o qual, apresenta a função de conceber a ação executiva, que não deve ser confundida com a obrigação em si, tendo em vista que o título tão somente reveste-se da executividade necessária, a fim de fornecer o objeto, a legitimidade, bem como estipular as divisas da responsabilidade (SHIMURA, 1997, p. 113).

Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, 2014, p. 187) estabelece o elo do título ao interesse de agir, o qual representa uma das condições da ação e exige a existência de dois elementos, a utilidade da tutela jurisdicional pleiteada, assim como a conformidade do provimento e do procedimento

adotado, o qual é representado pelo título executivo, caracterizando-se como “um elemento do interesse de agir *in executivis*”.

Ao atrelar-se a função do título executivo ao interesse de agir, emerge a eficácia abstrata que indica a impossibilidade de o juiz deliberar sobre a existência do crédito estampado no documento, visto que apenas ao legislador é autorizado averiguar a probabilidade da existência do direito no momento em que institui a eficácia executiva. Não se trata de mera presunção, a qual é aplicada quando a discussão ocorre em matéria de fato, a fim de contribuir na formação da convicção do julgador, porém, torna-se inviável qualquer ponderação quando inexistente julgamento, à medida que, para a deflagração de medidas executivas, é suficiente o respectivo título (DINAMARCO, 2000, p. 471).

Portanto, perceptível que a estrutura da ação executiva se baseia exatamente no conceito de eficácia abstrata do título, tendo em vista a impossibilidade de objeção do executado, o qual não possui nenhum meio de impugnação com plena cognição⁸⁹ dentro do rito executivo (GUERRA, 1998, p. 30), sendo-lhe necessária a oposição de embargos, no entanto fora da ação executiva.

Por se tratar de um documento indispensável à execução, a presença do título executivo, em regra, se torna fundamental. Ampla doutrina⁹⁰ converge sobre a necessidade de que haja a exteriorização do documento na forma escrita. No entanto, há de ser ter claro que o conteúdo que o título não traz, necessariamente, ligação direta com a sua forma de exteriorização, porquanto, ao tratar-se de execução, o documento não serve para provar o conteúdo, mas, abstratamente, demonstra o que nele está contido (ABELHA, 2016, cap. 5).

Em relação ao suporte digital, cabe destacar a posição do próprio Araken de Assis (ASSIS, 2018, p. 189) que sustenta a possibilidade existência do título através da via eletrônica, sendo que seu caráter documental viabiliza o “[...] respectivo suporte: físico ou eletrônico.” Deste modo,

89 Cumpre destacar a possibilidade de apresentação de Exceção de Pré-Executividade dentro da própria execução, na forma do art. 803, parágrafo único, do CPC, a qual, todavia, fica condicionada à discussão das matérias elencadas nos incisos do referido artigo, não havendo, assim, integral condição para objeção à obrigação exigida.

90 Neste sentido: Chiovenda (2000, p. 376-377, Zavascki (2004, p. 268), Shimura (1997, p. 134) e Dinamarco (2000, p. 483).

os elementos formais do título representam desdobramento fundamental para que haja regularidade na execução intentada, bem como é possível perceber a existência de discussões acerca da utilização do ambiente digital para o título executivo gere efeitos processuais.

Por sua vez, a condição de título executivo não nasce ao arbítrio das partes. Cabe ao legislador conceber quais documentos serão dotados de força executiva, afastando a necessidade de cognição, a fim de apurar a existência da obrigação estampada no documento, diferente dos títulos executivos judiciais, os quais nascem do processo de conhecimento, ou mesmo aqueles que se submetem à tribunal arbitral de litígios sobre tutelas judiciais disponíveis, em que há ampla oportunidade do contraditório às partes, os títulos executivos extrajudiciais, em um primeiro momento, não passam pelo crivo judicial (WAMBIER; TALAMINI, 2017, p. 77-78).

Relevante considerar que a alta probabilidade da existência do crédito permite que determinados atos recebam a condição de título executivo. No caso do extrajudicial, a declaração de vontade do devedor quando concebe ato jurídico, o qual é oriundo de interesses próprios e privados, *pacta sunt servanda*, é visto pela lei como fonte suficiente para autorizar a execução em caso de inadimplemento. Em função da severidade dos atos executivos, os quais adentram a esfera patrimonial do executado sem consentimento prévio, há limitação das hipóteses em que possam ocorrer, estando expressamente definidos em lei. O rol de títulos executivos se afigura em *numerus clausus*, sendo vedado ao intérprete acrescentar qualquer outra forma, a fim de não incorrer em violação à esfera jurídica do devedor (DINAMARCO, 2000, p. 459-461).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o fato da doutrina mais atual, principalmente em Araken de Assis, já tratar da possibilidade de o ambiente digital proporcionar a existência de títulos executivos, o que é, absolutamente, fundamental à construção do conhecimento sobre o tema de forma técnica, o fato é que não há um detalhamento sobre o preenchimento dos requisitos ou mesmo uma forma de procedimentalização.

Dentro dos pontos levantados, em relação aos contratos eletrônicos, é possível perceber que a própria legislação, doutrina e jurisprudência civi-

lista tratam-no como se contratos físicos fossem alterando apenas a forma de exteriorização da vontade, principal preocupação para garantia da integridade documental. Da mesma forma, há intensa preocupação para que sejam mantidas todas as características do pacto tradicional, tornando-se inevitável a discussão sobre a imperatividade da assinatura das testemunhas, ou não, para execução do instrumento particular.

A disciplina estabelecida pela assinatura e certificado digital deixa claro que o instituto proporciona garantidas de veracidade de conteúdo e autenticidade pessoal do assinante do documento. Os contratos interpessoais, por exemplo, são estabelecidos pelas partes em moldes, substancialmente, idênticos aos pactos tradicionais, sendo que se altera apenas o meio de transmissão do documento, agora corporificado eletronicamente, bem como a forma de assinatura que deve ocorrer através de mecanismo criptográfico legalmente válido.

Frente ao todo analisado, o cumprimento do requisito formal de admissibilidade executiva pode se dar através da assinatura e certificado digital. Ou seja, não há criação de novos títulos, mas apenas o cumprimento dos requisitos formais e substanciais pelo instituto digital, tendo em vista que não há norma que proíba a utilização do meio eletrônico, ou mesmo que force a emissão apenas em meio físico, como também na prerrogativa legal que equipara a assinatura digital com certificado digital à manual.

Portanto, frente às proposições científicas aqui expostas, o presente artigo pode concluir que, observados determinados requisitos e circunstâncias, existe executividade nos documentos pactuados em ambiente eletrônico, sem que, contudo, novos desdobramentos, tecnológicos ou jurídicos, possam surgir e modificar as perspectivas traçadas, seja para ampliar ou restringir as possibilidades de execução.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book* (não paginado). Disponível em: <https://integrada.minha.biblioteca.com.br/#/books/9788530971144/cfi/6/10!4/2/4@0:100>. Acesso em: 15 maio 2019.

ALMEIDA, Ricardo Gesteira Ramos de. Aspectos relevantes dos contratos eletrônicos. *In*: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz

Olavo (coord.). **Novas fronteiras do direito na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83-104.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de redes de computadores peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARRETTO, Ana Carolina Horta. Assinaturas eletrônicas e certificação. In: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (coord.). **O direito e a internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 1-65.

BLUM, Renato Müller da Silva Opice; GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. As assinaturas eletrônicas e o direito brasileiro. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 295-382.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 ago. 2019.

_____. **Medida provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada: controle de admissibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- KAMINSKI, Omar; VOLPI, Marlon Marcelo. A evolução da certificação digital no Brasil. *In*: ROVER, Aires José (org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004. p. 247-265.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215491/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 19 set. 2019.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MOREIRA, Rodrigo. Investigação preliminar sobre blockchain e os smart contracts. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, [s. l.], v. 3, abr-jun. 2019. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016d91d-6f0f1d32e3ab1&docguid=I4d399c8097ca11e99339010000000000&hitguid=I4d399c8097ca11e99339010000000000&spos=1&e-pos=1&td=100&context=114&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 set. 2019.
- NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Manual de direito eletrônico**. 1. ed. Leme: BH Editora, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). **Lei modelo da UNCITRAL sobre o comércio eletrônico**. Nova York, EUA: ONU, 1997. Disponível em: <http://www.lawwinter.com/1uncitrallawinter.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **#Direito digital**. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://>

integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/cfi/536!4/4@0.00:0.00. Acesso em: 03 abr. 2019.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos: formação e validade: aplicações práticas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Contratos eletrônicos. In: ROVER, Aires José (org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 193-204.

SCHECHTMAN, David Casz. Introdução a smart contracts. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, [s. l.], v. 4, jul./set. 2019. Disponível em: [https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016d91d95ee-44cb861e2&docguid=I482c5a10b2e211e9b9360100000000000&hitguid=I482c5a10b2e211e9b9360100000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=129&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016d91d95ee-44cb861e2&docguid=I482c5a10b2e211e9b936010000000000&hitguid=I482c5a10b2e211e9b9360100000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=129&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 27 set. 2019.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

STOKES, Miguel; RAMOS, Gabriel Freire. Smart contracts. **Atualidade Jurídica**, Lisboa, v. 46, p. 124-127, maio 2017. Disponível em: <https://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=938b22c7-7e2f-4a7a-84e1-f8eeb5457cf8%40pdc-v-sessmgr02>. Acesso em: 29 set. 2019.

VOLPI NETO, Angelo. **Comércio eletrônico: direito e segurança**. Curitiba: Juruá Editora: Oficina de Letras, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. v. 3.

WEILEWICKI, Luís. Contratos e internet – contorno de uma breve análise. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo

(org.). **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 191-209.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de execução**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO NO AMBIENTE ESCOLAR

*Mariana Azerêdo Rodrigues de Almeida*⁹¹

*Jakeline Pereira Bogéa*⁹²

1. CONCEITO DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

O presente trabalho visa investigar, através de revisão bibliográfica, os problemas relacionados aos conflitos existentes no ambiente escolar. Sendo assim, apresentamos a mediação escolar como caminho plausível ao combate da violência na escola. Ou seja, a mediação escolar vista como meio de autoconhecimento dos jovens e de prevenção à violência no ambiente escolar.

A mediação de conflitos é compreendida como meio consensual de resolução de conflitos. Segundo Vasconcelos (2017, p. 60), a mediação é:

Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam

91 Graduada em Licenciatura em Formação Pedagógica pelo IFMA-Campus Caxias. Bacharel em Direito (Unipê) e Especialista em Ordem Jurídica, Ministério Público e Cidadania (FESMIP/PB).

92 Mestre em Filosofia pela UFMA e licenciada em Filosofia pela mesma Instituição. Professora do IFMA-Campus Bacabal.

terceiro (s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

A mediação é meio autocompositivo de solução de conflitos que surge como alternativa mais célere de resolução dos referidos quando comparamos com os meios processuais judiciais comuns. Depreende-se da citação acima que os mediandos têm a opção de escolher ou aceitar a escolha do terceiro imparcial, que chamamos de mediador, para que este possa através de sua formação contínua agir como facilitador do diálogo. É através da fala de abertura que o mediador irá ouvir as partes e “transmutar as falas” delas para dar um sentido afetivo e diferenciado em relação aos acontecimentos dos fatos ocorridos. A “transmutação das falas” nada mais é do que fazer com que uma parte reconheça o sentimento e/ou interesse de outrem. Ou seja, que possa saber ouvir a outra parte sob nova perspectiva e até mesmo compreendê-la ou compreender a situação ou momento pelo qual a parte passava.

Consiste num esclarecer de controvérsias levando elementos da vida das partes para que a outra possa enxergar a situação sob uma nova ótica, sob um novo prisma. Em ocorrendo o reconhecimento de posições antagônicas e em havendo uma possível abertura ao consenso, abre-se margem para uma possível realização de acordo, tendo este o perfil de ganha-ganha.

Consoante Azevedo (2016, p.20), a mediação pode ser definida como:

[...] uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de dis-

putas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

O **Código de Processo Civil** (CPC) trouxe em seu texto no art. 165 e parágrafos uma diferenciação entre a técnica da conciliação e a da mediação. Vemos que esta diferenciação está mais voltada para a solução pacífica do conflito, mas necessita de uma análise do caso concreto para que a técnica escolhida seja a mais adequada ao caso prático. Assim, o aludido Código no seu art. 165, parágrafo 2º, sugere que a conciliação se debruce sobre conflitos acidentais, isto é, conflitos não frequentes. A conciliação é indicada para conflitos entre pessoas que não possuem um laço de afetividade anterior. Consta também no mesmo dispositivo legal que cabe ao conciliador sugerir alternativas para a solução do conflito, embora não seja permitida a utilização de qualquer intimidação ou constrangimento junto às partes para que se conciliem.

Vale salientar que a mediação é, geralmente, indicada para partes que já têm um histórico de relação anterior (art. 165, parágrafo 3º), pois é neste momento que as partes poderão esclarecer o passado e planejar o futuro. A facilitação da conversação pelo mediador habilitará as partes a melhor compreender suas posições, ainda que contrárias, mas vislumbrando uma solução que compatibilize os seus interesses e necessidades.

Em ocorrendo um impasse entre vizinhos relativo ao direito de construir (um muro em comum, por exemplo), verificamos que tal direito está em questão causando um conflito entre as partes. O muro sendo comum a ambas; estas devem dialogar, de maneira tranquila e saudável, e guiadas pelo mediador/facilitador desta conversa. Neste instante, o mediador usando as técnicas de comunicação fará com que as partes possam se colocar uma no lugar da outra com a finalidade de buscarem um entendimento.

Assim, se as partes – a) Requerente: normalmente é a parte que busca o auxílio nos Centros de Mediação Conciliação/Mediação; b) Requerida: a outra parte chamada a dialogar no Centro de Mediação/Conciliação – se fizerem presentes no Centro de Mediação e Conciliação, e estiverem

dispostas a conversar (princípio da voluntariedade), pode desta conversa informal surgir à solução para o conflito.

Conforme Sampaio e Braga Neto (2007, p. 22):

A mediação difere da conciliação em diversos aspectos. **Nela o que está em jogo são meses, anos ou mesmo décadas de relacionamento**, razão pela qual demanda que o terceiro tenha conhecimento mais profundo sobre a inter-relação entre as partes. (grifo nosso).

A mediação enquanto processo que estimula a resolução de conflitos visa ao diálogo como meio de sanar as controvérsias, mas não só o conflito que aparentemente está posto. Por vezes, as partes envolvidas no conflito, que já ocorre há anos, passam boa parte do tempo remoendo, revivendo aquele conflito, sofrendo com as consequências oriundas dele. A mediação de conflitos além de ser uma nova oportunidade de diálogo entre as partes torna-se uma nova oportunidade para que estas compreendam as dificuldades delas mesmas e sugiram soluções para seus conflitos.

A mediação surge no CPC como etapa obrigatória para que esses conflitos possam ser avaliados antes de se tornarem uma demanda judicial. Logo, quando o conflito é encaminhado aos Centros Judiciais de Solução de Conflitos (CEJUSC) ainda se fala em uma etapa (pré-)processual. E em ali estando, há uma possibilidade de tal conflito ser solucionado no CEJUSC e, por sua vez, não se tornar uma demanda judicial.

2. OBJETIVOS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A mediação é um mecanismo de resolução de conflitos que objetiva a solução de conflitos dos envolvidos de maneira inovadora. A mediação utiliza técnicas de *diálogo* e da *escuta ativa* para se alcançar um objetivo comum, ou seja, um entendimento cooperativo entre as partes que buscam um possível acordo. (ALMEIDA, 2016). O estabelecimento de uma relação respeitosa entre as partes já demonstra o primeiro passo para uma mediação com possibilidade de um consenso, isto é, de uma solução pacífica para o conflito.

Quando uma das partes busca o meio alternativo na mediação já demonstra uma abertura em ouvir a outra. Demonstra ainda um interesse

em resolver o seu conflito ou ao menos compreender como se chegou naquela situação. Percebemos esta abertura dos envolvidos, principalmente, quando há uma relação continuada, algum tipo de vínculo (familiar, vizinhança etc.), ou mesmo quando uma das partes busca a solução para a contenda de maneira mais rápida. De acordo com Sales (2010, p.5), a mediação possui vários objetivos, dentre eles: a solução de conflitos (diálogo), a prevenção da má administração do conflito, a inclusão social e a paz social.

Seguindo a linha de raciocínio de Sales, a *inclusão social* nada mais é do que as partes tomarem consciência de que são responsáveis pelas suas próprias desavenças e, portanto, capazes de resolvê-las. No momento em que as partes, denominadas de requerente (quem primeiro demonstrou interesse na mediação solicitando-a) e requerido (parte chamada para a sessão de mediação), são chamadas para o diálogo saudável e franco há uma abertura e interesse em ouvir o outro.

Quando se tem início a Sessão de Mediação, percebemos que as partes buscam algo mais. O conflito ali presente muitas vezes não é exatamente o que fora reduzido nas falas pelas partes, ou seja, não é exatamente o que as mencionadas, verdadeiramente, gostariam de ter relatado ao mediador. Nessa perspectiva, Sales (2010, p. 6) ensina que:

Outro aspecto interessante e fundamental para a efetividade da solução encontrada é que o conflito real seja discutido, pois muitas vezes apenas conflitos aparentes (que não refletem o real problema) são apresentados. É importante, neste caso, que o mediador escute mais do que fale, possibilitando um sentimento de conforto e confiança para que, dessa maneira, o conflito real seja descoberto.

O mediador deve agir como facilitador do diálogo entre as partes, ou seja, um mediador desta comunicação entre os envolvidos para que estes percebam que a sua participação se revela essencial na compreensão do conflito ali existente, bem como na busca da solução desejada. As partes devem compreender que um conflito pode ser evitado se uma boa comunicação acontecer. Na mediação, como já dito anteriormente, o mediador terá que colocar em prática as técnicas de uma boa comunicação visando sempre facilitar o diálogo entre as partes. A mediação é, portanto, um

procedimento que visa demonstrar às partes envolvidas no conflito que ambas têm direitos e deveres. Sales (2010) assevera que as partes são estimuladas a transformar uma visão negativa em visão positiva do conflito, e, assim, promoverem o diálogo, possibilitando uma comunicação pacífica entre as partes.

É nesse contexto que citamos Rosenberg (2006, p.21), quando o autor demonstra ter ficado impressionado com o papel crucial da linguagem e do uso das palavras. Deste momento em diante, Rosenberg identificou uma abordagem específica da comunicação: falar e ouvir, fazendo-nos entregarmos de coração e criando uma conexão tênue de compaixão com o outro. Marshall Rosenberg (2006) denomina esta maneira de comunicação de Comunicação Não-Violenta (CNV). Portanto, a CNV “é uma maneira de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração” (ROSENBERG, 2006, p. 21).

A Comunicação Não-Violenta pode também ser chamada de Comunicação Compassiva. Por vezes, sem mesmo percebermos, podemos magoar pessoas através das palavras, sejam elas pessoas próximas ou não. Logo, podemos entender a comunicação não-violenta como uma técnica desenvolvida por Rosenberg, que, através de habilidades da comunicação, faz com que nós, seres humanos, possamos continuar nos relacionando com os nossos semelhantes mesmo diante de situações contrárias. A CNV traz habilidades de comunicação que podem ser desenvolvidas por nós, melhorando a nossa forma de nos expressarmos e ouvirmos o outro. Passamos a olhar o outro com empatia, isto é, colocando-nos no lugar do outro e buscando compreendê-lo sem (pre)conceito ou julgamentos.

Segundo Rosenberg (2006, p. 24), as pessoas devem se entregar de coração e agir sem esperar nada em troca:

Para usarmos a CNV, as pessoas com quem estamos nos comunicando não precisam conhecê-la, ou mesmo estar motivadas a se comunicar compassivamente, conosco. Se nos ativermos aos princípios da CNV, motivados somente a dar e receber com compaixão, e fizermos tudo que pudermos para que os outros saibam que esse é o nosso único interesse, eles se unirão a nós no processo, e acabaremos conseguindo nos relacionar com compaixão uns com os outros. Não estou dizendo que isso sempre aconteça rapida-

mente. **Afirmo**, entretanto, **que a compaixão inevitavelmente floresce quando nos mantemos fiéis aos princípios e ao processo da CVN.** (grifo nosso).

Assim, ainda que as pessoas envolvidas não precisem ter conhecimento claro sobre as técnicas de comunicação ao estarem próximas de pessoas que detêm este conhecimento e agem baseadas neste processo, fará despertar a compaixão.

A CNV tem seu ápice quando os quatro componentes são aplicados, quais sejam: a) Observação; b) Sentimento; c) Necessidades; d) Pedido.

O primeiro componente é a observação e nele devemos/analisar observar as ações concretas. O segundo componente é o sentimento: como nos sentimos com o que estamos observando. Já o terceiro componente são as necessidades, quais sejam os anseios/desejos; e, por fim, o pedido que traduz o que estamos pedindo para enriquecer nossas vidas.

Quando começamos a nos aprofundar na técnica da mediação vemos quão íntima é a comunicação não-violenta da mediação. A mediação se apropria do processo da comunicação não-violenta para criar um caminho através da comunicação, isto é, abrindo uma via de mão-dupla, onde ambas as partes saem ganhando.

3. TIPOS DE CONFLITOS ACOLHIDOS PELA MEDIAÇÃO

O conflito está presente em nossas vidas, bem como em nossa sociedade. Em nossas vidas vivemos dilemas, tais como: de fazer ou não fazer, de ir ou não ir, de falar ou não falar. São considerados *conflitos intrapessoais* (conflitos que vivemos em nosso íntimo, ou seja, são conflitos internos).

Os conflitos internos são inquietações, pensamentos pessimistas e autodestrutivos, que causam discordância emocional em nós mesmos, e que podem atrapalhar objetivos e metas traçados pela pessoa. É um distúrbio de raiva dentro de si mesmo. (PICKERING, 2002).

Entretanto, estamos inseridos em uma sociedade e vivenciamos também os *conflitos interpessoais*, quais sejam: separação familiar, briga de vizinhos e os desentendimentos entre alunos. (CHRISPINO; CHRISPINO, 2011). Temos ainda os conflitos de ordem hierárquica, onde constatamos a indisciplina e o descumprimento de ordem, por se tratar de relações de

autoridade. (RIOS, 2012). Ainda temos os *conflitos intragrupos* (que são os que envolvem pequenos grupos, sejam eles de uma família, do trabalho ou mesmo de colegas da escola) e os *conflitos intergrupos* (conflitos que ocorrem dentro de diferentes grupos).

Podemos afirmar, assim, que é assunto que tem origem quando situações diferentes existem. Sejam estas situações de interesses opostos, opiniões divergentes, desejos ou anseios. Vale salientar, que não estamos mencionando acerca de uma situação de erro ou acerto, mas sim de posições defendidas sob pontos de vista diferentes. O conflito faz parte integrante de nossas vidas desde os tempos mais remotos até os dias atuais, sendo presente nas mais diversas formas e ambientes aos quais estamos inseridos.

Conflito é toda a opinião divergente, diferente, oposta de ver, entender ou interpretar algum fato. Segundo Lia Sampaio e Adolfo Braga Neto (2007, p.28): “falar de conflito é falar de vida”. Os autores nos inserem como parte do conflito, isto porque se somos parte integrante da sociedade cabe a nós mesmos buscarmos meios adequados para a solução para os conflitos. É nesse contexto que nos debruçamos sobre os conflitos no ambiente escolar. Constatamos que as crianças e adolescentes muitas vezes não têm recursos financeiros, alimentação adequada, uma família desestruturada em que não há amor e afeto, além da ausência de saneamento básico e de condições dignas de moradia. Essas são algumas realidades que vivenciamos por vezes e que refletem diretamente no ambiente escolar. Sem mencionar o envolvimento de estudantes com drogas.

Muito tem se falado em violência nas escolas e nos enfrentamentos em que os professores, os alunos e a própria comunidade passam todos os dias. A escola enquanto ambiente formal voltado ao ensino-aprendizagem, espaço de conhecimento e de convivência fraterna está se transformando cada dia mais em um ambiente hostil e *locus* de guerra.

Ser professor, atualmente, tem implicações de uma atividade perigosa, que pode até causar risco de morte aos referidos. Não obstante isso, imaginar que os docentes, antigamente, eram respeitados e as atividades por eles desempenhadas eram compreendidas como vocação mostra-se como um aspecto preocupante.

A grande mídia mostra de forma multifacetada os trágicos acontecimentos envolvendo professores, alunos e a comunidade escolar. Depen-

dendo do canal midiático e das finalidades da veiculação das “lides”, indiscutivelmente, a violência nos espaços escolares vem crescendo de maneira assustadora. Não podemos deixar de destacar que a violência na escola não pode estar desconectada das condições socioeconômicas da família, quais sejam: péssimas condições de acesso à saúde e alimentação, precarização do trabalho das famílias da maioria dos jovens envolvidos, dentre outras.

4. A VIOLÊNCIA NO AMBIENTE ESCOLAR

A escola é um dos primeiros ambientes sociais que a criança tem contato no início de sua vida, depois da família. Porém, falar de violência no ambiente escolar tem sido muito angustiante para pais e educadores, bem como toda a comunidade escolar. Isto porque, os casos de violência nas escolas vez ou outra são televisionados em rede nacional causando insegurança em toda a comunidade.

No entanto, as estatísticas são bem claras. Para ilustrar, fazemos menção a uma reportagem publicada pela Agência Brasil. Antes da pandemia, um importante levantamento foi realizado para justificar tal situação na cidade de São Paulo: em 2019, 81% dos educandos e 90% dos professores souberam de casos de violência em suas escolas (rede pública estadual) no último ano. Vale sublinhar, que ocorrências mais frequentes de violência nas aludidas escolas estaduais envolveram principalmente: bullying, agressões verbais e físicas, bem como vandalismo.

Dados que tratam do nosso País revelam uma tendência semelhante aos apresentados pelo Estado de São Paulo. Para evidenciar o cenário de violência acima delineado, mencionamos os dados da pesquisa Teaching and Learning International Survey (TALIS), realizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que faz uma avaliação do ambiente de ensino-aprendizagem, bem como analisa as condições de trabalho dos docentes e gestores. Tal pesquisa aponta o seguinte: em nosso país, 12,5% dos gestores afirmam que professores e funcionários sofrem com agressões verbais ou intimidações de estudantes, ao menos uma vez por semana. Essa porcentagem é mais alta que a dos demais países. Vale sublinhar que a Estônia vem em segundo lugar, com 11%, e, a Austrália, com 9,7%. A maioria dos países está na faixa dos 3%. (VINHA; NUNES, 2020).

Este clima de tensão, insegurança e medo que toma conta da comunidade escolar é crescente. E cabe a pergunta: “O que fazemos para combater esta violência nas escolas? O que podemos fazer para combater esta violência nas escolas de nossas crianças e nossos adolescentes?”.

Sabemos que crianças e adolescentes são vítimas de violência, por exemplo, o *bullying*. Daí Rios (2012), elencar o bullying como sendo um dos conflitos decorrentes das diferenças, justamente por impedir uma boa convivência entre as partes causada pelo desrespeito. Tais vítimas, por vezes ficam caladas, temerosas em expor a violência sofrida muitas vezes com medo de sofrerem retaliação do agressor e serem apontados por parte dos demais colegas de escola.

A violência entre pares: alunos *versus* alunos não é a única. Há também os casos de violência entre alunos *versus* professores; gestores *versus* professores; professores *versus* professores e alunos *versus* gestores. As razões que levam a violência para dentro do ambiente escolar são as mais variadas possíveis. Podemos exemplificar em: diferenças sociais, psicológicas, culturais e as diferenças de personalidade, e também por vivermos em uma sociedade que impõe e fortalece a competição.

Os diferentes são agredidos, humilhados e excluídos. Não raro quando a vítima busca auxílio é violentada. Ou seja, é no ambiente escolar que a criança ou adolescente se deparará com a diversidade e nele deveria aprender a respeitar o diferente e conviver com as diferenças pautadas no respeito ao outro. Infelizmente, a maioria dos adolescentes matriculados em escolas públicas vive uma realidade adversa. O que torna o olhar do poder público e da comunidade como um todo mais desafiador.

A nosso ver, não é com o uso do poder por parte do Estado que resolverão a questão da violência nas escolas. Quanto mais tivermos conflitos e estes desentendimentos forem mal administrados, mais conflitos e mais violência e crimes surgirão. A ordem nas escolas deve ser almejada por todos e, principalmente, buscada por todos. E é neste contexto que a mediação é compreendida hoje como uma possibilidade real de transformação de realidades através da formação de cidadãos quando os jovens empoderam-se da situação conflituosa buscando a solução objetiva daquele conflito.

Segundo Rios (2012), a competição deve dar lugar a cooperação, onde haverá o fortalecimento do respeito às diferenças sendo dada auto-

nomia as partes para que busquem os melhores caminhos para as soluções de seus conflitos.

4.1. A MEDIAÇÃO ESCOLAR COMO MEIO DE PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA

A mediação de conflitos mostra-se como meio alternativo de resolução de conflitos, sendo considerada como o meio mais amplo de acesso à justiça. Enfrentar os conflitos escolares através da mediação escolar apresenta-se como uma proposta concreta.

A mediação escolar é o meio democrático sugerido às escolas como meio de auxiliar os conflitos nas unidades escolares. Sejam eles conflitos oriundos entre os alunos, alunos e professores, gestão escolar e alunos, professores e comunidade escolar, e professores e gestão escolar. É a oportunidade de uma (re)construção madura, sensata, saudável e democraticamente construída através do diálogo entre os envolvidos no desentendimento.

O restabelecimento das relações, anteriormente mal resolvidas, surge com a prática da mediação escolar onde os alunos, por exemplo, envolvidos no conflito poderão de maneira igualitária buscar a reconstrução da relação baseada em práticas de aprendizado desenvolvidas de maneira democrática e acessível no ambiente escolar.

A violência em ambiente escolar pode ser compreendida em diversas esferas. Em estudo intitulado como **Violência nas escolas**, de Abramovay et al. (2002), as autoras relatam várias interpretações acerca da violência, termo este que varia de país para país.

Vimos que há uma dificuldade em delimitar o que vem a ser violência e que esta pode variar de acordo com as realidades sociais de cada lugar. Mas fato é que de acordo com Charlot (1997), citado por Abramovay et al. (2002, p.69), há três tipos de violência:

- a) *violência*: golpes, ferimentos, violência sexual, roubos, crimes e vandalismos;
- b) *incivilidades*: humilhações, palavras grosseiras e falta de respeito;
- c) *violência simbólica ou institucional*: é o tipo de violência que a pessoa dentro do contexto escolar não se sente partícipe de determinado

ambiente. O aluno sente-se obrigado a estar na escola, sentindo-se deslocado. Inserimos aqui a violência nas relações de poder entre professores e alunos, bem como o sentimento dos professores em relação aos alunos: quando esses se sentem obrigados a suportar a indiferença dos alunos (negação da identidade profissional).

Verificamos que o conflito é algo desagradável e que está sempre presente em nossas vidas, porém a violência é uma força bruta que causa uma desordem social. Segundo Charlot apud Abramovay, são as incivildades que estão mais presentes no ambiente escolar. Sabemos que os conflitos fazem parte de nossa vida contemporânea onde acabam ocorrendo divergências de opiniões, anseios, crenças e valores além de várias outras formas de diferenças que existem no lugar ao qual habitamos. A escola é o ambiente adequado e propício para que os jovens possam ser ouvidos e que possam por sua vez também se expressar. É necessário trabalhar o conflito e transformar as atitudes antes que gerem violência.

A prática da mediação escolar de conflitos visa educar os alunos, bem como toda a comunidade escolar para que tal prática possa gerar uma transformação na vida dos envolvidos. A partir do momento que as partes assumem seu papel autônomo e decidem dar rumos aos seus conflitos, este é o primeiro passo para a cultura do consenso.

4.2. MEDIAÇÃO ESCOLAR COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO

A escola é um ambiente onde todos são levados a aprender algo. É no ambiente escolar que vamos aprender a (com)partilhar, a ceder e também a compreender preceitos e convicções sociais que são transmitidos cotidianamente. A escola é local que visa manter a ordem social; por outro lado, constitui-se também como locus da mudança e berço da transformação social. Sob esse prisma é que enquadramos a mediação escolar de conflitos (Chispino; chispino, 2011).

Vale salientar que se revela impossível haver escolas exatamente iguais, haja vista cada escola ter a sua peculiaridade, estando inserida em um determinado local, Estado. Uma escola inserida em uma aldeia indígena, no Pará ou mesmo em um povoado quilombola, no Maranhão,

terá peculiaridades muito marcadas ante a presente no sertão da Paraíba, por exemplo. Daí constatar-mos que tais escolas terão necessidades locais próprias e diferentes umas das outras, mas ainda assim não deixam de ser escolas e terem aspectos semelhantes. Logo, podemos dizer que em se aplicando a mediação escolar ela se moldará a cada realidade escolar. Sendo assim, cada escola com sua singularidade poderá acolher a mediação de conflitos. É nesse contexto, que sugerimos a implantação do programa de mediação escolar em que alunos, professores, servidores, famílias, possam se tornar protagonistas na resolução de seus próprios conflitos no ambiente escolar.

A mediação escolar como instrumento de transformação poderá se ajustar às singularidades de cada escola com dinâmicas individualizadas e levando em consideração as diversas demandas.

Algumas questões devem ser mencionadas antes da implantação de um programa de mediação de conflitos escolar. Primeiramente, deve-se apresentar à gestão escolar e diagnosticar nas referidas escolas as necessidades. Em um segundo momento, identificar se as escolas (contemplando a comunidade escolar) estão abertas a aceitar a mediação como técnica, bem como a se (re)organizar para acolher a mediação escolar. Cumpre salientar que as vantagens da mediação escolar são várias, quais sejam, o conflito, como já vimos acima, é uma realidade em nossas vidas, seja pessoal ou profissional, cabendo a nós darmos a dimensão positiva ou negativa para ele.

Consoante Chrispino (2007), o uso da mediação escolar como técnica aplicável no ambiente escolar visa melhorar o clima, bem como serve para o enfrentamento de atos violentos, tais como: incivildades, bullying, vandalismo contra o patrimônio escolar. Ademais, propicia que as crianças e adolescentes tomem para si o senso de responsabilidade de que o ambiente escolar também é deles e precisa ser cuidado com zelo.

A técnica da mediação é relevante, pois faz com que os jovens alunos compreendam que, sim, eles podem ser responsáveis por seus atos, incluindo-se aí o autoconhecimento para que se sintam e sejam partícipes da resolução dos conflitos.

Outros aspectos são benéficos quando fazemos uso da técnica de mediação, quais sejam, os educandos aprendem a ser mais empáticos, colocando-se mais no lugar do outro; e passam a praticar o princípio da

cooperação quando se dispõem a trabalhar em equipe melhorando a convivência com os divergentes e diferentes; e, praticando, portanto, a tolerância (CHRISPINO, 2007). Sendo assim, constatamos que a mediação de conflitos enquanto técnica promotora da pacificação de conflitos configura-se como plausível na esfera escolar. Nesse contexto, os jovens cheios de suas inquietações tornam-se capazes de resolver os seus próprios conflitos quando se tornam protagonistas da cultura de paz.

A escola, por ser um ambiente que acolhe alunos diferentes torna-se um espaço favorável ao surgimento de conflitos: de ideias, de posicionamentos, de opiniões, diferenças estas de toda ordem. Entretanto, se a escola valorizar o conflito sob o ponto de vista positivo e de maneira permanente, ocorrerá a possibilidade do diálogo saudável e maduro entre as partes envolvidas no conflito. Vale lembrar, que a escuta ativa constitui a técnica que sempre será aplicada nas etapas da mediação através da comunicação não violenta visando assim constatar os interesses reais e proporcionar as melhores escolhas (CHRISPINO, 2007).

Sendo assim, a paz, a cooperação, a confiança, o respeito, tornam-se os pilares da escola que promove a mediação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entender que o conflito faz parte da vida e se presentifica nas relações sociais e nas diversas organizações consiste no passo fundamental para o aprendizado coletivo e a comunicação assertiva. As escolas que não negam a existência de conflitos possibilitam o trabalho dessa realidade a partir do diálogo, fazendo com que as diferentes ideias sejam explicitadas, discutidas e, então, os jovens passam a aprender a decidir de forma madura.

O presente trabalho explicitou a relevância da compreensão sobre os conflitos e a necessidade premente de implantação da cultura da mediação, que se torna ainda mais fundamental atualmente, sobretudo nas escolas, que consubstanciam verdadeiros microcosmos sociais.

Nesse cenário, potencializado pelas alterações legislativas que impactaram no currículo da Educação Básica, a implantação da mediação de conflitos torna-se uma oportunidade para as escolas, incluindo os Institutos Federais.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam et al. **Violências nas escolas**. Brasília: UNESCO Brasil, REDE PITÁGORAS, Coordenação DST/AIDS do Ministério da Saúde, a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, CNPq, Instituto Ayrton Senna, UNAIDS, Banco Mundial, USAID, Fundação Ford, CONSED, UNDIME, 2002.
- ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação**: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2016.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- BRASIL. Lei 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: 10 ago. 2020.
- CHRISPINO, Álvaro; CHRISPINO, Raquel S. P. **Mediação do conflito escolar**. 2. ed. São Paulo: Biruta, 2011.
- CHRISPINO, Álvaro. Gestão do conflito escolar: da classificação dos conflitos aos modelos de mediação. **Ensaio**: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 15, n. 54, p. 11-28, jan-mar. 2007.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência 2019**. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: Ipea; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.
- MOORE, C. W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. (Trad. Magda França Lopes). 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1988.
- PICKERING, Peg. **Como administrar conflitos**: transforme conflitos em resultados. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Amadio, 2002.
- RIOS, Zoé. **A mediação de conflitos no cenário escolar**. Belo Horizonte: RHJ, 2012.

- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para o aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. (Trad. Mário Vilela). São Paulo: Ágora, 2006.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007. (Col. Primeiros Passos).
- SILVA, Irene Marques da. **Mediação escolar**: a contribuição do diálogo reflexivo para a construção da cultura de paz. São Paulo: All Print Editora, 2014.
- SOUZA, Ludmilla. Violência contra professores e alunos cresce na rede paulista. **Agência Brasil**, São Paulo, 18 de dez de 2019. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2019-12/violencia-contr-professores-e-alunos-cresce-na-rede-publica-paulista> >. Acesso em: 08 dez 2020.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- VINHA, Telma P.; NUNES, Cesar Augusto A. As agressões do aluno ao professor: cenários e possibilidades de intervenção na escola. **Educação Unisinos**, São Leopoldo/RS, n. 24 (2020), p.1-13, ISSN 2177-6210. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/edu.2020.241.33>>. Acesso em: 8 dez 2020.

A VIRTUALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS AUTOCOMPOSITIVOS E A ACESSIBILIDADE DIGITAL

Maria Fernanda Dyma⁹³

INTRODUÇÃO

O resultado de transformação dos ordenamentos sociais percebido após as revoluções industriais demonstra o papel modificativo da tecnologia no mundo. No século XVII, a máquina a vapor viabilizou novos meios de produção, diferentes formas de trabalho e se por um lado dinamizou a produtividade do setor industrial e os meios de transporte, por outro, afetou profundamente as relações interpessoais e comerciais existentes à época. (MANTOUX, 1988).

Na atualidade, o cenário também é de transformação. Os meios digitais, os sistemas ciberfísicos, a internet das coisas e a inteligência artificial ocupam cada vez mais espaço na sociedade e impactam profundamente em todas as searas de interação humana, desde a geopolítica, até o mercado de trabalho e as formas de operação do direito. A essa mudança de paradigma, os economistas dão o nome de Quarta Revolução Industrial. (SCHWAB, 2016). No plano jurídico, diversas são as iniciativas que uti-

93 – Mestranda pela UERJ. Bacharel em Direito pela FGV. Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário. Advogada. Case manager da FGV Câmara de Mediação e Arbitragem.

lizam de novas tecnologias para instrumentalizar os operadores do direito de forma mais abrangente e célere. A incorporação das tecnologias para processos em diferentes níveis de automação muda a forma com que a sociedade opera a justiça, quer seja para jurisdicionados ou ainda, para agentes do direito.

A Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, prevê a prática de diversos atos processuais pela via eletrônica, estimulando a incorporação do ambiente virtual para auxiliar na dinamização dos processos judiciais e, com isso, ampliar a eficácia da Justiça no país. Ademais, o próprio CPC prevê a utilização de meios virtuais de comunicação, inclusive para manifestações síncronas, com uso de equipamento para transmissão de áudio e vídeo. Como consequência, as distâncias geográficas deixam de afetar a produtividade dos atos processuais.

Dentre as hipóteses de utilização de tecnologia para comunicações processuais está a previsão expressa autorizando que as audiências de mediação e conciliação ocorram em ambiente virtual, seguindo o que prescreve o artigo 46 da Lei nº 13.140/2015. Para a justiça extrajudicial, a utilização da tecnologia ocorre com diversos níveis de automação. Plataformas de áudio e vídeo suportam vias de comunicação síncrona, enquanto bate-papos e fóruns proporcionam negociações assíncronas. Câmaras privadas de solução de conflito oferecem serviços digitais e até desenham plataformas de *Online Dispute Resolution* (ODR). (MIRANDA, 2021).

Apesar de a aplicação das tecnologias ao processo e sua consequente dinamização indicarem, a princípio, uma ampliação de acesso à justiça, toda mudança em grande escala causa impactos negativos e tem o potencial de marginalizar determinados grupos sociais. Desse modo, para que haja a maximização de seus benefícios, a Revolução 4.0 requer atenção e adaptação.

Por um lado, a autocomposição virtual possibilita a resolução de conflitos em menor tempo e com menor custo, por dispensar deslocamentos e, com isso, facilitar o arranjo das agendas dos envolvidos, principalmente em procedimentos multiparte. Também aumenta o acesso à justiça de pessoas com dificuldade de locomoção, motivo pelo qual, no cenário de isolamento social ensejado pela pandemia de Covid-19, esses meios digitais de autocomposição foram extremamente incentivados pelas autoridades vinculadas à administração judicial. Por outro lado, grupos sociais que

tenham dificuldades de acesso ao ambiente digital ficam marginalizadas desses avanços e, se suas circunstâncias não forem reconhecidas e contempladas no momento de implementação de políticas de incorporação da Justiça Virtual, há um risco de ficarem excluídas dos benefícios desse progresso tecnológico, tendo seu acesso à justiça afetado.

Nesse sentido, este artigo visa analisar alguns dos avanços provenientes da incorporação da tecnologia à resolução de conflitos, com enfoque nas vias autocompositivas, para que então traga reflexões acerca do impacto que a acessibilidade digital provoca em grupos com dificuldades de utilização da tecnologia.

Desse modo, o presente artigo será composto por três partes. A primeira abordará a incorporação da tecnologia nos métodos alternativos de solução de conflitos. Já a segunda tratará da relação entre o acesso à justiça, a acessibilidade e os meios virtuais de autocomposição, para que então sejam exploradas três esferas sociais que sofrem exclusão digital e, por isso, são diretamente atingidas pela incorporação da justiça ao ambiente online. Por fim, serão tecidas considerações finais sobre o tema.

1. A INCORPORAÇÃO DA TECNOLOGIA NOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Existem diversas formas de aplicação da tecnologia para métodos autocompositivos de solução de conflitos, que variam de acordo com níveis de automação e complexidade que, portanto, produzem diferentes resultados. Sua utilização depende do grau de adequação para a demanda a que visa atender.

Os principais avanços normativos que ocorreram no ano de 2020 foram focados, sobretudo, em proporcionar a continuidade da atividade jurisdicional autocompositiva em meio à redução da mobilidade social ocasionada pela pandemia de Covid-19. Ademais, houve um incentivo grande por parte dos tribunais para que a resolução dos conflitos gerados pelos impactos econômicos da pandemia ocorresse via facilitação, diante das vantagens de uma composição conjunta de solução legitimada e viável para as partes integrantes da disputa.

Como efeito, os dispositivos legais instituídos tiveram como principal objetivo o de viabilizar a utilização de meios virtuais de comunicação com plataformas de áudio e vídeo. A Lei nº 13.994/2020, por exemplo, tem como enfoque possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Da mesma, tribunais como TJRJ, TJSP e TJPR (LEORATTI, 2020). editaram atos normativos autorizando sessões de mediação por meio de videoconferência, remanejando os meios autocompositivos de resolução de conflitos para o ambiente virtual durante a vigência do estado de emergência oriundo da pandemia. (RODRIGUES, 2020).

Entretanto, para além da migração dos procedimentos do ambiente presencial para o virtual, a tecnologia desempenha, em diversos casos, um papel mais complexo na autocomposição, principalmente nas plataformas de ODR. (NUNES, 2021). Para as demandas em massa envolvendo matéria passível de transação, por exemplo, é crescente o investimento por parte dos grandes litigantes em plataformas virtuais de acordo que utilizem inteligência artificial, análise preditiva e matrizes de decisão para oferecerem propostas de acordo que sejam automatizadas e customizadas, trazendo maior efetividade às negociações traçadas.

Além da celeridade e economia processuais percebidos, a utilização desse tipo de plataforma trouxe uma mudança de paradigmas acerca da percepção do conflito. Se antes as empresas buscavam uma forma de mitigar os passivos gerados pela hiperjudicialização de suas disputas para que o impacto negativo por elas gerado fosse menor, agora a tecnologia possibilita que o conflito tenha o potencial de se transformar em ativo.⁹⁴ Afinal, em um mercado competitivo como o de consumo, a boa experiência do usuário em todo o período que se relacionar com a empresa é um diferencial relevante. (MOTTA; SILVA, 2006, p.108). Sendo assim, considerando a dificuldade de extinguir o surgimento de conflitos, inerentes às relações humanas, sua gestão eficaz pode influir na percepção positiva do indivíduo quanto à empresa.

Caso esteja indeciso sobre a aquisição de produto ou serviço, a noção de que poderá resolver eventual disputa de forma célere e adequada

94 Aqui, utiliza-se os conceitos contábeis de ativos e passivos. Enquanto os ativos são relacionados aos meios de rendimentos e que trazem benefícios, os passivos são saídas de dinheiro pelos gastos e despesas que a empresa teve de fazer. Cf. IUDICIBUS, Sergio de, MARION, Jose Carlos. Curso de contabilidade para não contadores. São Paulo: Atlas, 2000.

pode ser decisiva para a escolha por consumir de um ou outro varejista. Portanto, para além da economia e da otimização da imagem da marca em rankings de judicialização, o uso de meios extrajudiciais de solução de conflito em ambiente virtual, que possibilitam a resolução do problema sem sequer demandar o deslocamento do consumidor, passa a trazer novos meios de competição ao mercado. (CORTÉS, 2014).

Além da utilização de inteligência artificial para maximizar a adesão aos acordos propostos, as empresas também investem em diversas etapas de autocomposição, numa ordenação de procedimentos chamadas de Desenho de Sistemas de Disputas. (NUNES; MARQUES, 2018). Nesse caso, utilizam, para as demandas mais sensíveis ou em que a negociação direta não funcionou, a facilitação dos conflitos via terceiros neutros, que, com a aplicação de técnicas específicas, podem gerar acordo. Também é comum que essas plataformas virtuais de ODR mesquem fases de comunicação síncrona, em que as partes ficam em contato e conversam simultaneamente, e assíncrona quando há troca de mensagens em momentos distintos. (SUQUET; POBLET; NORIEGA, 2011).

Além da aplicação da tecnologia nas modalidades descritas acima, verifica-se a viabilidade de sua utilização assistencial ao procedimento. Os sistemas de tecnologia podem propor linhas de argumentação para as partes, auxiliar na busca de casos semelhantes, automatizar e customizar minutos de acordo. Quando há a inclusão de um terceiro para a resolução de conflito, as possibilidades são ainda mais amplas: o sistema pode agendar o procedimento, sequenciá-lo, gerir comunicação entre as partes de acordo com cronograma e tempo estipulados. Dessa forma, o rápido desenvolvimento de sistemas de *machine learning* permitirá que a tecnologia adquira cada vez maior protagonismo nos procedimentos, servindo de mecanismo de suporte para sua tomada de decisão das partes, oferecendo subsídios para as intervenções feitas pelo terceiro neutro, agindo como uma quarta parte no processo de resolução ou até mesmo desempenhando o papel de facilitador do conflito. (KATSH; RIFKING, 2001, p. 93)

Ocorre que, para a concretização de seus benefícios em ampla escala social, os sistemas virtuais de solução de conflitos devem incorporar, em todas as suas etapas, formas de ampliação de acessibilidade digital. Desde 1980, Pierre Levy (1999) já pontuava que “toda nova tecnologia cria seus excluídos”. Salientava, portanto, que com a implementação de novas

técnicas e invenções ao cotidiano, é natural a existência de pessoas que tenham dificuldade inicial de utilizá-la. Entretanto, o aprimoramento e a modulação dos meios tecnológicos aplicados, aliados a políticas públicas, possibilitam a minimização da exclusão inicialmente existente.

2. O ACESSO À JUSTIÇA, A ACESSIBILIDADE E OS MEIOS DE RESOLUÇÃO VIRTUAL DE CONFLITOS

O conceito de acesso à justiça sofreu diversas mutações ao longo da história, como forma de acompanhar as transformações sociais e seu respectivo impacto na atuação judicial. Como forma de melhor ilustrar estas evoluções, Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988) as agruparam em três ondas renovatórias da justiça. A primeira onda envolve a assistência judicial às camadas da sociedade em vulnerabilidade econômica. Já a segunda abrange a representação dos interesses difusos em juízo, enquanto a terceira enfatiza a importância de tratamento dos conflitos pela via mais adequada.

Esta última onda renovatória da justiça está alinhada com a percepção do Professor Kazuo Watanabe (2019) sobre o tema. O autor defende que o acesso à justiça não pode ser compreendido como o acesso ao judiciário, mas sim o acesso à ordem jurídica justa. Isso significa abranger a atuação da justiça para além daquela desempenhada nos processos ordinários, legitimando os demais meios de solução de disputas como formas efetivas de viabilizar a pacificação do conflito.

Entretanto, para que os diferentes métodos de resolução de disputas sejam efetivas ferramentas de ampliação do acesso à justiça, é preciso que estes estejam ao alcance de todos os titulares de direito que pretendem utilizá-las. Sendo assim, apesar dos reflexos positivos da incorporação da tecnologia, que aumentam a disponibilidade de meios autocompositivos para situações envolvendo grandes distâncias geográficas, múltiplas partes ou restrições de locomoção, os meios virtuais criam barreiras ao acesso de determinados grupos sociais. Estas devem ser consideradas e superadas para evitar marginalização e possibilitar que a opção pela utilização de um meio de resolução de conflito em detrimento do outro seja feita diante de um juízo de adequação ao caso concreto e não em relação às capacidades e restrições do jurisdicionado.

A Recomendação no. 2001/310/EC da União Europeia, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, prevê diretrizes nesse sentido em seu artigo II, C, 2. O dispositivo estabelece que para que uma plataforma de ODR seja eficiente, é necessário que esteja acessível a todos os seus usuários. Desse modo, a acessibilidade figura como um dos princípios elencados pela doutrina internacional como basilares para a ODR, assim como independência, imparcialidade, celeridade e justiça. (KAUFMANN-KOHLER; SCHULTZ, 2004)

Importante ressaltar que a acessibilidade dessas plataformas virtuais deve ser pensada não só para os demandantes e demandados, mas para todos aqueles que a utilizarem, incluindo seus advogados e facilitadores. Afinal, o resultado desejado para as vias autocompositivas é a resolução do conflito por meio de solução construída pelas partes, com auxílio de seus advogados e do terceiro neutro. Isso significa que a dificuldade de acesso por qualquer um desses agentes pode reduzir o potencial de êxito ou a legitimidade do procedimento.

Também é importante que a inclusão de meios de acessibilidade dessas plataformas deve estar presentes em toda sua estrutura. Sendo assim, é importante a preocupação com o design, com a clareza e com a facilidade de navegação não somente na página em que houver a comunicação entre as partes, mas também nas fases de cadastramento, autenticação, agendamentos, dentre outras. A linguagem utilizada deve ser simples e objetiva, transmitindo as informações de forma objetiva e de fácil compreensão. Os comandos de navegação precisam ser intuitivos e destacados, enquanto os sistemas de videoconferência devem assegurar a participação igualitária dos usuários, com suporte para que as pessoas com deficiência se expressem ao longo do procedimento. (BENYEKHLIF; GÉLINAS, 2004)

3. FONTES DE EXCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL

Sendo uma extensão da exclusão social, verifica-se que a segregação digital ocorre quando inexistem uma das seis dimensões principais do cotidiano dos envolvidos. (ALMEIDA, 2005) A primeira diz respeito a sua personalidade, dignidade, autoestima e autoconhecimento. A segunda envolve a participação das redes de pertença social de forma interativa. A

terceira abarca a capacidade de realizar tarefas quotidianas e socialmente reconhecidas. Por sua vez, a quarta dimensão consiste na possibilidade de criar, desenvolvendo iniciativas e empreendimentos, projetos que despertem seu interesse. A penúltima trata do acesso à informação, enquanto a última, por sua vez, sinaliza a capacidade aquisitiva consequente manutenção e cuidado de suas propriedades. (AMARO, 2000). Sendo assim, a impossibilidade de acesso às plataformas de ODR pode impactar em nessas seis dimensões. Nesse sentido, para que o desenho das plataformas de ODR seja cada vez mais inclusivo, é necessário que se entenda as diferentes formas em que ocorre a dificuldade de acesso ao ambiente virtual. Somente a partir da identificação das fontes de exclusão digital será possível instituir medidas capazes de mitigá-las.

Vale ressaltar que as formas de exclusão citadas nesse tópico não são exaustivas, mas sim exemplificativas e visam ilustrar dois principais pontos. O primeiro consiste no fato que o acesso às plataformas de ODR é impactado por fatores socioeconômicos e estruturais, de forma que o sucesso de sua implementação depende do enfrentamento da questão como concernente à ordem pública e desenvolvimento do país.

O segundo, por sua vez, é o de que a exclusão digital marginaliza aqueles já excluídos socialmente e seu não enfrentamento no momento de implementação de políticas de virtualização da justiça pode reforçar os padrões de marginalização social e reduzir o potencial de ampliação do acesso à justiça que as plataformas de solução consensual de conflito possuem.

3.1. AUSÊNCIA DE MEIOS DE ACESSO À TECNOLOGIA: INDISPONIBILIDADE DE INFRAESTRUTURA PARA CONEXÃO E HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA

As diferenças geográficas e sociais existentes no Brasil impactam diretamente no acesso da população às tecnologias. Sendo assim, a ausência de meios de acesso ao ambiente virtual é um dos grandes desafios para o movimento de inclusão digital no país. Nessa seara, abarca-se tanto os casos em que os jurisdicionados não possuem acesso aos equipamentos necessários para ambientes online como também as hipóteses em que a infraestrutura geral para utilização destes equipamentos resta indisponível na região em que atuam.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo IBGE (2018) informou que 45,9 milhões de brasileiros não tinham acesso à internet em 2018, o que representa cerca de 25,3% da população com idade superior a 10 anos. Apesar dos avanços em relação ao ano anterior, em que esse índice alcançava a margem de 30% da população da mesma faixa etária, os números indicam que uma grande parcela da população está impossibilitada de recorrer aos meios virtuais de solução de conflitos.

Cerca de 25% dos entrevistados sem acesso à internet estavam nesta situação por questões socioeconômicas, quer seja pela indisponibilidade do serviço em sua região, pelo preço do aparelho ou ainda pelo custo dos pacotes oferecidos pelas provedoras. De acordo com os dados extraídos pelo IBGE, a dificuldade financeira foi a terceira justificativa mais apresentada para explicar a falta de conexão à rede, superada apenas pela dificuldade de sua utilização por falta de conhecimento e pelo desinteresse em sua utilização.

Vale ressaltar que dentre os cidadãos com acesso à internet, a maioria a utilizava por meio dos aparelhos celulares, que se relevaram como os únicos meios de conexão à rede para 45,5% dos domicílios brasileiros. O aumento na utilização de celulares releva um declínio na busca por computadores, que em 2017 figuravam como meio exclusivo de acesso à internet em 0,9% dos lares. Em 2018, esse índice reduziu para 0,5%. (IBGE, 2018)

Verifica-se que a exclusão social a este nível demanda soluções múltiplas que constituam uma política pública de responsabilidade governamental. Entretanto, há espaço para que as responsáveis pelo desenvolvimento das plataformas de ODR contribuam para essa modalidade de inclusão social, como por meio da construção de plataformas online de solução de conflitos com fácil navegação e com formatações compatíveis com celulares, para que abranjam a população cujo acesso à internet ocorre exclusivamente via *smartphones*.

3.2. ANALFABETISMO DIGITAL

A progressão das sociedades grafocêntricas para um caráter cibercêntrico impõe um novo desafio perante a educação e seus compromissos so-

ciais. (IBGE, 2018) Sendo assim, surge um novo analfabetismo, de quem não domina a linguagem digital que permeia a utilização das Tecnologias da Informação. (DURAN, 2008) Já no final do século XX, Takahashi (2000) destacava os desafios existentes relativos ao nível domínio de conhecimento tecnológico na sociedade, ao desenvolver o Livro Verde, que integrou o segundo estágio de implementação do Programa de Sociedade da Informação no Brasil, com objetivos fundamentais de democratização e acesso da população às tecnologias da informação.

Dezoito anos após a publicação, a realidade de amplo analfabetismo digital permanece a mesma, figurando como o motivo mais recorrente dentre os indicados pelos entrevistados sem acesso à internet, de acordo com os dados do PNAD. Trata-se da manifestação do fenômeno de analfabetismo digital, que impede que cerca de 19 milhões de brasileiros estejam conectados à rede. (IBGE, 2018).

O relatório anual *The Inclusive Internet Index 2020*, elaborado pela revista britânica *The Economist* e patrocinado pelo Facebook avalia os impactos da internet para melhoria de fatores socioeconômicos no mundo. Dentre um universo de 100 países estudados, o Brasil ocupou, na categoria de alfabetização digital e políticas de incentivo do uso da web, as posições 65^a e 69^a, respectivamente. Considerando que a colocação geral do país foi de 34^o dentre os listados, verifica-se que esses fatores carecem atenção e são negligenciados quando comparados a outros, como a qualidade dos conteúdos gerados pelo ramo do entretenimento, qualificação em que ocupa 15^o lugar. Ademais, vale ressaltar que assim como existem diferentes formas de analfabetismo, podendo uma pessoa saber ler e escrever, ao passo que não consegue interpretar ou compreender as informações trazidas nas sentenças, o mesmo pode ocorrer com o analfabetismo digital.

Para além do grande número de pessoas que desconhecem integralmente os meios digitais e, portanto, não acessam a internet, há aquelas que fazem uso das tecnologias, mas de forma limitada. Isso significa que ainda que os indivíduos consigam acessar a internet para desempenhar tarefas mais simples, como conversar por texto e vídeo nas principais plataformas, podem ter dificuldades de manuseio da tecnologia para desempenho de funções mais complexas. (IBGE, 2018).

Sendo assim, para além das políticas públicas de ensino e capacitação dos cidadãos sobre o uso da internet e da tecnologia no geral, é interes-

sante que o desenho adotado pelas plataformas de solução de conflitos apresente fácil identificação de seus comandos, com interface interativa e linguagem clara, acessível. Ademais, a disponibilização de tutoriais de utilização e suporte técnico auxiliam no acesso daqueles que, apesar de não serem analfabetos digitais por completo, possuem dificuldades de manipular novos sistemas e arquiteturas de programas.

3.3. INTEGRAÇÃO E ACESSO POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Estima-se que cerca de 24% da população brasileira apresenta alguma deficiência. (IBGE, 2010). Em contrapartida, um levantamento feito pela BigData Corp em parceria com o Movimento Web Para Todos (MWPT) indica que apenas 1% dos sites disponíveis online são preparados para o acesso de pessoas com deficiência. (FABRO, 2019). Tais restrições por si já reduzem a integração e o acesso à informação de parcela relevante da população. O mesmo não deve ocorrer com as plataformas online de solução de conflitos, cujo impacto, para além da integração social, afeta também seu acesso à justiça e aos consequentes meios adequados de resolução de disputas.

Afinal, o espaço digital deve trazer a mesma preocupação que as instalações físicas buscam para assegurar a acomodação de todos, inclusive de pessoas com deficiência. Seguindo esta lógica, os desenvolvedores da estrutura dos ambientes digitais devem ter a mesma atenção às estruturas necessárias para o amplo acesso às plataformas, tal como fazem os arquitetos urbanísticos ao projetar espaços com rampas de acesso e sinalizações em braile. (KAUFMANN-KOHLER; SCHULTZ, 2004, p. 445)

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada via Decreto nº 6.949/2009 no ordenamento jurídico pátrio esclarece, em seu artigo 9º, que o intuito da acessibilidade consiste em “possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida [...]”. Sendo assim, para que seja inclusiva, é necessário que a acessibilidade digital possibilite que um site, aplicativo móvel ou documento eletrônico sejam de fácil navegação e compreensão para a maior quantidade de usuários possível, dentre os quais figuram as pessoas com deficiência (ROUSE, 2016).

Tal preocupação com a inclusão geral dos cidadãos para a utilização dos sistemas de ODR é compatível com os princípios dos métodos de autocomposição, com enfoque na mediação, em que a construção de solução acordada é buscada diante da participação de toda a rede que possa interferir na relação entre as partes do procedimento, dentre as quais pode figurar alguma pessoa com deficiência. (LARSON, 2019, p. 441).

Considerando as principais formas de construção de consenso via plataformas virtuais, verifica-se que o sistema de videoconferência é um elemento fundamental para seu funcionamento e desafia a acessibilidade de pessoas com deficiências auditivas, visuais e cognitivas. Sendo assim, é importante que todos tenham as mesmas oportunidades de participarem dos momentos interativos, o que pode ser assegurado por vias como a inclusão de legendas, a contratação de intérpretes e a possibilidade de utilização de janelas de bate-papo ao longo das sessões de facilitação.

Também é importante que o sistema permita sua interface com programas de tecnologia assistiva, desenhados para a manipulação de recursos tecnológicos de pessoas com deficiência. (BRASIL, 2009, p. 138). É relevante que todos esses recursos estejam presentes desde a página inicial do sistema de ODR, para evitar dificuldades preliminares que ensejem a evasão da plataforma.

Existem diretrizes nacionais e internacionais que trazem as melhores práticas para desenvolvimento de softwares acessíveis e que podem ser utilizados como parâmetros para construção de sistemas de ODR. À nível internacional existem as *Web Accessibility Guidelines*, que são parte de uma série de recomendações para acessibilidade para a web publicadas pela *Web Accessibility Initiative*, do *World Wide Web Consortium (W3C)*. Como forma de atender a estas disposições em âmbito nacional, foi instituído, no Brasil, Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico (e-MAG), cujo intuito é o desenvolvimento e a adaptação de conteúdo do governo federal para que sua acessibilidade seja mais ampla possível. A partir da observação das disposições traçadas por esses institutos, é possível adotar parâmetros mínimos e eficazes para ampliar a acessibilidade das plataformas de autocomposição e, com isso, aumentar sua contribuição para o acesso à justiça.

CONCLUSÃO

A tecnologia da informação é realidade em todos os aspectos da vida moderna, sendo o mundo jurídico apenas uma de suas facetas. Trata-se de um movimento compatível com as mudanças atreladas à Quarta Revolução Industrial. Nesse contexto, não se pode negar os benefícios advindos da implementação de meios virtuais e eletrônicos para o exercício das atividades jurisdicionais, tais como celeridade e transparência.

Dentre os avanços de implementação de meios de acesso à justiça ao ambiente virtual encontra-se a utilização de plataformas de ODR, que oferecem meios de autocomposição em grande escala, facilitando a resolução de demandas em searas como a de consumo. Nessas plataformas, a tecnologia empenha diversas funções, de acordo com a necessidade percebida em cada caso e consequentes níveis de automação, transformando os procedimentos virtuais em vias céleres, adequadas e flexíveis de solução de conflitos, que beneficiam seus usuários e ampliam seu acesso à justiça.

Entretanto, para que sejam realmente abrangentes e alcancem sua plena eficácia, é primordial que a mais vasta gama de usuários possa utilizá-la quando participar de conflito que seja adequado para resolução por ODR. No Brasil, esta realidade consiste em um verdadeiro desafio, devido a diversos fatores que impactam na acessibilidade digital de milhões de seus jurisdicionados, seja pela ausência de infraestrutura e equipamentos para sua utilização, pelo alto índice de analfabetismo digital ou, ainda, diante da criação de sistemas que não prevejam meios de inclusão e acesso de pessoas com deficiência.

Todas essas fontes de exclusão social e digital demonstram a necessidade do enfrentamento dessa pauta como política pública, via adoção de medidas de combate à exclusão digital à curto, médio e longo prazo que envolvam a infraestrutura, desenvolvimento socioeconômico e regional, capacitação e pesquisas.

Além dessas atribuições do Estado, que dependem de questões políticas e orçamentárias, subsiste um papel contributivo das empresas desenvolvedoras das plataformas de ODR, que devem compreender as demandas provenientes desses grupos marginalizados pela exclusão digital e considerá-las na construção e nas atualizações de seus sistemas, a partir das melhores práticas nacionais e internacionais, para que possam

mitigar a dificuldade de acesso por meio de linguagens claras, acessíveis, com interface disponível para sistemas de tecnologia assistiva, dentre outras práticas de inclusão que possam impactar no acesso à via virtual de construção de consenso.

Verifica-se, portanto, a importância de existirem mais trabalhos que versem sobre o impacto da exclusão digital nas novas tendências de virtualização dos procedimentos jurídicos, para que as iniciativas rumo à digitalização do Direito promovam o acesso à justiça sem que gerem novos grupos marginalizados.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Lília Bilati de et al. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. **JISTEM J. Inf. Syst. Technol. Manag**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 55-67, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-17752005000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 fev. 2021.
- AMARO, R. R. **A Exclusão Social Hoje**. Cadernos INSTA, nº 8, 2000. Disponível em: <http://www.triplov.com/ista/cadernos/cad_09/amaro.html>. Acesso em: 2 fev. 2021.
- ANDRADE; CARNEIRO; NOVAIS. A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. **Scientia Iuridica** – Tomo LIX, n. 321, 2010.
- BENYEKHFLEF, Karim; GÉLINAS, Fabien. **Le règlement en ligne des conflits: enjeux de la cyberjustice**, Paris: Romillat, 2004, n. 325, p. 99-104.
- BRASIL. eMAG. **Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico BRASIL**. Disponível em: <http://emag.governoeletronico.gov.br/>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- BRASIL. **Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. B823 t Comitê de Ajudas Técnicas Tecnologia Assistiva. Brasília: CORDE, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época.** Revista de Processo, São Paulo, n. 61, jan. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro.; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Recomendação da Comissão de 4 de abril de 2001 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor.** Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&from=ES>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union.** Nova York: Routledge, 2011.

DURAN, Débora. **Analfabetismo digital e desenvolvimento: das afirmações às interrogativas.** Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Educação, 2008.

FABRO, Nathalia. Menos de 1% dos sites brasileiros são acessíveis para pessoas com deficiência. **Revista Galileu**, 29 de outubro de 2019. Disponível em:< <https://revistagalileu.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/10/menos-de-1-dos-sites-brasileiros-sao-acessiveis-para-pessoas-com-deficiencia.html> >. Acesso em: 04 fev. 2021.

GONÇALVES, V. H. P. **Inclusão digital como direito fundamental.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

IBGE. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018: análise dos resultados.** PNAD. Disponível em:<https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Anual/Acesso_Internet_Televisao_e_Posse_Telefone_Movel_2018/Analise_dos_resultados_TIC_2018.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2021.

IBGE. **Conheça a população: pessoas com deficiência.** Disponível em:< <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html#:~:text=Considerando%20>

somente%20os%20que%20possuem,corresponde%20a%206%2C7%25%20da>. Acesso em: 4 fev. 2021.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR ONLINE DISPUTE RESOLUTION – ICODR. **ICODR Standards**. Disponível em < <https://icodr.org/standards/>> Acesso em: 7 jul. 2020.

IUDICIBUS, Sergio de, MARION, Jose Carlos. **Curso de Contabilidade para não contadores**. São Paulo: Atlas, 2000.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas. **Online dispute resolution: Challenges for contemporary justice**. Hague: Kluwer Law International, 2004.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice**. Oxford University Press, 2001.

LARSON, David Allen. Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution: ODR for Everyone. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 34, no. 3, pp. 441, 2019. Disponível em < <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1462&context=facsch>> Acesso em: 03 fev. 2021.

LEORATTI, Alexandre. Tribunais recorrem à mediação online para evitar acúmulo de processos pós-pandemia. **Jota**, 26 de maio de 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/mediacao-conflitos-brasil-26052020>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed.34, 1999

MANTOUX, P. **A revolução industrial no século XVIII: estudo sobre os primórdios da grande indústria**. São Paulo: Hucitec, 1988.

MIRANDA, Danilo; BUTORI, Carlos; REZENDE, Nelson Soares de. Resolução de Conflitos on line e o case do Modria. **Cames Brasil**. Disponível em <https://www.camesbrasil.com.br/resolucao-conflitos-online-case-modria/>. Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

MOTTA, Rodrigo Guimarães; SILVA; Antonio Vitorino da. Aumento da competição no varejo e seu impacto na indústria. **Revista Gerenciais**, São Paulo, v. 5, n. 2. 2006.

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: WOLKART, Erik Navarro; NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique. **Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Juspodivm. 2021, pp. 15-40.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 285, nov. 2018.

OWEN, Fiss. Alternative Dispute Resolutions Debated: Second-Hand Justice? **The Connecticut Law Tribune**, March 17, 1986.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mediação on line em tempos de virtualização forçada das ferramentas de resolução de conflitos: algumas considerações sobre a experiência brasileira** [no prelo].

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; QUEIROZ, Pedro Gomes de. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 1, p. 849-913, jan-fev. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**, Saraivajur: São Paulo, 2019.

PRESS, Sharon. Court-Connected Mediation and Minorities: A Report Card. **Capital University Review**. v. 39, 2011.

RODRIGUES, Juliana da Rocha. A adoção de medidas pré-processuais no provável cenário de aumento de demandas judiciais durante a pandemia do covid-19. Migalhas de Peso, 4 de maio de 2020. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325928/a-adocao-de-medidas-pre-processuais-no-provavel-cenario-de-aumento-de-demandas-judiciais-durante-a-pandemia-do-covid-19>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

- ROUSE, Margaret. Digital Accessibility, TechTarget. **WhatIS.com**, maio de 2016. Disponível em <<https://whatis.techtarget.com/definition/digital-accessibility>> Acesso em: 3 jul. 2020.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.
- SUQUET; POBLET; NORIEGA. **Online Dispute Resolution in 2010: a Cyberspace Odyssey**. Proceedings of the 6th International Workshop on Online Dispute Resolution (ODR Workshop'10), v. 7, p. 1-12, 2011.
- TAKAHASHI, T. (Org.) **Sociedade da Informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.
- THE ECONOMIST. **The Inclusive Internet Index 2020**. Disponível em:<<https://theinclusiveinternet.eiu.com/explore/countries/performance>>. Acesso em: 02 fev. 2021.
- WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Prefácio Min. Ellen Gracie Northfleet; apresentação Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.
- WELSH, Nancy. The place of Court-connected mediation in a Democratic Justice System. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, v. 5, 2004.
- WORLD WIDE WEB CONSORTIUM. **Missão**. Disponível em:<<https://www.w3.org/Consortium/mission>>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- WORLD WIDE WEB CONSORTIUM. **W3C Accessibility Guidelines (WCAG) 3.0**. 2021. Disponível em: < <https://www.w3.org/TR/2021/WD-wcag-3.0-20210121/>>. Acesso em: 03 fev. 2021.

A PRIVATIZAÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA BUSCA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

*Isabel Souza de Carvalho*⁹⁵

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o fenômeno da privatização que atinge, com maior incidência ao longo do tempo, o Direito Processual Civil, além de abordar a flexibilidade do procedimento, em decorrência principalmente da promulgação do Novo Código de Processo Civil, em 2015. Para tanto, fez-se mister breve estudo sobre como a doutrina clássica e a contemporânea enxergam a chamada “privatização processo civil”, e como pode ser vislumbrada efetivamente nas relações processuais estas inclinações privatizantes e a flexibilização do procedimento, notificando inclusive as suas consequências em relação às partes do processo. Neste contexto, através de uma metodologia de pesquisa exploratória e revisão bibliográfica, busca-se entender como se apresentam estes feitos no Direito Processual Civil a fim de alcançar a tutela jurídica efetiva.

95 Graduada do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

A princípio, é indubitável que o Direito Processual Civil é um ramo do Direito Público que reúne um conjunto de princípios e normas jurídicas, entretanto, ainda sob a égide do Código Processual Civil de 1973, na década de 90, já se discutia, no Brasil, a tendência à privatização do processo civil, como os estudiosos José Carlos Barbosa Moreira e Afrânio Silva Jardim, este último inclusive afirma que “o fenômeno corrobora a assertiva de Karl Marx de que a estrutura econômica de uma determinada sociedade acaba condicionando a sua cultura, onde está inserindo o próprio Direito” (JARDIM, 2017).

A doutrina brasileira contemporânea, apesar de ainda serem poucos os autores que abordam a temática e com pouca profundidade, tem seguido uma linha a valorizar a privatização do processo civil. O Código Processual Civil de 1973 já trouxe certa flexibilização, porquanto foram estabelecidas hipóteses típicas de negócios jurídicos processuais, como a eleição de foro. Todavia, com o Código Processual Civil de 2015, possibilitou-se maior flexibilização do procedimento, dessa forma, é possível perceber essa inclinação do Direito Processual Civil, por exemplo, na possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais entre as partes, prevista no *caput* do artigo 190 do NCPC, nos meios alternativos de solução de conflitos ou na possibilidade do juiz subverter a ordem dos atos probatórios. De qualquer maneira, o objetivo vital que se busca nesta privatização e flexibilização é o direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Nesse sentido, Kazuo Watanabe:

[...] Partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sociojurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, **sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina,**

cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos (WATANABE, 2005, p.22, grifo nosso).

1. O ACESSO À JUSTIÇA COMO ASPECTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De acordo com os ensinamentos de Humberto Dalla Bernardina de Pinho é primordial que se reconheça o acesso à justiça como princípio essencial ao funcionamento do Estado de Direito (PINHO, 2020, p. 62), uma vez que um Estado estruturado sob esse postulado deve garantir, na sua atuação como um todo, isonomia substancial aos cidadãos, assim, na função jurisdicional, esse dever de igualdade se expressa, precisamente, pela garantia de acesso à justiça. Em consonância, a esta tal garantia Cândido Rangel Dinamarco destaca que “figura como verdadeira cobertura geral do sistema de direitos, destinada a entrar em operação sempre que haja alguma queixa de direitos ultrajados ou de alguma esfera de direitos atingida” (PINHO *apud* DINAMARCO, 2020, p. 62).

Ademais, fala-se que a jurisdição tem como objetivo a pacificação social, entretanto, a melhor compreensão é que se trata de uma consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos e que se sobrepõe os seus subordinados. Assim, no mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 124) afirmam que a expectativa de soluções dos conflitos sociais por uma ordem institucionalizada constitui o próprio escopo do Direito, desse modo, não é um objetivo direto da jurisdição no Estado Constitucional.

Fica evidente, portanto, que o direito de acesso à justiça – princípio constitucional previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB – é imperioso no ordenamento jurídico e essencial para a materialização do Estado Democrático de Direito. Além disso, como disposto por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2019, p. 232) “o direito de acesso à justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedido de solução de conflitos pelo Estado”.

1.1. A EFETIVA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito fundamental à tutela jurisdicional deve ser visto como um direito à efetiva proteção do direito material que incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, respectivamente, “sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 124). Entre linhas, dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção, com exceção de quando o autor postula sentença declaratória sobre existência ou não de uma relação jurídica ou sentença desconstitutiva referente à determinada situação jurídica. Com efeito, percebe-se, ainda, que a simples sentença não é suficiente para expressar uma tutela jurisdicional efetiva, dessa forma, há uma ruptura da ideia de que a função jurisdicional é cumprida com a edição de sentença. Sendo assim, a tutela do direito é a realização concreta do direito reconhecido pela jurisdição, não se esgotando, portanto, com a sua simples proclamação.

Nesse contexto, haveria dois preceitos a serem observados: o primeiro diz respeito à técnica processual executiva que deve ser estruturada pela lei conforme o direito material e o segundo seria que o juiz é obrigado a pensar a norma processual definidora das técnicas processuais com base no direito fundamental à tutela jurisdicional, em consonância, com as necessidades de direito material evidenciada pelo caso concreto. Evidencia-se que o juiz possui o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material, exigindo-se, portanto, uma interpretação da norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

As normas processuais abertas são claramente uma exemplificação, por parte do legislador, a fim de chegar a melhor técnica processual, pois, além de conferirem ao juiz e ao jurisdicionado maior poder para a utilização do processo, estas normas “oferecem um leque de instrumentos processuais, dando ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 129). Estas normas abertas podem ser analisadas como fruto da superação do formalismo jurídico, no final do século XX, com a ruptura

do pensamento jurídico clássico, e, por conseguinte, se consolidando a convicção, como bem salienta Luís Roberto Barroso (2018, p.351), de que, geralmente, “a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico, ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo”.

2. PUBLICISMO PROCESSUAL E AS INFLUÊNCIAS DA AUTONOMIA PRIVADA

O entendimento de que a natureza jurídica das normas processuais é de Direito Público se consolidou com a obra *Excepciones procesales y presupuestos procesales*, em 1868, de Oscar Von Büllow, ou seja, a teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias. Como preleciona Antônio do Passo Cabral (2018, p. 169), o caráter público do processo teve uma enorme relevância para que se pudesse ser realizada a distinção com o direito material, desse modo, houve uma superação do pensamento imanentista, no qual não se distinguia a ação e o direito material, passando para compreensão de que o processo, como relação jurídica de direito público, é constituído por jurisdicionados e o Estado-juiz.

Fica claro, portanto, que o Direito Processual Civil é um ramo do Direito Público, todavia, é inegável que se caminha cada vez mais para o desprendimento destas amarras e se associando à aspectos privatistas. A discussão sobre a chamada privatização do Direito Processual Civil é complexa e um dos principais autores sobre esta temática foi o Professor e processualista José Carlos Barbosa Moreira no qual criticou com ardor essas “ondas privatizantes” (GRECO, 2007, p. 7).

Para o Professor José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 14), o fenômeno em evidência que incidia no processo (ou à Justiça) era o da publicização, e não o da privatização como estava sendo arguido com frequência pelos demais estudiosos do Direito Processual. Nesse ínterim, há quase duas décadas atrás, ainda sob a égide do Código Processual Civil de 1973, havia três contextos nos quais a palavra “privatização” tinha sido utilizada, sendo que “os dois primeiros se relacionavam com a extensão do papel confiado a particulares na atividade realizada em juízo para a composição de lides”; extraindo-se dois fenômenos distintos:

Um consiste na ampliação do rol dos legitimados a agir no tocante a matérias cuja relevância ultrapassa as fronteiras dos litígios privados; outro no aumento da participação de pessoas estranhas aos quadros permanentes do Judiciário no julgamento de causas (MOREIRA, 1998, p. 14).

Entretanto, em ambos os casos, segundo o entendimento do Professor, o que ocorre não é uma privatização do processo, mas sim ao contrário, “os particulares é que veem sua atividade revestida de caráter público”, ou seja, em decorrência de atividade judicial tendente à decisão de lides os particulares, geralmente, são chamados ou autorizados a entrarem no processo a fim de colaboração. O processualista argumenta que o próprio desenrolar do feito pode envolver, e geralmente é que o que ocorre, – além dos funcionários e assimilados – pessoas e entidades, privadas e públicas, que se veem convocadas, em diferentes situações, a colaborar com a justiça, apesar de serem estranhas aos quadros oficiais quanto à lide, e exemplifica a situação por meio da citação por hora certa, uma das espécies de citação ficta no ordenamento jurídico brasileiro, que é quando há uma suspeita de ocultação do réu, assim, qualquer pessoa da família ou vizinho recebe a intimação e o avisa de que, no dia útil imediato, o oficial de justiça voltará para que seja consumada a citação, prevista no art.227 do Código de Processo Civil de 1973, e, atualmente, com previsão e nova redação no art.252 do NCPC (MOREIRA, 1998, p. 14-15).

Barbosa Moreira ainda salienta que na Europa, até a primeira metade do XX, o processo civil era visto como “coisa das partes” (MOREIRA *apud* CAPPELLETTI, 1998, p. 18), associada à filosofia liberal individualista nos sistemas políticos dominantes, dessa forma, por exclusividade, os litígios eram atinentes a relações jurídicas de direito privado. Ademais, o fenômeno de privatização também poderia ser visto, neste caso com maior intensidade, nos ordenamentos que conferem força vinculante aos precedentes judiciais, como no caso dos Estados Unidos no qual a jurisprudência da Suprema Corte influenciou, em alguns casos drasticamente, a direção da vida social norte-americana cujos pronunciamentos foram provenientes de pleitos travados entre particulares. Não obstante, o autor observa que, no Brasil, não acontece o mesmo, assim, o litígio ser privado não implica que o processo também seria igualmente privado, haja vista

que seja qual for a natureza da lide, ao se instaurar o processo, um órgão estatal vai se ocupar dela. Portanto, falar em privatização do processo (ou da Justiça) seria uma expressão inadequada e perigosa, na verdade, o que ocorre é a propensão, ao passar dos anos, para envolver particulares em solução de litígios, seja na esfera judicial ou extrajudicial (MOREIRA, 1998, p. 6-24).

Nesse mesmo viés, o Professor Leonardo Greco também corrobora com o pensamento de que é errônea a conceituação de privatização do processo:

Não obstante esse poder das partes se contraponha ao poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública. Afinal, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social (GRECO, 2007, p. 8).

Em contrapartida, Afrânio Silva Jardim não nega a tendência à privatização do processo civil, exemplificando que no Código de Processo Civil de 2015 se outorgou às partes do processo amplos poderes dispositivos, inclusive em relação ao próprio procedimento em juízo. No entanto, o professor critica e caracteriza como um retrocesso essa direção de uma perspectiva privatista no Direito brasileiro e pontua que se trata de uma consequência proveniente do neoliberalismo econômico no qual “privilegia-se a vontade das partes privadas – nem sempre livre e consciente – em detrimento de normas jurídicas, algumas até públicas” (JARDIM, 2017).

Na doutrina contemporânea, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 535), em conformidade ao

entendimento do professor Afrânio, acreditam que o Código Processual Civil de 2015 ao colocar como primordial a tutela do interesse das partes menospreza os demais valores que integram ao Estado e a atividade jurisdicional, ou seja, “essa privatização do processo civil desconsidera todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins”.

Dessarte, entende-se que, na doutrina, há uma divergência a este assunto e pouco aprofundamento, porém os juristas mais modernos não negam que o Direito Processual Civil cada vez mais caminha para se desprender das amarras clássicas do Direito Público. Contudo, não se pode esquecer que o objetivo central dessa “privatização do Direito Processual Civil” é a obtenção da efetiva tutela jurisdicional. Nesse sentido, afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Em conta disso, é preciso tomar com cautela a tendência à contratualização do processo civil, a fim de que esse não se converta em mero instrumento privado de solução de litígios. Lembre-se que de que mesmo países tradicionalmente ligados ao ‘adversarial system’, em que exaltam os poderes de disposição processual das partes, diante das injustiças que esse sistema é capaz de produzir, optaram por outorgar maiores poderes de condução do processo ao juiz (case management). O ideal, portanto, é que se possa prestigiar a autonomia das partes sem negar ao processo sua função de tutela dos direitos na dimensão da Constituição (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 534).

2.1. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO DERIVANTES DA PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

Denota-se, no Brasil, um fomento às formas extrajudiciais de solução de controvérsias – previstas nos parágrafos do art. 3º do NCPC. A autocomposição ocorre quando um dos indivíduos, ou ambos, abrem mão de seu interesse seja por inteiro ou parte dele, isto é, particulares darão a solução do conflito independente da participação de qualquer sujeito. Dentre as formas de autocomposição destaca-se a conciliação e a mediação.

Outrossim, como bem aponta Luiz Antonio Scavone Junior (2018, p. 298-299) há uma sutil diferença entre os dois métodos de solução de

conflito. Na conciliação, que implica na atividade do conciliador, se tenta demover as partes a solucionar o conflito para que se acate suas alternativas e ponderações para a resolução do conflito, ou seja, o conciliador sugere a solução sem que possa, no entanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como acontece com o árbitro ou ao juiz togado, dependendo, portanto, da anuência das partes. Já a mediação, por sua vez, com base no § 2º do art. 2º da Lei nº 13.140/2015 é sempre voluntária, o mediador tem a função de auxiliar as partes para a obtenção da solução consensual e busca neutralizar a emoção das partes, mas sem interferir na substância da decisão dos envolvidos, e “se mostra útil quando o conflito entre as partes, no âmbito privado – sem descartar a mediação no setor público –, desborda dos interesses financeiros em discussão”, entretanto, o mediador possui participação menos efetiva do que o conciliador.

No Direito brasileiro, há ainda a heterocomposição que se trata de uma técnica processual na qual as partes elegem um terceiro imparcial para que este “julgue” a lide com as mesmas prerrogativas do judiciário. Dessa forma, uma das formas principais desse tipo de técnica é arbitragem, que apesar de não ser um instituto novo, pois tem registros históricos de utilização pelas cidades-Estado da Babilônia, no Império Romano e no processo canônico, além do Brasil Império, e passou a ser regulada pela Lei nº 9.307/96, a fim de adaptar a realidade processual brasileira à experiência mundial e fortalecer o instituto no país, tendo em vista o indicativo da necessidade de soluções extrajudiciais, assim, privatizando a justiça ou até o próprio acesso à justiça (BARROSO, 2006).

A arbitragem pode ser definida de acordo com os ensinamentos de Luiz Antonio Scavone Junior (2018, p. 18) como “o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo e prolatada pelo árbitro (juiz de fato e de direito)”, além disso, é recomendado que o árbitro tenha conhecimentos jurídicos sobre a matéria controvertida, entretanto, não há restrição para ser árbitro, podendo ser exercido por qualquer pessoa que possua confiança das partes, sendo a única exigência de que seja em quantidade ímpar.

Ainda nesse diapasão, a arbitragem, portanto, pode ser vista como a forma de alternativa de solução de conflito que melhor ratifica esse caráter privatista que cada mais é incidente no Direito Processual Civil, haja

vista que a Lei de Arbitragem permitiu aos conflitantes atribuir a solução a um árbitro, no qual sua decisão terá força de sentença, ou seja, sem necessidade de posterior homologação do Poder Judiciário; e não há inconstitucionalidade, nem ofensa ao princípio da jurisdição (GONÇALVES, 2020, p. 123), conforme decidiu o STF no Agravo Regimental nº 5206, cujo o relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence. Entretanto, o Professor José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 17), na década de 90, ao abordar os meios alternativos de solução de litígios – terceiro tema relacionado ao termo “privatização”, uma vez que, como já abordado no tópico anterior havia três contextos em voga na época de seus estudos –, afirma que, na verdade, os árbitros ficariam equiparados aos jurados (funcionários públicos para fins penais), desse modo, seria o caso, mais uma vez, de publicização da função exercida pelo particular, e não privatização.

Dessa forma, apesar de não ser unânime esta posição, fica evidente a influência da autonomia privada nos meios alternativos de solução de conflito, especialmente na arbitragem, haja vista que sendo ela pública ou privada, ocorre na esfera extrajudicial. Como reforça Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 163) o maior perigo que há em consideração ao longo dessa discussão, no que se refere ao acesso à justiça, é “o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório”. Assim, os meios alternativos de solução de controvérsias foram criados para tentar amenizar a “crise” no Poder Judiciário diante da superlotação presente, ou seja, em decorrência do alto número de processos e poucos funcionários para resolverem as demandas, o que propiciou o sistema judiciário brasileiro ser considerado como um sistema moroso, e em nome do princípio da razoável duração do processo, disposto na Carta Magna no art. 5º, inciso LXXVIII e reforçado no *caput* do art. 4º do NCPC.

No entanto, foi criado um “sincretismo jurídico” (BARROSO, 2006), no qual a prerrogativa da terceira onda do acesso à justiça, consoante ao que Cappelletti e Garth dispõem fica prejudicada, tendo em vista que se coloca como protagonista estas instâncias privadas de solução de controvérsia, em detrimento da valorização do acesso à justiça, justo e imparcial, ou seja, há uma minimização e exteriorização deste problema da superlotação que atinge o sistema judiciário. É indubitável que os meios

alternativos de solução de conflito tiveram suas benesses, por exemplo, o baixo custo e celeridade processual, entretanto, não foram suficientes, pois como salienta o relatório “Justiça em Números” (2016), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2015, o Poder Judiciário terminou o ano com quase 74 milhões de processos em tramitação, a serem analisados por 17.338 magistrados e outros 434.159 profissionais (dentre servidores e auxiliares), dessa forma, o judiciário ainda continua amarrado de processo os quais não se consegue dar a referida sentença de mérito. Assim, o jurista Sergio Torres Teixeira afirma:

[...] Somente com a eficiência do modelo de processo jurisdicional será possível proporcionar a eficácia da ordem jurídica, garantindo a todos a inserção em um ordenamento jurídico justo, cujas normas estipulam medidas que promovem a vida harmoniosa na comunidade e asseguram a efetivação dos direitos. Seja pela observância espontânea das regras materiais, seja pela força coercitiva do Estado-Juiz, quando devidamente provocado mediante a propositura de uma ação judicial (TEIXEIRA, 2004, p. 13).

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A doutrina brasileira, como já retratada, tem seguido uma linha de pensamento de modo a valorizar a privatização do processo civil, porém, além dessa tendência, o legislador, com o Código de Processo Civil de 2015, trouxe um maior prestígio e possibilidade de flexibilização do procedimento.

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, havia uma discussão sobre a possibilidade de se realizar negócios jurídicos processuais. Diante do silêncio da doutrina no que tange a autonomia das partes dentro do processo destacam-se dois autores: primeiramente trata-se, novamente, de José Barbosa Moreira, no qual ele conceitua que “convenções processuais são atos constituídos por duas declarações de vontade com conteúdo igual. Desta forma, não são contratos, de acordo com a concepção de que estes são formados por declarações de vontades diversas, mas correspondentes” (PONTE; ROMÃO *apud* MOREIRA, 1984, p.

87-98), e, secundamente, o Professor Leonardo Greco (2008) que defende a possibilidade de as partes convergirem sobre negócios jurídicos, haja vista que são atos bilaterais, com possibilidade de feitos no curso do processo ou para que uma possível ação decorra deste negócio jurídico.

Nesse sentido, duas posições antagônicas surgiram a respeito da possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, ou seja, aqueles que entendiam como possível a utilização desse mecanismo e, do outro lado, aqueles que rechaçavam esta ideia (CHALOUB, 2017, p. 163). Dentre aqueles que negam esta possibilidade, podemos citar Alexandre Câmara (2014), o qual defendia que a existência de negócios processuais não poderia ser aceita, haja vista que os atos de vontade realizados pelas partes produzem, no processo, apenas os efeitos previstos por lei. Neste seguimento há, ainda, Cândido Rangel Dinamarco (2003) –, pois para ter eficácia os efeitos dos atos processuais deveriam ser ditados por lei, portanto, os atos praticados pelas partes não possuiriam efeito de autocomposição – e, por último, Humberto Theodoro Júnior (2014) defendendo que, para que não ocorram atos que constituem má-fé, ao juiz fica o encargo de validar os negócios jurídicos processuais.

Esta discussão apenas se cessou com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, uma vez que trouxe expressamente, no *caput* do artigo 190, a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, assim, as partes podem fixar inclusive o objeto no qual o magistrado vai se debruçar, eleger juízo para julgamento, estabelecer a não distribuição de recursos etc, atos estes que podem ser praticados antes ou durante o processo, e que, de certa forma, subvertem a marcha do direito processual, dentro do princípio da legalidade, o foco central é tornar o processo mais efetivo e fazer com que o juiz entregue decisões que sejam melhores recebidas pelos jurisdicionados que a postulam. Assim, além de pôr fim à discussão, o Novo Código de Processo Civil ampliou o rol de negócios jurídicos processuais típicos e estabeleceu a possibilidade de se estabelecer negócios jurídicos atípicos, “inserindo-o no contexto das ideias e cooperação e de autonomia que permeiam todo o novo Código e que devem ser empregadas para o resultado eficaz seja alcançado em tempo razoável” (CHALOUB, 2017, p. 164).

Desse modo, a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos pode ser entendida como uma das principais formas de

flexibilização do procedimento que aconteceu com o processo civil. Conjuntamente, também proveniente dessa flexibilização, há o artigo 139, inciso VI, do CPC/15, uma cláusula aberta direcionada aos magistrados, sempre respeitando a razoabilidade e o devido processo legal, como uma tentativa de despir as relações processuais de amarras clássicas de Direito Público, ou seja, é reconhecido ao juiz o poder de dilatar prazos processuais quando os fixados em lei não se mostram adequados às características do caso concreto e o magistrado poderá subverter a ordem dos atos probatórios (CÂMARA, 2018).

A esse respeito, o Professor Fernando de Fonseca Gajardoni (2007), em sua tese de doutorado, afirmou que, desde que esteja presente o elemento da finalidade, contraditório útil e motivação, o magistrado poderia subverter a ordem do processamento do procedimento comum. Segundo Gajardoni (2007), ao que se refere o primeiro elemento, designado como finalidade, seria no sentido de que o juiz vai verificar, no caso concreto, a idoneidade a exigência formal e, por conseguinte, irá desprezá-la caso não haja lógica para tal imposição, por exemplo, seria o que acontece na inversão da ordem de produção de provas previsto no art. 452 do CPC/15. Em relação ao contraditório útil se faz referência à oportunidade de participação que as partes devem ter no processo, e esta participação deve influir na decisão proferida, de tal forma que a parte possa “participar-influindo”. Já, o último requisito da motivação faz jus à necessidade de o juiz fundamentar a decisão, a fim de conferir “a imparcialidade do juiz, a correção e justiça dos próprios procedimentos e decisões nele proferidas”. Sendo assim, Marcelo Dias Ponte e Pablo Freire Romão realizam um apontamento sobre esta flexibilização:

A adoção da flexibilização procedimental não implica na supressão do formalismo, imprescindível para se evitar a anarquia e agraciar previsibilidade à continuidade dos atos processuais; e sim na materialização de uma ampla racionalidade ao processo, atribuindo-lhe máxima eficiência ao alcance de suas finalidades, mediante a aplicação do que Gajardoni conceituou como “princípio da adaptabilidade”, investindo a maior efetividade possível ao direito processual no exercício de sua função de realização do direito material e de outorga de justiça (PONTE; ROMÃO, 2015, p. 12).

Ao que concerne o entendimento de Gajardoni há de ser feita uma ponderação, pois essa possibilidade de o magistrado subverter a ordem do processamento do procedimento comum pode ensejar que as partes sejam surpreendidas – vide o princípio da vedação à decisão surpresa prevista no *caput* do art. 10 do CPC/15– sob pena gerar invalidade do ato.

Assim, como destaca Fredie Didier (2015, p. 78), “democracia é participação, e participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”, desse modo, a adoção da flexibilização procedimental, com o advento do neoprocessualismo, acarretou em uma maior participação, bem como ampliou os poderes do juiz, todavia, esta flexibilização não pode, de modo algum, ocasionar agressões à segurança jurídica do processo litigioso, esta cuja oferece proteção à coisa julgada, e um dos subprincípios básicos do Estado de Direito.

4. CONCLUSÕES

Conforme vimos neste artigo, o estudo no que tange à privatização e à flexibilização do processo civil ainda se mostra pouco aprofundado, assim, a doutrina brasileira ainda não se submersa com detalhamento quanto a estas ondas privatistas e de flexibilização que cada vez mais se incide no Direito Processual Civil. Nesse sentido, a respeito da privatização do processo civil, apesar de autores clássicos negarem esta posição, uma vez que, para estes, conforme já visto, na verdade, seria uma publicização do processo civil, a doutrina mais recente tem afirmado e valorizado este fenômeno, entretanto, com algumas ressalvas, como a de que não desconsidere os reais compromissos da jurisdição. Tradicionalmente, o Direito Processual Civil é denominado como parte do Direito Público, mas de qualquer maneira, não há como mais renegar as influências da autonomia privada, de tal forma que se torna obsoleta esta classificação diante do ponto de vista moderno de enfrentamento da ciência processual.

Por outro lado, ao que se refere à flexibilização do Direito Processual Civil, com o Código Processual Civil de 2015, se tornou inegável a possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos, já que houve previsão expressa, e esta talvez seja o maior reflexo dessa flexibilidade que atingiu o processo civil, assim como trouxe ao ordenamento jurídico abrangentes poderes aos magistrados.

A flexibilidade no procedimento e as características de privatização que imergiram sobre o processo civil surgiram com o intuito de propagar a efetiva prestação da tutela jurisdicional, tão almejada pelos litigantes, todavia, trouxe riscos à segurança jurídica e ao acesso à justiça justo e amplo. Portanto, deve haver certa cautela quanto a estes novos institutos, pois, em hipótese alguma, podem trazer insegurança jurídica às partes, ou seja, aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. v1. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARROSO, Fábio Túlio. Mediação e arbitragem como instrumentos para a privatização da jurisdição. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/mediacao-e-arbitragem-como-instrumentos-para-a-privatizacao-da-jurisdicao/>>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 out. de 1988.
- _____. Lei nº 5896, de 16 jan. de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, jan. 1973.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar. 2015.
- _____. 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**. Brasília, DF, jun. 2015

- BRYANT, Garth; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. São Paulo: SafE, 1998.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. 2. ed. Salvador: JUSPODVM, 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. Novo CPC ampliou sobremaneira os poderes do juiz. Termo In: **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-23/alexandre-freitas-camara-cpc-ampliou-poderesjuiz#:~:text=O%20inciso%20VI%20do%20artigo,efetividade%20%20C3%A0%20tutela%20do%20direito%E2%80%9D.&text=A1%20o%20juiz%20inver%20ter%20a%20ordem%20dos%20atos%20probat%C3%B3rios>>. Acesso em: 10 out. 2020.
- CHALOUB, Luísa Monteiro. **O Negócio Jurídico Processual na Execução**. Rio de Janeiro: Revista EMERJ. v. 19. n.4. setembro/dezembro 2017. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_161.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**, v. 1, 2016.
- DIDIER, Fredie Junior. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. v. 1. Salvador: JUSPODVM, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em material processual)**. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO, Leonardo. **Os Atos de Disposição Processual: primeiras reflexões**. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 1.ed, 2007.

_____. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Os poderes do Juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JARDIM, Afrânio Silva. Nefasta Tendência à Privatização do Processo Civil e do Processo Penal. Termo In: **Empório do Direito**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/nefasta-tendencia-a-privatizacao-do-processo-civil-e-do-processo-penal-por-afranio-silva-jardim-1508434056>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. **Convenções das partes sobre a Matéria Processual – terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Privatização do processo? **Revista EMERJ**, v. 1, n. 3, 1998. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista03/revista03_13.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. **Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento: As Influências da Autonomia Privada no Paradigma Publicista do Direito Processual Civil**. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. 16. Periódico Semestral de Pós- Graduação da UERJ. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19968>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo de instrumento: 5206**. Relator: Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 12/12/2001, tribunal pleno, data de publicação: DJ 30-04-2004.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Inovações estruturais na concretização da tutela jurisdicional: novos contornos da sentença mandamental em face das últimas etapas da reforma processual.** Recife: Revistada AMATRA VI, ano VIII, n. 20, jul. 2004.

THEODORO, Humberto Junior. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de conhecimento.** 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ARTIGOS - JUSTIÇA E SOCIEDADE

AS DIMENSÕES DA JUSTIÇA AMBIENTAL NA CONSERVAÇÃO DA ÁGUA A PARTIR DO CASO DE POLUIÇÃO DA BACIA DO RIO SUBAÉ

Felipe da Silva Lopes

William Daniel Brasil David

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza

INTRODUÇÃO

O que você faria ao ver alguém clamando por auxílio? E se a sua ajuda fosse a única maneira de manter essa pessoa viva? Agora, multiplique esse questionamento por bilhões de indivíduos: pense na sua resposta e na resposta de todas as outras pessoas... Então, o resultado seria: a ajuda ou a negação?

Modifique os questionamentos feitos anteriormente: no lugar de uma pessoa implorando por ajuda, coloque a água, o maior bem ambiental de todos, sinônimo de perpetuação da vida. Ela tem gritado: “socorro”! Mas, o que aconteceu? Qual foi o resultado do seu clamor? Infelizmente, constatamos a poluição desordenada e predatória do elemento hídrico, com profundas consequências ecossistêmicas, o que afeta todas as formas de vida.

Diante do cenário exposto, parte-se para a delimitação teórica e temática desta pesquisa. Esta se dá por intermédio da seguinte pergunta-problema, a ser respondida nas considerações finais: como as dimensões

da justiça ambiental auxiliam na conservação da água a partir do caso de poluição da Bacia do Rio Subaé?

Para responder a essa pergunta-problema, foi delineado o seguinte objetivo geral: apontar como a justiça ambiental pode ser concretizada na conservação da água. Para tal, utilizaremos como objeto de reflexão a situação de poluição da Bacia do Rio Subaé. Para tanto, três objetivos específicos serão alicerçados: debater sobre a água como sujeito de direito; definir as dimensões da justiça ambiental; e relatar como a justiça ambiental pode ser efetivada quanto a conservação da água por meio do estudo de caso da poluição da Bacia do Rio Subaé.

A justificativa, a importância e a relevância desta pesquisa – por ora minutada no formato de artigo – englobam a concretização da proteção constitucional dos bens ambientais (aqui, com enfoque na água), tanto sob uma ótica de conservação quanto sob uma ótica de manejo. Além disso, vislumbra-se os desafios que a humanidade terá de enfrentar no século XXI quanto a questão da manutenção do equilíbrio ecológico, com o auxílio da sustentabilidade e da justiça ambiental – especialmente no que tange ao manejo das águas. Nesse sentido, o caso de poluição da Bacia do Rio Subaé nos chamou atenção pelo fato desse recurso hídrico, ao longo de seu trajeto, ser extremamente necessário para a preservação da vida. Entretanto, ele ainda está poluído por metais pesados e outros resíduos, impedindo a perpetuação vital de suas águas.

Assim, para corresponder aos intuitos propostos, a metodologia desta pesquisa será indutiva. Quanto à abordagem, será qualitativa. Quanto à natureza, será aplicada. Quanto ao ponto de vista de seus objetivos, será exploratório, descritivo e explicativo. Quanto ao procedimento técnico, será bibliográfico e documental, com estudo de caso. Quanto ao modelo de análise, será transversal. Por fim, a pesquisa desenvolvida terá um cunho mais analítico, com base nas referências selecionadas, não pretendendo ser exauriente, mas instigadora de mais debates sobre a temática delimitada.

1. A POLUIÇÃO DA BACIA DO RIO SUBAÉ

A Bacia do Rio Subaé dispõe de uma superfície de 651 quilômetros quadrados, com as suas duas principais nascentes localizadas no município de Feira de Santana e a foz na Baía de Todos os Santos. A sua zona estua-

rina envolve os municípios de Santo Amaro e São Francisco do Conde, e a sua abrangência parcial abarca o território dos seguintes municípios: Amélia Rodrigues, Conceição do Jacuípe, Feira de Santana, Santo Amaro, São Francisco do Conde, São Gonçalo dos Campos e São Sebastião do Passé (CUNHA; VIGLIO, 2015).

Essa Bacia possui, ao longo da região onde flui, um clima tropical chuvoso, com curta estação seca e isotermas anuais numa variação de 24 e 25 °C (Graus Celsius), além de um índice pluviométrico bastante elevado: 1.000 mm (milímetros) por ano na parte superior, e 1.800 mm por ano na parte inferior, marcados por um período chuvoso entre os meses de abril e julho (GOVERNO do Estado da Bahia, 1995).

A Bacia do Rio Subaé está estabelecida na região do Recôncavo Norte, no Estado da Bahia, com inserção na Região Hidrográfica Nacional Atlântico Leste, entre as seguintes coordenadas retangulares: UTM (Universal Transversa de Mercator) 8.644.940,0161, 8.603.531,239 N (Norte) e 541.502,1928 e 501.685,8892 E (Leste), com Meridiano Central UTM 24 em consideração do Datum WGS (World Geodetic System) 1984, tendo como principal origem hidrográfica a Lagoa do Subaé, no município de Feira de Santana, com uma extensão de 55 km (quilômetros) (MOTTA; GLOAGUEN; SANTOS; FERREIRA; MOTTA, 2017).

Quanto a sua vegetação, a Bacia do Rio Subaé apresenta a Mata Atlântica, em região altamente antropizada – nos dias atuais, em apenas 5% da sua área. No restante do território, há pastagens e culturas diversas (por exemplo, de cana-de-açúcar e de bambu), ainda com faixas de manguezais na foz do Rio Subaé até as proximidades do município de Santo Amaro, na Bahia (SANTOS; JESUS; NOLASCO, 2014). Entretanto, por estar localizada em uma área estratégica e abundante em recursos naturais, a Bacia do Rio Subaé foi – e ainda é – objeto de cobiça para exploração das mais diversas atividades antrópicas. Embora muitas relações ecológicas e humanas ocorram ao longo de seu curso, destacam-se as atividades industriais como aquelas que mais degradaram com o seu equilíbrio natural.

Por conseguinte, “a Bacia do Rio Subaé (BRS) apresenta sérios impactos ambientais nos seus principais cursos d’água, decorrentes do despejo de efluentes domésticos e industriais, atividades agropecuária e extrativista desde as suas nascentes em Feira de Santana-BA à sua foz na Baía de Todos os Santos” (SANTOS; JESUS; NOLASCO, 2014, p. 68).

Em meados de 1960 e 1970, ocorreu a instalação de uma empresa do ramo industrial no Município de Santo Amaro da Purificação, denominada Companhia Brasileira de Chumbo (COBRAC), subsidiária da empresa multinacional Penarroya. A COBRAC foi posteriormente renomeada como empresa Plumbum Mineração e Metalurgia Ltda. (vinculada ainda ao complexo multinacional Penarroya), com fábrica localizada, formando um complexo minero-metalúrgico destinado à produção de ligas de chumbo, na parte Nordeste da zona urbana do município, a 500 metros de um dos afluentes da Bacia do Rio Subaé – mais especificamente, a 300 metros do Rio Subaé e a 10 km da sua foz na Baía de Todos os Santos. O encerramento das atividades da Plumbum Mineração e Metalurgia Ltda. ocorreu em 1993 (ANJOS, 2003).

A produção das ligas de chumbo, no âmbito da COBRAC (no começo) e da Plumbum Mineração e Metalurgia Ltda. (mais tarde), resultava na geração de um subproduto denominado “escória”: trata-se de uma parte residual da produção de chumbo metálico, proveniente da remoção da massa metálica fundida e descartada, geralmente despejada de forma inadequada no entorno da fábrica. Apenas para ter noção da toxicidade da escória, destaca-se que esse subproduto possuía alta concentração de chumbo, antimônio, zinco e impurezas metálicas (SOBRAL; OLIVEIRA; SOUZA; SILVA; BRAGA, 2012).

Desde o começo de seu funcionamento, a COBRAC foi alvo de reclamações e de denúncias por parte dos agropecuaristas da região, devido à morte de animais na área. Em virtude disso, os fazendeiros custearam estudos de natureza técnica-ambiental em que ficaram constatadas as responsabilidades da empresa de mineração (produtora de ligas de chumbo) pela contaminação do solo, do ar, das águas e dos animais – principalmente o gado criado nas terras localizadas nas proximidades da indústria. Em consequência, foi pedido o fechamento da fábrica, o que teria sido indeferido por ora. Contudo, a licença ambiental para ampliação da planta de produção da COBRAC foi negada (GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, 1977).

Como exemplo dos impactos ambientais causados na vida aquática dos moluscos que habitavam o Rio Subaé (animais atrelados ao nosso habitat em questão), destaca-se esta parte do parecer técnico: “o teor de cádmio encontrado nos moluscos foi tal que, o consumo de uma ostra de

cinco gramas já poderia ultrapassar o limite recomendado para ingestão semanal de cádmio, dado pelo FAO/WHO, que é de 500 microgramas (valor máximo)” (GOVERNO do Estado da Bahia, 1977, p. 56).

Os alimentos vegetais cultivados nas adjacências da empresa COBRAC/Plumbum Mineração e Metalurgia Ltda. possuíam altas concentrações de chumbo e cádmio, sendo que as mais elevadas concentrações de metais pesados foram constatadas nas amostras de hortelã e de alface. Dessa maneira, uma dieta à base dos vegetais provenientes dessa região era potencialmente perigosa e mortal (PETERSEN, 1982). Assim, reconhece-se que a empresa Plumbum Mineração e Metalurgia Ltda. produziu e depositou aleatoriamente 490 mil toneladas de escória com teor elevado de metais (principalmente, cádmio, zinco e chumbo, entre outros) na área do pátio da fundição de sua planta industrial, além de fazer a emissão atmosférica de poluentes e a contaminação decorrente do transbordo da bacia de rejeitos (PEIXOTO, 2013). Logo, na área do município de Santo Amaro da Purificação, as atividades industriais dessa empresa foram demasiadamente prejudiciais porque provocaram a contaminação do principal rio da Bacia do Rio Subaé, o Rio Subaé, por metais pesados (a saber, chumbo e cádmio), bem como por material particulado expelidos pelas chaminés com altos níveis de concentração de metais tóxicos (SILVA JÚNIOR, 2014).

O agravante é que, infelizmente, mesmo após duas décadas do encerramento das atividades industriais da Plumbum, o Rio Subaé, que é local de práticas pesqueiras e marisqueiras, até hoje apresenta biodisponibilidade de metais tóxicos em seu fluxo e na vida aquática que ali habita. Portanto, os peixes e os mariscos estão contaminados e, por tabela, quem os consome em sua dieta vai se envenenando aos poucos, por causa das concentrações de metais pesados (SILVA JÚNIOR, 2014).

Além disso, no Centro Industrial do Subaé (CIS), no município de Feira de Santana e adjacências, existem indústrias de diversos ramos (química, metalúrgica, de papel, de eletrodomésticos, alimentícia, têxtil, dentre outras) que, de certa forma, acabam contribuindo para a contaminação do Rio Subaé (AMBIOS Engenharia e Processos Ltda., 2003) graças à produção e ao manejo de resíduos e substâncias químicas, pois despejam seus efluentes nas águas integrantes desse rio.

Os metais pesados são contaminantes do meio ambiente com características de estabilidade e persistência, além de degradabilidade nula. Ao serem despejados em ambiente aquático, encontram o local ideal para reagir quimicamente: dispersar-se, mobilizar-se e depositar-se em sedimentos, constituindo um perigo potencial pelas características de biodisponibilidade que podem adquirir (SIEGEL, 2002).

Desse modo, os aspectos físicos da bacia hidrográfica em foco foram extremamente afetados pela atividade antrópica, uma vez que, ao realizar intervenções no meio ambiente para viabilizar determinadas atividades econômicas, o ser humano interferiu nos processos do ciclo hidrológico. Isso impactou de forma negativa o ambiente – ainda mais por razão do despejo de efluentes domésticos e industriais diretamente nos cursos d'água –, comprometendo o equilíbrio ambiental e afetando toda a forma de vida existente na bacia (TONELLO, 2005).

Considerando todo o impacto ambiental negativo descrito até aqui, faz-se necessário pensar a forma como encaramos a água e o fluxo de vida durante o seu curso, reconhecendo-a como o mais importante bem ambiental na conservação de todos os reinos biológicos. Por isso, o olhar humano precisa ser revisitado. Para tal, compreender a água como sujeito de direito é fundamental.

2. A ÁGUA COMO SUJEITO DE DIREITO

A forma como o ser humano encara aquilo que o cerca perpassa pela maneira como fomos educados e direcionados para agir. Nesse sentido, o entendimento quanto ao meio ambiente e seus bens ambientais, nos dias atuais, ainda é fruto de uma visão antropocêntrica de mundo, em que o homem seria o centro de tudo (como o sol no Sistema Solar) e todos os elementos ao redor existiriam apenas para girar em torno dele e garantir-lhe algum proveito. Entretanto, com o amadurecimento da humanidade e o reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico a ser tutelado, o antropocentrismo paulatinamente vai sendo abandonado. O ecocentrismo, o biocentrismo e a sustentabilidade passam a ser os referenciais para o equilíbrio da relação humana com tudo que há ao seu redor.

O paradigma da sustentabilidade possui um perfil pluridimensional, com a reunião de elementos que protegem tanto a pessoa humana quanto

o meio ambiente. Assim, constata-se que a sustentabilidade é uma alternativa apta para a atual sociedade complexa, plural, de risco, transnacional e tecnológica (CRUZ; SALLES, 2018).

É preciso, porém, ter cuidado com o emprego do vocábulo “sustentabilidade” para que ele não seja utilizado de forma inadequada e descontextualizada. Afinal, embora exista uma busca por posturas mais sustentáveis, o que é positivo, o mero uso discursivo dessa palavra pode não indicar qualquer mudança significativa no relacionamento entre a humanidade e a natureza, mas ser meramente empregado como uma justificativa para as ações praticadas, mesmo que ambientalmente degradantes (SILVA, 2014).

De um ponto de vista mais ecocêntrico e sustentável, a água, por não possuir forma fixa, assume todas as formações, tendo uma capacidade ímpar de infiltrar-se em todos os espaços, revestindo todas as superfícies e preenchendo todos os côncavos. Tradicionalmente, o ser e o vazio engendram-se; a água, por ser a portadora do ser, preenche os espaços vazios ao servir a todos – sem diferenças (CATALÃO, 2006).

Essa visão mais ecocêntrica, pautada numa ética ambiental, ocorre a partir da retificação do pensamento antropocêntrico sobre a natureza, em que novos direitos são reconhecidos para novos sujeitos (no caso do estudo deste artigo, a água). É necessário o estabelecimento de direitos para a natureza e seus elementos integrantes por conta da relevância deles para a humanidade e por seus valores intrínsecos. Nesse caminhar, a ética ambiental terá de fornecer elementos para o equilíbrio das tensões entre o ser humano e a natureza com aspectos de sustentabilidade (LEYTON, 2008).

O sujeito de direito pode ser considerado como “[...] aquele a quem a lei – em sentido amplo – atribui direitos e obrigações, aquele cujo comportamento se pretende regular” (CANTISANO, 2010, p. 132). Este começa a ser estruturado pela modelagem jurídico-discursiva legada pela Modernidade, pois aquilo que não é identificado como sujeito de direito torna-se alvo da relação de poder político e é transformado em objeto de saberes científicos normalizadores. Em consequência, a superação de paradigmas antigos faz-se necessária para que possamos formar o caminho de um Direito novo e antidisciplinar (MALCHER; DELUCHEY, 2018), fator essencial para a atribuição da categoria de sujeito de direito para outros seres e formas de vida – para além do ser humano plenamente capaz.

A água como sujeito de direito ganha uma dimensão socioambiental pautada pela racionalidade complexa, em que o meio ambiente e os bens ambientais não são entendidos como sinônimos de natureza intocada, mas como espaços de interações entre a cultura, a sociedade e a base biofísica dos processos vitais, onde os termos das relações modificam-se de forma dinâmica e mútua. Ou seja, o meio ambiente (e seus bens – inclusive, a água) são, na verdade, um local relacional, onde a presença humana, longe de ser vista como extemporânea, intrusa ou desagregadora, aparece como um dos componentes da teia de relações da vida social, natural e cultural, em interação constante (CARVALHO, 2012).

“A água é bem essencial para o desenvolvimento da vida no planeta, sendo utilizada nas mais diversas atividades humanas. É também um bem escasso e, como tal, oportuniza a racionalização dos seus usos” (POMPEU; BERNARDO, 2018, p. 28). “A água é fundamental para manutenção da vida, humana e do próprio ambiente, e as lutas travadas para sua garantia, inicialmente, centravam-se contra governos locais” (SOLDATI; SOUZA; PASOLD, 2018, p. 45). “De outro lado, é relevante enfatizar que a água se relaciona diretamente com a produção de bens, exercício de atividades profissionais, despertando forças políticas e de mercado que acabam por sobrepor-se à vitalidade da água para os seres vivos” (SOLDATI; SOUZA; PASOLD, 2018, p. 46).

É válido salientar que, terminologicamente, “água” representa e simboliza o elemento natural, descomprometido de qualquer formato de utilização ou de uso. Já o emprego do vocábulo “recurso hídrico” indica os fins utilitários da água como bem econômico. Todavia, nem toda água presente no Planeta Terra é um recurso hídrico, uma vez que, por suas características constitutivas, o seu uso ou a sua utilização nem sempre comporta viabilidade econômica (ESPADA, 2018).

À vista disso, a água possui um valor inestimável: é inegável a sua indispensabilidade para a produção dos bens de consumo, além dela ser considerada um recurso estratégico, bem como um fator determinante, para o desenvolvimento e para a manutenção dos ciclos geológicos, biológicos e químicos – garantidores do equilíbrio ecossistêmico (FREITAS, 2007).

Como sujeito de direito, a água precisa ser encarada como algo imprescindível para o bem comum da humanidade, devendo estar acima de subversões políticas e econômicas cegas pela ambição, com a finalidade de

transmutar o liame entre a sociedade, o ser humano e a natureza, em consideração ao conjunto de princípios integradores de probidade e proteção da dignidade da pessoa humana (BARBOSA; OLIVEIRA, 2019) e de todas as outras formas de vida.

O reconhecimento da água como sujeito de direito é um aspecto integrante da composição da cidadania moderna porque novas demandas estão vindo à tona nas sociedades contemporâneas e precisam de pronto atendimento. Sendo assim, a cidadania é o elo formador de uma sociedade plural em que diferenças e questões de toda ordem precisam ser discutidas e respeitadas (SOUZA, 2020) – por isso, o reconhecimento da água como sujeito de direito também é uma questão de cidadania.

Conceber a água como sujeito de direito revela-se como uma necessidade vital diante dos casos de escassez ou de má utilização, como o que ocorreu com a Bacia do Rio Subaé pela ação da COBRAC/Plumbum e de outras fontes poluidoras – citado anteriormente. Medidas precisam ser tomadas na região de sua ocorrência para recuperar o que foi perdido (a vida por intermédio da água) e para viabilizar instrumentos de justiça ambiental capazes de operacionalizar a sustentabilidade. Afinal, se reconhecermos a água como reconhecemos outro ser humano em estado de vulnerabilidade, vamos agir mais rápido para debelar os problemas obstadores da plenitude subjetiva. De fato, diante da poluição das águas, seremos mais capazes de cobrar o Poder Público e os poluidores pela viabilização de ações concretas para interromper a contaminação e restabelecer o equilíbrio ecológico, em perfeita harmonia, entre os integrantes do meio ambiente.

Após a primordial compreensão quanto a água como sujeito de direito, é necessário estabelecer o delimitar dimensionado da justiça ambiental para posterior reflexão acerca da concretização da conservação da água (no caso desta pesquisa, na Bacia do Rio Subaé), sendo estruturante a apresentação de alternativas viabilizadoras dessa justiça.

3. AS DIMENSÕES DA JUSTIÇA AMBIENTAL

A justiça ambiental se firma em uma concepção pós-moderna na qual existe a defesa de um meio ambiente justo para todos os seres humanos, independentemente de sua condição social, econômica ou religiosa. Nes-

se sentido, ela não está adstrita ao conjunto de produções normativas de um Estado Soberano, mas, sim, proclama uma noção de fraternidade entre os povos por reconhecer o caráter transfronteiriço do meio ambiente (LOPES, 2020).

A falta de justiça ambiental não está adstrita ao conteúdo econômico, mas ao ônus ambiental concentrado nas comunidades que o suportam, gerando um tautocronismo locacional entre determinados grupos e exposições a fontes poluentes. De forma contextual, a justiça ambiental engloba os aspectos relacionados à localização diferenciada das externalidades ambientais negativas entre os membros da sociedade, segundo critérios étnicos, raciais ou de classe, instigando o repensar do modelo de produção capitalista no tocante às ações predatórias que exaurem os recursos ambientais finitos e destroem a biodiversidade (MIRANDA, 2020), propondo alternativas sustentáveis.

Nessa acepção, a justiça ambiental implica no direito ao meio ambiente seguro, sadio e produtivo para todos, sendo que este é entendido na sua dimensão complexa multidimensionada (ecológica, física, construída, social, política, estética e econômica), abrangida pelo direito dos moradores de uma comunidade, por exemplo, de estarem livres de perigos ambientais decorrentes de ações físico-químicas de alguma atividade produtiva (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009).

A justiça ambiental, na sua forma originariamente constituída, notabiliza-se por um interesse material no meio ambiente como fonte de condição de subsistência humana. Em uma dimensão social exarada pela justiça social, há uma preocupação com uma desigual distribuição dos riscos ambientais no espaço social. Desse jeito, ao menos numa análise inicial, percebe-se a influência do antropocentrismo e a baixa preocupação com as violações intrínsecas dos bens ambientais no meio ambiente (RAMMÊ, 2012).

Nessa lógica, o desenvolvimento econômico e tecnológico vivenciado desde a Revolução Industrial impulsionou a transformação na qualidade de vida, com razoável sensação de comodidade e conforto, gerando tanto uma demanda exponencial por produtos e serviços quanto uma degradação ambiental, além de riscos de toda ordem. O padrão de consumo e de produção existente é incapaz de gerar alguma satisfação aos indivíduos sem gerar custos ambientais desproporcionais. Por causa disso, os

rios carregam em suas águas um alto teor de poluição que atravessa divisas e desemboca em mares e oceanos, circulando via corrente marítima e atingindo a humanidade sem discriminação de país, cor, sexo ou credo religioso (KONCIKOSKI; FLORES, 2012).

É pertinente explicitar que a justiça ambiental pode ser dividida, por suas dimensões, de forma tríplice: intrageracional, intergeracional e biosférica. Essas dimensões são divididas por aspectos didáticos para facilitar a cognoscência humana, mas, no campo da realidade, não há a separação das dimensões da justiça ambiental – somente a sua integração.

Na dimensão intrageracional, a justiça ambiental enfoca na questão da injusta distribuição do espaço ambiental, bem como do desequilíbrio ecológico que o atinge – sobremaneira, entre os seres humanos integrantes de gerações mais atuais que diferem das futuras (RAMMÊ, 2012). Por isso, busca-se um equilíbrio na partilha e no usufruto dos recursos naturais, pois a exploração de bens ambientais pode trazer benefícios para uns e malefícios para outros. Além disso, os custos do consumo ambiental raras vezes recaem em um mesmo ator ou sucedem em um mesmo lugar e ao mesmo tempo, sendo a repartição das vantagens e das desvantagens concentradas em grupos sociais diferentes, em lugares distintos e em momentos díspares (SACHS; SANTARIUS, 2007).

Na dimensão intergeracional – ainda na análise da tríplice perspectiva (redistribuição/reconhecimento/capacidades) em que a justiça ambiental é pautada nas relações entre os seres humanos vivos e as vindouras gerações –, ocorre a ampliação do círculo da comunidade numa escala temporal pautada no futuro da humanidade (RAMMÊ, 2012). Assim, as gerações atuais não podem ser consideradas proprietárias dos recursos naturais planetários: elas são fideicomissárias de uma herança a ser transmitida aos seus sucessores, de forma a viabilizar o seu desenvolvimento pleno (PERALTA, 2014).

A última e a mais importante dimensão da justiça ambiental é a biosférica. Nela, antes de uma justa distribuição ambiental, é preciso reconhecer os seres vivos não humanos e a natureza como sujeitos de justiça (RAMMÊ, 2012). Assim, tudo o que é vivo integra a biosfera. A vida não é a disseminação de pontos entre o aqui e o ali: trata-se da existência de um conjunto contínuo em que tudo está conectado na criação conjunta da fina envoltura vital ao redor do planeta (SACHS; SANTARIUS, 2007).

A constatação de que a utilização excessiva de recursos naturais pode levá-los ao fim, caso sejam explorados até um ponto de exaustão, fez com que o ser humano reconhecesse a necessidade de incorporar o meio ambiente em suas análises, de tal forma que os recursos ambientais sejam geridos de maneira sustentável, possibilitando o desenvolvimento com o progresso social (BARROS; AMIN, 2008). Por isso, no processo de operacionalização da justiça ambiental, é fundamental o estabelecimento de uma governança que promova o envolvimento geral da sociedade, para disseminar conhecimentos aplicados à identificação, à avaliação, à gestão e à comunicação dos riscos, pois, diante de situações produtoras de sinistros substanciais, todas e todos precisam adotar ações de mitigação dos impactos (DAVID; SIQUEIRA; PAES-DE-SOUZA; RODRIGUEZ; COSTA; SILVA, 2021).

Portanto, delimitadas as dimensões da justiça ambiental, é imprescindível o agir para a sua promoção e a sua ocorrência a partir da concretização da conservação do objeto de estudo deste artigo – a água. No próximo item, determinamos a concretização da justiça ambiental na conservação da água por traçarmos soluções para a despoluição da Bacia do Rio Subaé.

4. A CONCRETIZAÇÃO DA CONSERVAÇÃO DA ÁGUA NA BACIA DO RIO SUBAÉ

Conservação, aqui, envolve “preservar amostras representativas da biodiversidade, seus processos e padrões” (TRAJANO, 2010, p. 136), como também engloba o uso adequado e criterioso dos recursos ambientais para o bem da humanidade – esta deve estar sempre atenta à sustentabilidade do planeta, diante da finitude dos recursos, preservando áreas e bens ambientais para a perpetuação da humanidade e das outras formas de vida (BRITO; BRITO; SOUZA, 2015).

A sustentabilidade auxilia a elaborar um balanço entre o meio ambiente e a parte social, econômica, tecnológica e ética, na construção de um novo projeto de civilização em que as questões econômicas estejam subordinadas à necessidade de recuperação e de manutenção desse meio (GARCIA; GARCIA, 2020).

A concretização da conservação da água envolve a tomada de decisões e o agir para solucionar os problemas relacionados ao impacto ambiental

negativo, alinhando sempre a teoria com as práticas mais eficientes e efetivas. O emprego do vocábulo “concretização” é apropriado porque inibe a desorientação imaginária (excessivamente abstrata) e pauta ideias mais concretas, sólidas. Desse modo, a concretização da conservação da água é instrumentalizada pelas ações de despoluição. Nos próximos parágrafos, indicaremos algumas soluções de despoluição que podem ser empregadas na Bacia do Rio Subaé – caso aqui analisado.

É realizado, por estudo anual, o mapeamento da água, do seu estado de sanitização e de poluição para o desenvolvimento de políticas de saneamento (tanto básico quanto ambiental, dentre outros) pela Agência Nacional de Águas (ANA). Este é publicizado no *Atlas esgotos* (2017) e segue os seguintes princípios: caracterização da situação do esgotamento dos municípios (no caso examinado neste artigo, os municípios integrantes da região em que a Bacia do Rio Subaé está localizada); ampliação do conhecimento e da informação sobre o tratamento de cloacas, latrinas e esgotos (para operacionalização da redução de impactos na saúde pública); criação de soluções de melhoramento sustentável da qualidade do elemento hídrico; qualificação operacional de soluções de saneamento (para viabilização de alternativas para posterior investimento); e planejamento da gestão dos recursos hídricos e da política de saneamento, mediante parcerias intergovernamentais (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2017).

Na estruturação de estratégias de controle de poluição da água, o planejamento urbano como instrumento geral para gestão do meio ambiente (com atenção para as condições ambientais das áreas mapeadas, por parte da Administração Pública, para o desenvolvimento de atividades despoluidoras e para a diminuição da degradação ambiental) é indispensável à consideração quanto a configuração da bacia hidrográfica como um todo para a execução das atividades, pois é comum existirem diferentes níveis de poluição ao longo da região (WIECHETECK; VUITIK, 2010).

Uma outra medida de despoluição da água é o controle de sua qualidade mediante ações nos pontos de lançamento irregular de resíduos, além da autuação dos infratores que permanecerem praticando o despejo de efluentes de forma ilegítima, para imediata cessão dos focos de poluição (WIECHETECK; VUITIK, 2010).

De forma geral, os programas de despoluição precisam ser estruturados e as seguintes etapas devem ser utilizadas nas suas fases de elaboração

e de execução: verificação do lançamento dos efluentes; análise qualitativa dos efluentes lançados nos corpos hídricos; e estruturação de um sistema de gerenciamento dos resíduos (WIECHETECK; VUITIK, 2010).

Soma-se também o estabelecimento de políticas de controle direto da poluição por parte das empresas e dos conglomerados instalados na área impactada, culminando na utilização de equipamentos e técnicas de despoluição fixadas em normas de procedimento, de qualidade ambiental, de emissão fixas de quantidades máximas de resíduos e de substâncias poluentes (FAUCHEUX; NOEL, 1995).

Para além, são cruciais a verificação e o estudo regional para definir o melhor instrumento econômico para financiar ações de despoluição e de gestão ambiental da Bacia do Rio Subaé, dentre as seguintes: cobrança de taxa específica por uso de um volume alto da água da bacia hidrográfica (para a indução do uso racional do recurso hídrico); tarifa de esgoto industrial lastreada no conteúdo dos poluentes produzidos pelo agente (para a recuperação de custos de estabelecimento e a manutenção de estações de tratamento de esgoto); compensação financeira pela exploração do recurso hídrico; e compensação fiscal por área de preservação (SILVA, 2007). A compensação financeira dos recursos hídricos tem potencial para tornar-se um mecanismo inibidor da produção desordenada das externalidades negativas, se mostrando como uma atividade proporcionadora do equilíbrio equitativo do meio ambiente (SANTOS; SILVA, 2020).

Os instrumentos de gestão pública ambiental dos entes federados precisam ser aprimorados para possibilitar a execução, o acompanhamento e a avaliação das políticas públicas em matéria ambiental, para assim minimizar os impactos negativos das ações antrópicas que possam afetar mal os bens ambientais, como as águas (SANTOS; SILVA, 2020).

A fiscalização por parte do Poder Público é sempre necessária, preferencialmente em períodos trimestrais para atividades (produtoras de efluentes) que possam, de certa forma, impactar na qualidade hídrica, realizando, dessa maneira, a detecção de eventual dano ambiental, bem como o planejamento/execução junto ao agente poluidor da técnica de despoluição e normalização a ser utilizada para mitigação de impactos ambientais negativos. Isso deve ser efetivado numa lógica de parceria, e não de lavraturas constantes de autos de infração (com finalidade exclusiva de

arrecadação de multas para os cofres públicos), pois, mais importante do que receitas na conta do ente fiscalizador, é a ação de atenuação dos danos.

Os estudos e o planejamento de gestão dos recursos hídricos, no âmbito da região da bacia hidrográfica em questão, indicarão qual o melhor instrumento econômico para o abrandamento dos danos, sendo importante que, caso o Poder Público seja o agente cobrador de alguma receita, ela seja fixada como taxa para inibir contingenciamentos orçamentários que podem impactar ações de despoluição do recurso hídrico. Além disso, é importante a formação de parcerias com instituições de ensino e de pesquisa para o desenvolvimento de técnicas despoluidoras locais, segundo as especificidades dos impactos.

Ademais, é importante o desenvolvimento de programas de educação ambiental para moradores, empresas e estabelecimentos da região com a água degradada, para que todas e todos possam conhecer as fontes da poluição, o que está sendo feito para solucionar a poluição hídrica e como cada pessoa pode contribuir com as ações de despoluição. Logo, esses programas precisam ser feitos com frequência para fomentar uma consciência ambiental.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Bacia do Rio Subaé, como tantas outras bacias hidrográficas, após o caso de exploração já tratado neste artigo, carece de tratamento apropriado. Ela depende da desenvoltura de ações concretas de despoluição para a concretização da justiça ambiental e para a conservação das águas, bem como de todas as formas de vida. Embora, no seu caso, as maiores fontes poluidoras tenham sido extirpadas com o encerramento das atividades da empresa COBRAC/Plumbum (produtora da escória biodisponível no ambiente), ainda há outras fontes industriais e residenciais despejando resíduos em seu fluxo. E isso precisa ser extirpado.

Com o amadurecimento da humanidade, a água passou lentamente a ser concebida como sujeito de direito, a partir de indicações ecocêntricas, biocêntricas e de sustentabilidade superadoras de um antropocentrismo predatório. A conservação e a manutenção dela se revelam fundamentais para a perpetuação tanto da vida humana quanto dos outros seres integrantes dos reinos biológicos.

Sendo assim, a justiça ambiental é instrumentalizadora da formação e da ação de uma consciência ecológica pautada em dimensões integradas de orientação intrageracional, intergeracional e biosférica, lastreadas na sustentabilidade para o alcance do equilíbrio para as atuais e para as futuras gerações humanas e não humanas, na repartição e na gestão dos bens ambientais – em especial, a água.

Para concretizar a conservação da água na Bacia do Rio Subaé, é necessária a ação por parte do Poder Público, da sociedade e das empresas: um pacto para o planejamento e a execução de medidas de despoluição, estabelecidas por informações fornecidas pela educação ambiental e desenvolvidas em formato de parceria. As ações de despoluição apresentadas nesse artigo são meramente exemplificativas e não exaurientes, porém, com o aprofundamento dos debates, novas medidas poderão ser agregadas. Afinal, a hora de cuidarmos das nossas águas é hoje, agora, antes que o futuro chegue e seja tarde demais para mitigar os danos ambientais.

REFERÊNCIAS

- ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental?** Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- AGÊNCIA Nacional de Águas (ANA). **Atlas esgotos: despoluição de bacias hidrográficas.** Brasília: ANA, 2017.
- AMBIOS Engenharia e Processos Ltda. **Resumo Executivo – Avaliação de Risco à Saúde humana por metais pesados no município de Santo Amaro da Purificação, Bahia.** Salvador: PNUD Brasil, 2003. Disponível em: https://jornalismosocioambiental.files.wordpress.com/2015/09/avaliac3a7ao-de-risco-a-saude-humana-sto_amaro.pdf. Acesso em: 25 dez. 2020.
- ANJOS, José Ângelo Sebastião Araújo dos. **Avaliação da eficiência de uma zona alagadiça (wetland) no controle da poluição por metais pesados: o caso da Plumbum em Santo Amaro da Purificação/BA.** 2003. 328 f. Tese (Doutorado em Engenharia) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

- BARBOSA, Woille Aguiar; OLIVEIRA, Sara Francinete de. A água como direito fundamental e inalienável: a luta contra a subversão política e econômica pela privatização desse bem comum e universal. **Revista Jurídica Direito e Realidade**, Monte Carmelo, Centro Universitário Mário Palmério, v. 7, n. 9, p. 110-125, 2019.
- BARROS, Fernanda Gene Nunes; AMIN, Mário. Água: um bem econômico de valor para o Brasil e o mundo. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, Taubaté, Universidade de Taubaté, v. 4, n. 1, p. 75-108, jan-abr. 2008.
- BRITO, Bárbara Lis Rabelo; BRITO, Daguinete Maria Chaves; SOUZA, Ester Almeida de. Pressupostos teóricos de proteção da natureza. **Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, Universidade Federal do Amapá, n. 7, p. 141-147, 2015.
- CANTISANO, Pedro Jimenez. Quem é o sujeito de direito? A construção científica de um conceito jurídico. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 37, p. 132-151, jul-dez. 2010.
- CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. **Educação ambiental: a formação do sujeito ecológico**. 6. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2012.
- CATALÃO, Vera Lessa. As qualidades sensíveis da água. In: CATALÃO, Vera Lessa; IBAÑEZ, Maria do Socorro Rodrigues (orgs.). **Água como matriz ecopedagógica**. Brasília: Edição Departamento de Ecologia da Universidade de Brasília, 2006. p. 82-94.
- CRUZ, Alice Francisco da; SALLES, Bruno Makowiecky. Dos direitos humanos à sustentabilidade. In: ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; BONISSONI, Natammy (orgs.). **Para além do Estado Transnacional: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz**. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 25-36.
- CUNHA, Fernanda Gonçalves da; VIGLIO, Eduardo Paim. **Atlas geológico da Bacia do Rio Subaé: Estado da Bahia**. Salvador: CPRM, 2015.

DAVID, Ricardo Vilarim; SIQUEIRA, Pablo Mendonça; PAES-DE-SOUZA, Mariluce; RODRIGUEZ, Tomás Daniel Menendez; COSTA, Maria Clarice Alves da; SILVA, Guilherme Giacom da. Governança do risco e preservação ambiental em construções de usinas hidrelétricas. **Revista P2P & Inovação**, Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, v. 7, p. 77-100, jan. 2021.

ESPADA, Gildo Manuel. A autonomia dogmática do direito de águas. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. XIII, n. 1, p. 278-310, 2018.

FAUCHEUX, Sylvie; NOEL, Jean-François. **Economia dos recursos naturais e do meio ambiente**. Portugal: Instituto Piaget, 1995.

FREITAS, Wladimir Passos de. **Águas**: aspectos jurídicos e ambientais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Ethical dimension of sustainability: the need to change values and attitudes. **Sostenibilidad**: económica, social y ambiental, Alicante, Universidad de Alicante, n. 2, p. 33-47, 2020.

GOVERNO do Estado da Bahia. Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CEPED). Secretaria do Planejamento, Ciência e Tecnologia do Estado da Bahia (SEPLANTEC). **Parecer técnico sobre a ampliação da Companhia Brasileira de Chumbo, em Santo Amaro, BA**. Camaçari-BA: CEPED, 1977.

GOVERNO do Estado da Bahia. Secretaria de Recursos Hídricos. **Plano Diretor de Recursos Hídricos**: Bacia do Recôncavo Leste. 1995. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/161/_publicacao/161_publicacao03032011024710.pdf. Acesso em: 25 dez. 2020.

KONCIKOSKI, Marcos Antônio; FLORES, Carlos Arruda. A solidariedade como pressuposto da justiça ambiental. **Revista Eletrônica**

- Direito e Política**, Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí, v. 7, n. 3, p. 2704-2733, set-dez. 2012.
- LEYTON, Fabiola. Ética medio ambiental: una revisión de la ética antropocéntrica. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, Universitat de Barcelona, n. 13, p. 34-43, abr. 2008.
- LOPES, Felipe da Silva. O direito à cidade como garantia da justiça ambiental no século XXI. In: ASENSI, Felipe (org.). **Produção Acadêmica e Multidisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. p. 165-186.
- MALCHER, Farah de Sousa; DELUCHEY, Jean-François Yves. A normalização do sujeito de direito. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2100-2116, 2018.
- MIRANDA, Grazielle Muniz. Justiça ambiental: múltiplas abordagens e escalas espaciais. **Revista Terra Livre**, São Paulo, Associação dos Geógrafos Brasileiros, v. 1, n. 54, p. 405-433, 2020.
- MOTTA, Paula Núbia Soares Dalto; GLOAGUEN, Thomas Vincent; SANTOS, Marcelo Soares Teles; FERREIRA, Anderson Targino da Silva; MOTTA, Tiago Oliveira. Análise Morfométrica da Bacia Hidrográfica do Rio Subaé, Bahia, Brasil. **Ambiência: Revista do Setor de Ciências Agrárias e Ambientais**, Guarapuava, Universidade Estadual do Centro-oeste, v. 13, n. 2, p. 470-485, maio-ago. 2017.
- PEIXOTO, Jailson de Souza. **Estimativa das perdas de solo e do transporte de chumbo e zinco por erosão hídrica no entorno da cidade de Santo Amaro da Purificação, Bahia**. 2013. 88 f. Dissertação (Mestrado em Solos e Qualidade de Ecossistemas) – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cruz das Almas, 2013.
- PERALTA, Carlos. A justiça ecológica como novo paradigma da sociedade de risco contemporânea. In: PERALTA, Carlos; ALVARENGA, Luciano; AUGUSTIN, Sérgio. **Direito e Justiça Ambiental**: diá-

logos interdisciplinares sobre a crise ecológica. Caxias do Sul: Educus, 2014. p. 13-29.

PETERSEN, Maria das Neves Morant Braid. **Chumbo e Cádmio em alimentos de origem vegetal do município de Santo Amaro-BA**. 1982. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Naturais) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1982.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; BERNARDO, Rosângela Souza. Desenvolvimento humano e a gestão das águas: análise do fortalecimento das cadeias de valor. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 7-34.

RAMMÊ, Rogério Santos. **As dimensões da justiça ambiental e suas implicações jurídicas: uma análise à luz de modernas teorias da justiça**. 2012. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2012.

SACHS, Wolfgang; SANTARIUS, Tilman (orgs.). **Un futuro justo: recursos limitados y justicia global**. Barcelona: Icaria, 2007.

SANTOS, Francisco Kennedy Silva dos; SILVA, Etevaldo Almeida. A política pública de compensação financeira dos recursos naturais. **Revista de Geografia**, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, v. 37, n. 1, p. 190-203, 2020.

SANTOS, Leila Thaise Santana de Oliveira; JESUS, Taise Bomfim de; NOLASCO, Marjorie Cseko. Influência do uso e ocupação do solo na qualidade das águas superficiais do Rio Subaé, Bahia. **Geographia Opportuno Tempore**, Londrina, Universidade Estadual de Londrina, v. 1, n. 1, p. 68-79, jan-jun. 2014.

SIEGEL, Frederic. **Environmental Geochemistry of Potentially Toxic Metals**. Berlim: Springer, 2002.

SILVA, Ludimila Lima da. **A compensação financeira das usinas hidrelétricas como instrumento econômico de desenvolvimen-**

to social, econômico e ambiental. 2007. 147 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Econômica do Meio Ambiente) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

SILVA, Sabrina Soares da. Proposta de um modelo de análise do comprometimento com a sustentabilidade. **Revista Ambiente & Sociedade**, Campinas, Universidade de Campinas, v. XVII, n. 3, p. 35-54, jul-set. 2014.

SILVA JÚNIOR, Jucelino Balbino da. **Avaliação da biodisponibilidade de metais tóxicos em sedimentos coletados na bacia hidrográfica do Rio Subaé, Bahia, Brasil.** 2014. 123 f. Dissertação (Mestrado em Meio Ambiente, Águas e Saneamento) – Escola Politécnica da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

SOBRAL, Luís Gonzaga dos Santos; OLIVEIRA, Débora Monteiro de; SOUZA, Carlos Eduardo Gomes de; SILVA, Silvia Cristina Alves França; BRAGA, Paulo Fernandes Almeida. Metalurgia do chumbo: processos de produção e refino. In: CENTRO DE TECNOLOGIA MINERAL (CETEM). **Projeto Santo Amaro-BA, aglutinando ideias, construindo soluções:** diagnósticos. Rio de Janeiro: CETEM/MCTI, 2012. p. 150-173.

SOLDATI, Manoelle Brasil; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PASOLD, Cesar Luiz. Novo constitucionalismo latino-americano: exemplo de acesso à água potável. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; POMPEU, Gina Vidal Marcílio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **Gestão das águas:** dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 35-56.

SOUZA, Inês Cabral Ururahy de. A construção da cidadania: direitos humanos e humanização do direito. In: MARTÍN, Nuria Belloso; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Ubirajara da; DAVIDOVICH, Ariane Trevisan Fiori (orgs.). **Justiça e Sociedade.** Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. p. 155-165.

TONELLO, Kelly Cristina. **Análise Hidroambiental da Bacia Hidrográfica da Cachoeira das Pombas, Guanhães, MG.** 2005. 69 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Florestal) – Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2005.

TRAJANO, Eleonora. Políticas de conservação e critérios ambientais: princípios, conceitos e protocolos. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 24, n. 100, p. 135-146, 2010.

WIECHETECK, Giovana Katie; VUITIK, Guilherme Araújo. Etapas de um programa de despoluição de arroios urbanos-estudo de caso na bacia hidrográfica do Arroio Olarias. **Revista de Engenharia e Tecnologia**, Ponta Grossa, Associação dos Engenheiros e Arquitetos de Ponta Grossa, v. 2, n. 1, p. 76-88, abr. 2010.

MITOS SOBRE A FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA: A LEI DO MAIS FORTE

*Edir Tereza dos Reis*⁹⁶

*Sirley Teresa dos Reis*⁹⁷

INTRODUÇÃO

No Brasil, o patriarcalismo assentou-se sob os domínios da violência e da coerção. A política do favor, o patrimonialismo, o compadrio, se estabeleceram a partir dos grandes engenhos, sob os olhos vigilantes do senhor e o açoite implacável do feitor e influenciaram de tal modo a organização social e política do país que a diferença entre público e privado está, ainda, por se fazer construir.

Compreender alguns dos elementos presentes na relação entre Estado e sociedade (para superá-los) demanda um recuo ao nosso passado. Esse percurso só adquiriu sentido ao estudarmos as concepções de Freyre, Holanda e Prado, destacando os elementos chaves para análise da formação social brasileira e às contribuições que tais elementos possam ter dado ao processo civilizatório, tais como: de democracia racial, (em Freyre), de homem cordial (em Holanda), e uma naturalização da “ordem e hierarquia” e da “unidade territorial” (em Prado).

96 Pedagoga, Orientadora Pedagógica, Supervisora Educacional, Mestranda – Ensino das Ciências – Unigranrio

97 Psicóloga, Assistente Social, Docente Ensino Superior, Supervisora de Estágio – Ensino Superior.

Concluimos o artigo apresentando para debate algumas características encontradas na sociedade contemporânea, ressaltando as influências que os elementos chaves de compreensão da formação social brasileira ainda exercem na gestão pública. Nos chama a atenção, nesse enfoque, a função do Estado em promover a igualdade e as condições particulares da organização social brasileira balizada pela lei do mais forte.

1. A ORDEM E HIERARQUIA E A UNIDADE TERRITORIAL

Podem ser considerados marcos da modernidade: a formação do Estado-Nação, o movimento humanista, o renascimento; a reforma protestante e a emergência do capitalismo. Tais fenômenos promoveram rupturas que influenciaram a formação e/ou o desenvolvimento social e econômico dos países da Europa e Estados Unidos, criando novas sociabilidades baseadas na exploração dos povos dominados.

Na América Latina ocorreram formas selvagens de exploração, extermínio e pilhagem de territórios, homens e riquezas naturais. Não havia, entre os dominadores, uma preocupação com a formação de Estados Nacionais, a nova ordem se impunha através do uso da violência. De início, para aumentar a riqueza dos países europeus era essencial manter a colonialidade do extenso território latino-americano. A historiadora Maria Lígia Prado, (1994), afirma que todos os países latino-americanos foram colônias por mais de 300 anos e a liberdade que conquistaram era limitada porque,

[...] ficaram politicamente independentes no princípio do século XIX; enfrentaram a dominação inglesa no século XIX e a norte-americana no século XX” [...] a formação dos Estados Nacionais ocorreu praticamente no mesmo período, acompanhando o processo de desenvolvimento acelerado do capitalismo na região (PRADO, 1994, p. 04).

Pode-se afirmar, a partir destas referências, que o Estado-Nação, em solo latino, é formado para atender às necessidades de expansão do capitalismo europeu e norte-americano. A experiência brasileira, por seu turno, apresenta substantivas diferenças em relação às demais sociedades

latino-americanas. Aqui, o Estado surge antes da nação. Para Florestan Fernandes (1987), não temos uma revolução burguesa no país, com as características das revoluções européias. Logo, não aconteceram mudanças bruscas nem rupturas, mas uma “mudança gradual e a composição a uma modernização avassaladora” (FERNANDES, 1987, p. 205).

A composição a que se refere Fernandes (1987), ocorreu nos diversos períodos históricos: durante o imperialismo a monarquia reafirmou seu poder através de acordos com a elite agrária, usando, por outro lado, a retomada da ordem social como pressuposto para o desenvolvimento econômico. Quando pressionada pelo capitalismo internacional a burguesia uniu-se às oligarquias e aderiu à república, por vias mansas e pacíficas, de modo a assegurar seus privilégios e poderes.

As lutas sociais populares (presentes desde a ocupação do território, no século XVI) não provocaram mudanças significativas nas dimensões sociopolítica e econômica porque após o silenciamento das lutas, pelo seu massacre, se impôs uma ideia de massa “despolitizada”, “acrítica”, onde o homem brasileiro típico seria o “jeca-tatu”, que mesmo em sendo “antes de tudo, um forte”, segundo Euclides da Cunha, em *Os Sertões*, vergara-se perante a chibata do feitor, a Coroa do Rei, às medalhas do Marechal e ao salário pago pelo capitalista.

Nesse cenário, a formação do Estado Nacional brasileiro edifica-se sobre dois mitos iniciais: o mito da ordem e hierarquia e o mito da unidade territorial. Desde o período colonial até a república são esses os elementos de convergência entre pensadores liberais e conservadores; as práticas governistas e dos partidos políticos não tinham por metas mudanças na estrutura social.

Em termos da América espanhola, Prado (1994) afirma que o mito do império também fez nascer um certo preconceito e um certo espírito de superioridade em relação aos nossos vizinhos hispano-americanos, que sofriam os “males” da fragmentação, do federalismo exaltado, do republicanismo. Estereótipos que deixaram marcas profundas na sociedade brasileira em geral. Desse modo:

Os homens que lideraram o processo nacional de independência política na América Latina estavam imbuídos do ideário burguês liberal como justificativa de seus atos. Em nome das idéias de li-

berdade, igualdade jurídica, legitimidade da propriedade privada, entre outras, fizeram a independência e aceitaram mesmo que algumas alterações mais profundas nas relações sociais porque tiveram que enfrentar situações-limites (PRADO, 1994, p. 76-77).

Como construir um Estado Nação, com decisões de cima para baixo, sem a real participação do povo? A ideia de igualdade, liberdade e legitimidade da propriedade privada, como vimos acima, não contemplava os nativos. Entretanto a realidade não se altera apenas pela vontade do legislador. Logo, os dominadores precisaram encontrar o culpado pelo fracasso da América Latina, apesar de suas riquezas naturais: o povo. O povo e seu atraso, sua ignorância, seu despreparo político, condições que legitimavam a sua represenção pelos homens de bem, brancos, donos de terras.

Essa concepção, de autorepresentatividade, pode ser encontrada, também em solo brasileiro, com os acordos de bastidores, o domínio contínuo dos espaços públicos pelas famílias tradicionais e as turbulências políticas. Numa análise resumida temos que, o intelectualismo e a importação de modelos de sociedade dos países desenvolvidos para os trópicos, levava a crer na impossibilidade da constituição de classes antagônicas em disputa no território brasileiro. Na compreensão de Semeraro:

Anos atrás podia-se afirmar que muitos oprimidos “hospedavam” o opressor, que eram atraídos por um “senhor” admirado pelas suas posições modernas, de preparo e de prestígio (...) Dominados pela ambigüidade, pelo fatalismo, pela insegurança, tinham “medo da liberdade”, eram praticamente incapazes de violar as normas e colocar em discussão o mito do poder, pelo respeito reverencial que nutriam em relação aos “grandes benfeitores (SEMERARO, 2009 p. 40).

A história demonstrou o contrário. Embora, sem uma agenda de lutas que unificasse as reivindicações das massas populares, os homens que uniram-se do sudeste ao sul, do norte ao nordeste, lutaram, regionalmente, contra a opressão econômica, o autoritarismo, a invisibilidade política, mas foram violentamente reprimidos, criminalizados, antes que suas bandeiras se espraiassem pelo território nacional.

Para a elite dominante que ocupava o Estado, a rebeldia estéril dos grupos mais interiorizados, os ideais separatistas dos grandes pólos econômicos (São Paulo, Bahia; Rio Grande do Sul, e Pará), marcavam “a desordem, o caos, a anarquia como “respostas do povo” à “orgia” de liberdade. A repressão aos baderneiros e insurgentes se sustentou através do “autoritarismo, o governo forte e o alijamento dos dominados das decisões políticas” (PRADO, 1994, p. 78).

Logo, a cena política brasileira é constituída, desde suas “protoformas”, por bloco de forças liberais e conservadoras que, em essência, têm um mesmo objetivo: “impor suas condições sobre toda a sociedade, a partir da direção do Estado” (PRADO, 1994, p. 78). Portanto, o familismo e o patriarcalismo invadem a cena pública, desde o período colonial. Na república é reafirmada a interseção entre o público e o privado, entre o interesse nacional e o interesse das elites, configurando-se o Estado como propriedade desta burguesia.

De acordo com Fernandes, “as elites nativas não se erguiam contra a estrutura da sociedade colonial. Mas contra as implicações econômicas, sociais e políticas do estatuto colonial, pois este neutralizava sua capacidade de dominação em todos os níveis da ordem social” (FERNANDES, 2005, p. 50). Trata-se, portanto, de uma burguesia insossa, sem o fermento revolucionário, que se esforça para adquirir novos hábitos e costumes, em arremedos das culturas européias, são ditos burgueses que acenam com igual fervor ao rei ou ao general, pois que tanto um quanto outro lhes dá favores, brasões, terras ou subsídios fiscais e com o qual compartilha seu lucro e seu *statusquo*.

A força ideológica das ações de governos centralizados se fez presente na organização do sistema educacional brasileiro, usado para difundir valores necessários à ordem e ao progresso. Os governos populistas tratavam as expressões da questão social manifestas nos movimentos sociais das primeiras décadas do século XX como “caso de polícia”⁹⁸. Mesmo com a criação de leis trabalhistas, da ação regulatória do Estado nos conflitos sociais e do populismo⁹⁹ – com a emergência de líder considerado “pai

98 Frase atribuída a Washington Luis, presidente da República, de 1926 a 1930, quando foi deposto.

99 Sobre o período populista na política brasileira, ver em Francisco Welfort (1980).

dos pobres” – a síntese desse período é a garantia de direitos sociais para poucos associados à premissa de que fazer oposição política ao governo era cometer crime contra a unidade e segurança nacional.

Podemos observar a reedição desses elementos na sociedade contemporânea porque a unidade territorial legalmente constituída ignorou as desigualdades regionais. Se considerarmos as contradições entre o desenvolvimento econômico alcançado pelo país e as condições sociais de extrema pobreza¹⁰⁰ na qual vivem mais de 13,6 milhões de pessoas. Ainda segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o contingente é “formado majoritariamente por pretos e pardos, mulheres em sua maioria, sem instrução ou com o ensino fundamental incompleto e desempregados” (IBGE-2020).

Destacando a realidade educacional do país, evidenciam-se as insuficiências na oferta de serviços básicos, para as populações mais empobrecidas, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) de 2019, a taxa de analfabetismo da região nordeste (13,9%) é a maior do país, enquanto nas regiões Sul e Sudeste, a taxa é de 3,3%.

Ao buscarmos o Mapa da Desigualdade 2020, produzido pela Casa Fluminense (RJ), temos que “o Brasil tem a 2ª maior concentração de renda do mundo e perde apenas para o Qatar, segundo relatório da ONU. Menos de 3% das famílias brasileiras concentram 20% de toda renda no país, segundo o IBGE”¹⁰¹. Se a distribuição da riqueza socialmente produzida não é usada para garantia dos direitos fundamentais do homem poderá haver ordem e território unificado?

A região metropolitana do Estado Rio de Janeiro, segundo os pesquisadores, está entre as 10 mais desiguais do mundo, possui 13 milhões de habitantes distribuídos em 22 cidades, sendo que 10 deles formam a Baixada Fluminense”, território marcado por altos índices de violência, ausência de serviços públicos básicos, onde a justiça social constitucionalmente definida é uma utopia.

100 Segundo o IBGE, é considerado em situação de extrema pobreza quem vive com menos de US\$ 1,90 por dia.

101 Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU 2019 e Pesquisa de Orçamento Familiar 2017-2018 do IBGE.

Para Silva, Oliveira Junior e Borges (2019) “A hierarquia é nítida, os investimentos do estado ficam à disposição dos grandes centros, nessas áreas há prestação de serviços e qualidade de vida, diferente do que ocorre na baixada”. Assim, temos na realidade concreta da população fluminense uma expressão das desigualdades sociais que colocam em dúvida os mitos em torno do processo civilizatório brasileiro.

1.1. MITOS SOBRE A FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA:

A formação social brasileira (re) inaugura um novo tipo de feudalismo, sob os auspícios da monarquia portuguesa. Protagonizado pelo senhor de engenho, com suas casas-grandes, suas concubinas, sua luxúria, sua preguiça, sadismos e violências. Nestes engenhos – em verdade pequenos reinos, no qual sequer o próprio rei mandava, não havia a possibilidade dos dominados (índios e negros) possuírem qualquer tipo de direito – nem à liberdade, nem à propriedade, nem à vida, como os antigos senhores feudais (através da rebelião ou da negociação) “concediam” aos seus servos e *burgos*.

Na história da Europa, o escravo, o servo e o empregado sempre mantiveram alguma relação com o senhor, com a aristocracia e o patrão. Bem ou mal, faziam parte do sistema: falavam a mesma língua, praticavam a mesma religião aceitavam os mesmos valores. Ainda que subordinados e explorados, o operário, o camponês e o “subalterno” de hoje são “integrados” por responsabilidades sociais e determinadas leis na sociedade à qual pertencem. Os oprimidos latino-americanos, ao contrário, apresentam uma conotação mais brutal. Sendo considerados de “raça inferior”, os índios, os negros e os mestiços são instrumentos para usar e descartar sem preocupação de integrá-los no sistema (SEMERARO 2009, p. 26-27).

Ao espírito indomável e herege de índios e negros apresentaram-se os dogmas da igreja católica, tão combatida na Europa. Se nos faltava o rei, a mediar pelos direitos civis dos não-cidadãos, restava-nos o padre, a nos ensinar as rezas, a língua materna (de Portugal) e a pedir perdão. Segundo Caio Prado Júnior (1942), a Igreja exerceu entre nós um papel

disciplinador, sua função pública era além, do ensino, a vigilância sobre a moral familiar.

Para Freyre, a figura do senhor feudal, o patriarca nordestino, (inclusive por causa de sua brutalidade) é o fator fundamental para implantação de um novo processo civilizatório no país. Freyre não poupa tintas cruéis para descrever os horrores da escravidão, mas afirma que a estrutura escravocrata era ainda melhor que a capitalista:

Vencedores no sentido militar e técnico sobre as populações indígenas; dominadores absolutos dos negros importados da África, uma minoria de brancos teve de transigir quanto às relações genéticas e sociais. Sem deixarem de ser relações – as dos brancos com as mulheres de cor – de “superiores” com “inferiores” e, no maior número de casos, de senhores desabusados e sádicos com escravas passivas [...] a miscigenação que largamente se praticou aqui corrigiu a distância social que de outro modo se teria conservado entre a casa-grande e a mata tropical; entre a casa grande e a senzala (FREYRE, 1978, p. 12-13).

Freyre defende a tese de que, na realidade, aqui se processou um tipo de colonização sem igual em toda a humanidade, na qual dominadores e dominados construíram, através da miscigenação uma sociedade híbrida, configurando o que foi chamado de democracia racial. Observa-se que Freyre usa a influência dialética hegeliana – a dialética do senhor e do escravo, a partir da qual estabelece os antagonismos entre a Casa Grande e a Senzala que sustentam sua argumentação em favor de uma unidade étnica por meio da miscigenação, que favorecera o estabelecimento de relação inicialmente harmoniosa.

Para Ianni, ao contrário de uma sociedade híbrida aqui se processa o primeiro ciclo de multiculturalismo e multietnicidade, mas como “uma sociedade de castas, matriz fundamental da Colônia” (IANNI, 1987, p. 154). As lutas, negociações e uma organização social baseada no preconceito, no estigma, são banidas do campo analítico freyriano que enevoa essa realidade. No cenário real e complexo da vida social brasileira, naturalizou-se a exploração, a alienação e a violência praticada no interior das residências, mais tarde nos porões das delegacias e nos hospícios.

Nesse período, a força social da família se desdobra em força política, pois é ela, e não o indivíduo ou o Estado que se torna o agente colonizador. Essa aristocracia colonial torna-se a mais “poderosa da América e sobre ela “o rei de Portugal quase que reina sem governar” (FREYRE, 1978, p.56). Da realidade freyriana emerge o mito de um povo mestiço, adocicado, satisfeito, nas lamentações de Anchieta, “nativos cuja falta de engenhos, isto é, de inteligência, acrescida do fato de não estudarem com cuidado e de tudo se levar em festas, cantar e folgar” (FREYRE, 1978, p.13).

Quanto ao mito de “uma harmonia ou democracia racial” basta observar os hábitos e costumes, os provérbios e os ditados populares para reconhecermos, na aparência mesma das relações sociais entre as diferentes etnias que compõem o país, uma tolerância limítrofe. Se buscarmos a essência destas relações encontraremos um *apartheid* tanto econômico quanto social que separa os brancos, dos negros e dos indígenas. De algum modo, pode-se afirmar que “suportam-se” as diferenças desde que não se seja obrigado a conviver com elas.

1.1.1. A CORDIALIDADE E O PATRIMONIALISMO

Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra, *Raízes do Brasil*, descreve dois importantes conceitos para análise das contradições presentes na formação social brasileira. O primeiro deles diz respeito ao patrimonialismo presente no Estado brasileiro. O que nos faz ser como somos? Indaga Holanda, no início do século XX.

Para Sérgio Buarque de Holanda, a raiz do nosso caráter reside nas relações familiares. A intimidade familiar tende a ser reproduzida pelo homem brasileiro nas relações sociais mais amplas, mesclando cordialidade e brejeirice para se atingir interesses privados. Porém essa cordialidade não deriva de uma educação refinada, de uma erudição, mas de uma afetividade. Se os homens públicos são formados no círculo doméstico, teríamos, na compreensão de Holanda,

[...] que a contribuição brasileira à civilização será então, o “homem cordial”. Cordialidade que não é sinônimo de civilidade, de polidez, mas que vem de *cordes*, coração [...]. A impossibilidade

que o brasileiro tem em se desvincular dos laços familiares a partir do momento que esse se torna um cidadão, gera o “homem cordial”, generoso, de bom trato. Seu rigor é totalmente afrouxado e não há distinção entre o público e o privado: todos são amigos em todos os lugares. O homem cordial é resultado da cultura patrimonialista e personalista própria da sociedade brasileira (HOLANDA, 1995.....).

A família aristocrata, rural, apropria-se do Estado, corroendo-lhe por dentro, com suas práticas clientelistas, populistas, de favores e nepotismos. Assim, o patrimonialismo típico do Estado nacional pode ser entendido como a apropriação do público como se fosse privado, particular. O espaço público passa a ser entendido como o espaço de uma determinada família.

Ao transpor para o público as relações baseadas na intimidade e na afetividade familiar temos um quadro no qual a cordialidade passa a ser considerada uma diferença entre a civilização brasileira e as demais. Em verdade, sob a máscara da cordialidade escondem-se violências de todo tipo, na esfera pública e na esfera privada. Quando os valores do patriarca ou a hegemonia das ideias dominantes de uma época são transgredidos, surgem as reações violentas em quantos respondas imediatamente do patriarca dito cordial. Para Semeraro:

Desmentidas pelos fatos as teorias racistas, geográficas, culturais e religiosas, ideologicamente construídas para alimentar o mito da inferioridade, do sangue doente, da indolência tropical e da passividade, torna-se cada vez mais evidente que as causas principais dos males latino-americanos devem ser procuradas na história da longa e brutal colonização imposta ao subcontinente americano. Em grande parte, é este crime de lesa-humanidade que explica a violência latente por trás do “homem cordial”, a brutal divisão de classe camuflada na “miscigenação étnica” e a situação explosiva que fermenta dentro da “democracia racial” construída sobre chocantes desigualdades sociais e econômicas” (SEMERARO, 2009, p. 35).

Deste modo, o mito da democracia racial contribuiu para a difusão de falsas realidades, como se entre a chibata do feitor e o pulso forte do capi-

talista não estivesse em jogo o trabalho assalariado, a liberdade de vender a força de trabalho, a quem melhor pagasse por ela. Era preciso formar um novo homem, porém essa não seria uma tarefa realizável se antes não se colocasse em debate os mitos fundantes da sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que as famílias que se assentaram no Brasil fundaram espaços públicos para consolidarem seu poder. Essas famílias estabeleceram entre si relações marcadas pelo patriarcalismo e pelo conservadorismo que se interpenetraram na organização social brasileira tecendo redes de influências e de disputas pelo Estado, que passou a ser uma propriedade da família. Deste modo, percebe-se a influência que as associações familiares ainda exercem na política, na economia e na cultura brasileira, domínio que se dá não só no plano político-ideológico, mas no próprio funcionamento do Estado, a privilegiar as classes mais favorecidas com estruturas de bens e serviços sonegados aos moradores das periferias dos grandes centros urbanos.

Curioso notar nas assembleias estaduais, senado e poder executivo, “transferência” de cargos e funções públicas a diferentes gerações de uma mesma família, que se revezam no poder. Estas associações familiares definem os rumos da economia nacional e das políticas públicas, repetindo-se o modelo dos grandes feudos, desta feita, espalhados por todo o país e disseminados na sociedade enquanto agentes privilegiados (os representantes das “boas famílias, os homens de bem”) do processo civilizatório.

Mas e na vida privada das famílias, como se evidenciam os traços do homem cordial? Ele é real? Nos contextos familiares, a oposição ao patriarcado não é bem aceita. Para as mulheres desenvolveram um modelo submisso e serviçal, muitas vezes vivenciando situações de violências físicas, sexuais, psicológicas. Os homens criados nesse tipo de família tendem a repetir o modelo de “macho” representado pelo líder, dando continuidade às manifestações de violência verbal e/ou física no tratamento dos demais membros de sua família de origem, subalternizando-os e perpetuando este modelo na constituição de sua própria família.

Outra questão afeta ao mito da cordialidade do homem brasileiro é que ao encurtar as distâncias entre as pessoas para atender interesses in-

dividuais, particulares, o homem cordial torna-se uma armadilha para o desenvolvimento da noção de igualdade e de Estado democrático. Ao reforçar a cordialidade e a apropriação do Estado pela família, a coletividade deixa de ter importância no jogo do poder. O poder é centralizado, as arenas de decisões são palcos de disputas entre os grupos dominantes e seus interesses.

Na formação social brasileira, nos constituímos esboço dos processos revolucionários burgueses. Consolidamos, via adesão ou omissão, o projeto societário liberal sem rupturas nem mudanças radicais. Às margens do poder, estão as mulheres, as crianças, os negros e os índios protegidos/submetidos ao macho, branco, patriarca. As desigualdades sociais são ignoradas em nome de uma proximidade entre pares, assim, entre nós, ganhou força uma cidadania para poucos.

Portanto, o que se denominou processo civilizatório no país pode ser considerado um sistema de reprodução de desigualdades pois as riquezas socialmente produzidas ainda são destinadas às classes dominantes e ao mercado mundial. Tal processo resulta na institucionalização de uma elite conservadora, inscrita na ideia de uma “unidade nacional” fundada na repressão violenta das lutas populares por parte do Estado.

À voracidade por lucros dos nobres europeus que entre nós aportaram somaram-se os interesses do mercado mundial, especialmente da Inglaterra e formou-se aqui, com dois séculos de atraso, um certo tipo capitalismo, dependente e periférico, tão selvagem quanto nossas matas, tão nocivo e corrosivo quanto as moléstias tropicais que vitimava os europeus mais desavisados.

Logo, a submissão violenta de índios, o extermínio daqueles que resistiam, seguido da compra e venda de quatro milhões de negros, metade mortos durante a transação comercial, criaram, não classes de homens livres, comerciantes, artesãos ou camponeses revoltos, mas um tipo diferente, um homem moldado a ferro e brasa, para alguns cordial, para outros despolitizado, mestiço, às vezes chucro, noutras boçal, numa situação ou noutra, simples moeda de troca.

Vimos, que no Brasil não há diferença considerável entre coerção, violência e força, tudo se resume num mesmo amálgama. Em verdade, na sociedade brasileira, forjaram-se culturas. As possibilidades de resistências engendradas resultaram, a longo prazo, não em uma democracia étnica,

mas numa falsa harmonia social, que despejou para as periferias das cidades (os quilombolas, as favelas, os subúrbios ou às demarcações de terras indígenas) os vestígios das culturas dos dominados. Nestes “guetos” se erguem associações e grupos que resistem à ideologia dominante.

Podemos deduzir que o Estado-Nação, no caso brasileiro, apresenta uma dimensão jurídica que acena para a liberdade e igualdade ao mesmo tempo em que usa seus aparelhos repressivos para controle do território. Unificado o país sem a adesão do povo, por imposição de uma língua e pelo poder da baioneta dos soldados, foram necessárias a criação de algumas políticas públicas seletivas, compensatórias através das quais se legitimou a função do Estado no país.

Na contemporaneidade, o Estado adota o modelo gerencial das instituições privadas, promovendo a regressão dos direitos sociais e criminalizando a pobreza, configurando o modelo denominado por Loic Wacquant, de Estado Penal.

O mito da ordem e da hierarquia se desfaz ao considerarmos a ausência de consenso na tomada de decisões nos órgãos centrais, são as negociações de bastidores, de gabinetes, que selam os acordos e não a vontade popular. Fora do lugar, a nova ordem nacional passa ao largo das liberdades democráticas.

REFERÊNCIAS

- FREYRE, Gilberto. **Casa-Gande & Senzala**: formação da família brasileira sob o regime patriarcal. Introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil – 1. Círculo do Livro. 20 ed. 1978. (p. 9-63).
- HOLANDA, Sergio Buarque de. O homem Cordial. In: _____. **Raízes do Brasil**. Companhia das Letras, 1995.
- IANNI, Octavio. Raças e classes sociais no Brasil. São Paulo: Editora Brasiliense. 1987 (p. 11-109).
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. 2º trimestre, 2019.

PRADO, Maria Ligia. **A formação das nações latino-americanas**. 21 Ed. São Paulo: Atual, 1994.

PRADO JR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. Colônia-SP, Brasiliense, 1996.

SEMERARO, GIOVANNI. **Libertação e Hegemonia: realizar a América Latina pelos movimentos populares**. Aparecida, SP: Idéias & Letras 2009.

SILVA, P. C., OLIVEIRA JUNIOR, R.R., BORGES, M. S. de. **Desigualdades Sociais no Brasil: um estudo sobre a Baixada Fluminense (RJ)**. **Anais**. XVIII ENANPUR. Natal maio 2019.

WACQUANT, Louis. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**, Rio de Janeiro, Revan, 2003

AQUINO, Rubim Santos Leão de. et al. **Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Record. 2000.

RESILIENCIA DEL INDIVIDUO A TRAVÉS DE LA INTERVENCIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO DISCIPLINA DE TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS

Angel Ervey Martinez Rodriguez¹⁰²

1. CONCEPTO DE RESILIENCIA

En la ciencia de los Materiales, la resiliencia de un material se refiere siempre a la **energía de deformación** (por unidad de volumen) que se puede recuperar a partir de un cuerpo deformado una vez que dejamos de someterlos al esfuerzo que causa la deformación. El término de resiliencia tiene sus orígenes como concepto a partir del campo de la física. Donde su definición conceptual indica que se dice que un cuerpo es resiliente cuando este es capaz de recuperarse de un impacto generado por un elemento externo, no es frágil y puede regresar de forma total o parcial a su estado original (CORTÉS, 2015).

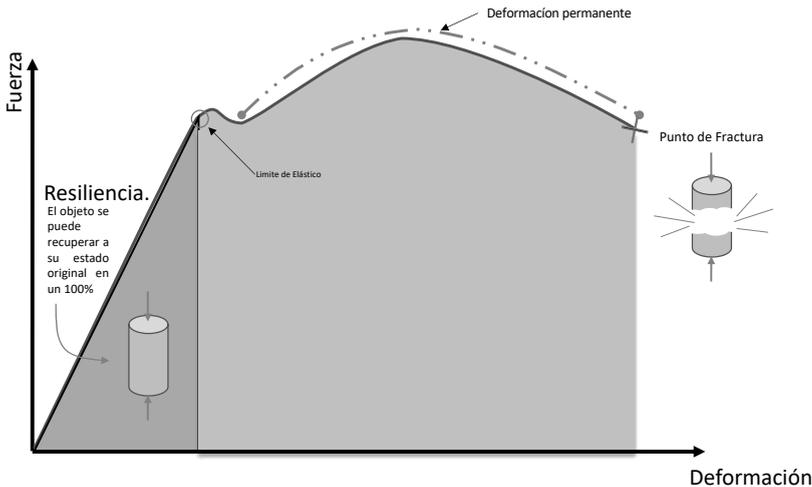
La propiedad de recuperación que puede llegar a tener un cuerpo va en función de en que magnitud se encuentre la deformación plástica, es

102 Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León, Mención Magna Cum Laude; el Certificado por el Poder Judicial del Estado de Nuevo León como Mediador con enfoque en la Industria de la Construcción por, Profesor de Tiempo Competo en la Facultad de Ingeniería Civil de la UANL, Miembro del Consejo Directivo del Colegio de Ingenieros Civiles de Nuevo León A.C., Presidente de la Asociación Internacional de Médicos de Paz A.C. Researcher ID. Q-5583-2018, OrcID. 0000-0002-0558-6181.

decir, una deformación permanente, que impida que el elemento no regrese a su estado original. Por lo cual de acuerdo con Cortés (2015), si el elemento sobrepasa sus límites de resistencia a un estado de deformación elástica, es allí donde podemos medir los límites de la resiliencia que tiene un cuerpo.

Por ello cuando hablamos de un material que posee alto grado de resiliencia, estamos diciendo que puede soportar grandes magnitudes de fuerza, antes de llegar a un punto donde no pueda recuperar su estado original. Sin embargo, además del límite elástico de un material existe un punto de deformación elástica, el cuál si bien es cierto que el material no llega un grado de ruptura total, su deformación puede ser permanente.

En la ilustración 1 se ejemplifica, mediante la gráfica de Fuerza Vs. Deformación, como un material tiene un espacio de tiempo para poder recuperar su forma original, y como a partir de su límite elástico, su deformación se vuelve permanente. Y claro está, al término de su estado elástico, estaría un punto de ruptura en el cual ya el elemento después de ser deformado ya nunca regresaría a su estado original.



Gráfica Fuerza Vs. Deformación de un Objeto. Fuente: Propia.

Holling (1973) propone los conceptos de resiliencia y estabilidad en ecología: en los cuales la estabilidad reconoce la capacidad del sistema para regresar a su estado de equilibrio, la resiliencia hace referencia a la persis-

tencia de los sistemas y su capacidad para absorber el cambio y la alteración y todavía mantener las mismas relaciones entre poblaciones. A partir de aquí el concepto de Resiliencia, es utilizado también en temas de ecología, con lo cual se permite estudiar el entorno posterior a un fenómeno de riesgo climático que toman en cuenta diversos factores de vulnerabilidad.

Sin embargo, el término de resiliencia no solo es empleado en la física, ingeniería o en la ecología. El término ha trascendido incluso en las ciencia social y psicología. Ya que autores como (BECOÑA, 2006) nos define el concepto de resiliencia psicológica como la capacidad de un individuo de adaptarse a pesar de los traumas o situaciones adversas que experimentaron a lo largo de su vida. Una definición similar nos hace saber Grotber E. citado en por (MOGOLLÓN et al., 2017) donde nos habla que la resiliencia en el ser humano es apreciable cuando este tiene la capacidad de “hacer frente a las adversidades de la vida, superarlas y ser transformado positivamente por ellas”.

Al proyectar el término de resiliencia en las ciencias sociales, su estela no solo abarca únicamente la psicología, también tiene impacto en la pedagogía, sociología, ciencias políticas y cultura. Todo aquello que se representa en el modo de vida del ser, cómo se desarrolla en su trabajo, en sus habilidades de sociabilización, sus actividades cotidianas, las cuales según Emmy Werner y Ruth Smith (1992) son parte integral del día a día del ser humano.

Dado que la fragilidad de un individuo es directamente proporcional a la resistencia que se tiene para soportar alguna situación de adversidad, sin que esta llegue a su ruptura. Se puede tomar en cuenta que los individuos pueden desarrollar la habilidad de resistir de forma adecuada los niveles de estrés que un conflicto puede generar (BECOÑA, 2006).

Por lo cual es importante atender una controversia aun en un estado que pueda ser recuperable para la relación, o bien, antes de una ruptura total, mediante el conocimiento de la capacidad de cada uno de los individuos que pretende solucionar una controversia. Para lo cual el entendimiento de motivos, generado por la empatía que se provoca al atender una controversia en tiempo adecuado, permite a las partes llegar a una solución pacífica, al entender cual es la aportación de cada uno de ellos en la construcción de esa solución, guiados por un facilitador en el conflicto.

2. TRANSFORMACIÓN O RESOLUCIÓN

Si tomamos en cuenta que un conflicto es esa energía de deformación que se aplica en el acontecer diario que surge entre dos o más actores (ilustración 2). Estamos asimilando ya que así como existe una situación que impacta una relación, también se puede encontrar una manera de contrarrestarla. Para lo cual es importante desarrollar una cultura que permita establecer las pautas para encontrar una solución conjunta a un conflicto. Es así como la postura de las partes puede guiarse para llegar a pactar convenios que permitan avanzar en los objetivos propios de la relación que se tenga.

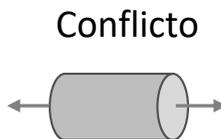


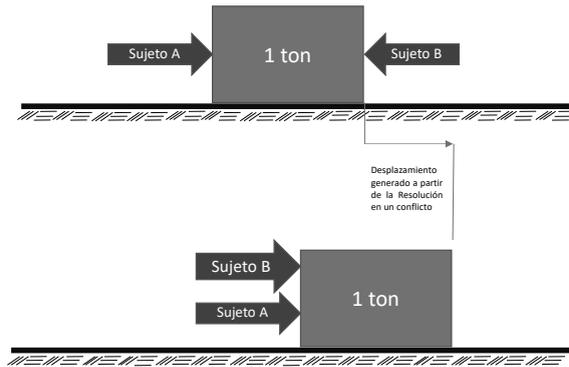
Ilustración 2 Diagrama de conflicto entre 2 partes. Fuente: Propia

Sabemos que el conflicto es parte de la naturaleza del ser como lo menciona Sonia (2013) ya que está presente desde el origen del mismo, comenzando por la disyuntiva del actuar ante una situación que no es común en la rutina diaria o que se sale de los modelos culturales de relacionarse. Es por esto que ante la aparición del mismo, se toman en algunos casos medidas que a simple vista parecieran que terminan con la controversia, pero solamente se vuelven la antesala de una situación que puede crecer en medida que no se controle o simplemente destruya una relación.

Cuando pensamos en conflicto, inmediatamente se viene a la mente la palabra resolución, y es que parte de la cultura histórica de un problema es que se identifica con algo negativo, por lo cual se atiende en muchas de las ocasiones con una predisposición de un “tengo que”, en lugar de un “voy a”. Este pensamiento, cambia mucho la forma en que atendemos una controversia y por ello en algunas veces se obtiene una resolución en lugar de una transformación. ¿Es lo mismo?, no. ¿Existe una diferencia?, si.

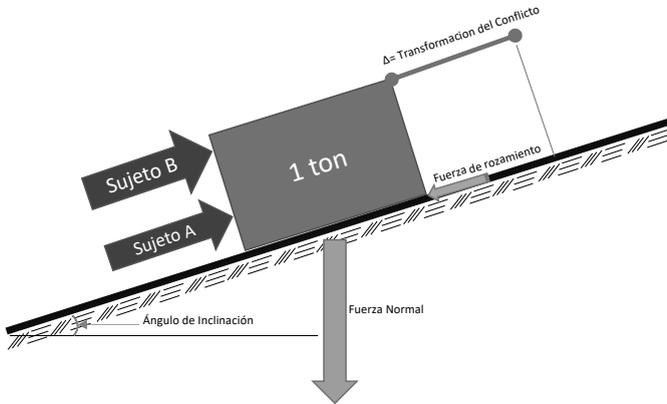
Cuando hablamos de Resolución de Conflictos, planteamos la idea de que la conclusión de una controversia se realizará en términos de sa-

tisfacción hacia ambas partes (KEASHLY; WARTERS, 2000). Donde la visión que se tiene sobre la conclusión, es que pueda ser una solución que sea durable, de largo plazo y que ambas partes de la relación sean sustentables, para que las soluciones que se generan a partir de una disputa genere una relación más satisfactoria (BURTON, 1990).



Si tomamos en cuenta el ejemplo de la ilustración 3, notaremos que cada sujeto representa una fuerza (A y B), donde ambos pretenden mover el objeto, el cual solo se moverá si alguna de las fuerzas es mayor a la otra, pero esto no es lo que se busca cuando se intenta la colaboración participativa en un conflicto, más bien, lo que se busca es que ambas fuerzas tengan la misma dirección, y la suma de las mismas dará como resultado que el objeto se mueva hacia la dirección que se necesite. Al desplazamiento que se genera a partir de la alineación de ambos sujetos, le podemos llamar Resolución de Conflictos.

Por otro lado, cuando se habla de la Transformación del Conflicto, no solo se está hablando de la solución de la controversia entre partes en una relación, más bien, se está hablando de un cambio en la relación misma, es decir, al dar una resolución a un conflicto se está hablando sobre un hecho puntual; un evento que se toma como suceso aislado, para lo cual se obtiene una respuesta puntual (KRIESBERG, 2007). Luego después, que pasa si las variables de una relación cambian, es probable que la relación vuelva a entrar en un conflicto, dado que una resolución ofrece una respuesta específica sobre una situación específica (ilustración 3).



Mientras que la transformación del conflicto lo que da como resultado es un cambio en las partes, el cual permite que si alguna variable cambia, como se muestra en la Ilustración 4, donde el objeto y los sujetos siguen siendo los mismos que la Ilustración 3, con la diferencia que ahora estamos en un plano inclinado, con un ángulo de inclinación, tenemos una Fuerza Normal y además tenemos una Fuerza de Rozamiento de la superficie, luego después es importante que, tanto el Sujeto A y B tengan las habilidades suficientes para atender la controversia de una forma equilibrada y con resultados muy productivos. Por lo cual la intervención de un facilitador especializado es de suma importancia, ya que mediante su participación, se puede instrumentar a las partes para que obtengan esos recursos ante el conflicto (RODRIGUEZ, 2018).

Lederach (2014) nos propone un planteamiento dimensional sobre donde está la frontera de la resolución y donde se encuentran los límites de la transformación, cuándo se trata de una búsqueda de solución en un conflicto. Para lo cual, nos habla de pautas notables que debemos de atender ante una situación de controversia, es decir, Las Preguntas Claves que se tiene que realizar antes de terminar un conflicto, El enfoque que se le puede dar a la solución, El Propósito que tendría el acuerdo al que se llegará, El Desarrollo del proceso de cómo se llevara a cabo la propuesta de solución, El periodo de tiempo que se requiere para subsanar los sentimientos generados por el conflicto y sobre todo la Vista del conflicto, ya que es importante tener en cuenta que tan rápido, o no, se pretende que

el problema se termine, y como vemos la relación entre los participantes al final del mismo (tabla 1).

Tabla 1 Resolución de conflictos y transformación de conflictos: una breve comparación de Perspectiva. Fuente: Lederach (2014)

	Perspectiva de resolución de conflictos	Perspectiva de transformación de conflictos
Las Preguntas Claves	¿Cómo terminamos con algo no deseado?	¿Cómo terminamos con algo destructivo y construimos algo deseado?
El enfoque	Está centrado en el contenido.	Está centrado en las relaciones.
El Propósito	Lograr un acuerdo y solución al problema presente que crea la crisis.	Promover procesos de cambio constructivo, que incluyan, pero no se limiten a, soluciones inmediatas.
El Desarrollo del proceso	Está incrustado y construido en torno a la inmediatez de la relación dónde aparecen los síntomas de las interrupciones.	Concibe el problema que se presenta como una oportunidad para responder a los síntomas y el compromiso de los sistemas dentro de los cuales se insertan las relaciones.
Periodo de tiempo	El horizonte, es el alivio a corto plazo del dolor, la ansiedad y las dificultades.	El horizonte, para el cambio es de mediano a largo plazo y es intencionalmente sensible a la crisis en lugar de impulsado por la crisis.
Vista del conflicto	Visualiza la necesidad de reducir la escalada de los procesos de conflicto.	Visualiza el conflicto como una ecología que es relacionamente dinámica con reflujo (desescalada del conflicto para buscar un cambio constructivo) y flujo (escalada del conflicto para buscar un cambio constructivo).

Al tener claro, donde están las fronteras entre Resolución y Transformación, el facilitador que intervendrá, como gestor del conflicto, podrá identificar de manera rápida cuál es serían las necesidades que ambas

partes están pretendiendo obtener al someterse a un procedimiento de mecanismos alternos, en este caso la mediación.

Y no sólo eso, sino también se puede determinar, cuál es la magnitud de la fuerza que cada uno de las partes puede llegar a proporcionar para poder alcanzar: Primero un auto composición del la solución que se pretende tener, y segundo el cumplimiento de la misma a través de lo acordado en un convenio de mediación.

3. EQUILIBRIO DE FUERZAS

A una magnitud, que tiene la capacidad de realizar alteraciones ya sea en términos de movimiento o bien en la estructura de un cuerpo, es conocida como Fuerza, la cual según los principios establecidos en las Leyes del Movimiento del ilustre Sir Isaac Newton (1642-1727), es capaz de incidir en un objeto según la mecánica clásica en los estados del movimiento del mismo.

Hablar de fuerza, es muy común cuando estamos en términos de física, donde el estudio de la misma identifica cuatro fuerzas principales, fuerza de gravedad, fuerza electromagnética y fuerza nuclear débil y fuerte (DAVIES, 2010). De lo cual los conceptos que tomamos en cuenta cuando hablamos de personas, es que una fuerza tiene una magnitud que puede medirse en términos de un movimiento.

A partir del concepto de fuerza el ser humano cuenta con una fuerza intangible que le ayuda a realizar acciones que nos permite y seguir adelante en tiempo de adversidad para lograr un objetivo o cumplir una meta, esta fuerza la conocemos como Fuerza de Voluntad (LOPEZ, 2016).

Partiendo de los conceptos anteriores, la fuerza de voluntad puede ser usada para solucionar un conflicto; el cual de forma general se puede definir como un enfrentamiento entre dos o más partes por su diferente ideología (GÓMEZ; GARZA, 2020). Mediante la fuerza de voluntad se puede encontrar una solución para ambas partes, ya que para poder resolver un conflicto es necesario que las partes involucradas accedan a dejar de buscar sólo su beneficio para permitir un bien común, y para que ambas partes permitan la interacción entre ambos es necesaria la fuerza de voluntad. Si ninguna de las partes está dispuesta a ceder para encontrar una solución equitativa, el conflicto se irá tornando cada vez mas complicado

de solucionar y podría terminar de una forma que disturbe la relación que se tiene (VOLKAN, 2018). Y como lo mencionamos, una relación al igual que un objeto, tiene un estado en el cual puede ser Resiliente y un estado donde comienza su deformación plástica, antes de llegar a su ruptura (HOLLING, 1973).

Al utilizar los principios básicos de la fuerza que propone la física, encontramos un sistema de fuerzas, el cual es un conjunto de fuerzas aplicadas sobre un cuerpo, manifestadas en un plano. Por lo cual, para dar equilibrio a un sistema de fuerzas, es necesaria obtener una fuerza resultante, la cual es la suma de todas las fuerzas, y que tiene una dirección específica que actúa como una fuerza de compensación para dar equilibrio al sistema (COVALEDA, MOREIRA & CABALLERO SAHELICES, 2009).

Para lo cual la fuerza resultante que dará equilibrio al sistema de fuerzas será la solución del conflicto, donde una de las fuerzas involucradas será la fuerza de voluntad, mientras que la otra fuerza representara al conflicto en si (TIPPENS, OROZCO & RUIZ, 2007). Luego de donde la sumatoria de las proyecciones de la fuerza de voluntad de cada individuo, darán como resultado una nueva fuerza resultante, la cual al ser aplicada a una acción que se encuentra en un punto A, esta se puede llegar a desplazar a un punto B. (Ilustración 5)

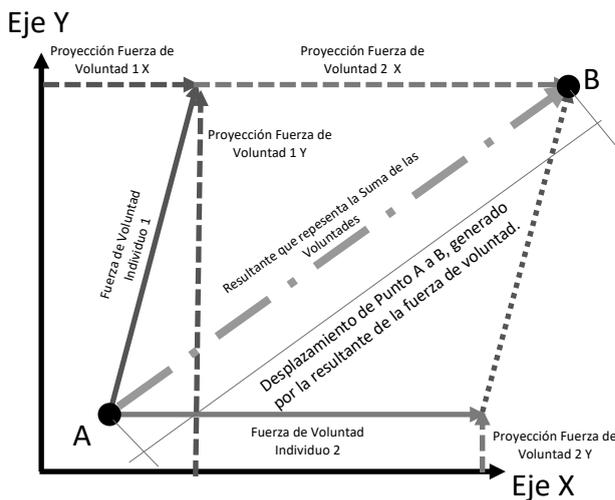


Ilustración 5 Diagrama de Fuerzas de Voluntad de 2 individuos ante el Conflicto.

Fuente: Propia

En un sistema de fuerzas la fuerza resultante no puede existir si falta una de las fuerzas que la conforman ya que solo quedaría el sentido de una fuerza por seguir. Si las partes conflictuadas no usan su fuerza de voluntad para proponerse encontrar una solución equitativa y pacífica, no serán capaces de llegar a un acuerdo donde ambas partes estén de acuerdo con el resultado, esto debido a que ambos se esforzaron por conocer y entender las necesidades del otro y como resultado se generará una solución determinante, la cual será un punto de referencia y sobretodo provocará una identidad entre los que participaron a terminar la controversia (MARDEN, TROMBA & MATEOS, 1991).

Por lo cual cuando se interviene en un conflicto como facilitador, es importante que los canales de comunicación, la interacción entre las partes y el conocimiento del conflicto que se pretende finiquitar, sirvan como herramientas para poder descomponer las fuerzas de los que interactúan en el conflicto y obtener la proyección de las mismas para al momento que se establezca un auto composición, es decir, la sumatoria de fuerzas de ambos participantes pueda alcanzar un equilibrio y como fuerza resultante obtener la magnitud necesaria para generar el movimiento del conflicto hacia una solución.

4. USO DE LA MEDIACIÓN

En todas las actividades del día a día existen diversas controversias que pueden generar conflictos entre individuos, empresas u organizaciones civiles, que a lo largo del tiempo se han tenido que llevar las diferentes disputas a procesos que son largos, tediosos y costosos para todas las partes como son los juicios, por lo que a partir de la implementación de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) se ha demostrado que existen opciones para crear un espacio de diálogo como lo son los MASC en donde existen algunos de vital importancia como son la Mediación (SOLEY, 1985).

Estas alternativas son previas a cualquier tipo de tratado en un juzgado ya que dependen del tipo de conflictos y de los acuerdos que se tienen entre las personas involucradas de que tipo de procedimiento se utilizará, es decir, si a las personas les interesan las relaciones interpersonales, y se considera que dicho conflicto no es parte importante para terminar en

una problemática mayor, por lo que pueden llegar a acordar si superarlo mediante una mediación.

Dado que uno de los objetivos que persiguen los MASC, es la solución pacífica a través de un tercero calificado, el cual puede actuar como un guía, de tal manera que las personas puedan ir autoconstruyendo la solución del conflicto y con ello se encuentren en un punto de acuerdo común.

Este facilitador, podrá posibilitar la capacidad de comunicación entre las partes, para determinar si el flujo de la negociación está en un cierto avance o se encuentra estancada (MOREIRA, 2012). El uso de la mediación como una metodología para la resolución de problemas, proporciona a las partes involucradas los elementos necesarios para que sean ellos mismos quienes encuentran dicha solución al conflicto que están padeciendo, y no de forma impuesta como podrían pensar, a través de una decisión impuesta, lo que ocasiona una respuesta positiva en los individuos cuando se llegan a acuerdos entre ellos mismos (CAICEDO, 2015).

Es por ello que a través de una intervención en un conflicto mediante una mediación vendrá a reforzar la capacidad de resiliencia que tiene las partes, al establecer los canales adecuados que permitan una empatía entre los involucrados. Generando en conjunto la habilidad de establecer parámetros de comportamiento positivo ante la adversidad que representa el solucionar una controversia. Estableciendo así las pautas de una transformación del conflicto ante una situación que se puede pensar, está destinada a la destrucción de la relación (VANISTENDAEL & LECOMTE, 2006).

Ya que la mediación, está definida como una metodología donde las partes que participan en ella, están interactuando de una forma voluntaria, es decir, participan en la mejor disposición de solucionar una controversia. Las cuales mediante la intervención de un facilitador el cual sirve como un tercero imparcial y neutral para establecer las pautas de comunicación entre las personas al momento de participar en la transformación del conflicto que les acontece (TSJCDMX, 2019).

Es importante entender, que para que se pueda solucionar una controversia dentro de los límites de la resiliencia en una relación, se deben de considerar al menos tres factores: El Compromiso de Vinculación entre las Partes (RODRIGUEZ, 2017). El ritmo de cambio que se tomará al

momento de establecer las propuestas de solución, y el liderazgo en este caso del facilitador que atenderá esta controversia Hesselbein situado en Villegas, García & Díaz (2010).

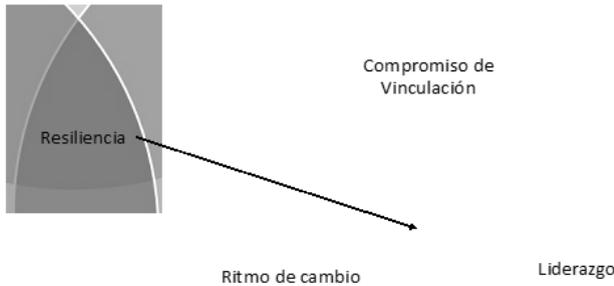


Ilustración 6 Intesección de factores de resiliencia ante solución de un conflicto.
Fuente: Propia.

En la medida que el facilitador, pueda lograr la interacción de estos tres factores. En la experiencia que se puede llegar a vivir al momento de la intervención en un conflicto para las partes, se logrará que la resiliencia se mantenga en los límites ecológicos para que la relación no fluya aún punto que le permita sobrepasar su límite elástico y se convierta en una relación que tiene un estado de deformación permanente.

A aplicar la mediación como una metodología de transformación de un conflicto, estamos protegiendo la magnitud de la fuerza de impacto que las partes tiene y las estamos descomponiendo para obtener una fuerza conjunta y que genere en el desplazamiento del conflicto hacia una solución, con lo cual la mediación y se vuelve un acotamiento de las fronteras que resguarda los limites de la resiliencia en una relación ante un conflicto.

De acuerdo con Curechelar situado en Gorjon (2017), “la mediación es resiliente porque genera procesos de comunicación que favorecen a los protagonistas del conflicto, la habilidad social de resolver sus problemas, actuando positiva y activamente, impulsando la capacidad de los seres humanos para sobreponerse a la adversidad y además construir sobre ella”.

4. REFLEXIÓN

En la relación cotidiana de los individuos, es común que el conflicto se presente. Esto se debe a que la interacción de las diferentes visiones de las personas que conviven en un determinado ambiente, generalmente pueden llegar a encontrar diversas maneras de pensar, sentir, actuar y responder ante la situación que se presente cuando se tiene que realizar alguna acción (Roca , 2014). Sin embargo esto no significa que la relación tenga que fracturarse a raíz de la detección o surgimiento de un conflicto.

Las relaciones sociales al igual que un material, tiene la capacidad de absorber la energía de deformación, la cual si es contenida dentro de un proceso de mediación esto nos puede ayudar a que la relación no alcance ni sobrepase los límites de deformación elástica, punto en el cual la relación se ve afectada de forma permanente generando lo que en la física llamaría una deformación permanente en la relación, antes de alcanzar su punto de fractura definitivo. de deformación elástica, punto en el cual la relación se ve afectada de forma permanente generando lo que en la física llamaría una deformación permanente en la relación, antes de alcanzar su punto de fractura definitivo.

Cuándo se busca la solución de un conflicto, se tiene que tomar en cuenta bajo qué situación se va a actuar es decir, se va a buscar una solución puntual a la situación que se esté generando en ese momento o se busca una solución que permita el aprendizaje entre las partes donde a partir de este momento, si el conflicto adquiere alguna variante que lo haga distinto, las personas que interactúan en el pueda tener las habilidades necesarias para sobrellevar y dar una solución al conflicto.

Es por ello que cuando se actúa en una mediación, el facilitador pueda identificar la forma de descomponer las fuerza de voluntad de cada una de las partes para poderla así proyectar ante los planos de comunicación donde cada uno de las partes, pueda enfatizar con el punto de vista de la otra parte y con ello poder equilibrar esas fuerzas de voluntad para obtener una resultante que gener en el conflicto un desplazamiento hacia la resolución o transformación.

El ejercicio de la mediación como mecanismo de solución de controversias, sin duda, es la oportunidad idónea para que las partes que se presenta en este proceso, pueden encontrar a través de la participación

de un facilitador que es lo que quieren hacer con el conflicto que los ha reunido, una vez que se tenga claro si la relación que se tiene hasta el momento vale la pena perpetuarla, o simplemente dar una solución puntual pacífica, que permita a las partes retomar la confianza en la relación y sobre todo en sí mismos como elementos de transformación en un conflicto.

REFERENCIAS

- ALBERT, S. Naturaleza humana y conflicto: Un estudio desde la Filosofía para la Paz. Eikasía. **Revista de filosofía**, p. 109-116, 2013.
- BECOÑA, E. Resiliencia, Definición, Características y Utilización de Conceptos. **Revista de Psicopatía y Psicología Clínica**, p. 125-146, 2006.
- BURTON, J. **Conflict: Human needs theory**. London: The Macmillan Press, 1990.
- CAICEDO, J. La operatividad de la mediación, como medio de solución de conflictos y las garantías de principio constitucional de la celeridad procesal. **Universidad Técnica Estatal de Quevedo Repositorio Digital**: <https://repositorio.uteq.edu.ec/handle/43000/181>, 15 mar. 2021.
- CORTÉS, O. Propiedades que definen los materiales resilientes. (U. E. Bosque, Ed.) **Revista de Tecnología**, v. 14, n. 1, p. 117-126, 2015.
- COVALEDA, R.; MOREIRA, M.; CABALLERO SAHELICES, M. Los conceptos de sistema y equilibrio en el proceso de enseñanza/aprendizaje de la Mecánica y Termodinámica. Posibles invariantes operatorios. **Revista electrónica de enseñanza de las ciencias**. Ourense., 722-744, 2009.
- DAVIES, P. 4 Universe from bit. Information and the Nature of Reality. En P. Davies, & N. Gregeren. **Information and the Nature of Reality Form Physics the Metaphysics** (p. 65). New York: Cambridge University Press, 2010.

- GÓMEZ, F.; GARZA, J. Métodos alternativos de solución de conflictos. Ciudad de México : Oxford University Press, 2020.
- GORJON, F. **Mediación su valor intangible y efectos operativos**. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017.
- HOLLING, C. Resilience and stability of ecological systems. **Annual Review of Ecology and Systematics**, p. 1-23, 1973.
- KEASHLY, L.; WARTERS, W. **Working It Out: Conflict in interpersonal Context**. Canada: Broadview Press, 2000.
- KRIESBERG, L. The development of the conflict resolution field. En I. Zartman. **Peacemaking in international conflict: Methods and techniques**. (p. 51-73). Washington, DC: US Institute of Peace Press.
- LEDERACH, J. **The little Book of Conflict Transformation**. New York: Skyhorse Publishing, 2014.
- LOPEZ, M. **Cómo entrenar la fuerza de voluntad: Así funciona el músculo mental**. Ciudad Autónoma de Buenos Argentina: B de Books, 2016.
- MARSDEN, J.; TROMBA, A.; MATEOS, M. **Cálculo vectorial**. New York: Addison-Wesley Iberoamericana, 1991.
- MOGOLLÓN, X. et al. Procesos de resiliencia en los espacios de mediación. **Métodos de resolución de conflictos**: <https://goo.gl/xr-4dFy>, 2017.
- MOREIRA, G. M. El concepto de mediación técnica en Bruno Latour Una aproximación a la teoría del actor-red. **Psicología, Conocimiento y Sociedad**, v. 2, n. 1, p. 56-81, 2012.
- RESILIENCIA MATERIALES. Que es, Ensayos, Ejercicios. (s.f.). Obtenido de **Areatecnologia.com**: <https://www.areatecnologia.com/materiales/resiliencia-materiales.html>
- ROCA, M. Conflicto y vida cotidiana. **Salud Vida**: <http://www.salud-vida.sld.cu/articulo/2014/03/19/conflicto-y-vida-cotidiana>>. 2014.

RODRIGUEZ, A. Equipos de alto rendimientos en la Industria de la Construcción usando la mediación, como método de Solución de Conflictos. **Eirene Estudios de Paz y Conflictos**, v. 1, n. 1, 2018.

_____. **La mediación como herramienta de solución de conflictos en la industria de la construcción**. Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León, ago. 2017.

SOLEY, D. ICSID Implementation: An Effective Alternative to International Conflict. **The International Lawyer**, p. 521-544, 1985.

TIPPENS, P.; OROZCO, J.; RUIZ, Á. **Física**: conceptos y aplicaciones. McGraw-Hill Interamericana, 2007.

TSJCDMX. Poder Judicial de la Ciudad de México. **¿Quién es el mediador?** El Mediador es un profesional que interviene en la mediación. Es imparcial, neutral y se encuentra encargado de facilitar la comunicación entre los interesados para que puedan solucionar su problema. Todo con absoluta confidencial: <https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/cja-que-es-mediacion/>> mar. 2019.

VANISTENDAEL, S.; LECOMTE, J. **La felicidad es posible**. Despertar en niños maltratados la confianza en sí mismos: construir resiliencia. Gedisa, 2006.

VILLEGAS, L.; GARCÍA, T.; DÍAZ, A. **Diagnóstico de la probable disposición a la resistencia al cambio en una empresa tabacalera**. En Congreso Internacional de Investigación en Ciencias Administrativas. Xalapa, Veracruz : nstituto De Investigaciones Y Estudios Superiores De Las Ciencias Administrativas, 2010.

VOLKAN, V. **Psicología de las sociedades en conflicto**: psicoanálisis, relaciones internacionales y diplomacia. Herder Editorial, 2018.

WERNER, E.; SMITH, R. **Overcoming the odds**: High risk children from birth to adulthood. London: Cornell University Press, 1992.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MED-ARB EN LOS CONTRATOS DEPORTIVOS

*Melissa Guadalupe Adame Rivera*¹⁰³

*Juan Manuel Sánchez Lozano*¹⁰⁴

*Lina Guadalupe Sierra García*¹⁰⁵

INTRODUCCIÓN

La administración de justicia hoy en día ya no depende de los métodos tradicionales ante autoridades jurisdiccionales como los juzgados, sino que actualmente se cuenta con mecanismos o métodos alternos de solución de conflictos, los cuales, como su nombre lo dice, son formas

103 Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Profesora de licenciatura y posgrado en la citada Facultad de Derecho y Criminología (UANL). Candidata al Sistema Nacional de Investigadores del (SNI), del CONACYT.

104 Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos con mención honorífica “Magna Cum Laude” por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Profesor de tiempo completo en la Preparatoria 25 “Dr. Eduardo Aguirre Pequeño” de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Línea de investigación sobre Cultura de Paz, Psicología deportiva y mediación deportiva.

105 Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Posdoctorado en la Universitat Oberta de Catalunya, en Barcelona, España. Profesora e Investigadora en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México en el área de MASC, Deporte y Cultura de Paz. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel 1, del CONACYT.

diferentes de resolver controversias o disputas. Estos métodos alternos se basan en herramientas de comunicación, apoyo de terceros expertos en dichos procedimientos, así como en la participación activa y voluntaria de las partes en desacuerdo.

Los métodos alternos de solución de conflictos (en adelante MASC) incluyen la negociación, mediación, conciliación, arbitraje, panel de expertos, entre otros, mismos que se caracterizan por su adaptabilidad a diferentes tipos de conflictos en diversas ramas, desde los conflictos civiles, familiares, comerciales, laborales, de inversión, de consumo, incluso se pueden implementar dichos métodos en conflictos y disputas entre países y sus gobiernos.

En el presente trabajo, se abordará la inclusión de la mediación y el arbitraje, e incluso su fusión, como métodos alternos de solución de conflictos que pueden implementarse en los conflictos derivados de contratos deportivos, ya sea por tratarse de conflictos entre miembros de equipos deportivos, entrenadores e incluso por tratarse de conflictos en relaciones contractuales cuando los mismos deportistas adquieren el rol de profesionales del deporte.

Los métodos híbridos o escalonados, como la mediación-arbitraje, suelen ser una propuesta atractiva para las partes en conflicto puesto que, ante la incertidumbre de obtener un acuerdo en mediación, pueden también contar con el arbitraje como segundo método alternativo para asegurar la solución de la controversia.

Si bien las partes pueden optar por acudir a juzgados y tribunales, es sabido que los juicios o litigios pueden tardar, dilatarse y se traducen en una inversión que concluye en una pérdida económica para las partes. En consecuencia, cuando presentan estas alternativas como los métodos MED-ARB, en donde las partes comienzan con un método amistoso y flexible de comunicación, pero a su vez cuentan con un método más impositivo donde un árbitro o árbitros resolverán mediante un laudo, los involucrados se interesan más por los métodos alternos puesto que denotan las ventajas que éstos conllevan y pueden aplicarse a sus conflictos.

1. LOS MASC COMO VÍAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DEPORTIVOS

Un apartado en el cual se centrará la atención del presente artículo es el tema del incumplimiento de los contratos deportivos y las posibilidades

jurídicas que tienen las partes contratantes de resolver aquella situación que causó dicho incumplimiento.

1.1 LOS CONTRATOS DEPORTIVOS Y SU EJECUCIÓN EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

Para poder obtener, adquirir, prestar y vender bienes y servicios, se requiere de un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, cuya celebración les brinde seguridad de cumplimiento en los acuerdos que se están pactando, o en su defecto, que, ante un incumplimiento, sea exigida su ejecución. En materia civil esta celebración de acuerdos entre varias partes y que tiene consecuencias y efectos jurídicos de derechos y obligaciones se les denomina contratos.

Un contrato es un acto jurídico que se define como “el acuerdo de dos o más voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones” (SEPÚLVEDA SANDOVAL, 2006, pág. 10).

Al hablar de contratos se entiende que estos están conformados por partes y elementos esenciales que se deben de contener para cumplir con su existencia y validez según menciona Sepúlveda Sandoval (2006), como son la voluntad de las partes, el objeto del contrato, que no existan situaciones ocultas o vicios del consentimiento de las partes, además de que se trate de un objeto lícito, y que las partes involucradas tengan la capacidad jurídica para celebrar el contrato.

Los contratos en el ámbito deportivo pueden ser diversos y entre los principales se pueden destacar: de relación laboral, de patrocinio, de representación, de propiedad intelectual, derechos de imagen, entre otros. Dentro de los contratos pueden surgir imprevistos o conflictos derivados del incumplimiento o de una falta en los acuerdos establecidos, por tal motivo, se puede pedir la ejecución y la rescisión de los contratos a través de la aplicación de las leyes.

Las controversias pueden ir desde un incumplimiento, omisión o error en la prestación del servicio, un desacuerdo en la cantidad y forma de pago, divulgación de información confidencial, mal uso o violación de acuerdos de propiedad industrial y/o derechos de autor, rescisión o terminación anticipada del contrato, entre otras posibles situaciones que induzcan a un conflicto legal entre las partes.

Es por lo anterior, que en los contratos se prevé una cláusula en la cual las partes establecen la forma en que solucionarán los conflictos o controversias que se presenten a partir de la relación contractual que se está pactando. Dicha cláusula contractual contiene la forma en que los contratantes pueden acordar cómo resolver sus conflictos, la cual puede ser a través del sometimiento a una vía judicial o a tribunales o autoridades jurisdiccionales de un determinado país, estado o ciudad, o a través de métodos alternos de solución de conflictos.

Esta última vía alterna mencionada es la que a continuación se hará mención y referencia como opciones con las que cuentan los ciudadanos de acudir a dirimir sus diferencias y conflictos mediante estos MASC o un método híbrido de MASC.

1.2. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MASC EN LOS TRIBUNALES DEPORTIVOS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos expresa en el artículo 17 que las leyes preverán los mecanismos alternativos de solución de conflictos para que todas las personas puedan someter sus asuntos a resolverse mediante dichas vías de promoción a la justicia. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, también conocidos como MASC, son aquellos que les brindan la posibilidad a las personas de tomar el control y decisión sobre su asunto o conflicto, de una manera rápida, confidencial y en algunos casos gratuita.

Una de las ventajas de estos mecanismos es que los acuerdos a los que se llegue en dichos procedimientos, serán vinculantes para las partes en caso de un incumplimiento y ello se refiere a que, si alguna de ellas no cumple en lo establecido dentro del acuerdo de mecanismo alternativo, podrán ratificar el acuerdo ante la autoridad competente y elevarlo a categoría de cosa juzgada, lo cual brinda una seguridad jurídica a las partes involucradas.

Dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentra la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros. Uno de estos métodos más conocidos es la mediación que se define como aquel mecanismo no adversarial en el que un tercero neutral llamado mediador o facilitador, guía a las partes mediante el diálogo a que

encuentren opciones de solución y sean ellas mismas quienes decidan el acuerdo al asunto o conflicto que los tiene en discordancia según refieren Gorjón, F. y Sánchez, A. (2015).

La mediación es un procedimiento voluntario en el que las partes deciden si se someten o no al mecanismo, e inclusive dentro del mismo procedimiento las partes pueden elegir cuándo retirarse del mismo. En este método la labor del mediador o facilitador es la de invitar a las partes a permanecer y decidir una solución más benéfica para todos. Por otro lado, el arbitraje es el mecanismo de solución de conflictos que se caracteriza por su formalidad, la cual es mayor que otros métodos existentes, ya que su configuración procesal es más similar a un juicio.

González de Cossío (2014), en el arbitraje un tercero neutral llamado árbitro dirime la situación o conflicto que las partes someten a su decisión. Dicho árbitro puede actuar por sí solo o en conjunto con dos o más árbitros conformando un tribunal arbitral, en este último caso entre todos deciden la solución del asunto que se les presentó. En el arbitraje, la resolución final emitida por el árbitro o árbitros es denominada laudo.

Al hacer mención de los mecanismos de solución alterna y la posibilidad que tienen todas las personas de hacer uso de ellos, se vuelve necesario que se propague su utilización y sus beneficios en todas las esferas jurídicas, entre ellas el derecho deportivo. Es importante destacar la aplicación de los MASC en el deporte, pues al pactarlos e implementarlos, las partes saben y reconocen que una disputa deportiva deberá ser resuelta con prontitud y solo mediante los mecanismos alternos, un ejemplo claro es la mediación y el arbitraje, con los cuales se podrá llevar un proceso de forma rápida y efectiva.

En materia de derecho deportivo existen tribunales encargados de dirimir las controversias que surgen entre todos los actores deportivos y entre todos los actos jurídicos que son objeto de contratación. En México se cuenta con algunas Comisiones que se encargan de resolver conflictos deportivos, como lo son la Comisión de Apelación y Arbitraje Deportivo (en adelante CAAD), quien se encarga de resolver cualquier situación que surja entre los involucrados del Sistema Nacional de Cultura Física y Deporte.

Esta Comisión se encuentra regulada en la Ley General de Cultura Física y Deporte en el Título Tercero de la Comisión de Apelación y

Arbitraje Deportivo y cuyas funciones son dirimir controversias de naturaleza jurídica deportiva a través de los procedimientos de apelación, mediación o conciliación y arbitraje mismas que se encuentran descritas en el artículo 78 de la citada ley.

Dentro del deporte del fútbol profesional mexicano, se cuenta con el Comisión de Conciliación y Resolución de Controversias de la Federación Mexicana de Fútbol, en donde se espera resolver conflictos mediante la conciliación y el arbitraje. Por otro lado, a nivel internacional el organismo encargado de resolver los asuntos en materia deportiva es el Tribunal de Arbitraje del Deporte o *Tribunal Arbitral du Sport* (en adelante TAS). El citado Tribunal de Arbitraje Deportivo es una institución independiente con sedes en Lausana, Suiza, en Nueva York, Estados Unidos de América y en Sídney, Australia, la cual fue creada en el año de 1984 para resolver asuntos de Juegos Olímpicos según refiere su página web oficial.

El TAS es el órgano máximo en materia deportiva que dirime los asuntos deportivos mediante el procedimiento de queja, mediación y arbitraje. Dichas resoluciones que emiten son definitivas para las partes que someten su asunto o diferencia ante dicho tribunal.

Como se hace mención, la utilización de los MASC dentro del deporte dota de certidumbre jurídica a las partes en conflicto, puesto que actualmente se cuenta con tribunales que brindan sus servicios mediante estas vías de solución.

Por lo anterior, se vuelve fundamental que, dentro de los contratos deportivos se prevea la posibilidad de resolver las controversias mediante los MASC, en vez de considerar el sometimiento de las partes a los tribunales ordinarios en caso de una controversia. Esto como una vía alterna a la tradicional que actualmente no es eficiente para el caso de querer tener seguridad jurídica que el conflicto se resolverá de manera rápida y eficiente.

2. LAS CLÁUSULAS HÍBRIDAS O ESCALONADAS DENTRO DE LOS CONTRATOS DEPORTIVOS

Entre las cláusulas de resolución de conflictos encontramos aquellas cláusulas en las que se expresa de inicio a que mecanismo se podría acudir, por ejemplo, las partes pueden elegir someterse a mediación, arbitraje o a ambos métodos alternos.

Actualmente, se conoce más la cláusula arbitral, o también llamada cláusula compromisoria o acuerdo arbitral, como otros autores suelen denominarla. Dicha cláusula es definida como el “contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje” (GONZÁLEZ DE COSSÍO, 2014, pág. 181).

Abascal Zamora (2014) refiere que el acuerdo arbitral o cláusula arbitral obliga y compromete a las partes al arbitraje, además de que obliga a que los tribunales ordenen el cumplimiento del laudo arbitral. Inclusive, la cláusula arbitral es la que determina qué asuntos o conflictos serán sometidos al arbitraje y, en caso de que no se especifique, se presumirá que la cláusula comprende todos los conflictos que puedan derivar del contrato pactado según menciona Graham (2009).

En el caso de la mediación, cuando se acuerda este método por sí solo, se establece en la cláusula de resolución de conflictos o cláusula compromisoria el pacto de los involucrados de someter sus controversias presentes y futuras a este mecanismo alterno, el cual será guiado por un tercero neutral conocido como mediador.

2.1 LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS MED-ARB EN LOS CONTRATOS

En este espacio se enfatizan las llamadas cláusulas híbridas o escalonadas, en las cuales las partes pueden elegir someterse a mediación, arbitraje o a ambos métodos alternos, así como su aplicación y sus características y por qué resulta importante su introducción dentro del ámbito deportivo.

Entre estas cláusulas híbridas o escalonadas, destacan las cláusulas MED-ARB, cuya aplicación refiere a que, en caso del surgimiento de algún conflicto, las partes optarán por acudir en primera instancia a la mediación para tratar de resolver su conflicto; y en caso de que no se llegue a un acuerdo que beneficie a ambas partes, se procederá a someterse al arbitraje.

Las cláusulas MED-ARB no son tan conocidas como la cláusula arbitral, sin embargo, ofrecen a las partes contratantes un mayor control sobre la solución de su disputa pues las partes no sólo se atienen al arbitraje, sino que también tienen la posibilidad de resolver su conflicto de

manera voluntaria antes de llegar a un arbitraje, y donde pueden tener una mayor participación en la decisión de cómo solucionar la controversia que se suscite.

Es por esto que los autores afirman que “los defensores del procedimiento MED-ARB declaran que dicho mecanismo fusiona la flexibilidad de la mediación con el carácter definitivo del arbitraje” (PAPPAS, 2013).

2.2. LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS Y CLÁUSULAS MODELO

Según Abascal Zamora (2014) toda cláusula en un contrato puede ser patológica, esto quiere decir que dichas cláusulas pueden tener defectos de redacción o ser defectuosas, lo cual puede repercutir al ocasionar problemas y riesgos en el arbitraje o en el método alternativo de solución de conflictos pactados por las partes.

Este tipo de cláusulas pueden presentarse cuando la redacción de las partes es ambigua o contradictoria, lo cual puede provocar que la cláusula no sea efectiva y se dilate el procedimiento, así como también puede generar disconformidad en la voluntad de los contratantes, por lo cual, no logrará “producir efectos jurídicos vinculantes entre las partes, evitar la intervención de la justicia ordinaria en la resolución de la controversia, revestir a los árbitros de poder jurisdiccional, y adoptar y realizar un procedimiento expedito para resolver la disputa” (ARÉVALO REYES, 2012, pág. 52).

Algunos ejemplos comunes de cláusulas patológicas son las que prevén métodos alternos de solución de conflictos y que determinan requisitos y límites de tiempo que no son razonables, establecen reglas específicas y limitadas del procedimiento, prevén una lista meticulosa de requisitos que el árbitro, mediador o facilitador deben cumplir, entre otros aspectos.

En consecuencia, los autores afirman que la “redacción del acuerdo arbitral es una tarea delicada” (CRUZ MIRAMONTES; CRUZ BARNEY, 2004, p. 38) y no sólo del acuerdo arbitral sino de toda cláusula de resolución de conflictos puesto que se debe incluir el compromiso de sometimiento al método de solución de conflictos pactado, las reglas del método y su procedimiento, las leyes aplicables a la materia del contrato, sea comercial, laboral, deportivo, entre otros.

La solución que las autoridades nominadoras e instituciones reguladoras de métodos alternos han proporcionado ante las cláusulas patológicas, es la implementación de cláusulas predeterminadas o cláusulas modelo cuando las partes deseen someterse a métodos alternos de solución de conflictos como la mediación y arbitraje.

Las cláusulas modelo son “formatos de cláusulas compromisorias elaboradas comúnmente por instituciones administradoras de arbitraje, establecen un lenguaje general de acudir al arbitraje en caso de disputa e incluyen en forma automática la remisión a un reglamento de procedimiento arbitral” (ORTEGA LÓPEZ, 2014, p. 89).

Las cláusulas modelo también pueden utilizarse cuando las partes se sometan a mediación, conciliación, negociación, panel de expertos, entre otros, y ante la posibilidad de que los contratos contengan cláusulas patológicas de solución de conflictos, las autoridades nominadoras recomiendan y dan promoción al uso de cláusulas modelo.

Ahora bien, las cláusulas MED-ARB son consideradas como cláusulas híbridas, escalonadas, sobrepuestas o multinivel según Sáenz Viesca (2014), y se denominan de esta manera porque prevén dos o más métodos de solución de conflictos, uno después del otro. Además de que debe de agotarse la primera instancia o etapa para poder acudir al otro método, de ahí que se vaya escalonando el procedimiento.

Estas cláusulas híbridas o escalonadas requieren ser redactadas de manera clara y concreta para poder implementarlas a un caso específico, evitando la omisión de elementos que no permitan su aplicación o la conviertan en una cláusula patológica y nula, es decir, que no tenga validez jurídica.

A continuación, se hará mención de algunos ejemplos de cláusulas modelo redactadas por las principales instituciones reguladoras de MASC a nivel internacional. Se transcriben dichas cláusulas en su idioma de origen para demostrar su contenido.

La *International Chamber of Commerce*, por sus siglas en inglés ICC, prevé la Cláusula D: Obligación de someter la controversia al Reglamento de Mediación de la CCI, seguida de arbitraje.

En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lu-

gar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. A falta de resolución de las controversias según dicho Reglamento dentro de los [45] días siguientes a la presentación de la solicitud de Mediación, o al vencimiento de otro plazo que hubiera sido acordado por escrito por las partes, tales controversias deberán ser resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, s.f.).

La *American Arbitration Association*, por sus siglas en inglés AAA, en conjunto con el *International Centre for Dispute Resolution ICDR*, prevén dentro de sus diversas guías prácticas de redacción de cláusulas, diversos modelos de cláusula escalonada, entre los cuales se destacan las dos siguientes.

Primera cláusula de la *American Arbitration Association*:

If a dispute arises out of or relates to this contract, or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through negotiation, the parties agree first to try in good faith to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Procedures before resorting to arbitration, litigation, or some other dispute resolution procedure. (AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, 2013, p. 12).

Segunda cláusula de la *American Arbitration Association*:

If a dispute arises from or relates to this contract or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through direct discussions, the parties agree to endeavor first to settle the dispute by mediation administered by the American Arbitration Association under its Commercial Mediation Procedures before resorting to arbitration. Any unresolved controversy or claim arising from or relating to this contract or breach thereof shall be settled by arbitration administered by the American Arbitration Association in accordance with its Commercial Arbitration Rules, and judgment

on the award rendered by the arbitrator may be entered in any court having jurisdiction thereof. If all parties to the dispute agree, a mediator involved in the parties' mediation may be asked to serve as the arbitrator. (AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, 2013, p. 33-34).

La *London Court of International Arbitration*, por sus siglas en inglés LCIA, prevé por su parte el siguiente modelo de cláusula escalonada:

In the event of a dispute arising out of or relating to this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, the parties shall first seek settlement of that dispute by mediation in accordance with the LCIA Mediation Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

If the dispute is not settled by mediation within [...] days of the commencement of the mediation, or such further period as the parties shall agree in writing, the dispute shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause.

The language to be used in the mediation and in the arbitration shall be [...].

The governing law of the contract shall be the substantive law of [...].

In any arbitration commenced pursuant to this clause,

(i) the number of arbitrators shall be [one/three]; and

(ii) the seat, or legal place, of arbitration shall be [City and/or Country]. (The London Court of International Arbitration (LCIA) s.f.)

Actualmente, las autoridades nominadoras como instituciones reguladoras de MASC proponen y recomiendan diversas cláusulas modelo que pueden ser utilizadas en contratos de diferentes ramas, desde contratos comerciales, contratos civiles, del área de la construcción, de inversión, contratos laborales, entre otros.

Las cláusulas modelo escalonadas MED-ARB que proponen estas autoridades nominadoras difieren entre sí, por lo que se recomienda al lector que en caso de querer implementar una cláusula modelo de este tipo, consulte las diferentes propuestas que existen, analice cual es la que más se adecúa al tipo de negocio o relación contractual que se está pactando, a las partes contratantes, a la institución a la cual desean someter sus disputas y al tipo de método al que se comprometen acudir en caso de suscitarse un conflicto o controversia derivada de su relación contractual.

Otras recomendaciones que hacen diversos autores al momento de usar cláusulas modelo es limitar el tiempo de cada etapa de un método híbrido o escalonado, así como señalar la ley aplicable al método alternativo, el número de facilitadores, lugar e idioma.

Friedland (2007), así Bryan & Tavares Erickson (2008), resaltan el señalar límites y periodos de tiempo de duración para cada fase en un procedimiento híbrido o escalonado, lo cual permite controlar los tiempos y evita los retrasos en el procedimiento. En tanto que Abascal Zamora (2014) menciona la importancia de incluir aspectos fundamentales para llevar a cabo el arbitraje como lo son el idioma y lugar en que se llevará a cabo, si el arbitraje será dirigido por uno o más árbitros y la ley aplicable a dicho arbitraje.

Las recomendaciones que hace Abascal Zamora (2014) son aplicables tanto al arbitraje como a la mediación y los demás métodos alternos puesto que nos dan una guía con aspectos básicos para poder empezar y activar los mecanismos de solución de conflictos.

3. RECOMENDACIONES EN LA REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA HÍBRIDA O ESCALONADA

Según González de Cossío (2014), en materia de arbitraje el acuerdo arbitral puede redactarse como una cláusula arbitral dentro del contrato, pero también como un compromiso aparte del contrato. En ambos casos, sea como una cláusula contractual o como un anexo del contrato, se acuerda el sometimiento de las partes al arbitraje.

Como el caso que nos ocupa son los contratos deportivos, la recomendación es que al redactar el contrato se incluya una cláusula, no sólo

de carácter arbitral, sino escalonada o híbrida para poder incluir una mediación o una negociación antes del arbitraje.

Dichas cláusulas escalonadas ya están previstas y predeterminadas por las autoridades nominadoras, que, aunque no sean las instituciones que regulen el método alternativo, pueden servir de base para la redacción de la cláusula, la cual pueden las partes adecuarla y adaptarla al facilitador, corte o tribunal al que decidan someter sus disputas, como lo es el Tribunal de Arbitraje Deportivo o *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS), o la Comisión de Apelación y Arbitraje Deportivo (CAAD).

Así también, una cláusula escalonada debe cuidar el texto con la cual se redacta pues de ser específica y restrictiva, puede llegar a limitar su aplicación; y, por el contrario, si su redacción es ambigua y general, puede no llegar a implementarse por quedar a interpretación de las partes su materialización. Esta es una razón más por la cual se recomienda la implementación de cláusulas escalonadas de instituciones reguladoras de MASC.

Específicamente en contratos deportivos, se recomiendan las cláusulas propuestas por la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje o la *London Court of International Arbitration* pues son instituciones internacionales con experiencia en la materia, cuyas cláusulas han sido redactadas, analizadas y ejecutadas por dichas instituciones y cortes, lo cual dota de seguridad jurídica a las partes de que sus conflictos podrán ser resueltos en un método diverso a un litigio que puede involucrar grandes cantidades de dinero y tiempo invertido.

CONSIDERACIONES FINALES

Como se hizo mención, en los últimos años el procedimiento de la mediación ha adquirido presencia y su utilización dentro de Comisiones y Tribunales internacionales ha ido en aumento. Aunado a lo anterior y debido a que las instituciones reguladoras de MASC ya cuentan con procesos y normativas establecidas para llevar a cabo mediaciones y arbitrajes en diferentes ramas, como lo es en el ámbito deportivo, resulta conveniente y beneficioso el aplicar la mediación de inicio y el arbitraje como segunda instancia ante los conflictos deportivos.

Los contratos deportivos pueden prever esta mediación y arbitraje en lugar del sometimiento de las partes a juzgados y tribunales jurisdiccionales.

les. La implementación del método híbrido mediación-arbitraje dará más seguridad y certeza jurídica de que el conflicto se resolverá sea mediante un acuerdo de las partes en una mediación o a través de un laudo en un arbitraje de forma definitiva.

La manera en que se puede incluir estos métodos en las relaciones contractuales es a través de cláusulas híbridas, escalonadas o multinivel, en las cuales se prevé el idioma y el lugar de los métodos pactados, el tiempo que dura cada etapa del mecanismo alterno, y la ley o normativa aplicable a la mediación y al arbitraje.

Debido a que la redacción de las cláusulas escalonadas, como la cláusula MED-ARB, requieren ser precisas, concisas, claras, pero a la vez no estar limitadas o restringidas, se recomienda la implementación de cláusulas modelo propuestas y sugeridas por las instituciones reguladoras de métodos alternos de solución de conflictos, puesto que dichas cláusulas modelo ya han sido probadas y ejecutadas por dichas instituciones, lo cual da seguridad a las partes contratantes que en caso de someter sus disputas a los métodos administrados por dichas instituciones, las cláusulas serán válidas y ejecutables.

En conclusión, la importancia de la implementación de MASC híbridos o escalonados, como los métodos MED-ARB, en los contratos deportivos radica en que las partes tengan la posibilidad de resolver conflictos de forma que los pueda favorecer al reducir la inversión económica y de tiempo. En segundo término, y en caso de no lograr un acuerdo, las partes puedan recurrir ante otro MASC donde un tercero neutral emita una resolución final vinculante para las partes en conflicto.

De ahí, surge también la importancia de redactar de manera adecuada una cláusula escalonada como la MED-ARB, para que las partes puedan llevar los MASC escalonados de la cláusula contractual a la realidad.

REFERENCIAS

ABASCAL ZAMORA, J. En C. Flores Rueda (Ed.), **Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial**. México, D.F.: Editorial Themis, 2014.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. **Drafting dispute resolution clauses. A practical guide**. Disponible en: <https://>

adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf .
Accedido el: 29 mar. 2021.

ARÉVALO REYES, H. D. **Arbitraje**. Arbitramiento en derecho, en equidad, técnico, legal, institucional e independiente o ad hoc, el pacto arbitral, procedimiento, minutas y modelos. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012.

BRYAN, K.; TAVARES ERICKSON, H. Business arbitration can and should be improved in the United States. **Dispute Resolution Magazine**, v. 14, n. p. 3-4, 21, 2008.

CAAD. **Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte**. Disponible en <https://www.gob.mx/caad> . Accedido el: 29 mar. 2021.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, de 5 de febrero de 1917.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. **Ley General de Cultura Física y Deporte**, de 7 de junio de 2013.

CRUZ MIRAMONTES, R.; CRUZ BARNEY, Ó. **El arbitraje**. México, D.F.: Porrúa, 2004.

FEDERACIÓN DE MEXICANA DE FÚTBOL ASOCIACIÓN, A.C. **Reglamento de la Comisión de Conciliación y Resolución de Controversias**, 2017.

FRIEDLAND, P. **Arbitration clauses for international contracts** (Second edition). Huntington, New York, United States of America: Juris Publishing, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. **Arbitraje** (Cuarta ed.). México, D.F.: Porrúa, 2014.

GRAHAM, J. A. Generalidades del arbitraje y el acuerdo arbitral. En: GORJÓN GÓMEZ, F.; STEELE GARZA, J. G.; CARDOZA MOYRON, R. (Orgs.). **Mediación y arbitraje. Leyes comen-**

tadas y concordadas del Estado de Nuevo León. (p. 165-174). México, D.F.: Editorial Porrúa, 2009.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (s.f.). **Cláusulas de Mediación de la CCI.** Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/suggested-icc-mediation-clause-spanish-version/>. Accedido el: 29 mar. 2021.

ORTEGA LÓPEZ, E. En C. Flores Rueda (Ed.), **Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial.** México, D.F.: Editorial Themis, 2014.

PAPPAS, B. (2013). Med-Arb: the best of both world may be too good to be true. a response to Weisman. **Dispute Resolution Magazine**, v. 19, n. 3, p. 42.

SÁENZ VIESCA, J. En C. Flores Rueda (Ed.), **Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial.** México, D.F.: Editorial Themis, 2014.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, C. **Contratos civiles.** México, D.F.: Porrúa, 2006.

TAS/CAS. **Tribunal Arbitral du Sport.** Disponible en <https://www.tas-cas.org/es/index.html>. Accedido el: 30 mar. 2021.

THE LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). (s.f.). **Recommended clauses.** Disponible en: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Clauses.aspx . Accedido el: 29 mar. 2021.

LA PERTINENCIA DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO VÍAS DE SOLUCIÓN EN LOS CONFLICTOS DEPORTIVOS

*Lina Guadalupe Sierra García*¹⁰⁶

*Juan Manuel Sánchez Lozano*¹⁰⁷

*Melissa Guadalupe Adame Rivera*¹⁰⁸

*Paris Alejandro Cabello Tijerina*¹⁰⁹

INTRODUCCIÓN

La competitividad que se presenta en la práctica deportiva, puede causar fricciones derivadas de la misma naturaleza del deporte, por ejemplo, en

106 Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Posdoctorado en la Universitat Oberta de Catalunya, en Barcelona, España. Profesora e Investigadora en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México en el área de MASC, Deporte y Cultura de Paz. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel 1, del CONACYT.

107 Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos con mención honorífica “Magna Cum Laude” por la Universidad Autónoma de Nuevo León, México; Profesor de tiempo completo en la Preparatoria 25 “Dr. Eduardo Aguirre Pequeño” de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México; Línea de investigación sobre Cultura de Paz, Psicología deportiva y mediación deportiva.

108 Doctora en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Profesora de licenciatura y posgrado en la citada Facultad de Derecho y Criminología (UANL). Candidata al Sistema Nacional de Investigadores del (SNI), del CONACYT.

109 Doctor en Intervención Social y Mediación por la Universidad de Murcia; Doctorando en Estudios Internacionales en Paz, Conflicto y Desarrollo por la Universitat Jaume I;

los juegos de contacto se pueden ejecutar o realizar algunos movimientos con fuerza desmedida y ocasionar alguna lesión o causar molestia en los jugadores, y por ende esas conductas antideportivas pueden ir más allá de la duela, cancha o campo de juego y desencadenar en episodios de conflicto o violencia ajenos al deporte. Cabe destacar que los conflictos deportivos no sólo se limitan a los que se suscitan entre jugadores, sino que también se pueden presentar entre deportistas y entrenadores, deportistas y padres de familia, o entre los mismos padres de familia y los entrenadores, por mencionar otros escenarios.

La gestión de los conflictos juega un papel importante y decisivo en la práctica deportiva, dentro o fuera del terreno de juego, pues se requiere una estabilidad en el entorno ya que se pueden ver afectados o trastocados por algún conflicto la continuidad de un partido o competencia, algún trámite con un deportista, un patrocinio o club deportivo y con ello generarse una pérdida económica o desencadenar en una situación o controversia legal que conlleve a consecuencias mayores para los involucrados.

Se espera que dentro del deporte los implicados cuenten con las herramientas necesarias para poder resolver esas fricciones o conflictos que se generan y que sean ellos mismos, quienes encuentren una solución satisfactoria para sus diferencias.

En este artículo se abordará el tema de los métodos alternos de solución de conflictos como son la mediación y el arbitraje, su contribución, beneficios y la utilidad en la gestión de conflictos dentro del ámbito deportivo, pretendiendo resaltar los mecanismos alternos de solución de conflictos, como esas vías de solución que permiten a las partes resolver controversias que se suscitan en cualquier espacio de convivencia deportivo.

Por una parte, se conoce a la mediación como un procedimiento voluntario, en el que las partes son guiadas por un tercero llamado mediador o facilitador, quien en forma neutral e imparcial facilita el diálogo en el proceso para que se logre un acuerdo satisfactorio para todos. Por otro lado, se cuenta con el mecanismo del arbitraje que destaca como una vía alterna de solución

Investigador Nivel II del Sistema Nacional de Investigadores; Coordinador de la Línea de Investigación de Mediación y Cultura de Paz. Co-Director de la Revista Eirene. Estudios de Paz y Conflictos.; Coordinador de la Red Académica Internacional de Investigación para la Paz (RAIIP); Miembro del Cuerpo Académico Consolidado de Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la UANL-CA-328.

de conflictos que posee características diferentes a la mediación, ya que en el arbitraje el tercero neutral e imparcial, llamado árbitro, sigue siendo imparcial al escuchar a las partes, sin embargo, en éste proceso es él quien decide la solución al conflicto presentado por las partes a través del laudo arbitral.

Por lo anterior, el objetivo del presente trabajo es el de mostrar las bondades y beneficios que otorgan los mecanismos de solución alterna como son la mediación y el arbitraje, identificar las características de cada uno de ellos, así como las diferencias entre dichos procedimientos.

1. CONTEXTO GENERAL DEL CONFLICTO DEPORTIVO

El conflicto es la colisión de visiones diferentes, donde dos sujetos pugnan por obtener un resultado disímil, ya sea porque comparten un objetivo, o tienen objetivos completamente diferentes en una situación particular y compartida según Gorjón, F. y Sánchez, A. (2016).

El conflicto se encuentra presente en el diario vivir, resulta inherente al ser humano, se encuentra presente en todos los espacios de convivencia, lo cual refleja que es posible su presencia dentro de los clubes e instituciones deportivas.

Al saber que el conflicto es propio e inseparable de las personas, no se puede excluir de la práctica deportiva, ya que “toda actividad –fundamentalmente de conjunto– implica la existencia de intereses dispares que originan confrontaciones entre sus integrantes, lo que, en muchos casos, suelen convivir por largos períodos antes de una competencia: un campeonato local, mundial, una olimpiada, los entrenamientos, etcétera.” (Barquero, 2013).

Los conflictos deportivos se pueden definir como, “todos aquellos que provengan directa o indirectamente de la práctica del deporte y no estén contenidos en el denominado derecho disciplinario” (Pérez-Ugena, 2015).

El conflicto en el contexto del deporte es común y frecuente, siguiendo a Barquero (2013), es prácticamente imposible de evitar, ya que se dan enfrentamientos entre los mismos deportistas, tanto en el deporte individual como de conjunto y esto sucede por la naturaleza misma de la competencia dando lugar a posibles roces, choques, fricciones, entre otros, que pueden alterar las emociones generando conflicto dentro y fuera de un partido o competencia.

Los conflictos presentes en el entorno deportivo resultan diversos debido a la complejidad del deporte y las diversas formas de realizarse. Como algunos ejemplos podemos destacar los que se presentan entre jugadores de un club o

equipo, entre el entrenador y sus jugadores, el deportista y su representante, con directivos, familiares de los deportistas con el cuerpo técnico, entre otros.

También podemos destacar conflictos en el deporte profesional como son los acuerdos comerciales, los patrocinios, la venta de derechos televisivos, derechos de imagen, publicidad, entre otros.

Por ello, una gestión equivocada del conflicto, o bien conflictos que no son resueltos impactarán de forma negativa en el rendimiento y en la organización deportiva ya sea en las etapas de iniciación, amateur o bien profesional.

Ante el surgimiento de los conflictos en el deporte y la necesidad de contar con herramientas que permitan resolverlos de una forma rápida y pacífica, se presentan los métodos alternos de solución de conflictos (en adelante MASC) como esas vías que permiten un acercamiento entre las partes y una posibilidad de que sean ellas mismas quienes lleguen a un acuerdo.

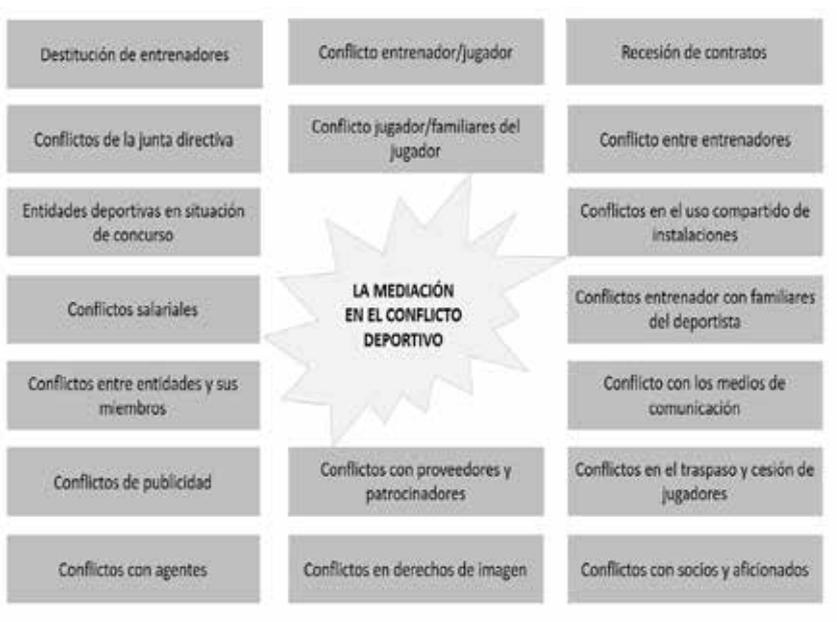


Ilustración 1. La mediación en el conflicto deportivo. Elaboración propia.

2. LA GESTIÓN Y SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEPORTIVO

En el ámbito deportivo no existe una forma única para resolver las controversias que lleguen a surgir; sin embargo, las ventajas y beneficios que otor-

gan la mediación y el arbitraje como métodos alternativos a los tradicionales pueden resultar significativos en la gestión de los conflictos en el deporte.

En el deporte no es beneficiosa una larga espera en la solución de un conflicto, ya que afectaría la buena marcha de un juego, una competencia o un trámite administrativo, por ello, se encuentra un área de oportunidad donde se pueden implementar aquellos procedimientos expeditos de resolución de conflictos como son la mediación y el arbitraje.

En este apartado se van a mencionar las características y bondades de la mediación y el arbitraje y los beneficios de su implementación en el ámbito deportivo.

2.1. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DEPORTE

La mediación es un proceso que “en términos generales ha sido concebida como una negociación asistida, donde un tercero emplea determinadas técnicas para ayudar a las partes a concluir un acuerdo satisfactorio y duradero” (Sánchez García, 2015, p. 48).

En dicho proceso no interviene un juez ni se desarrolla en un procedimiento judicial, sino que se trata de un método alterno que pretenden lograr una solución de un problema legal, en el cual participan las partes en conflicto, el mediador o también llamado facilitador y técnicas de comunicación (Sánchez García, 2015).

De acuerdo con algunos autores, la mediación parte de las ramas de la ciencia como la psicología y el derecho y busca resolver una desavenencia de las partes conflictuadas, ya que es un método diferente que se define como un conjunto de “técnicas de negociación que permite restablecer o reforzar la confianza y el respeto entre los participantes” (Urquidí, 1999, pág. 19).

La mediación tiene como ejes centrales de su actividad la voluntariedad y libre decisión de las partes y se desarrolla a partir de la intervención de un profesional que funge como tercero neutral facilitando la resolución del conflicto por las propias partes de una forma equitativa.

La voluntariedad y la libre decisión se van materializando y reflejando en la mediación a través del diálogo en el que las partes expresan sus sentimientos, emociones y necesidades, mientras que el tercero neutral e imparcial, actúa como guía de las partes para buscar y aportar propuestas que solucionen total o parcialmente la controversia según menciona Gorjón Gómez (2015).

Es así que las partes involucradas de manera voluntaria van participando y tomando sus propias decisiones y acuerdos, van estableciendo la solución de sus problemas con las herramientas de comunicación y asistencia del mediador, quien solamente se avoca a facilitar el proceso de comunicación pues en ningún momento sugiere o impone acuerdos o soluciones a las partes.

Diversos autores han reafirmado la postura neutral del mediador, quien interviene al prestar sus servicios profesionales de manera confidencial e imparcial como mencionan (González-Cuéllar Serrano & Penín Alegre, 2010).

La mediación puede visualizarse desde dos perspectivas diversas, como método alternativo para resolver conflictos o como un procedimiento. El primero como ya fue mencionado es un mecanismo que conlleva una dinámica flexible y accesible para que las partes resuelvan su conflicto al aplicar racionalmente “técnicas que pretenden resolver un conflicto y que se adaptan según él, diseñadas para lograr que las partes se comuniquen y resuelvan su problema” (Gorjón Gómez F. J., 2015, págs. 17-18).

En tanto que, desde la perspectiva del procedimiento, la mediación consiste en una alternativa a la vía judicial, puesto que puede llevarse a cabo durante o fuera del proceso judicial, ya sea que exista o no un litigio, o inclusive puede suscitarse de manera simultánea o independiente al litigio, según comenta Gorjón Gómez (2015).

Cabe destacar que ya sea que la mediación se vea como un método alternativo para solucionar una controversia o como un procedimiento alternativo a la vía judicial, ésta destaca por ser privada, flexible, accesible, y voluntaria, características que no se encuentran en los juicios ante autoridades jurisdiccionales.

La mediación resulta útil en el ámbito deportivo puesto que presenta una forma auto compositiva no adversarial para la solución de controversias ya que son las partes en disputa quienes se ocupan de buscar los acuerdos a sus diferencias con la ayuda del mediador neutral facilitando la comunicación, el cometido principal es guiar la sesión y que sean los intervinientes quienes encuentren sus puntos de acuerdo Pérez-Ugena (2015).

La mediación en el deporte además de resolver los conflictos que se presenten entre dos o más personas, pretende no confrontar ni enemistar a las partes, logrando mantener y mejorar las relaciones entre los involucra-

dos, lo cual contribuye con la obtención de un mejor rendimiento deportivo y la obtención de resultados colectivos favorables para la institución.

En la siguiente Tabla 1 se reflejan algunas de las ventajas y beneficios que se presentan al utilizar la mediación como una vía de solución de los conflictos en el deporte.

VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN EN EL DEPORTE	BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN EN EL DEPORTE
<ul style="list-style-type: none"> • Es un procedimiento más rápido que la justicia tradicional administrada a través de litigios, y por ende la solución es prácticamente inmediata. Dentro del deporte es necesaria una pronta resolución, ya que un torneo o competencia no puede quedarse pausado o en suspenso. • Es un procedimiento económico en costo, en algunas ocasiones hasta podría ser gratuita. • El procedimiento es confidencial. Es relevante saber que en el deporte es importante cuidar la imagen de un club deportivo y del jugador evitando la publicidad negativa de los medios de comunicación. • En la construcción de acuerdos o generación de opciones de solución, se restablece la comunicación entre las partes. En el deporte esta ventaja es trascendental en aquellos casos donde se requiera restaurar las relaciones, entre entrenador/jugador o cualquier miembro deportivo. • El procedimiento se enfoca en la búsqueda de un acuerdo satisfactorio para las partes involucradas. • En la mediación, el tercero neutral e imparcial actúa como un facilitador de la comunicación entre las partes y no participa en el contenido del acuerdo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se caracteriza por ser voluntario. Las partes que acuden, a la vez están de acuerdo con que se realice el proceso de mediación. • Se caracteriza por ser flexible. Es un procedimiento formal, sin embargo, la forma de llevar el procedimiento puede variar en cada conflicto, pues el procedimiento se ajusta a las partes y la gestión del conflicto en particular. • Propicia la reparación de la comunicación y las relaciones interpersonales entre las partes. Hace posible el desahogo emocional aliviando la tensión entre los deportistas, entrenadores, directivos, cuerpo técnico, entre otros. • Función educadora: permite el entendimiento y/o desarrollo habilidades para resolver conflictos en el futuro. Al participar en un proceso de mediación se reconoce que existen otros métodos para resolver un conflicto en el entorno deportivo. • Nivel de compromiso y cumplimiento elevando de los acuerdos en mediación. El compromiso y, en consecuencia, el cumplimiento de los acuerdos es trascendental para que la controversia finalice y las partes logren continuar con sus actividades. • Reducción de costos. la mediación se caracteriza por tener costos bajos o en ocasiones pueden ser gratuitos.

Tabla 1. Ventajas y beneficios de la mediación en el deporte. Elaboración propia.

2.2 LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL DEPORTE

Dentro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos o *alternative dispute resolution*, ADR por sus siglas en inglés, encontramos al arbitraje como una forma de dar respuesta a una desavenencia, pero donde terceros neutrales escuchan y revisan las evidencias y testimonios proporcionados por las partes para finalmente emitir una decisión o resolución como menciona Fullerton (2010).

Para acudir al arbitraje, las partes redactan un pacto o acuerdo, que establece que las partes someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir lo que éste decida.

En el arbitraje, los terceros neutrales llamados árbitros cuentan con *expertise* para resolver el conflicto, lo cual aunado a la celeridad del método alterno hacen que el arbitraje sea una alternativa eficaz ante la sobrecarga de la justicia tradicional según afirma Mereminskaya (2009).

El arbitraje podemos encontrarlo en dos modalidades, como arbitraje institucional y como arbitraje *ad hoc*. El arbitraje institucional consiste en el mecanismo administrado por instituciones conocidas como autoridades nominadoras según menciona Flores Rueda (2014), como lo son la Cámara de Comercio Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje, la *London Court of International Arbitration*, entre otras, donde las partes involucradas se someten a las reglas, pago de servicios, cuotas, aranceles y honorarios de los árbitros establecidos por la institución para llevar a cabo el arbitraje.

En el arbitraje *ad hoc*, las propias partes involucradas acuerdan “su propio proceso, regulado por una ley nacional o internacional, en algunos casos creando sus propias reglas, dejando a los árbitros la carga de la administración del mismo...” (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2012, pág. 18).

En cualquiera de los dos tipos, el arbitraje termina cuando el árbitro o árbitros otorgan un laudo o con transacción homologada que es vinculante y brinda seguridad jurídica a las partes según menciona Gorjón Gómez & Steele Garza (2012). Este laudo arbitral también se define como la “... decisión que tiene carácter de cosa juzgada y constituye un título ejecutivo por sí mismo, sin requerir una aprobación judicial ni una homologación,

eliminando la facultad para los tribunales judiciales de operar una revisión *de novo...*” (Graham, 2009, pág. 166).

A diferencia de otros MASC, el arbitraje termina con una resolución vinculante por parte de quien dirige el proceso, la cual es obligatoria para las partes involucradas que se comprometieron inicialmente a someterse a un arbitraje.

Las controversias que se presentan en las diversas instituciones deportivas, clubes y deportistas conducen a contemplar al arbitraje como una estrategia ideal para resolver las posibles disputas que pudieran surgir hacia el interior de las mismas con el atributo de la discreción y confidencialidad dentro de un procedimiento formal que conlleva una secuela procesal similar al litigio y que termina con una sentencia conocida como laudo arbitral, el cual es vinculante para las partes.

2.3 LAS DIFERENCIAS ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

Es importante socializar entre los actores de las diversas categorías deportivas como es el sector amateur, municipal, universitario y profesional, las ventajas y beneficios que ofrecen la mediación y el arbitraje, frente a otros procedimientos de resolución de conflictos, con la finalidad de que conozcan en qué consisten estos mecanismos, cuál es la conveniencia de su utilización, sus características y el alcance que tiene el acuerdo.

Como se hizo mención anteriormente, tanto la mediación como el arbitraje son procedimientos que se llevan a cabo de una forma rápida y efectiva, que permiten continuar la relación preexistente entre partes, así como también se logran acuerdos que puedan beneficiar a ambas partes involucradas.

Una diferencia a resaltar entre la mediación y el arbitraje en la solución de conflictos deportivos, es que el primero cuenta con un factor importante que es el de ser un proceso autocompositivo donde posibilita la oportunidad de culminar en acuerdos o convenios satisfactorios y propuestos por ambas partes; mientras que el arbitraje es un procedimiento heterocompositivo, ya que las partes se someten a la voluntad y decisión de un tercero, es decir, el árbitro o árbitros quienes tienen la facultad de resolver la controversia que se presenta.

A continuación, se presenta la Tabla 2, en donde se muestran las diferencias entre la mediación y el arbitraje, lo cual permitirá a las partes en conflicto identificar las características que se presentan en cada uno de ellos y poder decidir cuál mecanismo será el más conveniente para resolver su conflicto.

DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE	
PROCESO DE MEDIACIÓN	PROCESO DE ARBITRAJE
Las partes retienen el control sobre los resultados.	Las partes ceden el control de la decisión a un tercero.
La resolución de las partes se materializa en un acuerdo de mediación.	La decisión del árbitro se materializa a través del laudo.
Se facilita la negociación.	Se determina el resultado.
La necesidad de prueba suele ser mínima.	La prueba por lo general es amplia.
El proceso es privado y confidencial.	Los arbitrajes son privados y confidenciales (pero las decisiones suelen ser accesibles).
Se alienta a las partes a comunicarse directamente. Pueden llevarse a cabo sesiones de dos tipos: el mediador con ambas partes, o el mediador con cada una de las partes por separado (caucus).	La comunicación se efectúa de manera formal a través del abogado (representante) y se dirige al árbitro o tribunal arbitral.
Se abordan todos los factores lógicamente relevantes, incluyendo conflictos, intereses, necesidades, posturas, emociones, metas y relaciones.	Se analiza el conflicto desde una perspectiva estrecha y limitada por un conjunto definido de reglas y procedimientos formales.
El resultado se basa en las percepciones y necesidades de las partes.	Las decisiones se basan en las pruebas y en la ley o equidad.
Las partes suelen convenir una resolución mutuamente satisfactoria al conflicto.	El resultado determina que una parte gane y la otra pierda.
Los puntos de un conflicto complejo pueden tratarse en periodos de tiempo cortos y previsibles.	Resolver una disputa compleja suele llevar meses o años.
El procedimiento tiene flexibilidad para establecer las normas de procedimiento que las partes acuerden.	El procedimiento tiene poca o ninguna flexibilidad, ya que éste se rige por un sólo conjunto de normas para todas las partes.
El proceso es de escaso riesgo y bajo costo.	Los costos del arbitraje suelen ser más elevados.

Tabla 2. Diferencias entre mediación y arbitraje. Fuente: La aplicación del proceso de mediación para resolver conflictos deportivos, (Barquero, 2013). Elaboración propia.

La mediación es un proceso que cuenta con las características que lo hacen ser más seguro a la hora de resolver una disputa, ya que son las partes quienes resuelven, contrario al arbitraje, donde existe una baja participación y poder de decisión de las partes intervinientes, dejando en el tercero neutral la solución del conflicto. Por otro lado la mediación posibilita en el mejor de los casos restablecer la relación entre las partes, privilegiar la mediación ante el arbitraje resulta conveniente por varias razones.

Si bien la mediación y el arbitraje son diversos y poseen características diversas, ambos tienen como objetivos resolver los conflictos y con ello promover la cultura de paz en el ámbito deportivo, con el fin de que los miembros de las diversas instituciones deportivas aprendan cómo resolver de manera independiente y pacífica sus disputas.

Promover la cultura de paz en el deporte a través de los MASC, hace énfasis en que las partes en lugar de estar confrontadas puedan mirarse, reconocerse y legitimarse, así como mantener la relación que existía entre las partes previa al conflicto.

CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Los ya multicitados métodos alternos de solución de conflictos han venido a facilitar la gestión de las disputas y desavenencias entre las personas, en este caso en el ámbito deportivo.

Dichos métodos vienen a proponer vías diferentes de comunicación y de lograr acuerdos, sea por cuenta de las partes involucradas o con la participación de un tercero quien coadyuvará a que las partes encuentren soluciones a sus controversias de manera rápida y pacífica.

Los beneficios y ventajas de los métodos alternos son variadas, y aunque también existan desventajas, los aspectos positivos de la mediación y el arbitraje sobresalen y destacan, puesto que estos métodos brindan celeridad, flexibilidad, reducción de costos y tiempo para las partes que quieren resolver un conflicto.

La implementación de los MASC en el ámbito deportivo son una realidad, ya que existen comisiones y tribunales deportivos que se encargan de dirimir las controversias que surgen en el ámbito profesional, sin embargo, lo importante a destacar dentro de este trabajo es que la utiliza-

ción y difusión de los mecanismos no solo debe ser en nivel profesional, sino que debe permear a todas las categorías deportivas.

Para que la implementación de la mediación y/o el arbitraje se de en las diversas instituciones, federaciones y clubes deportivos desde sus categorías amateur hasta nivel profesional, en el ámbito universitario, así como el ámbito social municipal y estatal, se requiere la implementación de estos mecanismos como vías de resolución dentro de sus reglamentos y estatutos, para que quede de forma expresa que los conflictos dentro de estas instituciones se resolverán mediante la mediación y en caso de no llegar a una solución se pase al arbitraje, cubriendo de ésta manera el objetivo de crear espacios adecuados para que las partes puedan apropiarse de su conflicto, gestionarlo y decidir qué quieren hacer con él.

El propósito de incluir los MASC en reglamentos y normativa institucional es consolidar la utilización de mecanismos como la mediación y el arbitraje a través de acuerdos y convenios exitosos en beneficio de los diferentes actores deportivos, así como promover su implementación en los contratos deportivos mediante las cláusulas de resolución de conflictos, lo cual le brindará una seguridad jurídica a las partes, ya que tendrán el control de la solución a su disputa o desavenencia.

A pesar de que la aplicación de ambos procedimientos es viable para la solución de controversias, resulta importante señalar y recomendar la implementación de la mediación como primera instancia en la resolución de conflictos y en caso de no lograr un acuerdo satisfactorio para ambas partes, proceder a una segunda instancia a través del arbitraje. Esta implementación escalonada o híbrida de ambos procedimientos dotan de seguridad jurídica al finalizar con una solución definitiva a los conflictos.

Al señalar la posibilidad de implementar los métodos MED-ARB de forma escalonada o híbrida, las partes podrán elegir en primeramente un mecanismo voluntario y pacífico como la mediación, en donde tienen la ventaja de decidir la solución a su conflicto, y en segunda instancia y en caso de no llegar a un acuerdo benéfico para ambos, continuar con un método impositivo como es el arbitraje, donde uno o varios árbitros resolverán la controversia de forma definitiva mediante un laudo.

REFERENCIAS

- ADAME RIVERA, M. G. (2018) Marco normativo e histórico de la mediación y los MASC en materia penal, mercantil y civil. En: GORJÓN GÓMEZ, F. G. (org.) y CHÁVEZ DE LOS RÍOS, R. (org.). **Manual de mediación penal, civil, familiar y justicia restaurativa. Para mediadores, facilitadores e instructores. Guía práctica para capacitación y certificación.** (págs. 117.132). México: Tirant Lo Blanch.
- BARQUERO, B. (2013). La aplicación del proceso de mediación para resolver conflictos deportivos. **Revista de Derecho del Deporte.**
- BREWER, T., & MILLS, L. (1999). Combining mediation & arbitration. **Dispute Resolution Journal**, 54(4), 32-39.
- CABELLO TIJERINA, P. A., SIERRA GARCÍA, L. G., & SALMERÓN ANEAS, R. (2019). La mediación deportiva como herramienta en la transformación de los conflictos. En E. d. IGLESIAS ORTUÑO, **Mediación para la paz social** (págs. 112-125). México: Tirant lo Blanch.
- FLORES RUEDA, C. (2014). **Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial.** (C. Flores Rueda, Ed.) México, D.F.: Editorial Themis.
- FULLERTON, R. (2010). MED-ARB AND ITS VARIANTS: Ethical Issues for Parties and Neutrals. **Dispute Resolution Journal**, 65(2/3), 52-154.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. (2006). **Arbitraje Deportivo.** México D.F.: Editorial Porrúa
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., & PENÍN ALEGRE, M. (2010). Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología. En N. González-Cuéllar Serrano, Á. M. Sanz Hermida, & J. C. Ortiz Pradillo (Edits.), **Mediación: un método de conflictos** (págs. 7-20). Madrid: Constitución y Leyes, S.A.

- GORJÓN GÓMEZ, F. J. (2015). La instrumentalización de la cientificidad de la mediación y de los métodos alternos de solución de conflictos. En F. Gorjón, & J. Pesqueira (Edits.), **La ciencia de la mediación**. México, D.F.: Tirant Lo Blanch.
- GORJÓN GÓMEZ, F.J. & SÁNCHEZ GARCÍA, A. (2015). *Las 101 preguntas de la mediación. Guía práctica para el abogado*. México: Tirant lo Blanch editorial.
- GORJÓN GÓMEZ, F. J., & STEELE GARZA, J. G. (2012). **Métodos alternativos de solución de conflictos**. (Segunda ed.). México, D.F.: Oxford University Press, S.A. DE C.V.
- GRAHAM, J. A. (2009). Generalidades del arbitraje y el acuerdo arbitral. En: Gorjón Gómez, F. G. (org.), Steele Garza, J. G. (org.) & Cardoza Moyron, R. (org). **Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León**. (págs. 165-174). México, D.F.: Editorial Porrúa.
- MCLEAN, D., & WILSON, S. (2008). Compelling mediation in the context of med-arb agreements. **Dispute Resolution Journal**, 63(3), 28-34.
- MEREMINSKAYA, E. (2009). Transformación y desarrollo del arbitraje y la mediación en Nuevo León. En: Gorjón Gómez, F. G. (org.), Steele Garza, J. G. (org.) & Cardoza Moyron, R. (org). **Mediación y arbitraje. Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León**. (págs. 19-38). México, D.F.: Editorial Porrúa.
- PÉREZ, M. (2015) **Mediación y deporte**. Madrid: Dykinson.
- ROSS, W., & CONLON, D. (2000). Hybrid forms of third-party dispute resolution: Theoretical implications of combining mediation and arbitration. **Academy of Management Review**, 25(2), 416-427. doi:10.5465/AMR.2000.3312927
- SÁNCHEZ GARCÍA, A. (2015). **Mediación y arbitraje**. México, D.F.: Tirant Lo Blanch.

SÁNCHEZ LOZANO, J. M. (2018). La psicología en el deporte y su impacto en la resolución de conflictos a través de la mediación. Recuperado el 08 de marzo de 2021, de http://eprints.uanl.mx/view/creators/S=E1nchez_Lozano=3AJuan_Manuel=3A=3A.html.

URQUIDI, J. (1999). **Mediación. Solución a conflictos sin litigio.** México: Centro de Resolución de Conflictos.

LEGALIDADE E STATUS ECONÔMICO-SOCIAL: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE A FORMAÇÃO DA BURGUESIA NACIONAL NO LEGADO DE FLORESTAN FERNANDES

*Caroline Lopes Placca*¹¹⁰

*Thaís Duarte Zappellini*¹¹¹

INTRODUÇÃO

A compreensão dos processos que envolveram o desenvolvimento ulterior da sociedade e da consolidação tardia do capitalismo no Brasil está vinculada a um contexto de ruptura com o estatuto colonial. Se, neste momento de transição, ocorreu, de um lado, a valorização do alto comércio e a emancipação dos estamentos senhoriais, teve-se, de outro, uma forma diferenciada de dominação autocrática que, conjuntamente à estruturação de novos moldes sociais, edificaram o cenário brasileiro moderno.

110 Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

111 Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); Pesquisadora do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI) da Fundação Getúlio (FGV) Vargas.

O presente estudo propõe uma análise, de corte jurídico-normativo, da formação da burguesia nacional, a partir da obra “A revolução burguesa no Brasil” de Florestan Fernandes, cujo conteúdo permanece indispensável à compreensão dos fatores que alteraram fundamentalmente a nossa sociedade. Busca-se a demonstrar a importância e atualidade dessa perspectiva para o debate contemporâneo e o seu caráter fundamental para compreensão dos conceitos de Estado e Direito no Brasil.

Primeiramente, aborda-se os antecedentes da formação e ascensão da burguesia nacional, apontando-se as peculiaridades do Brasil colônia e indicando sob quais alicerces ergeu-se a chamada “Revolução Burguesa”, a qual teve uma conotação própria no cenário político pós Independência, pontuando, ainda, quem seria o típico burguês brasileiro. Em seguida, discorre-se sobre a evolução tardia do capitalismo no país e a relação dessa desenvoltura com a ascensão da burguesia. Depois, trata-se das particularidades do capitalismo brasileiro, que se consolidou em um tipo dependente, embasado em estruturas arcaicas, que corroboraram para uma insurgência paulatina da ordem social competitiva. E, por fim, aborda-se o problema crônico do capitalismo dependente, que representa um ciclo permanente de vinculações a uma posição marginal em relação às economias centrais. Analisou-se, nesse sentido, como a legalidade serviu de instrumento à dimensão autocrática da lógica de dominação burguesa, contribuindo para a garantia de privilégios e manutenção de *status quo*, em uma democracia restrita, aberta e funcional apenas para os grupos dominantes.

1. BURGUESIA E REVOLUÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

A interpretação do Brasil formulada por Florestan Fernandes faz referência à realidade do século XX, marcada pela luta dos trabalhadores do campo e da cidade por direitos sociais e pela transformação das estruturas existentes (IANNI, 1996, p. 25).

Florestan Fernandes ocupou-se da interpretação de condições e possibilidades dessas transformações sociais. E, nesse sentido, a revolução social foi um dos seus temas mais frequentes, presente em grande parte de sua obra. O seu pensamento dialético, bastante original, acentuou desafios

do presente e do passado da sociedade brasileira e latino-americana (IAN-
NI, 1996, p. 26-28).

Sob esse prisma, o autor explicitou que a América Latina se defron-
tou-se com dois grandes problemas. O primeiro consistiu na nova forma
de imperialismo e a sua difusão e, o outro, sobre como enfrentar o impe-
rialismo. A respeito disso, vemos que pode ser notado um componente
dinâmico da tradição colonial de subserviência, estimulada e controlada
de fora (FERNANDES, 2019, p.311).

Nesse cenário, os problemas formulados por Florestan Fernandes po-
dem ser concebidos na chave da atualidade, particularmente no presente,
quando as desigualdades sociais se aguçam ao redor no mundo (ARRU-
DA, 2020, p. 244). A abordagem de Florestan Fernandes e a sua pers-
pectiva de que a constituição da sociedade moderna brasileira aconteceu
com fulcro nas relações de classes sociais é uma referência necessária e
inescapável, assim como a sua visão da desigualdade social brasileira e da
discriminação racial (ARRUDA, 2020, p. 245).

1.1. ESPECIFICIDADES DO BRASIL E A HERANÇA COLONIAL

Adentrar no debate sobre a formação e ascensão da burguesia nacio-
nal significa considerar as particularidades do contexto brasileiro, pois,
assim como o feudalismo é estranho à nossa realidade, também desco-
nhecemos os característicos burgos do mundo medieval e, não obstante a
existência das chamadas corporações de ofício, o típico burguês brasileiro
não carregava a mesma conotação das figuras europeias moradoras dos
burgos. A estruturação dessa classe não era possível mediante a dinâmica
colonial, que conjugava o escravismo e a grande lavora, a qual não possibi-
litava condições adequadas à valorização social e à expansão do comércio
(FERNANDES, 2006, p. 34).

Outrossim, conquanto que o feudalismo alemão, por exemplo, criou
logo um mercado nacional, os latifúndios brasileiros estavam atrelados ao
mercado internacional. Ainda que a via colonial no Brasil tenha atingido
uma conciliação do historicamente velho com o novo, com a estrutura
agrária no Brasil, subordinada à dinâmica externa do capital, a burguesia

brasileira não adquiriu condições de impulsionar internamente a ruptura com os países imperialistas (CHAGAS, 2013, p. 33).

Florestan descreveu que um conjunto de fatores, localizados em setores diversos, constituiu a base psicocultural e social fundante do fenômeno da burguesia no Brasil. E alguns comportamentos econômicos auxiliaram na viabilização da troca e circulação mercantil em um nível que propiciou a solidificação de um mercado interno e das suas relações comerciais com outros países, bem como da possibilidade de exploração de mão-de-obra assalariada, a partir da ruptura com o estatuto colonial, ecoando em importantes consequências socioeconômicas.

O passado de colonização do Brasil apresentou fortes alianças entre o poder Estatal, personificado pela Coroa, e as elites agrárias locais, tendo-se uma indistinção entre público e privado, de modo que na República Velha, o poder era dividido entre os coronéis e aqueles que se relacionavam com os coronéis em uma “troca de favores”, notadamente no que tange aos governantes e à polícia. Os trabalhadores rurais eram controlados por meio dos “votos de cabresto” e pela concessão de favores por parte dos coronéis, que realizavam benfeitorias aonde o poder público não chegava, manipulando as massas eleitorais (NOHARA, 2012. p. 13-14). Era pressuposto do coronelismo o compromisso de fortalecimento do poder privado.

Da Independência até a Proclamação da República, persistiu o sistema de voto censitário, por meio do qual a elite agrária prescindiu grandes esforços para a ocupação de cargos públicos capazes de propiciar influências sobre a gestão estatal. E no decorrer do século XIX, o Brasil continuou a sofrer os reflexos tardios das ideias vindas das monarquias absolutas europeias (FERNANDES, 2006, p. 15).

A Independência foi um grande passo para economia nacional e para a efetiva formação social do país, ainda assim, nesse estágio, o seu desenvolvimento manteve-se defasado pelas dificuldades dos fantasmas da economia escravocrata e da dominação patrimonialista (FERNANDES, 2006, p. 47).

Florestan Fernandes arquitetou um sistema conceitual para a apreensão de uma dada realidade brasileira que surge no século XIX, em decorrência de um processo de transformação básico na história do país, a Independência, determinando uma especificidade nos seus elementos

estruturais e dinâmicos e caracterizando o nascimento de uma burguesia nascida de uma economia capitalista, dependente e subdesenvolvida. (SANTIAGO, 2018, p. 306).

Aqui, é interessante observar que o chamado burguês brasileiro nasceu de uma especialização econômica relativamente diferenciada, de maneira que o surgimento desta classe, a partir da consolidação do capitalismo no Brasil e da formação de uma sociedade de classes, teve ligação com o desempenho de papéis históricos e funções econômicas na sociedade nacional, concernentes à defesa do alto comércio.

Quer dizer, para Florestan, no regime imperial, não é possível se falar em classe social, tinha-se antes mais uma espécie de congêneres social, do que uma classe propriamente dita, visto que a sociedade nacional ainda estava em formação. E esta estrutura estamental anômala impedia o desenvolvimento da burguesia. Isto é, apenas com uma polarização social de certas utopias ocorreria uma reação à violência como técnica de controle do escravo e à propagação de movimentos inconformistas, cujo interesse mediato estava no desenvolvimento nacional (FERNANDES, 2006, p. 35-36).

Em se tratando de suas particularidades, a existência da revolução burguesa teve origem na instituição de um regime de classe sociais, ignorando, todavia, componentes políticos e socioculturais tópicos do processo, presentes em sua “versão clássica”. Ou seja, há uma certa anomalia nessa especificidade, se comparada com referenciais históricos. Além disso, a sua afirmação foi responsável pelo caráter autocrático conexo à dominação burguesa no país (ARRUDA, 2020, p. 245). E passaram a existir dois tipos clássicos de burguês: a) o que combinava a poupança e o lucro, voltando-se à acumulação de riquezas, como fonte de independência e poder; e b) o que encarnava o ideal de capacidade inovadora requerida pelos grandes empreendimentos econômicos modernos (FERNANDES, 2006, p. 52-53).

A burguesia nacional foi erigida mediante a imposição de seu domínio à classe operária, o que se deu com uma fusão entre o “velho” – os resquícios do patrimonialismo, da ordem escravocrata e do poder de uma elite agrária – e o “novo” – o desejo de expandir o alto comércio e elevar o desenvolvimento nacional a outro patamar (FERNANDES, 2006, p. 247).

Algumas tensões se impuseram no processo de formação da burguesia nacional, em um primeiro plano, teve-se a negação da condição da burguesia, em favor do status senhorial (na época da emancipação nacional) e, concomitantemente, a negação do status senhorial, em favor da condição burguesa (na época da desagregação final do escravismo e da sociedade imperial). Também, persistiam incongruências entre o “*status* atribuído” e o “*status* real” dos estamentos intermediários e, ainda, subsistia um conflito axiológico entre as normas ideais e as normas práticas, que orientavam os papéis sociais da posição senhorial. (FERNANDES, 2006, p.184-193).

Cumprе sublinhar que a revolução burguesa no Brasil foi resultado de um arcabouço no qual a burguesia não conseguiu conciliar revolução econômica e revolução nacional, aliando-se às oligarquias e revigorando as forças do progresso em seu impulso renovador. Tradicional e moderno vão se entrelaçar, delegando ao Estado funções originariamente atribuídas à burguesia e significando a perda do seu papel político abrangente, solidificando a relação entre a instituição pública e a classe (ARRUDA, 2020, p. 246).

1.2. HOUVE UMA REVOLUÇÃO BURGUESA NO BRASIL?

Florestan Fernandes sustentou que havia uma forte tendência em negar a ocorrência de uma Revolução Burguesa no Brasil, tal como se a sua admissão implicasse pensar a história brasileira nos esquemas competitivos da história de outros povos, em especial, a Europa Moderna. Porém esta terminologia, alocada no cenário político e econômico brasileiro remete à busca, nos agentes humanos, das transformações histórico-sociais que estão por trás da degradação do regime escravocrata-senhorial e da formação de uma sociedade de classes no Brasil (FERNANDES, 2006, p. 37-38).

Nessa esteira, relacioná-la ao conceito embrionário das Revoluções Burguesas, a uma conotação de revolução nacional e democrática, às grandes alterações sociais, à extirpação dos grupos dominantes ou mesmo à implicação de um modelo democrático-burguês de transformação capitalista, seria puramente equivocado e frustrante. Tal como expõe o sociólogo:

A situação brasileira do fim do Império e do começo da República, por exemplo, contém somente os germes desse poder e dessa dominação. O que muitos autores chamam, com extrema impropriedade, de crise do poder oligárquico não é propriamente um “colapso”, mas o início de uma transição que inaugurava, ainda sob a hegemonia da oligarquia, uma recomposição das estruturas do poder, pela qual se configurariam, historicamente, o poder burguês e a dominação burguesa. Essa recomposição marca o início da modernidade, no Brasil, e praticamente separa (...) a “era senhorial” (ou o *antigo regime*) da “era burguesa” (ou a *sociedade de classes*). (FERNANDES, 2006, p. 239).

O deslanche da chamada Revolução Burguesa em Florestan Fernandes está atrelado a um processo político que se vincula: a) à Independência do país e as suas implicações; b) aos tipos humanos, ou seja, os agentes que atuaram de maneira decisiva para a compleição de mudanças sociais e econômico-políticas essenciais, entre os quais podem ser indiciados o fazendeiro de café e o imigrante: o fazendeiro, que contribuiu para o aquecimento da economia e para a exploração de mão-de-obra assalariada (o imigrante) e que, para garantir seus privilégios, teve importante papel na articulação que conduziu à dominação burguesa; c) a um processo econômico que representou uma mudança no padrão dos capitais internacionais com a organização da economia interna; e d) a um processo socioeconômico, de expansão e universalização social competitiva (FERNANDES, 2006, p. 52-53).

A Revolução Burguesa é, para Florestan Fernandes, um conjunto de transformações econômicas, tecnológicas, sociais, psicoculturais e políticas que foram possíveis somente em decorrência do atingimento do clímax do desenvolvimento capitalista atinge em sua evolução industrial, a qual foi orquestrada mediante a situação brasileira do fim do Império e do começo da República, em conformidade a uma composição que marca o início da modernidade no Brasil (FERNANDES, 2006, p. 239). De fato, o momento histórico em pauta é configurado por alterações políticas estruturais, que definiriam o futuro do país e foi marcado pela evolução tardia de um capitalismo bastante particular.

2. DA CONSOLIDAÇÃO TARDIA DO CAPITALISMO E DA LÓGICA DE DOMINAÇÃO BURGUESA

2.1. DA CONSTITUIÇÃO ULTERIOR DE UMA ORDEM SOCIAL COMPETITIVA

A forma como a denominada Revolução Burguesa ocorreu no Brasil está diretamente ligada ao dinamismo da economia dos grandes centros hegemônicos e à sua influência decisiva nos acontecimentos internos. A Independência do país cumpriu o papel de instaurar efetivamente a formação de uma sociedade nacional, emergindo de uma polarização que associava o liberalismo ou aos processos de consciência social, vinculados à emancipação colonial, ou à construção de um Estado nacional (FERNANDES, 2006, p. 52-53).

Apesar da busca por caminhos jurídicos que garantissem minimamente um poder estatal legalmente limitado e não arbitrário, a ordem legal estabelecida, que carregava os moldes portugueses, estava embebida nos interesses gerais dos estamentos senhoriais, de sorte que a ordem legal estabelecida perdia a sua eficácia no instante em que colidisse com os interesses gerais dos estamentos senhoriais.

Ressalta-se que Florestan delineou, ao longo de seus escritos, a evolução do capitalismo, juntamente à incapacidade dos países latino-americanos de impedir sua incorporação dependente ao espaço econômico, cultural e político das nações capitalistas hegemônicas (FERNANDES, 2019, p.310). Segundo Chagas, Florestan destacou a particularização do capitalismo brasileiro em um modelo ou tipo-extremo, mas que serve como referencial analítico para a América Latina em geral (CHAGAS, 2013, p. 33).

Ele descreveu duas ásperas realidades adjuntas aos países latino-americanos: (i) estruturas econômicas, socioculturais e políticas internas que tem a capacidade de absorver as transformações do capitalismo, porém, inibem a integração nacional e o desenvolvimento autônomo; (ii) o cenário de dominação externa que fomenta a modernização e o crescimento, nos estágios mais avançados do capitalismo, contudo, barra a revolução nacional e uma autonomia substancial (FERNANDES, 2019, p.319).

A dependência econômica (e mercantil) do país era ilustrada pela posição ocupada pelos importadores europeus, os quais tinham uma ampla margem de dominação econômica. Também os importadores estrangeiros em geral aproveitavam-se da situação desajustada de mercado interna e das disposições da aristocracia agrária (FERNANDES, 2006, p. 117).

O capitalismo dependente desenvolvido no Brasil pós Independência operou para a inclusão do país da dinâmica internacional, satisfazendo, contudo, as necessidades de manufatura das grandes potenciais. Marcado pelo seu histórico colonial, o país passou a suprir as demandas das economias centrais sem que isso implicasse a existência de um plano nacional de desenvolvimento. As relações com o capital exterior foram priorizadas em detrimento da fortificação e auto sustentabilidade de um mercado interno sufocado.

O aparelhamento estatal passava a apresentar novas funções, antes inexistentes nos padrões coloniais. Mas a modernização econômica estava presa à adequação do aparelhamento do país e à expansão de uma economia capitalista dependente nos quadros de um Estado nacional controlado (administrativa e politicamente) pelas elites. O novo padrão de crescimento econômico interno estava submetido aos nexos de dependência econômica em relação ao exterior, consolidando a posição periférica do país em relação ao capitalismo comercial (FERNANDES, 2006, p. 177-120).

As bases para o desenvolvimento capitalista no século XIX contaram com o fim do colonialismo e com a estruturação de uma unidade no território nacional, de modo que o processo de modernização teve início através da cultura e exportação de café e do emprego de mão-de-obra especializada que esta atividade demandaria. A elite patrimonialista que dirigiu o Estado imperial era heterogênea, sem ideia de nação e de Estado, e as elites burguesas políticas e intelectuais brasileiras se demonstrariam ambíguas ou mesmo contraditórias quanto à questão nacional (BRESSER-PEREIRA, 2002, p. 102-103).

Uma dupla articulação foi determinante para a consolidação do capitalismo no Brasil: havia um setor arcaico, agrário, que auxiliou na conexão dos interesses das oligarquias tradicionais e das frações das burguesias industriais e comerciais; e, de outro lado, externamente, formavam-se vínculos com as economias centrais. Esta situação, no patamar jurídico-social, resultou em escolhas políticas que acabaram por optar

pela ausência de uma reforma agrária e pela compressão dos salários das classes trabalhadoras com a finalidade de maximizar a expropriação do “sobretabalho”, que foi então repartido entre as frações burguesas (TOTORA, 1999, p. 112).

Nos países com estruturas econômicas, sociais e políticas herdadas do mundo colonial, a interferência dos dinamismos do mercado mundial – tolhendo ou selecionando os seus efeitos positivos e restringindo o seu impacto sobre o crescimento econômico –, ocorreu de uma forma por meio da qual essa ordem social competitiva adveio paulatinamente, à medida que a desintegração da ordem social escravocrata e senhorial forneceu pontos de partida consistentes para a reorganização das relações de produção de mercado em bases genuinamente capitalistas (FERNANDES, 2006, p. 179–181).

Para Florestan, a principal diferença entre a antiga ordem social escravocrata e senhorial e a moderna ordem social competitiva é que, na anterior, a apropriação se defrontava com reguladores externos eficácia enquanto nesta o mercado, os níveis de vida e de salário, a competição e o conflito, aos poucos convertem a integração nacional em um processo que pelo menos destrói barreiras sociais arcaicas e introduz niveladores de classes (FERNANDES, 2006, p. 231).

Em verdade, tal como descreve o autor, o anti-escravismo disfarçava o pretexto de expandir a ordem social competitiva e, por consequência, os núcleos impulsionadores do anti-escravismo e abolicionismo votaram-se para uma revolução social de “brancos” para “brancos”: a escravidão não era combatida em si mesma, mas sim a anomalia para o modelo civilizatório ocidental que ela representava (FERNANDES, 2006, p. 35–36).

Durante esses processos de desintegração de uma ordem social e desenvolvimento de outra, os detentores das riquezas e do poder político puderam atender os seus interesses e as suas posições de classe, acelerando a formação societária no topo e impedindo, na medida do possível, a consolidação na base da ordem social competitiva. A burguesia nascente apresentou-se como dotada de espírito modernizador moderado, que tendia a circunscrever a modernização no âmbito empresarial e nas condições imediatas da atividade econômica ou do crescimento econômico (FERNANDES, 2006, p. 231–242). Em outras palavras, tem-se o que Florestan nomeou de dimensão autocrática da dominação burguesa, isto é, entre

as elites das classes dominantes havia um acordo tácito quanto à necessidade de manter e reforçar o caráter autocrático da dominação burguesa, ainda que isso parecesse ferir a filosofia da livre empresa, as bases sociais da ordem e os mecanismos do Estado representativo (FERNANDES, 2006, p. 243-244).

E nesse âmbito, a modernização da política, da legislação e da administração preenchiam a função de compensar uma perda relativa de prestígio social, por meio do desnivelamento de privilégios econômicos, sociais e políticos. Prevaleceu a lógica dos grupos dominantes, que acabariam por ser a “cara” da transição nacional para um mundo moderno. As estruturas utilizadas no passado operaram como instrumentos para o desenvolvimento do capitalismo, garantindo, contudo, a permanência da hegemonia econômica das oligarquias nacionais (FERNANDES, 2006, p. 191).

Era, pois, de grande interesse das oligarquias tudo o que auxiliasse no desenvolvimento do mundo capitalista e na manutenção da sua hegemonia política, econômica e social. Florestan Fernandes aponta que, diante do avanço econômico capitalista, a burguesia nacional acabou se associando ao imperialismo das nações hegemônicas e, uma nação que parecia se encaminhar para a Revolução Burguesa em grande estilo, atingiu subitamente o que convencionou chamar de “revolução institucional”, um eufemismo indicador da falta de consciência da burguesia ultraconservadora, caracterizando-se um novo patamar histórico (FERNANDES, 2006, p. 253).

2.2. DESDOBRAMENTOS DA DEPENDÊNCIA

O capitalismo dependente implementado nas economias periféricas ofereceu grandes dificuldades a qualquer tipo de mudança social construtiva, limitando o papel da burguesia nacional ao desenvolvimento do capitalismo e, na perspectiva de Florestan Fernandes, anulando qualquer possibilidade de surgimento de uma revolução nacional democrática (FERNANDES, 2006, p. 131).

A ideia de que o subdesenvolvimento seria temporário não é crível diante da profunda vinculação da periferia em relação às economias centrais. Torna-se dificultoso, se não infactível, desenvolver um plano nacional quando a principal neste contexto. Florestan expõe em sua obra a

existência de um problema crônico no desenvolvimento do capitalismo dependente. Ele diz que “Como não há ruptura definitiva com o passado, a cada passo este se reapresenta na cena histórica e cobra seu preço” (FERNANDES, 2006, p. 238).

Vale frisar, como problema do desenvolvimento dependente há a discrepância entre o sistema capitalista mundial e o capitalismo das periferias, tendo em vista que os países hegemônicos possuem uma organização de desenvolvimento, economias estruturadas e heterogêneas, e os países da periferia apresentam economias satélites que buscam absorver as evoluções dos centros econômicos, lutando para compensar a distância entre as realidades. Ou seja, “apesar de repetir os mesmos processos vividos pelos centros dominantes, na situação de dependência as estruturas e os dinamismos capitalistas perdem a sua eficácia como mola propulsora do desenvolvimento econômico e do bem-estar social” (SAMPAIO, 1999, p. 100).

Corroborando o exposto, Plínio Soares de Arruda Sampaio Junior afirma que o capitalismo dependente é um capitalismo *sui generis*, casos em que encontramos economias que não se desenvolveram em seu próprio tempo, mas reproduzem o apresentado por capitalismo estruturados em situações completamente diferentes. Frisa-se essa posição subalterna na economia mundial e também a falta de controle social sobre o processo de acumulação “comprometem [o] capitalismo como motor do desenvolvimento das forças produtivas e exacerbam suas características antissociais, antinacionais e antidemocráticas” (SAMPAIO, 1999, p. 100). Falta, portanto, às economias dependentes os pré-requisitos básicos para que o capitalismo se desenvolva como algo natural.

Desse modo, “a acumulação primitiva e a difusão desigual de progressos técnicos fazem com que os produtores não tenham nem necessidade nem possibilidade de transformar a inovação na principal arma da concorrência” (SAMPAIO, 1999, p. 101) e essa configuração impõe as sociedades periféricas eternas desvantagens ao desenvolvimento econômico pleno. Sendo assim, as nações dependentes não acompanham o seu próprio tempo histórico. Elas possuem, na verdade, o seu tempo histórico condicionado a ocorrências externas em relação à sociedade nacional, porque isso “as submete a padrões de eficiência econômica e a estilos de vida que estão muito além das potencialidades técnicas e mercantis de sua economia” (SAMPAIO, 1999, p. 101).

A junção do atraso estrutural com a imposição de um sistema econômico dentro de um território imaturo impôs uma condição de subdesenvolvimento, solidificando um capitalismo periférico, que se caracteriza basicamente pelo escoamento de produtos primários ao mercado internacional, por um atraso histórico de desenvolvimento tecnológico e de acúmulo de capitais. Esta mesma estrutura capitalista precária, inspirada nas hegemonias centrais, desenvolve uma instância jurídica neutra e neutralizadora, como forma de instrumentalizar o Estado (SAMPAIO, 1999, p. 101).

Diversos fatores auxiliaram a burguesia nacional na garantia de privilégios e na manutenção de seu *status quo*. Vejamos que a usurpação da legalidade, como uma instância jurídica técnica que opera em favor dos interesses dominantes. Ou seja:

A legalidade, como instância técnica favorável a uma burguesia nacional nas suas relações produtivas e mercantis, no caso brasileiro encontra não apenas a estabilização jurídica da propriedade privada ou do contrato, mas, para além disso, encontra a instrumentalização dos meios jurídicos como forma de favorecimento de relações de fomento e privilégio, resultantes desta interdependência do estado para com o capital interno e externo. (MASCARO, 2008, p. 92).

É importante perceber que a não neutralidade na instância jurídica, que alcança dimensões para além das relações produtivas e mercantis e a a legalidade abarca um peso institucional de controle, não somente na tecnicidade da circulação mercantil, mas politicamente, de forma a maximizar a exploração econômica. A supressão de direitos por esta ferramenta de controle mostra a sua intensa periculosidade de potencialização dos interesses exploratórios quando reduz a sua base protetiva ao ponto de se chegar a contextos de exceção, ao exemplo das ditaduras militares das décadas de 1960 e 1970, sustentadas pelas associações entre as burguesias nacionais e internacionais (MASCARO, 2008, p. 93).

O articulado por Florestan corrobora para evidenciar a afirmação de que o Estado reflete, historicamente no plano econômico, militar e político, os interesses sociais e as orientações político-econômicas das classes

que o constituem e o controlam. Além disso, as especificidades da formação nacional, nesse caso tanto a dependência quando o subdesenvolvimento, influenciaram na construção da ideia de nação (FERNANDES, 2006, p. 306).

Enfatiza-se que, historicamente, não há interesse da burguesia nacional de proteger o capital interno ou investir em um plano nacional de desenvolvimento econômico de auxílio no crescimento do Brasil de forma homogênea. A democracia burguesa é uma democracia restrita, já que ela não se revela capaz de mobilizar e aplicar a reserva de poder, correndo o risco de deslocamento por grupos que invadem o espaço político, sendo, também, aberta e funcional apenas para os que têm acesso à dominação burguesa.

A conversão do Brasil em uma economia monopolista de caráter dependente foi gerada de uma “decisão externa” das economias centrais e da comunidade internacional de negócios, que alocariam um volume de recursos suficientes para implantar dentro do país estratégias aderentes à grande corporação. Ocorreu, é claro, também uma “decisão interna”, responsável por facilitar e acelerar a irrupção do capitalismo monopolista (GONÇALVEZ, 2013, p. 265).

A trajetória do capitalismo no Brasil, na visão de Florestan, exprime-se como forma de expropriação econômica e dominação política, de tal sorte que a sociedade de classes instituída se mostrou incompatível com uma revolução democrática e nacional, desembocando em um Estado autocrático burguês. Condições como os supracitados vínculos externos de dependência e as oportunidades de uma sociedade ainda precária no que se diz respeito aos setores populares possibilitaram o aferimento, pela burguesia emergente, de todas as vantagens de sua condição para se autoprivilegiar (TORTORA, 1999, p. 111).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Florestan Fernandes evidencia a incompatibilidade de se afirmar a ocorrência, no cenário político brasileiro de uma Revolução Burguesa nos moldes europeus ou mesmo em uma Revolução democrática. *Teríamos, aqui, uma ideia fora do lugar?*

É certo, no entanto, que uma série de circunstâncias provocaram uma ruptura impactante, que modificou estruturalmente o pensamento social e a economia brasileiros, com a ascensão de uma classe diante da consolidação tardia de um capitalismo dependente, com problemas crônicos e caracterizado pela herança colonial. Se, de um lado, foi necessário um momento de quebra com este estatuto para fomentar a valorização do alto comércio, a expropriação de mão-de-obra assalariada e a solidificação de algo mais próximo de uma ordem social competitiva, essas mesmas estruturas que tiveram que ser sobrepujadas serviram de base para a nova ordem que se impunha.

A República contou com um longo histórico de troca de favores e de confusão entre as esferas pública e privada, manipulação de votos e ocupação de cargos públicos para a influência na gestão estatal. O fim da economia escravocrata guardou nos movimentos abolicionistas o anseio pelo desenvolvimento nacional e por mudanças sociais, o que desembocou em uma estrutura meramente estamental para solidificar uma sociedade de classes. Nessa sociedade, as elites cederam à ilusão “novo”, junto a estruturas arcaicas, consideradas incompatíveis com os padrões civilizatórios ocidentais. Prevaleceu e se fortificou uma classe que se valeu da lógica de dominação autocrática e dos privilégios pré-existentes para institucionalizar-se e manter um determinado *status*.

Foi usurpada a legalidade, utilizada como instrumento de controle, especialmente no que se diz respeito à classe operária. E a prevalência dessa lógica continua a transparecer uma enraizada estrutura de poder, que se retroalimenta e se mantém a partir da perpetuação da salvaguarda do interesse de alguns, mesmo que em contrariedade ao interesse da maioria.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Maria Arminda do Nascimento. A aventura sociológica de Florestan Fernandes. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 34, n. 100, p. 243-257, dez. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000300243&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRESSER-Pereira, Luiz Carlos. Brasil, Sociedade Nacional-Dependente. **Novos Estudos**, n.93, p. 101-121, julho 2002.

CHAGAS, Rodrigo Pereira. Florestan, a “Revolução Burguesa” e a transformação capitalista do Brasil. **Lutas Sociais**, São Paulo, v. 17, n. 30, p. 30-43, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18459/0+&cd=1&hl=pt=-BR&ct=clnk&gl-br>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil, ensaios de interpretação sociológica**. Editora Globo. São Paulo, 2006.

_____. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

_____. **Padrões de dominação externa na América Latina**. *Germinal: Marxismo e Educação em Debate*, Salvador, v. 11, n. 1, p. 310-324, abr. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/revistagerminal/article/view/33436>>. Acesso em: 30 Mar. 2021.

_____. **Sociologia no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1977.

GONÇALVES, Rodrigo Jurucê Mattos. O Marxismo de Florestan Fernandes na obra “A Revolução Burguesa no Brasil” (1975). **Revista de Teoria da História**, v. 17, n. 1, jul. 2017, Universidade Federal de Goiás. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/teoria/article/view/48047+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

IANNI, Octávio. A Sociologia de Florestan Fernandes. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 10, n. 26, p. 25-33, Apr. 1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141996000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 abr. 2021.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 2012. 7 ed.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. Editora Quartier Latin. São Paulo, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia:** impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

SAMPAIO Jr, Plínio de Arruda. **Entre a Nação e a Barbárie:** Os Dilemas do Capitalismo Dependente em Caio Prado, Florestan Fernandes e Celso Furtado. Petrópolis, Vozes, 1999.

SANTIAGO, Silviano. A revolução burguesa. **Sociol. Antropol.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 299-312, Abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-38752018000100299&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 abr. 2021.

TOTORA, Silvana. A questão democrática em Florestan Fernandes. **Lua Nova**, São Paulo, n. 48, p. 109-126, Dez. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-4451999000300006&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 02 mar. 2018.

MEDIACIÓN, CULTURA DE PAZ Y AGENDA 2030

*Carlo Pilia*¹¹²

1. LA MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE PACIFICACIÓN

La mediación, como sistema extrajudicial de solución amistosa de conflictos que permite a las partes llegar a un acuerdo con la asistencia de un tercero imparcial, el mediador, constituye un importante instrumento para la pacificación de la sociedad que se aplica tanto a nivel internacional, como continental y nacional.

Ya la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que en el art. 1 establece los propósitos comunes (*Mantener la paz y la seguridad internacionales; Fomentar entre las naciones relaciones de amistad; Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales ...*), menciona expresamente la mediación, entre los medios para la pacificación.

Más precisamente, dentro del Capítulo VI (*ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS*), el art. 33 establece que:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la **mediación**, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a or-

112 Universidad de Cagliari, Italia.

ganismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimaré necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

La mediación, por tanto, se incluye entre los medios de pacificación de los conflictos internacionales. Numerosas otras normativas contemplan la mediación en referencia a los conflictos que surgen en diversos ámbitos públicos y privados, tanto a nivel internacional, continental como nacional. En términos esquemáticos, en la jurisdicción el juez impone una solución heterónoma, que atribuye la razón a una de las partes contrapuestas durante el litigio. En la mediación son las mismas partes quienes, con la ayuda facilitadora del mediador, construyen la solución consensuada que es ventajosa para ambos.

El elemento calificativo es la esencia voluntaria del mecanismo compositivo que se basa en la búsqueda de una solución consensuada compartida por las partes contendientes. Son las mismas partes quienes, a través del diálogo constructivo, solucionan el conflicto y restablecen su relación, de esta manera con el acuerdo también se fortalece la cohesión económica y social de la comunidad.

La importancia de la mediación y el papel fundamental de los mediadores en la sociedad se percibe sobre todo en tiempos de conflicto fuerte y generalizado, como en esta temporada de crisis pandémica. La función pacificadora, de hecho, ayuda a hacer que la comunidad supere los numerosos conflictos que, en similes ocasiones, la ponen en peligro.

La mediación no es solo una actividad profesional que se practica. Es también un conocimiento que se estudia, imparte y difunde, para que los mediadores y profesionales del conflicto sepan gestionarla de forma eficaz. Incluso antes, sin embargo, la mediación es una de las bases de la convivencia civil en la que todos deben ser educados, para que las partes en conflicto la conozcan y puedan utilizarla.

El mundo académico y la comunidad científica son fundamentales en la construcción de la cultura de la mediación, en lugar del litigio, que debe partir de la revisión de los procesos educativos y formativos de las nuevas generaciones.

2. EL PAPEL DE LAS UNIVERSIDADES EN LA INVESTIGACIÓN, FORMACIÓN Y DIFUSIÓN PARA LA AGENDA 2030

El título de este contributo ("*MEDIACIÓN, CULTURA DE PAZ Y AGENDA 2030*") destaca la estrecha conexión que existe entre educación, cultura de paz y mediación, también a la luz de los nuevos objetivos de desarrollo sostenible de Agenda 2030 de Naciones Unidas.

El mundo académico se menciona reiteradamente en la Agenda 2030 y deberá hacer una contribución fundamental para lograr los objetivos y alcanzar las metas. La función de las universidades es elaborar y transferir conocimientos a la sociedad, fundamentalmente a través de tres actividades principales: formación, investigación y difusión. Con un método científico, estas actividades académicas se desarrollan en todos los campos del conocimiento, alimentando los procesos de desarrollo educativo y cultural. Los beneficios se obtienen en varios niveles: políticos, económicos, sociales y ambientales.

También el mundo académico debe participar en el estimulante desafío de la Agenda 2030 de Naciones Unidas para alcanzar los objetivos de sostenibilidad económica, social y ambiental. Se requiere una contribución en las actividades de investigación para el estudio y descubrimiento de soluciones innovadoras para la sostenibilidad en los distintos sectores. La formación es fundamental para prepararse a aplicar los nuevos métodos de trabajo y gestión de recursos. Finalmente, la divulgación permite que el conocimiento salga de los ámbitos restringidos del mundo académico y de los profesionales, para ponerse a disposición de toda la sociedad civil que debe aprovechar de los objetivos y realizarlos.

La relación entre la Universidad y la sociedad civil, sin embargo, no es unilateral ni unidireccional, de la primera a la segunda, sino también de la segunda a la primera, con un movimiento continuo y circular. Los dos términos de la relación, de hecho, deben conectarse y alimentarse entre sí.

Es la sociedad civil, de hecho, la que destaca las cuestiones críticas de la convivencia, la que marca los objetivos del desarrollo sostenible, la que ofrece la posibilidad de identificar y experimentar soluciones de mejora en la práctica diaria. La Universidad extrae recursos, no solo económicos,

de la sociedad civil para realizar actividades académicas, que transfiera a la sociedad.

Una universidad separada de una sociedad civil no es concebible, pero tampoco una sociedad civil independiente del aporte de mejora que ofrece la universidad. Se trata de vasos comunicantes que, a través de procesos participativos individuales y colectivos, alimentan la mejora de las condiciones generales de convivencia.

En estos términos, la Agenda 2030 exige un compromiso conjunto y global, una sinergia entre todos los componentes de la sociedad y entre todas las sociedades, una alianza estratégica para lograr juntos los objetivos de sostenibilidad.

3. OBJETIVO 4 – EDUCACIÓN DE CALIDAD

Entre los ambiciosos objetivos de desarrollo sostenible, aquí, cabe mencionar el número 4. *"Educación de calidad"*, finalizado a *"Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos"*. Destaca el papel estratégico de los procesos de educación y formación para el pleno desarrollo de la personalidad y la implicación consciente y participativa de toda la población mundial en la actuación del desarrollo sostenible.

Esto se desprende del examen de las metas esperadas, en particular:

4.1 CALIDAD DE LA EDUCACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA

De aquí a 2030, asegurar que todas las niñas y todos los niños terminen la enseñanza primaria y secundaria, que ha de ser gratuita, equitativa y de calidad y producir resultados de aprendizaje pertinentes y efectivos.

4.2 CALIDAD DE LA EDUCACIÓN PRE-ESCOLAR

De aquí a 2030, asegurar que todas las niñas y todos los niños tengan acceso a servicios de atención y desarrollo en la primera infancia y educación preescolar de calidad, a fin de que estén preparados para la enseñanza primaria.

4.3 ACCESO IGUALITARIO A LA FORMACIÓN SUPERIOR

De aquí a 2030, asegurar el acceso igualitario de todas las personas a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria.

4.4 COMPETENCIAS PARA ACCEDER AL EMPLEO

De aquí a 2030, aumentar considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento. [...]

4.7 EDUCACIÓN GLOBAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

De aquí a 2030, asegurar que todos los alumnos adquieran los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para promover el desarrollo sostenible, entre otras cosas mediante la educación para el desarrollo sostenible y los estilos de vida sostenibles, los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia, la ciudadanía mundial y la valoración de la diversidad cultural y la contribución de la cultura al desarrollo sostenible.

Por lo tanto, son necesarias inversiones focalizadas en la construcción de estructuras educativas, especialmente para los discapacitados, en el aumento de becas, especialmente para los países en desarrollo, y en aumentar el número de profesores calificados asignados para llevar a cabo las actividades de formación a través de la cooperación internacional en realidades menos desarrolladas.

Los docentes son un canal fundamental para educar a los jóvenes para el desarrollo sostenible.

4. OBJETIVO 16. PAZ, JUSTICIA E INSTITUCIONES SÓLIDAS.

La educación, por tanto, es la herramienta fundamental para concientizar a la población sobre la Agenda 2030 e involucrarla en los procesos

de cambio de sostenibilidad. Entre los objetivos de la sostenibilidad, nuevamente, cobran especial importancia los relacionados con la pacificación de los conflictos, en los distintos contextos, en los que la mediación puede jugar un papel fundamental.

En particular, la atención se centra en el **Objetivo 16. Paz, justicia e instituciones sólidas**. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

El objetivo se expresa en los distintos contextos conflictivos, para ser pacificados también haciendo uso de la mediación.

Para entender el sentido del objetivo, es útil mencionar las metas:

16.1 REDUCIR TODAS LAS FORMAS DE VIOLENCIA

Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo.

16.2 MALTRATO, TRATA Y EXPLOTACIÓN INFANTIL

Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.

16.3 ESTADO DE DERECHO Y ACCESO A LA JUSTICIA

Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para tod@s. [...]

16.7 PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades.

La mediación es la principal herramienta que se debe utilizar para garantizar un mundo pacífico, seguro, inclusivo y sostenible. Estos objetivos, de hecho, requieren la implicación directa y la participación consciente de todas las personas en la gestión responsable de los conflictos, en los distintos niveles y en los distintos sectores de actividad.

De hecho, a los numerosos conflictos existentes, se sumarán los vinculados a los profundos procesos de cambio que son necesarios para pasar a los nuevos sistemas sostenibles de producción y consumo. La evolución sostenible de la sociedad no será sencilla ni estará exenta de problemas.

5. LA MEDIACIÓN COMO CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO SOSTENIBLE.

La apuesta por la educación en mediación por la paz, por tanto, se convierte en un momento clave en la estrategia global de la Agenda 2030.

Universidades, como las nuestras reunidas en CUEMYC, que llevan mucho tiempo trabajando en la formación, investigación y difusión en el ámbito de la mediación, ofrecen una contribución extraordinaria en la preparación de estudiantes y nuevas generaciones para construir y gestionar el mundo del desarrollo sostenible de manera pacífica, inclusiva y responsable.

Las universidades que trabajan en la cultura de la mediación deben trabajar en red, en una estrategia de cooperación internacional, para compartir actividades de formación, investigación y difusión del conocimiento, especialmente hacia los países menos desarrollados. Además, las universidades que trabajan en mediación deben ponerse al servicio de la sociedad civil, en todos los campos, para ayudar a construir mecanismos de prevención y gestión de conflictos.

En conclusión, la educación en mediación por la paz se convierte en un objetivo preliminar que la universidad debe alcanzar para formar a las poblaciones que deben construir y gestionar el desarrollo sostenible de manera participativa e duradera.

REFERÊNCIAS¹¹³

AA. VV. **Quaderni di conciliazione**, a cura di C. Pilia, EValveri, 2010-2020.

_____. **ADR e mediazione** a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012.

_____. **Una giustizia complementare** a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Milano 2018;

113 Se indica una bibliografía general sobre mediación civil y mercantil, y más en general MASC, también en materia de consumo y con referencia a la actual crisis pandémica, y sobre Agenda 2030 de Naciones Unidas.

- _____. **Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law** dir. por D.C. Dragos, B.Neamtu, Springer Berlino-Heidelberg, 2014.
- _____. **Anuario de mediación y solución de conflictos** dir. por L. García Villaluenga, E. Vázquez de Castro, Madrid, 2020.
- _____. **Crisis climática, transición energética y derechos humanos**, coord. por H. Jiménez Guanipa, M. Luna Leal, F. Huber, L. Roberto Barroso, Fundación Heinrich Böll, 2020.
- _____. **Cuestiones actuales en materia de mediación, familia e sucesiones**, dir. por M. García Mayo, Madrid, 2020.
- _____. **Desarrollo humano integral y Agenda 2030**. Aportaciones del pensamiento social cristiano a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, coord. por J.M. Larrú Ramos, Biblioteca de Autores Cristianos, 2020.
- _____. **El reto de la Agenda 2030 desafíos éticos y experiencias ambientalistas en Iberoamérica**, coord. por D. Soto Carrasco, M.A. Palacios Moreno, UPACIFICO, 2020.
- _____. Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia, vol. 1, 2 y 3. **Giustizia civile.com**. <http://giustiziacivile.com/>.
- _____. **Estudio interdisciplinar de los desafíos planteados por la Agenda 2030**, coord. por C. Florit Fernández, N. del Barrio, J.A. Soto Pineda, Aranzadi, 2020.
- _____. **Estudios sobre Justicia online** dir. por E. Vázquez de Castro, coord. por C. Fernández Canales, Comares, 2013.
- _____. **Fodertics II: hacia una justicia 2.0** coord. por F. Bueno de Mata, Ratio Legis, 2014.
- _____. **La Agenda 2030 como Ética de la Solidaridad**, coord. por F. Javier Murillo, M. Mesa, DEMOSPAZ, 2019.
- _____. **La mediación en las diversas disciplinas jurídicas** dir. por Por G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago de Chile, 2020.

- _____. **La mediación por el mundo: un camino hacia la paz**, dir. por. M. García Mayo, Santiago de Chile, 2020.
- _____. **La mediación: nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado**, dir. por G. Alpa, M. Córdoba, Buenos Aires, 2015.
- _____. **La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE** a cura di N. Trocker e A. De Luca, Firenze, 2011;
- _____. **La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali** a cura di M. Bove, Padova, 2011.
- _____. **La nuova mediazione civile e commerciale** a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014.
- _____. **La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América**. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado diretto da F. Esteban de la Losa, P. Cortés, Tirant lo Blanch, 2015.
- _____. **La resolución alternativa de litigios en materia de consumo** dir. por M.J. Ariza Colmenarejo, M. J. Fernández-Fígares Morales, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- _____. **La resolución de conflictos con consumidores de la mediación a las ODR** coord. por I. Barral Viñals, Editorial Reus, 2018.
- _____. **La resolución de conflictos de consumo**. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR), Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- _____. **Las amenazas a la seguridad internacional hoy**, dir. por C. Martínez Capdevila, M. Abad Castelos, R. Casado Raigón, coord. por E. J. Martínez Pérez, Tirant lo Blanch, 2017.
- _____. **Le online dispute resolution (ODR)** a cura di E. Minervini, Napoli, 2016.
- _____. **Le online dispute resolution (ODR)** a cura di E. Minervini, Napoli, 2016.

- _____. **Manuale della mediazione civile e commerciale.** Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010 a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012.
- _____. **Mediación y tutela judicial efectiva.** La Justicia del siglo XXI dir. por J.L. Argudo Pérez, Reus, 2019.
- _____. **Mediación, arbitraje y juriscicción en el actual paradigma de justicia** coord. por S. Barona Vilar, Thomson Reuters-Civitas, 2016.
- _____. **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI** dir. por L. García Villaluenga, J.L. Tomillo Urbina, E. Vázquez de Castro, C. Fernández Canales, Editorial Reus, 2010.
- _____. **Mediación, Justicia y Unión Europea** a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014
- _____. **Mediación, Justicia y Unión Europea** a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014.
- _____. **Mediation at the crossroad of different legal culture** dir. por A. Miranda, Roma, 2014.
- _____. **Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile.** Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010.
- _____. **Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali,** Rimini, 2011.
- _____. **Mediazione e Conciliazione, diritto interno, comparato ed internazionale** a cura di A. Pera, G.M. Riccio, Padova, 2011.
- _____. **Metariales juridicos del Libro Blanco de la mediación en Catalu** a dir. por E. Lauroba, I. Barral, I. Viola, Barcellona, 2011.
- _____. ODR e tentativo obbligatorio di mediazione. **Le Corti salernitane**, n. 1, Napoli, 2015.

- _____. ODR e tentativo obbligatorio di mediazione. **Le Corti salernitane**, n. 1, Napoli, 2015.
- _____. **Proceso civil y mediación**. Su analisis en la ley 5/2012, de mediacion en asuntos civiles y mercantiles dir. por A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- _____. **Proceso civil y mediación**. Su analisis en la ley 5/2012, de mediacion en asuntos civiles y mercantiles diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- _____. **Progreso, dificultades y propuestas de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible**, coord. A. Monfort de Bedoya, N. Villagra García, Universidad Pontificia Comillas, 2019.
- _____. **Retos de la educación ante la Agenda 2030**. Los ODS entre el humanismo y la ecología, coord. por L. de Tienda Palop, F. Arenas-Dolz, J. Gracia Calandín, Universitat de València, 2020.
- _____. **Soluciones alternativas a los conflictos de consumo** dir. por J.L. Tomillo Urbina, coord. por I. Alvarez Vega e G. Capilli, Comares, 2016.
- _____. **The new regulatory framework for consumer dispute resolution** a cura di P. Cortés, Oxford, 2016.
- _____. **The variegated landscape of mediation**. A comparative Study on Mediation Regulation and Practices in Europe and the World dir. por M. Schonewille, F. Schonewille, Eleven International Publishing, 2014.
- _____. **Un progetto di riforma delle ADR**, Napoli, 2017.
- _____. **Consumer ADR in Europe** a cura di C. Hodge, I. Benöhr, N. Creuzfeldt-Banda, Oxford, 2012.
- _____. **La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali**. Commentario al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010.
- _____. **Mediación en asuntos civiles y mercantiles**. Comentarios a la Ley 5/2012 dir. por L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012.

- _____. **Mediación en asuntos civiles y mercantiles.** Comentarios a la Ley 5/2012 dir. por L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coord. por C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012.
- _____. **Soluciones alternativas a los conflictos de consumo.** Perfiles hispano-italianos dir. por J.L. Tomillo Urbina, Granada, 2016.
- ALPA, G. Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione». **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2, 2017, p. 793 ss.
- BARRET, J. T.; BARRET, J. **A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement**, Hardcover, 2004.
- BELLOSO MARTIN, N. El ODS 16 en la Agenda2030: de la indefinición a algunas propuestas (iusfilosóficas) para su concreción. **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 1939-1974, 2020.
- BLANCO CARRASCO, M. **Mediación y Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos.** Una visión Jurídica, Reus, Madrid, 2009.
- CONTE, G. Cultura della iurisdictio vs. cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di A.D.R. **Mediazione e progresso**, Milano, 2012, p. 235 ss.
- CUOMO ULLOA, F. **La conciliazione.** Modelli di composizioni dei conflitti, Padova, 2008.
- DANOVI, F.; FERRARIS, F. **La cultura della mediazione e la mediazione come cultura**, Milano 2013.
- DE PALO, G.; TREVOR, M. B. **EU mediation Law and practice**, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ESPLUGUES, C.; MARQUIS, L. **New developments in Civil and Commercial Mediation**, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht, London, 2015.
- ESPLUGUES, G.; IGLESIAS, G. L.; PALAO G. Civil and commercial Mediation in Europe, vol. I, **National Mediation Rules and Procedures**, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

- FREZZA, G. “Degiurisdizionalizzazione”, negoziazione assistita e trascrizione. **Le nuove leggi civili commentate**, n. 1/2015, p. 18 ss.
- LUIISO, F. P. La negoziazione assistita, en **Le nuove leggi civili commentate**, n. 4/2015, p. 649 ss.
- MACHO GÓMEZ, C. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa. **Anuario de derecho civil**, LX, v. II, n. 1, 2014.
- MANCALEONI, A. M. La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/EU. **Europa e Diritto Privato**, n. 3, 2017, p. 1064 ss.
- MANOLITA, F. **Dalle ADR offline alle procedure di online dispute resolution**. En: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/646/M.%20Francesca.pdf>, 2015, p. 1 ss.
- MIRRA, V. I sistemi di alternative dispute resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione del nuovo “arbitro per le controversie finanziarie”. **Riv. dell'arbitrato**, n. 4, 2016, p. 693 ss.
- OROZCO PARDO, G.; MONEREO PÉREZ, J. L. **Tratado de mediación en la resolución de conflictos**, Tecnos, Madrid, 2015.
- PILIA, C. L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori. **Quaderni di conciliazione** a cura di C. Pilia, n. 5, Cagliari, 2017, p. 153 ss.
- PUNZI, C. La c.d. « degiurisdizionalizzazione » della giustizia civile, en Punzi, **Il processo civile – Le riforme del quinquennio 2010 – 2014**, Torino, 2015, p. 1 ss.
- SCARSI, M. Mediazione e controversie covid 19. **Diritto.it**, 8 luglio 2020, en <https://www.diritto.it/mediazione-e-controversie-covid-19/>

REFLEXÕES SOBRE A VERDADE NO CONTEXTO DO PROCESSO E DAS PROVAS

*Líliá Nunes Silva*¹¹⁴

INTRODUÇÃO

O tema central deste artigo é objeto de muitos debates. A sociedade está sempre bradando por buscar a verdade e tentando rumar-se por ela, seja qual for esta verdade e sob qual circunstância se encontre. A verdade é ponto de partida para afirmação – ou discussão – em qualquer área de conhecimento e também no cotidiano das pessoas e instituições, mas ganha relevância no campo das ciências pela essencialidade de premissas verdadeiras para o seu real avanço e contribuição à sociedade.

No campo do Direito Processual, a busca e a formação da verdade são ínsitas ao desenvolvimento regular e idôneo dos procedimentos, motivação desta breve análise e considerações.

A pesquisa se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica, analisando-se artigos e livros que trataram da verdade no processo, e também material relacionado a temática da prova e alguma contribuição da antropologia. São trazidos, inicialmente, pontos de vista sobre o que se entende por verdade e como se dá a sua formação, realizando-se em sequência

114 Mestranda em Direito (Universidade Católica de Petrópolis). Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora). Pesquisadora auxiliar. Advogada.

alguns apontamentos sobre poder e verdade, para assim adentrar ao cerne da pesquisa, que é a verdade no Direito Processual.

Na seção que trata da verdade e o processo, serão esclarecidos sobre os conceitos de verdade real e processual abordados na doutrina, e pela análise crítica desse entendimento se concluir pela existência de uma só verdade, tendo em vista que para o Direito nortear as relações jurídicas e a conduta dos integrantes da sociedade de forma legítima e eficaz, o procedimento deve pautar-se na realidade dos fatos apurada mediante observância das garantias do devido processo legal.

Tendo sido pontuadas questões importantes ao entendimento da verdade e sua formação no processo, a última seção vai ponderar sobre como a busca da verdade por meio da atividade probatória, em procedimento racional e fundado nos ditames constitucionais, se revela como mecanismo apto à obtenção de "respostas corretas", evidenciando também alguns pontos sobre a função e os parâmetros de produção da prova.

1. ALGUMAS NOTAS SOBRE A VERDADE

Quando se pensa em verdade, logo se remete ao conceito do estado de coisas real, verídico, factível, verificável, preciso, enfim, um conhecimento em conformidade com a realidade dos fatos ocorridos.

Sobre o tema, em conferências onde parte da discussão central levantou a questão da verdade e as formas jurídicas, Michel Foucault introduziu essa temática destacando que acreditava na existência de duas histórias da verdade:

A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras do jogo são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade. (FOUCAULT, 2002, p. 11)

No entendimento do referido autor, uma faceta da verdade seria aquela construída nos moldes da ciência e, mediante a metodologia da experiência e observação, encontrá-la nas conclusões decorrentes destes métodos. Contudo, haveria outra faceta da verdade na sociedade e que é formada sob outro aspecto, em que as "regras do jogo" onde ocorrem os fatos ditam certos tipos de saber e subjetividade, das quais se obtém uma verdade e que pode não ser coincidente com a definição da primeira descrição.

Em artigo onde a verdade também foi analisada, Susan Haack aborda questões teóricas sobre a verdade e ressalta o fato de alguns filósofos pós modernos e estudiosos do direito argumentarem que de fato não existe uma verdade objetiva, pois esta se mostra sempre parcial, subjetiva, relativa (2016, p. 313), e ao longo do trabalho discorda dessa visão ao tecer várias críticas sobre tais entendimentos. Estas críticas foram separadas em tipos de argumentos que impossibilitariam em tese o conhecimento da verdade, cabendo destacar os seguintes:

- Algunos están confundidos por la ambigüedad de <<absoluto>>, transitando de la premisa verdadera de que la verdad nunca es conocida con certeza a la conclusión falsa de que la verdad debe ser relativa a una comunidad, teoría, paradigma, etcétera. [...]
- Otros han inferido una conclusión relativista porque han notado que algunas proposiciones tienen un valor de verdad solo relativo a un cierto específico tiempo, sociedad, jurisdicción, etcétera. (HAACK, 2016, p. 314)

A escolha destes dois pontos se deve à compreensão de que em ambos a razão pela qual não seria possível o conhecimento real da verdade está relacionado a fatores essencialmente sociais, ou seja, a verdade estaria sempre relativizada diante do local e contexto em que é produzida. Haack não discorda da existência destes fatores porque a verdade pode sim estar relativa nestas situações, todavia, não se pode concluir que a própria verdade seria relativa por conta disso.

O que se percebe é que os entendimentos citados acima visam simplificar a questão de modo a levar a uma conclusão de viés radical e definitivo, não consistindo em algo adequado e tampouco razoável para um

tema tão caro à vida em sociedade. Entendimentos dessa natureza geram uma sensação de incerteza e insegurança prejudiciais ao equilíbrio das relações jurídico-sociais, uma vez que as pessoas estariam atreladas à situações onde não se teria qualquer juízo de confiabilidade mínimo sobre as premissas fáticas ante à suposta regra de relativismo da verdade e sua interpretação – a depender de onde, porquê e quando formada, por exemplo.

Não se questiona que a formação da verdade pode dar-se sob diferentes lugares e contextos. Mas considerar que esta constatação leva à compreensão de que a verdade é algo relativo, sempre a depender da influência do meio pelo poder de captar e direcionar a sua formação distintamente – sejam locais, pessoas e/ou situações onde os fatos que a constituem se desenrolem, já não se pode anuir.

A dinâmica social e a sua interação com as formas de subjetividade, domínios de objeto e tipos de saber não desnaturam a verdade e a sua formação em si. Como bem pontuado por Haack, não ter exatamente a certeza de que está se tratando de uma verdade idônea, assim considerada como absoluta, e também que fatores como a comunidade, uma teoria, determinado tempo ou jurisdição influenciem a sua formação, não significa que não exista uma verdade palpável (2016, p. 314).

2. A QUESTÃO DA VERDADE E DO PODER

A relação entre verdade e poder merece comentários em virtude de como o segundo influencia eficazmente na formação da primeira nas sociedades, o que não é positivo em uma análise prefacial, pois aquela verdade "neutra" e relacionada ao estado de fato das coisas poderá estar sempre distante do que se torna conhecido e disseminado entre os indivíduos como verdadeiro diante dessa influência. É inegável que isto ocorre mais do que se deseja, porém, como a estrutura social firmou seus alicerces nestes moldes, resta buscar mecanismos para controle e adequação à pilares mínimos de confiabilidade e baseando-se em parâmetros normativos de legalidade e legitimidade para a formação da verdade.

Quando Clifford Geertz desenvolveu o conceito de carisma na obra "O saber local", apontou estudos de Edward Shils que captaram a dimensão do carisma na conexão entre o valor simbólico de indivíduos e a relação deles com os centros ativos da ordem social. Observou também que

nestes centros ocorrem as ideias dominantes e estão as instituições dominantes, culminando nos eventos que influenciam a vida dos membros da sociedade (1998, p. 184).

O antropólogo completa seu raciocínio afirmando que deste contexto se percebem os aspectos simbólicos do poder e, quando se analisa o centro político social, nele sempre há uma elite governante e o seu respectivo conjunto de formas simbólicas que expressam o fato de que ela realmente governa. E são justamente estes símbolos que dão a eles a atmosfera de realmente o sê-lo, sua importância e uma relação com a "própria forma em que o mundo foi construído" (GEERTZ, 1998, p. 184). Tais inferências trazem importantes considerações sobre a influência do poder na formação da verdade, eis que estes centros ativos da ordem social são lugares onde a verdade essencialmente se forma para toda a sociedade ante ao poder que exercem sobre os indivíduos e suas escolhas em geral.

Retomando aos estudos de Foucault sobre a verdade e as formas jurídicas, nele o autor focalizou sua observação na evolução das formas jurídicas no campo do direito penal por entender que ali se constituem fontes relevantes de certos tipos de verdade. Parte interessante das observações e que é pertinente mencionar neste artigo se refere a uma forma de descoberta da verdade retomada na Idade Média chamada de inquérito, onde adiante serão comentados alguns modelos praticados na época.

No Império Carolíngio, o modelo de inquérito para solucionar um problema de direito ocorria pela reunião de pessoas que eram "consideradas capazes de conhecer os costumes, o Direito ou os títulos de propriedade" e estas, sob o juramento de dizer a verdade, falariam sobre o que conheciam ou ouviram dizer sobre a questão. Essas pessoas eram deixadas a sós para deliberar e, da sua deliberação, se solucionava o problema (FOUCAULT, 2002, p. 68-69).

Outra prática de inquérito foi a *visitatio* da Igreja da Alta Idade Média (Merovíngia e Carolíngia), onde o bispo realizava visitas estatutariamente e nestas percorria a diocese iniciando um procedimento de "inquirição" sobre todos os fatos relevantes ocorridos na sua ausência (crimes, faltas, etc.) e, acaso houvesse, era feita uma apuração de autoria e natureza do fato. Tal prática subsistiu por toda a Idade Média e foi adquirindo funções administrativas e econômicas para a própria gestão patrimonial da Igreja (FOUCAULT, 2002, p. 70-71).

E foi com base neste último modelo, conforme descrito em uma das conferências, que na formação do Estado tendo como fonte de poder o soberano – as monarquias nascentes ao final da Idade Média – que se utilizou o procedimento de inquérito para desenvolvimento dos procedimentos judiciários. Neste inquérito, o procurador do rei apurava os crimes e faltas, pois quando não ocorriam em flagrante delito, não poderia mais fazê-lo pelo sistema de provas (com seus desafios, duelos e ordálias), mas sim de maneira racionalizada e sem risco físico para o representante do Estado. Desse modo, mediante a apuração dos fatos na busca dos acontecimentos reais, se determinavam as consequências pessoais e patrimoniais para o transgressor da ordem social (FOUCAULT, 2002, p. 71-72).

Fica claro nesses modelos de inquérito que os procedimentos visavam à formação da verdade na finalidade de manutenção da ordem, gestão patrimonial e equilíbrio das relações sociais, o que, por consequência lógica, consistia em forma de exercício de poder pelas classes dominantes. A formação da verdade sobre determinado fato contrário ao direito vigente e de responsabilidade de dado indivíduo para a posterior aplicação de penalidades, sejam restritivas de liberdade e vida ou financeiras, mesmo se constatando uma metodologia que buscava correspondência com a realidade dos fatos, demonstra a manipulação por alguns atores sociais sobre o que seria certo ou errado, punível e sobre quem poderia dizê-lo.

3. A VERDADE E O PROCESSO

Diante da relevância da verdade e sua formação para o desenvolvimento da vida em sociedade que o debate também se estende à seara do direito processual, pois pela apuração dos fatos e sua veracidade no processo que os ordenamentos jurídicos definem responsabilidades com ou sem repercussão patrimonial, restringem liberdades, constituem, declaram ou extinguem direitos, dentre outras atribuições.

As partes de um procedimento, seja ele judicial ou não, trazem suas afirmações e provas no intuito de comprovar os fatos alegados, ao fito de mostrarem a verdade para satisfação da sua pretensão ou, por outro lado, o óbice a esta pretensão. Justamente em razão deste tipo de demonstração de fatos para satisfazer ou obstaculizar direitos que surge a discussão se o

que é levado ao processo é realmente a verdade, ou apenas uma versão dos fatos para alcance dos objetivos próprios.

Como o processo geralmente nasce por meio de provocação pelos indivíduos ou instituições – em obediência ao Princípio da Inércia do Estado-juiz – e, por conseguinte, possuem seus próprios interesses a certo e determinado resultado, se torna frequente na doutrina a delimitação de uma verdade real e outra formal, e em decorrência desse entendimento, a configuração de uma verdade processual.

Luigi Ferrajoli realizou essa diferenciação entre verdade real e formal quando comparou os modelos de direito penal formalista e substancialista, onde no primeiro modelo – de matriz garantista – a busca da verdade estaria limitada pelas regras protetoras de direitos e garantias fundamentais e pelo exercício de um juízo decisório mais racionalizado e estritamente legalista, obtendo-se, portanto, uma verdade formal ou processual; ao passo que no segundo modelo, a busca da verdade se daria por todos os meios disponíveis e sem limitações legais em relação ao investigado e pelo exercício de um juízo valorativo e de viés arbitrário, obtendo-se, portanto, uma verdade material ou substancial (2002, p. 38/40).

Já outro estudo sobre a verdade no Direito Processual, o autor Flávio Mirza abordou, de forma crítica, a contraposição utilizada em comparações entre o processo civil e o processo penal. Tais comparações perpassam pela defesa de que, como o processo civil geralmente se ocupa de questões privadas ou sem efetiva necessidade do conhecimento da realidade dos fatos levados ao processo por tratar de direitos transacionáveis, a busca pela verdade se daria em caráter formal e; em contrapartida, como o processo penal se ocupa de questões de natureza pública ou que diante da gravidade da configuração do ato típico, antijurídico e culpável que impacta sobre a liberdade do indivíduo, a busca pela verdade seria mais efetiva e, portanto, real (2009, p. 102-104).

Mais adiante, o autor comenta sobre outros posicionamentos que interpretam a verdade processual como a demonstração de fatos no processo no intuito precípua de convencimento do julgador e, assim, a formação dessa verdade advém somente do que é levado aos autos pelos interessados e com mera probabilidade de correspondência à realidade dos fatos ocorridos. Na conclusão das observações realizadas, constata:

Não há que se falar em uma verdade processual. [...]

A verdade é aquela que qualquer ciência consegue chegar, guardadas suas limitações inerentes, com todos os recursos e meios disponíveis em determinado período histórico-temporal. Não há outra, não há uma verdade *tout court*.

A verdade (ou sua busca), enquanto valor humanitário, não precisa ser adjetivada, uma vez que ligada à atuação da lei, no que concerne a sua aplicação, à realidade dos fatos. (MADURO, 2009, p. 118).

Retomando diretamente à importância do processo na sociedade, a busca e a formação da verdade devem permeá-lo como um regulador e auxiliar no cumprimento de seus fins, de vez que o processo haverá de pautar-se em fatos idôneos, desejavelmente verdadeiros. É necessário romper definitivamente com a ideia de processo fundado em mero juízo de verossimilhança, para que a verdade seja um objetivo concreto do processo, ao fim de ser o convencimento do julgador a consequência legítima da prestação jurisdicional. Uma verdade absoluta é inatingível, por certo, contudo, a verdade que se almeja é aquela contextualizada e vinculada a certa situação, embasada em dada informação, mediante um método estabelecido e com ferramentas válidas e eficazes de controle e confirmação. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 321).

Os procedimentos e os seus resultados não se subsumem a simples ideário teórico de justiça, mas tem objetivo essencial de regulação adequada da dinâmica dos indivíduos entre si e com as instituições, uma vez que as normas são criadas conforme um plano, geralmente de matriz constitucional, e nelas os padrões de conduta e os institutos são estabelecidos para alcance destes propósitos. E partindo da compreensão de que o direito tem a função de dirigir a conduta de seus destinatários (BELTRÁN, 2007, p. 29 e VECCHI, 2016, p. 280), o processo e a busca da verdade pelos meios possíveis e legítimos devem caminhar juntos para o bom desempenho desse papel, dissociando-se para tal da ideia de uma verdade meramente procedimental.

4. VERDADE, PROVA E A "RESPOSTA CORRETA"

Pensar no processo como uma das formas de realização da justiça certamente traz em seu conteúdo a busca da verdade, mormente pelo con-

sectário ideal da sua efetivação se desenvolver pelo caminho da real ocorrência dos fatos (MADURO, 2009, p. 105), visando dar a quem o que lhe é de direito. Esse mecanismo de busca da verdade no processo necessariamente ocorre por meio das provas nele produzidas, e assim surgem outras indispensáveis ponderações, tais como a função da prova e os parâmetros para a sua produção.

Ao considerar a prova como método de investigação comum às mais diversas áreas do conhecimento humano na busca de apreender a realidade da vida, onde, por intermédio da atividade probatória, se dá a apuração dos fatos e a tentativa da sua reconstrução, a prova ostenta, por conseguinte, uma função demonstrativa (MADURO, 2011, p. 208). E nestes termos, no campo da ciência jurídica, não se faz diferente.

No cenário processual, a decisão é o ato mais importante do processo e deve ser precedida de atos processuais realizados sob o crivo do contraditório e estar lastreada nas provas apresentadas ao longo da instrução, sendo estas últimas obtidas mediante o emprego das técnicas adequadas e nos limites previstos em cada ordenamento jurídico, respeitando-se desta maneira as regras do jogo.

O exercício das garantias fundamentais do *due process of law* na instrução probatória são inafastáveis, para que assim o processo se desenvolva validamente e a apuração dos fatos e provas obtidos ao longo da marcha processual cumpram fidedignamente o seu papel. Por outro lado, importa refletir se apenas o que for verdadeiro legitimaria as provas e as respectivas decisões, de modo a serem instrumentos de realização do Direito, ou se o que restar provado se torna verdadeiro para o processo e assim a decisão decorrente seria também uma realização da justiça, considerada a "resposta correta".

Ao analisar se os enunciados fáticos – sobre os fatos relevantes ao desfecho do processo – deverão ser verdadeiros para que as provas produzidas a partir deles sejam válidas e a decisão pautada no direito e justiça, Dei Vecchi traz considerações que aclararam as questões levantadas:

De este modo, si <aplicación correcta de normas> implica conceptualmente i) la verdad de los enunciados fácticos relevantes, habrá que incluir entre las condiciones de permisión o mandato del acto de decisión judicial el que esos enunciados sean verdaderos. Por lo contrario, si <<aplicación correcta de

normas>> requiere solamente ii) la prueba de los enunciados fácticos (sean verdaderos o falsos), pues entonces se podrá considerar sin problemas también a la mera prueba de los enunciados como la condición justificativa del acto de decisión. (2016, p. 280).

Haack também refletiu sobre o compromisso do processo com a verdade por meio das provas, concluindo que tanto nos sistemas jurídicos de *common* e *civil law* (ainda que possuam suas diferenças), o embate processual entre as partes na defesa de seus direitos e a produção de provas na busca da comprovação de seus argumentos, direcionam à produção de decisões faticamente corretas, onde no exíguo tempo e limitações para instrução e julgamento das disputas os juízes atuam para que as provas trazidas os aproxime da realidade dos fatos e a decisão seja o mais acertada possível, mesmo que distintamente da típica investigação científica de outras áreas de conhecimento e de não possuírem apenas a função de buscar a verdade (2016, p. 332).

A prova, especialmente no Direito Processual, tem como função inerente a demonstração dos fatos relevantes para a aplicação das normas jurídicas vigentes e, retomando a ideia de que essas normas regulam a conduta desejável dos membros da sociedade, cabe aos juízes e tribunais realizar tal verificação respeitando as garantias fundamentais, de modo a definir as consequências jurídicas caso a caso, e assim "sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios" (BELTRÁN, 2007, p. 30).

Somente a noção de verdade como conteúdo, chamada também de verdade conteudística, tem aptidão para conduzir a uma "resposta correta" (STRECK, 2011, p. 114), e esta resposta se encontra na observância das normas constitucionais – regras e princípios – por toda a instrução probatória, pois ao assegurar os direitos e garantias materiais e processuais fundamentais do cidadão, conduzirá racionalmente a um resultado adequado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo foi possível compreender a existência de vários centros de formação da verdade e que estes fazem parte da construção das

sociedades, ainda que nos sistemas jurídicos essa busca da verdade possa não corresponder à simples apuração de fatos. Os centros sociais onde basicamente há a formação da verdade são importantes para a estabilidade das relações jurídicas e, mesmo que manipuladas por determinados setores da sociedade, exercem esse papel regulador.

Neste sentido, sendo a verdade um dos elementos essenciais ao regular desenvolvimento da vida em sociedade e também do processo, tal compreensão há de superar a ideia no direito processual de que juridicamente a verdade é algo distante da realidade dos fatos, ou seja, não existe uma verdade real e outra processual, mas sim que o processo, com todos os seus limites e fins, busca por meio da apuração dos fatos e sua veracidade, solucionar e pacificar os conflitos.

A atividade probatória é meio adequado para a apuração dos fatos relevantes ao processo e também de busca da verdade quanto aos enunciados apresentados e, ainda que seja produzida pelos interessados em certo e determinado resultado, se desenvolvida respeitando as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição, tem aptidão para produzir a "resposta correta".

O respeito às regras procedimentais e a busca do convencimento pelas partes sobre suas afirmações, tem capacidade de conduzir a soluções (decisões) baseadas em fatos verdadeiros, isto no sentido de maior proximidade possível à realidade.

Enfim, em que pese a busca da verdade não ser a única função do processo, conduzir-se por este caminho, de forma racional e pautada nos ditames constitucionais, legitima a sua atuação para à sociedade como um todo (individual e coletivamente considerada). A marcha processual, diante das provas validamente produzidas, deve envidar esforços para se fundar em fatos verdadeiros e assim produzir resultados adequados, mesmo ciente que a ciência do direito não é exata e não ostenta verdades absolutas e incontestáveis (como qualquer outro ramo científico).

REFERÊNCIAS

BÉLTRAN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.

DEI VECCHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. *In*: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁS-

- QUEZ, Carmen (Orgs.) **Debatiendo con Taruffo**. Madri: Marcial Pons, 2016.
- DIDIER JR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela (v. 2)**. 11^a Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3^a Edição. Rio de Janeiro: Nau, 2002.
- GEERTZ, Clifford. **Centro, reis e carisma: reflexões sobre o simbolismo do poder**. Petrópolis: Vozes, 1998.
- HAACK, Susan. La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁSQUEZ, Carmen (orgs.) **Debatiendo con Taruffo**. Madri: Marcial Pons, 2016.
- MADURO, Flávio Mirza. Notas sobre a questão da verdade no Direito Processual. In: CALVET DA SILVEIRA, Carlos Frederico Gurgel; SALLES, Sérgio de Souza; MARCY ROSA, Waleska (orgs.) **Ensaaios sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II**. Petrópolis: Universidade Católica de Petrópolis, 2009.
- MADURO, Flávio Mirza. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho (orgs.) **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

O USO PÚBLICO RELIGIOSO EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NO BRASIL: LEVANTAMENTO E ANÁLISE DE LEGISLAÇÕES FEDERAIS

*Valdevino José dos Santos Júnior*¹¹⁵

INTRODUÇÃO

A criação de Unidades de Conservação (UCs) para usos culturais ou de seus recursos está presente na história da sociedade humana há pelo menos 2000 mil anos em diversas áreas do mundo, desde a Índia à Europa (EAGLES; McCOOL; HARYNES, 2002). O modelo de UCs conhecido atualmente tem origem mais recente, no século XIX. O Parque de Yellowstone, nos Estados Unidos, foi criado em 1872 tendo como objetivo a preservação de sua beleza paisagística para as futuras gerações (BENSUSAN, 2006; EAGLES; McCOOL; HARYNES, 2002). A partir disso, foi iniciada, no século XX, a adoção de um modelo mundial de conservação, sendo uma forma de combate às extinções em massa de espécies ocorrida em todo o globo terrestre (BENSUSAN, 2006).

No Brasil, a criação das UCs deu-se da mesma forma. As UCs tornaram-se uma das principais estratégias para a conservação da natureza e para a manutenção da biodiversidade. Essa estratégia é dotada de grande importância quando se fala de biomas ameaçados, como a Amazônia Le-

115 Engenheiro Ambiental. Mestre em Engenharia de Biosistemas. Doutorando em Meio Ambiente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGMA/UERJ).

gal, o Cerrado e a Mata Atlântica. Estima-se que aproximadamente 20% da biodiversidade planetária está no território brasileiro. Para além dessa gigantesca biodiversidade, existe a significativa diversidade cultural, dada por caixaras, indígenas, quilombolas, ribeirinhos e diversas outras comunidades tradicionais, que deve ser incluída no processo de criação de UCs (MACHADO; COSTA; VILANI, 2012).

A regulamentação da criação de UCs no Brasil dá-se pela Lei Federal 9.985/2000, a qual instituiu o SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação (BRASIL, 2000), constituindo-se em uma das mais relevantes políticas públicas de proteção da biodiversidade (MARTINS; MARENZI; LIMA, 2015). A Unidade de Conservação está definida no artigo 2º, I, como espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob o regime especial de administração, ao qual aplicam-se garantias de proteção (BRASIL, 2000).

A tabela 1, a seguir, apresenta a organização do sistema nacional de UCs (SNUC), dívidas em grupos, categorias de manejo, bem como os objetivos básicos de cada categoria.

Tabela 1. Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC)

Grupo	Categoria	Objetivo básico da categoria
Unidades de Proteção Integral	Estação Ecológica	Preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas.
	Reserva Biológica	Preservação integral da biota e demais atributos naturais.
	Parque Nacional	Preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica.
	Monumento Natural	Preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica.
	Refúgio de Vida Silvestre	Proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória.

Grupo	Categoria	Objetivo básico da categoria
Unidades de Uso Sustentável	Área de Proteção Ambiental	Proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.
	Área de Relevante Interesse Ecológico	Manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local.
	Floresta Nacional	Manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local.
	Reserva Extrativista	Proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.
	Reserva de Fauna	Estudos técnicos-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos.
	Reserva de Desenvolvimento Sustentável	Abrigar populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais.
	Reserva Particular do Patrimônio Natural	Conservar a diversidade biológica.

Fonte: elaborado a partir de Brasil (2000).

Esse sistema apresenta uma série de objetivos extremamente importantes (tabela 1) para a gestão das UCs e, conseqüentemente, para a preservação da biodiversidade e a relação e integração do homem com e nesses territórios (MACHADO; COSTA; VILANI, 2012). E são também lugares bastante procurados para visitas.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICM-Bio, 2020), órgão responsável pela gestão das UCs federais, divulgou um recorde histórico das visitas em UCs federais. As visitas ultrapassaram o patamar de 15 milhões de visitas em 2019 (15.335.272). Foi um aumento de 20,4% no número de visitas (2.945.879) se comparado a 2018 (12.389.393). As UCs que recebem mais visitas no sistema continuam sendo os Parques Nacionais de Tijuca e Iguazu, mas verifica-se que, no ano de 2019, cinco entre as dez unidades mais visitadas foram de outras categorias.

A tabela 2, a seguir, contém as dez UCs mais visitadas e os dez parques nacionais mais visitados no Brasil (ICMBio, 2020).

TABELA 2. Dez unidades de conservação e dez parques nacionais mais visitados em 2019

Classificação	A – Classificação geral	Total
1	Parque Nacional da Tijuca	2.953.932
2	Parque Nacional do Iguaçu	2.020.358
3	Área de Proteção Ambiental de Petrópolis	2.000.000
4	Parque Nacional de Jericoacoara	1.322.883
5	Reserva Extrativista Marinha Arraial do Cabo	966.357
6	Monumento Natural do Rio São Francisco	713.400
7	Parque Nacional da Serra da Bocaina	697.964
8	Área de Proteção Ambiental de Fernando de Noronha	643.916
9	Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha	613.259
10	Área de Proteção Ambiental da Costa dos Corais	314.705
	Total	12.246.773
	B – Parques Nacionais	
1	Parque Nacional da Tijuca	2.953.932
2	Parque Nacional do Iguaçu	2.020.358
3	Parque Nacional de Jericoacoara	1.322.883
4	Parque Nacional da Serra da Bocaina	697.964
5	Parque Nacional Marinho de Fernando de Noronha	613.259
6	Parque Nacional de Brasília	251.521
7	Parque Nacional de Aparados da Serra e Serra Geral	224.507
8	Parque Nacional da Serra dos Órgãos	196.230
9	Parque Nacional da Chapada dos Guimarães	183.592
10	Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses	151.786
	Total	8.616.032

Fonte: ICMBio (2020).

Em escala estadual, a maior UC urbana do Brasil, o Parque Estadual da Pedra Branca, localizado no município do Rio de Janeiro, tem apresentado também um grande potencial de crescimento de visitação, que, para 2016, contou com uma estimativa de 60.000 visitantes (ORTIZ, 2013). De maneira geral, pode-se, portanto, admitir que há um enorme

potencial de visitação das UCs brasileiras, que estão distribuídas por todos os biomas brasileiros (VILANI; COELHO, 2017).

A visitação em UCs vem ganhando mais adeptos com o passar do tempo, motivados principalmente pela fuga da rotina e busca de uma sensação de paz que o contato com a natureza pode proporcionar (AZEVEDO, 2014). Essa visitação pode se dar também por pessoas de diversas religiões em busca de lugares específicos para a realização de liturgias, consagrações, ritos, orações e oferendas (MACHADO; VILANI; SOBREIRA, 2017; MOUTINHO-DA-COSTA, 2008; SANTOS JÚNIOR; MACHADO; VILANI, 2020).

A categoria de manejo Parque, por exemplo, que tem a visitação pública permitida (VILANI e COELHO, 2017) e configura-se atualmente como a principal categoria para a realização de práticas religiosas junto à natureza, constitui-se de espaços apropriados para o uso público religioso de diversas religiões, como catolicismo, matrizes afro-brasileiras, pentecostais, xamanistas, celta, religiosidades alternativas, entre outras (FERNANDES-PINTO, 2017; MACHADO; VILANI; SOBREIRA, 2017; MACIEL, 2019; MOUTINHO-DA-COSTA, 2008; SANTOS JÚNIOR; MACHADO; VILANI, 2020; SOBREIRA, 2011).

Fernandes-Pinto (2017) apontou que no Brasil existem 115 UCs onde foram registradas a ocorrência de sítios naturais sagrados (SNS) e/ou uso religioso de elementos naturais. Destas UCs, 58 são federais, 42 estaduais e 15 municipais. Com relação às distintas categorias de manejo de UC, a bibliografia consultada pela autora revelou o predomínio da ocorrência de SNS e/ou uso religioso em UCs de proteção integral (80 unidades do total) – tanto nacionais como estaduais e municipais – e especialmente na categoria parques (76 unidades).

No Parque Nacional da Tijuca-RJ, por exemplo, Moutinho-da-Costa (2008) identificou que 11 religiões utilizam o Parque para a realização de diversas liturgias, contudo, embora seja uma área pública, tem havido conflitos no uso público religioso, envolvendo religiosos e administradores/gestores do Parque. Estes apoiam-se em dispositivos legais para restringir e proibir a utilização de tais áreas para fins litúrgicos, como a realização de oferendas por afroreligiosos (BONIOLO, 2018; SOBREIRA, 2011) e orações por pentecostais (MACIEL, 2019).

Diante disso, esta pesquisa parte do pressuposto de que a legislação brasileira não dispõe de documentos oficiais que regulem e garantam a

visitação em UCs para fins religiosos e espirituais. Apresentando, portanto, uma importante lacuna científica. O objetivo é levantar e analisar as legislações federais brasileiras sobre o uso público religioso em Unidades de Conservação, atentando-se a: i) buscar a existência, ou não, de documentos oficiais que tratem, regulem e garantam o uso público religioso e; ii) as implicações da presença, ou ausência, de bases legais sobre uso público religioso em UCs federais.

2. MATERIAL E MÉTODOS

A metodologia consistiu em uma pesquisa documental e no levantamento das bases legais que estabelecem normas e procedimentos relacionados à visitação para o uso religioso das Unidades de Conservação brasileiras.

A pesquisa documental seguiu o método de Vilani e Coelho (2017) e deu-se por meio dos sítios eletrônicos do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, e do Ministério do Meio Ambiente – MMA. Essa etapa ocorreu entre março e abril de 2021 e foi realizada no intuito de localizar no contexto nacional as bases legais que regulamentem o uso público religioso dos visitantes em UCs.

Para a análise dos documentos oficiais foram priorizados: (i) Lei do 9.985/2000 – SNUC; (ii) Roteiros metodológicos para elaboração de Planos de Manejo do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade ICMBio; (iii) Orientações metodológicas para elaboração de Planos de Uso Público do ICMBio; (iv) Roteiro para manejo de impactos da visitação; (v) Diretrizes para visitação em Unidades de Conservação; (vi) Instruções Normativas do ICMBio; (vii) Plano de Manejo dos dois parques nacionais mais visitados no Brasil em 2019. Esse procedimento de análise de documentos também foi realizado por Vilani, Pena e Simões (2021) ao discutir a previsão de retomada de atividades em dois Parques de grande visitação no Rio de Janeiro no pós-Covid-19.

Foram realizadas pesquisas em sites de busca – como realizado por Nascimento *et al.* (2016), utilizando-se como palavras-chave os termos: uso público religioso, unidades de conservação, parques, religião, visitação, lei, regulamentos; complementaram a investigação.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em consulta aos sítios eletrônicos do ICMBio e MMA foram selecionadas bases legais (leis, instruções normativas, roteiros, manuais e orientações metodológicas e planos de manejo) acerca de visitas e o uso religioso em Unidades de Conservação federais brasileiras (tabela 3).

TABELA 3. Bases legais sobre visitação e uso público religioso em UC federais

Documento oficial e definição	Ano	Órgão responsável
Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.	2000	Casa Civil da Presidência da República
Roteiro Metodológico de Planejamento: Parque Nacional, Reserva Biológica e Estação Ecológica	2002	IBAMA
Diretrizes para visitação em Unidades de Conservação	2006	MMA
Plano de manejo do Parque Nacional da Tijuca, vol. I	2008	ICMBio
Roteiro metodológico para manejo de impactos da visitação com enfoque na experiência do visitante e na proteção dos recursos naturais e culturais.	2011	ICMBio
Instrução Normativa nº 7, de 21 de dezembro de 2017 – Estabelece diretrizes e procedimentos para elaboração e revisão de planos de manejo de unidades de conservação da natureza federais.	2017	ICMBio
Instrução Normativa nº 5, de 1º de junho 2018 – Dispõe sobre diretrizes e procedimentos administrativos para o monitoramento da visitação em unidades de conservação federais.	2018	ICMBio
Plano de manejo do Parque Nacional do Iguaçu	2018	ICMBio
Roteiro metodológico para a elaboração e revisão dos planos de manejo das UC federais	2018	ICMBio
Orientações metodológicas para a elaboração de planos de uso público em unidades de conservação federais	2019	ICMBio
Manual de métodos para o monitoramento do número de visitas em Unidades de Conservação federais	2020	ICMBio
Monitoramento da visitação em Unidades de Conservação Federais: resultados de 2019 e breve panorama histórico	2020	ICMBio

Fonte: elaborado pelo autor

Foram selecionados os documentos, apresentados na tabela 3, publicados a partir da promulgação do SNUC, em 2000. A Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), apresenta as atividades que são permitidas nas UCs brasileiras. Especialmente nas UCs de proteção integral são permitidas as seguintes atividades: turismo, ecoturismo, recreação, pesquisas. No entanto, a dimensão religiosa e espiritual não é mencionada na base legal, tão menos o termo religião foi abordado.

Em contrapartida, na consulta aos documentos oficiais sobre o uso público, visitação e planos de manejo das UCs em nível nacional, verificou-se que o termo religião aparece em alguns documentos descritos a seguir:

O Roteiro metodológico de planejamento: parque nacional, reserva biológica e estação ecológica, do IBAMA (2002), descreveu no contexto do patrimônio cultural material e imaterial que, para o primeiro plano de manejo daquelas categorias de manejo, devem estar no escopo mínimo de abordagem: i) a identificação de áreas utilizadas para práticas místico-religiosas e outras manifestações culturais; ii) Relacionar os sítios históricos, paleontológicos e/ou arqueológicos encontrados na Unidade, com uma avaliação de sua importância científica, caso estas informações estejam disponíveis, iii) quando existirem etnias indígenas ou populações tradicionais na unidade de conservação, citar as manifestações culturais importantes.

A Instrução Normativa nº 7, de 21 de dezembro de 2017 do ICM-Bio, refere-se à população tradicional como: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

A Instrução Normativa nº 5, de 1º de junho 2018 do ICMBio, que dispõe sobre diretrizes e procedimentos administrativos para o monitoramento da visitação em unidades de conservação federais. Promove no art. 2º algumas definições como a de visitante, como sendo: “pessoa que visita a área de uma unidade de conservação de acordo com os propósitos de uso recreativo, desportivo, educacional, cultural ou religioso”; e de visitação:

“consiste na utilização das unidades de conservação com fins recreativo, desportivo, educacional, cultural ou religioso, entre outras formas de utilização indireta dos recursos naturais e culturais”.

As orientações metodológicas para a elaboração de planos de uso público em unidades de conservação federais do ICMBio (2019) mencionam a religião somente para as definições de visitação e visitante, e que deve ser seguida a Instrução Normativa nº 5, de 1º de junho de 2018. Isso também ocorreu para os documentos oficiais: Manual de métodos para o monitoramento do número de visitas em Unidades de Conservação federais (ICMBio, 2020) e no Monitoramento da visitação em Unidades de Conservação Federais: resultados de 2019 e breve panorama histórico (ICMBio, 2020).

Na Instrução Normativa nº 5/2018, no art. 7º informa que: todas as UC que tenham visitação com objetivos recreativos, desportivos, educacionais, culturais ou religiosos deverão estabelecer método para monitoramento do número de visitas. No parágrafo 3º do mesmo artigo: os participantes de eventos realizados na unidade de conservação, desde que relacionados às atividades com fins recreativo, desportivo, educacional, cultural ou religioso, também devem ser contabilizados nos registros de visitas. E no artigo 9º, no caso do monitoramento em Áreas de Proteção Ambiental ou quando há estradas, rodovias ou vias fluviais cruzando a unidade de conservação apenas devem ser contabilizadas as visitas em que o usuário utiliza explicitamente equipamentos facilitadores da visitação, como mirantes ou trilhas, e/ou utiliza o patrimônio natural da área, como cachoeiras e praias, para finalidades recreativas, desportivas, educativas, culturais ou religiosas.

O roteiro metodológico do ICMBio (2018) para a elaboração e revisão dos planos de manejo das UC federais, deixa explícito, com base no SNUC, que as UCs são fornecedoras de diversos serviços ecossistêmicos, como também de serviços ecossistêmicos culturais (SEC). Os SEC são os benefícios que as pessoas obtêm da natureza que contribuem para a cultura e as relações sociais, como identidade cultural/histórica, beleza cênica e conservação da paisagem, inspiração para a cultura, arte e design, lazer e recreação, valor científico e educacional dos ecossistemas, e identidade espiritual e religiosa.

Nesse roteiro é apresentado que as normas nele contidas, “devem ser utilizadas como sugestão e base para discussão nos planos de manejo em elaboração” (ICMBio, 2018, p. 169), como, por exemplo: “eventos religiosos poderão ser permitidos desde que não causem impactos ambientais e à experiência de visitação, sendo proibida a deposição de resíduos de qualquer natureza no ambiente”. E devem ser observados “os impactos para a população tradicional residente ou usuária, se existente na UC” (ICMBio, 2018, p. 172). Mais adiante será demonstrada que essa proibição de deposição de resíduos pode ferir o direito constitucional de liberdade religiosa e gerar conflitos no uso público religioso em UC federal.

Os documentos oficiais que embora tratassem de Diretrizes para visitação em Unidades de Conservação (MMA, 2006) e Roteiro metodológico para manejo de impactos da visitação com enfoque na experiência do visitante e na proteção dos recursos naturais e culturais (ICMBIO, 2011), não contém o termo religião, tão menos regulamentos, diretrizes, orientações para a condução do uso público religioso em UCs federais. Isso revela que não há regulamentos federais sobre o uso público religioso nas UCs em questão. Esses resultados estão de acordo com Fernandes-Pinto (2017), uma vez que, segundo a autora, são escassos os registros da literatura de esforços realizados no âmbito da gestão pública no sentido de ordenar as questões relacionadas com o uso religioso em UCs, de forma geral.

Nascimento et al. (2016) na identificação de bases legais para a condução de visitantes nas Unidades de Conservação Estaduais e na avaliação da aderência destas às diretrizes do MMA, verificaram que 18,5% das unidades federativas do Brasil tem tais bases legais, sendo que apenas no Espírito Santo e no Rio de Janeiro são atendidas a quase totalidade das diretrizes. Para os autores há um longo caminho a ser percorrido na criação de normas e procedimentos que incentivem, ao mesmo tempo, a visitação acompanhada de condutores qualificados e a conservação da biodiversidade. Isso ilustra a carência de políticas de regulamentação voltadas para visitação em UCs.

Em nível federal, não foi identificada norma alguma que estabeleça diretrizes para a regulamentação do uso público religioso, e a definição de regras para a realização de manifestações religiosas são, em geral, estabelecidas nos Planos de Manejo das UCs (FERNANDES-PINTO, 2017).

O Plano de Manejo é um documento elaborado a partir de diversos estudos (do meio físico, biológico e social), que estabelece as normas, as restrições para o uso, as ações a serem desenvolvidas no manejo dos recursos naturais da UC e seu entorno, visando minimizar os impactos negativos sobre a UC (INEA, 2021).

A partir dessa conceituação, analisaram-se os planos de manejo das UCs federais do Brasil mais visitadas nos últimos anos, o Parque Nacional da Tijuca (PNT) e o Parque Nacional do Iguaçu (PNI), os quais apresentaram alguns aspectos sobre ao uso público religioso de seus territórios. Primeiramente no PNI, o plano de manejo informou que “eventos religiosos poderão ser permitidos desde que não causem impactos sobre a fauna e a flora e a experiência da visitação, sendo proibida a deposição de resíduos de qualquer natureza no ambiente” (ICMBio, 2018, p. 44). Essa informação está de acordo com as diretrizes do roteiro metodológico para a elaboração e revisão dos planos de manejo das UC federais (ICMBio, 2018).

Diferentemente do PNI, o PNT – a UC mais visitada do Brasil em 2019 –, traz maiores implicações acerca do uso público religioso em seu plano de manejo, descrevendo que:

O mais importante componente da cultura imaterial no Parque Nacional da Tijuca, entretanto, não está presente apenas nas lendas, mas ocorre diária e sistematicamente, há cerca de, pelo menos dois séculos. É o uso do meio ambiente e mais especificamente dos recursos naturais existentes nas florestas que compõem o Parque Nacional da Tijuca, como espaço sagrado para diversas seitas e religiões. As energias das florestas por si só já são um componente de grande valor espiritual para alguns milhares de pessoas que encontram, na natureza, o elo com o divino e com um universo metafísico que transcende a ciência e a cultura. O Rio de Janeiro, como toda grande metrópole no Brasil, está sofrendo com os efeitos da desterritorialização, ou seja, o crescimento urbano vertiginoso está acabando com as áreas florestadas, que são o universo de uso espiritual para várias religiões e seitas e, frente a isso, praticantes das mais diversas vertentes religiosas voltadas para o culto da natureza, estão procurando outros territórios, com matas conservadas para suas

práticas e celebrações. Esta é uma das razões pelas quais, o Parque Nacional da Tijuca e seu entorno imediato são muito procurados para uso religioso, fato que se caracteriza como uma intervenção ao meio ambiente, mas que concomitantemente já constitui uma tradição, ou seja, se integra ao patrimônio imaterial carioca. Ressalta-se que desde 1997 um trabalho de educação ambiental vem sendo desenvolvido pelos técnicos do Parque objetivando uma conscientização destes atores sociais sobre a necessidade de preservação do patrimônio natural” (ICMBIO, 2008, p. 214).

Moutinho-da-Costa (2008) revelou a existência de 11 religiões como usuárias do PNT, a citar: umbanda, candomblé, wicca, druida/celta, católica, evangélica, xamanismo, hinduísmo, budismo, esotéricos, ciganos. Entretanto, o PNT tem as atividades de cunho religioso tidas como conflitantes (ICMBio, 2008) pelos próprios administradores/gestores do parque. Isso faz com que surjam conflitos no uso público religioso com os objetivos de conservação do parque (BONIOLO, 2018; COSTA, 2008; MACIEL, 2019; SOBREIRA, 2011).

No Congresso Nacional de Unidades de Conservação, realizado em 1997, se apresentou, o Projeto Meio Ambiente e Espaços Sagrados cujas propostas de pesquisa e educação ambiental foram criadas a partir da questão das oferendas religiosas entregues no Parque. Estas ações possibilitaram a elaboração de estratégias de trabalho na zona de amortecimento e fortaleceram as parcerias com entidades religiosas, conciliando as necessidades de proteção ambiental à livre expressão da experiência religiosa. O processo de mobilização social apresentou, muitas vezes, situações polêmicas, com ampla discussão sobre os limites da prática religiosa no interior do PARNA Tijuca. A princípio, observa-se no Parque o respeito às diversas religiões, garantindo o acesso a todos os visitantes, dentro das normas de uso público em curso. Neste sentido, os praticantes podem realizar celebrações de qualquer natureza, desde que respeitem os limites de som, não deixem resíduos, nem usem fogo. Tais limitações inviabilizam grande parte dos rituais e celebrações das religiões da natureza, cujos praticantes demandam espaço para suas crenças” (ICMBio, 2008, p. 241-242).

Outra irregularidade segundo os administradores/gestores do PNT foi com relação à prática de rituais afrorreligiosos dada pela disposição de oferendas com velas, alguidares de barro, garrafas de bebida, restos de comida (frango, carne, farofa) e animais vivos (galinha, pombos, cabrito). Essas práticas são consideradas comuns tanto nas áreas de entorno do Parque, como na Curva do S, na Avenida Edson Passos e no interior do PNT, especialmente nas cachoeiras da Floresta da Tijuca e da Serra da Carioca (Cachoeira do Quebra) (ICMBio, 2008).

Além da degradação ambiental, com ênfase na poluição dos rios e no comprometimento da integridade da paisagem, observa-se que a presença de lixo orgânico em diversos locais serve de alimento para a fauna silvestre e interfere na dinâmica de suas populações. É visível a ocorrência de alterações comportamentais nos grupos de quatis (*Nasua nasua*) existentes na Floresta da Tijuca. Possivelmente, eles se aproveitam das oferendas alimentícias ou das ofertas de comida entregues por visitantes. Os distúrbios provocados nestes animais devem ser avaliados por meio da pesquisa científica e de sua divulgação junto aos visitantes, guias de turismo e moradores locais (ICMBIO, 2008, p. 265).

É importante ressaltar que não foram encontradas bases legais para a proteção das manifestações afrorreligiosas em UCs na esfera federal. E diante das questões apresentadas no plano de manejo, o PNT é palco de conflitos no uso público religioso, envolvendo administradores/gestores do PNT e (neo) pentecostais (MACIEL, 2019) e, sobretudo, os religiosos de matrizes afro-brasileiras (BONIOLO, 2018; MOUTINHO-DA-COSTA, 2008; MOUTINHO-DA-COSTA, 2009; SOBREIRA, 2011).

Acerca das práticas afrorreligiosas realizadas no PNT, Moutinho-da-Costa (2009) analisando os conflitos relacionados ao uso público religioso do PNT, identificou as lutas sociais presentes e relações de poder e dominação que prevalecem, e conclui que o modelo de conservação adotado no Brasil, de base ideológica eurocêntrica, impacta etnias em vulnerabilidade que são expulsas de seus territórios de origem, pertencimento e identidade, sofrendo com a falta de condições materiais e simbólicas de reproduzir suas práticas culturais, ficando ameaçadas de perda e fragmen-

tação de identidades, apontando para o racismo ambiental praticado pelo órgão gestor do PNT.

Sobreira (2011) registrou o caso de proibição–criminalização das práticas afrorreligiosas no PNT, onde havia uma placa informando que não é permitido: caçar, retirar plantas, trafegar com ônibus, entrar com animais domésticos, jogar lixo fora dos coletores e deixar oferendas religiosas. Tal lista de proibições igualou, jogou na vala comum, as atividades relacionadas: a prática de oferendas foi dotada de mesmo valor infracional que jogar lixo fora dos coletores e caçar. Isto é, a prática religiosa de realizar oferendas junto ao meio ambiente natural, peculiar às religiões afro-brasileiras, foi descaracterizada de sua sacralidade e travestida de crime ambiental. Esta proibição–criminalização passa a ter uma dimensão extraordinária se pensarmos que ela ocorre no Brasil em que a Constituição Federal garante a liberdade de religião e de local de culto.

Nascimento (2009) afirmou com base na literatura que tem surgido diversas medidas voluntárias adotadas por grupos envolvidos com algumas UCs, no sentido de equacionar suas práticas à conservação da natureza – restringindo o uso de produtos não biodegradáveis nas oferendas e cuidados especiais ao acender velas.

Para Sobreira e Machado (2008), o conflito de interesses pelo significado territorial do PNT, entre administradores/gestores e afrorreligiosos, permite soluções melhores do que o mero interdito de tais práticas, apoiando tal conclusão sobre o mesmo marco regulatório que não contempla, de forma explícita, estas práticas. A plausibilidade desta solução, inerente ao jogo democrático entre atores sociais, se amplia pelo comprovado engajamento ético–ambiental dos praticantes afrorreligiosos.

Nesse contexto, Machado, Vilani e Sobreira (2017) defendem que as alternativas locais para a realização de oferendas sejam discutidas com representantes religiosos, de forma democrática e participativa para que sejam reduzidos os conflitos religiosos entre os múltiplos usos das UCs. Para isso, considera-se essencial que as práticas religiosas sejam adicionadas como um dos objetivos do SNUC, como uma forma de favorecer condições e promover o uso público religioso em contato com a natureza, ao lado da educação e interpretação ambiental, a recreação e o turismo ecológico.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou levantar e analisar os documentos oficiais sobre o uso público religioso em Unidades de Conservação federais. A busca indicou a existência de algumas bases legais, mas essas não trataram especificamente da regulação ou da garantia do uso público religioso nas UCs federais, demonstrando que o Brasil carece de políticas que regulamentem o uso público religioso nas UCs federais.

As implicações da falta de bases legais sobre o uso público religioso em UCs abre margem para conflitos, como foi evidenciado na literatura e no plano de manejo do PNT. No parque foi evidenciado o conflito no uso público religioso entre administradores/gestores e religiosos, dado pela não observação das peculiaridades das diversas manifestações religiosas existentes no parque.

Conclui-se que os instrumentos restritivos da legislação ambiental, juntamente às UCs existentes, criaram instabilidade entre os administradores/gestores das UCs federais e forjaram conflitos socioambientais no contexto do uso público religioso, sobretudo para com as religiões afro-brasileiras, as quais não possuem proteção para as suas manifestações.

REFERÊNCIAS

- AZEVÊDO, Á. S. C. A educação ambiental no turismo como ferramenta para a conservação ambiental. **AOS – Amazônia, Organizações e Sustentabilidade**, v. 3, n. 1, p. 77-86, 2014.
- BENSUSAN, N. **Conservação da biodiversidade em áreas protegidas**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- BONIOLO, R. M. “Como ordenar o que não pode ser ordenado?”: criação de regras de uso do Espaço Sagrado da Curva do S (Parque Nacional da Tijuca/Rio de Janeiro). **Cadernos de campo**, São Paulo, v. 27, n. 1, 2018.
- BRASIL. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. 2000.

- _____. Ministério do Meio Ambiente. **Diretrizes para visitação em Unidades de Conservação**. Brasília: MMA, 2006
- EAGLES, P. F. J.; McCOOL, S. F.; HAYNES, C. D. A. **Sustainable tourism in protected areas: guidelines for planning and management**. Cambridge: IUCN, 2002.
- FERNANDES-PINTO, É. **Sítios Naturais Sagrados do Brasil: inspirações para o reencantamento das áreas protegidas**. Tese de doutorado, UFRJ, Rio de Janeiro, 2017. 423 f.
- INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). **Roteiro Metodológico para Elaboração de Plano de Manejo**: Parque Nacional, Reserva Biológica e Estação Ecológica. Brasília: IBAMA, 2002. 136p.
- INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). **Instrução Normativa, nº 5, de 1 de junho de 2018. Dispõe sobre diretrizes e procedimentos administrativos para o monitoramento da visitação em unidades de conservação federais**. 2018.
- _____. **Instrução Normativa, nº 7/2017/GABIN/ICMBIO, de 21 de dezembro de 2017. Estabelece diretrizes e procedimentos para elaboração e revisão de planos de manejo de unidades de conservação da natureza federais**. 2017.
- _____. **Manual de métodos para Monitoramento do Número de Visitas em Unidades de Conservação Federais**. Brasília: ICMBio, 2020.
- _____. **Monitoramento da Visitação em Unidades de Conservação Federais: resultados de 2019 e Breve Panorama Histórico**. Brasília: ICMBio, 2020.
- _____. **Plano de Manejo do Parque Nacional da Tijuca**. Rio de Janeiro: ICMBio, 2008.
- _____. **Plano de Manejo do Parque Nacional do Iguaçu**. Brasília: ICMBio, 2018.

_____. **Roteiro metodológico para elaboração e revisão de planos de manejo das unidades de conservação federais.** Brasília: ICMBio, 2018. Disponível em: <<https://www.icmbio.gov.br/portal/unidadesdeconservacao/roteiros-metodologicos>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. **Roteiro metodológico para manejo de impactos da visitação com Enfoque na Experiência do Visitante e na Proteção dos Recursos Naturais e Culturais.** Brasília: ICMBio, 2011.

_____. **Orientações metodológicas para elaboração de planos e uso público em Unidades de Conservação federais.** Brasília: ICMBio, 2019.

INSTITUTO ESTADUAL DO AMBIENTE (INEA). **Parque Estadual da Pedra Branca.** 2021. Disponível em: <http://www.inea.rj.gov.br/Portal/Agendas/BIODIVERSIDADEEAREASPROTEGIDAS/UnidadesdeConservacao/INEA_008594#/PlanodeManejo>. Acesso em: 03 abr. 2021.

MACIEL, G. G. **Pentecostalismo, classe e raça no Parque Nacional da Tijuca (RJ): o caso dos canelas de fogo no Monte Cardoso.** Tese de doutorado. PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2019. 274 f.

MACHADO, C. J. S., COSTA, D. R. T. R.; VILANI, R. M. A análise do princípio da participação social na organização federal dos conselhos gestores de unidades de conservação e mosaicos: realidade e desafios. **Gestão e Desenvolvimento Regional**, v. 8, n. 3, p. 50-75, 2012.

MACHADO, C. J. S.; VILANI, R. M.; SOBREIRA, R. F. F. **Práticas religiosas afro-brasileiras e as ciências ambientais.** Rio de Janeiro: E-papers, 2017.

MARTINS, L.; MARENZI, R.; LIMA, A. Levantamento e representatividade das unidades de conservação instituídas no estado de Santa Catarina, Brasil. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, v. 33, abr., 2015.

- MOUTINHO-DA-COSTA, L. **A Floresta sagrada da Tijuca: estudo de caso de conflito envolvendo uso público religioso de parque nacional como contribuição para a educação ambiental crítica em Unidades de Conservação.** In: Encontro Pesquisa em Educação Ambiental. 30/10 a 2/11/2009. **V EPEA.** São Carlos: EPEA, 2009.
- _____. **A Floresta sagrada da Tijuca: estudo de caso de conflito envolvendo uso público religioso de parque nacional.** Dissertação de Mestrado. UFRJ, Rio de Janeiro, 2008. 398 f.
- NASCIMENTO, C. A. et al. A regulamentação da atividade de condução de visitantes nos Sistemas Estaduais de Unidades de Conservação do Brasil. **Rev. Bras. Pesq. Tur.** São Paulo, v. 10, n. 3, p. 516-532, set./dez. 2016.
- NASCIMENTO, D. A. Oferendas afro-religiosas e educação ambiental na Amazônia. **Revista Educação Ambiental em Ação**, n. 27, mar. 2009.
- ORTIZ, F. **Parque Estadual da Pedra Branca ganha guia de trilhas.** 2013. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/noticias/27818-parque-estadual-da-pedra-branca-ganha-guia-de-trilhas/>>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- SANTOS JÚNIOR, V.; MACHADO, C. J. S.; VILANI, R. M. Não existe futuro sem partilha: pensando os serviços ecossistêmicos culturais em unidades de conservação e práticas religiosas de matriz africana no Brasil. In: **XXXII Reunião Brasileira de Antropologia**, Rio de Janeiro, 2020.
- SOBREIRA, Ramon Fiori Fernandes. **Práticas religiosas Afro-Brasileiras, marco regulatório e uso do meio ambiente.** Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Univesidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011. 341 f.
- SOBREIRA, R. F. F.; MACHADO, C. J. S. Práticas religiosas afro-brasileiras, marco regulatório e uso do meio ambiente e do espaço urbano da cidade do rio de Janeiro. **Revista Visões**, n. 5, v. 1, jul./dez., 2008.

VILANI, R. M.; COELHO, B. S. Ecoturismo no Parque Estadual da Pedra Branca, Rio de Janeiro, Brasil. **Revista Turismo & Desenvolvimento**, n. 27-28, p. 535-546, 2017.

VILANI, R.M.; PENA. R.C.; SIMÕES, B.F.T. Ecoturismo no Pós-Covid-19 no Parque Nacional da Tijuca e Parque Estadual da Pedra Branca. **Revista Brasileira de Ecoturismo**, São Paulo, nov.2020/ jan.2021, p. 671-688. 2021.

MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MOVIMENTOS SOCIAIS, SOCIEDADE CIVIL E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).

*Bruno Alves Curti*¹¹⁶

INTRODUÇÃO

Um pouco antes do golpe militar brasileiro de 1964, mas ainda na década de 60, via-se um cenário promissor na mobilização política dos movimentos sociais no Brasil, principalmente no que se refere às mobilizações populares na busca de reformas de base. Figuras políticas ganhavam destaque tencionando a luta política por igualdade e redistribuição de terras. Neste cenário, João Goulart tencionava movimentos em favor da reforma agrária, já Miguel Arraes, no Estado de Pernambuco, incentivava a expansão das ligas camponesas pelo Nordeste, enquanto outros movimentos, a punho, eclodiram em todo o Brasil (PERLMANN, 2002, p. 17-18).

O "Brasil novo", tão esperado, em 1964 passa pela tangente e segue outros rumos após o golpe militar. As mobilizações políticas em prol de direitos sociais não chegaram à estaca zero, mas os meios legalmente permitidos como pontos estratégicos de participação social foram veemen-

116 Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho".

temente restringidos e considerados ilegais pela nova estrutura militar de poder, desencorajando materialmente e simbolicamente as ações populares. Entre a década de 70 e 80, movimentos operários ganharam força na luta a favor dos direitos trabalhistas e outras organizações populares e religiosas, de diversos segmentos, reivindicavam direitos à educação, saúde e melhores condições de moradia, além de contraporem o regime ainda em voga (ROCHA, 2008, p. 133).

Após esse período, frente às mudanças sociais que tiveram início durante a redemocratização do Brasil, em meados da década de 1980, novas instituições jurídicas foram criadas, direitos expandidos e formas direta de participação política foram incluídas (FACHIN e PAGLIARINI, 2018, p. 3). Em 1985, com a queda da ditadura militar, foi convocada a assembleia constituinte, colocando em vigor em 1988 a Constituição Cidadã, chamada desse modo por dispor sobre os direitos fundamentais embasados no princípio da dignidade humana. O Ministério Público passou a ter autonomia frente ao executivo, legislativo e judiciário, tendo a funcionalidade de fiscalizar a ordem jurídica, além de que houve a crescente intervenção da Defensoria Pública no território nacional, na tentativa de expandir o acesso à justiça às camadas sociais menos favorecidas (BARROSO, 2009).

Anteriormente a CF 88, o direito à saúde não era universal em razão da não existência do Sistema Único de Saúde (SUS), razão pela qual nem todos poderiam usufruir de uma assistência a saúde estatal: o regime que vigorava antes era o previdenciário, permitindo que apenas trabalhadores contribuintes e grupos em situações específicas ou com doenças infecciosas poderiam obter a assistência estatal (LOPES; NALESSO, 2019, p. 2). Somente após intensa e longa pressão exercida sob os agentes políticos desde a década de 70 pelo movimento social sanitarista, em 1988, o direito à saúde foi universalizado pela Constituição Cidadã (FIOCRUZ, *on-line*).

Com a determinação constitucional da universalização do Direito à saúde, o poder legislativo em 1990 decretou a Lei nº 8.080, sendo esta sancionada pelo então presidente da república Fernando Collor, que institucionalizou o SUS e estabeleceu seus princípios, sua organização e funcionamento.

Em razão da construção de um novo paradigma político-constitucional, inevitavelmente surgem novas oportunidades jurídicas (FANTI,

2016 p. 49). Diante desta nova guinada redemocratizante, os movimentos sociais tiveram uma maior liberdade em adequar suas agendas políticas com base na liberdade de expressão, ganhando, dessa maneira, potencialidades e influência nos processos decisórios importantes. Pelo fato de a nova ordem constitucional ser instituída após a ditadura militar, alterou-se o paradigma de acesso à saúde e esta alteração permitiu novas formas de mobilizações e articulações entre a sociedade, os movimentos sociais e o sistema judiciário, para a efetivação deste direito.

No presente artigo, será abordado o fenômeno da judicialização como uma ferramenta estratégica na busca pela garantia e efetividade do direito à saúde no Brasil. Por estes motivos, torna-se imprescindível se debruçar teoricamente sobre como ocorrem as mobilizações do direito e de como o direito pode ser instrumentalizado na busca pela efetividade do direito à saúde.

Esta temática de trabalho tem-se mostrado de grande importância, por sua finalidade de atender aos interesses sociais dentro de um Estado Democrático de Direito e, por isto, um estudo como este se mostra essencial de ser desenvolvido. Ademais, trabalhos com essa temática, quando sistematizados e assimilados podem facilitar futuramente novas mobilizações do Direito, pela sociedade civil, na busca da efetividade de outros direitos fundamentais.

1. MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E AÇÃO COORDENADA

Dentro do jogo político decisório contemporâneo, o Poder Judiciário e os tribunais estão desempenhando funções antes não desempenhadas. Esse fenômeno começa a ser desenhado após a redemocratização do Brasil, em meados de 1990, segundo o ministro Luís Roberto Barroso em seu escrito “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática” (2009). De acordo com o jurista, o judiciário deixou de ser um poder técnico-especial e passou a se comportar como um verdadeiro poder político capaz de influenciar, garantir e expandir garantias sociais. Essa resignificação das funções judiciais mencionadas é chamada comumente de judicialização e de ativismo judicial, e estas funções possuem, por sua vez, grandes desdobramentos sociais, podendo funcionar de uma maneira contramajoritária na garantia e efetivação de direitos sociais.

No mesmo sentido, o direito cada vez mais se aproxima das pessoas através da judicialização social; os tribunais são requeridos cada vez mais pela população para a resolução de litígios, entretanto, as respostas favoráveis do judiciário aos litígios sociais dependem diretamente de juízes e promotores ativistas. Esse processo de crescimento e de expansão do judiciário no Brasil pode ser comprovados através dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “Durante o ano de 2018, foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 939 mil casos (3%) em relação à 2017. Registra-se, também, o crescimento acumulado de 36,8% da produtividade em 10 anos.” (Justiça em Números; 2018, p. 80). Dessa forma, observa-se que a sociedade brasileira está em uma constante e crescente transferência de seus conflitos para o judiciário, permitindo que os tribunais interfiram ativamente na mudança da realidade social.

Esta crescente judicialização é uma consequência direta das mudanças ocorridas pela promulgação da Constituição de 1988, que foi instituída pela assembleia constituinte instaurada em 1985. No bojo deste texto legal, foi institucionalizado direitos fundamentais e princípios norteadores da ordem pública, garantindo o mínimo que um cidadão precisa para viver com dignidade.

Dessa maneira, pela alteração do corpo jurídico, novos leques de oportunidades se abriram para os movimentos sociais e ativistas, permitindo que estes fundamentassem seus anseios e se colocassem um passo à frente para garanti-los a partir da nova legislação. Isso é chamado de mobilização do Direito por McCann: “mobilização do direito se refere às ações de indivíduos, grupos ou organizações em busca da realização de seus interesses e valores.” (2010; p. 183). Fabiola Fanti escreve sobre esse processo político no seguinte exposto:

Quando se altera o contexto político-institucional, alteram-se as oportunidades jurídicas. Assim, em países como os da América Latina, que passaram por processos recentes de redemocratização, observou-se o fortalecimento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a abertura desse tipo de oportunidade para diversos grupos da sociedade (FANTI, 2016, p. 49).

De um ângulo mais específico sobre o fenômeno, McCann argumenta que os tribunais são instituições capazes de fornecer dois tipos de poderes

para a mobilização do Direito pelos movimentos sociais e outros grupos da sociedade civil: o constituinte e o instrumental/estratégico. O primeiro revela como os tribunais são capazes de reinventar a sociedade, de ressignificá-la e de estipular diretrizes e normas capazes de sustentar o convívio de milhares de pessoas dentro de um Estado soberano. Esta potencialidade construtiva reflete o que a sociedade é, pois, os tribunais ditam regras, instruem procedimentos e formas de viver, ou seja, são capazes de criar legados culturais. Dessa forma, é possível observar que quando mobilizado, as sentenças modificam o pensamento e a forma de viver em comunidade, principalmente quando estas sentenças são respostas de processos coletivos instaurados pelo Ministério Público ou pela a sociedade civil a partir uso do instrumento concebido na Constituição de 1988 chamado de ACP (Ação Civil Pública).

Por fim, mas não menos importante, o outro poder dos tribunais é chamado de instrumental ou estratégico. Este, por sua competência, pode ser demonstrado quando observamos as consequências indiretas das decisões nos tribunais. A partir do momento em que os juízes ditam suas sentenças, estes magistrados acabam projetando uma sombra sobre o futuro, chamada de precedentes judiciais. Estes precedentes judiciais, segundo McCann, são como fichas de negociação: dentro de um litígio judicial (conflito), há duas partes, de um lado, o autor (quem entra com a ação), do outro, a quem a ação recai, o réu. Quando surgem estas fichas de negociação, as partes de um processo utilizam destes precedentes judiciais para traçar e embasar suas estratégias e, ao final da disputa judicial, a parte que possuir mais fichas de negociação (precedentes de acordo com sua argumentação) geralmente a decisão judicial vai ser positiva para estes.

Analisando dessa forma, a comunidade e agentes da sociedade civil, antes de entrarem em uma disputa judicial para buscar a efetividade de algum direito ou para a consecução de uma finalidade social, estes grupos podem analisar jurisprudências e decisões judiciais em curso para prever uma possível resposta do judiciário caso estes mobilizadores entrem em uma disputa litigiosa nos tribunais. Ou seja, as decisões podem criar oportunidades e mudar as estratégias de luta de ativistas e grupos mobilizadores. Dessa forma, podemos conceber que os tribunais não diminuem os conflitos, mas instiga-os e os produzem indiretamente, a partir de suas próprias sentenças; eles funcionam como catalisadores. Eis um excerto de Michael McCann sobre isto:

Quanto o tribunal atua em uma disputa particular, ele pode de uma só vez: aumentar a relevância da questão na agenda pública; privilegiar algumas partes que tenham demonstrado interesse na questão; criar novas oportunidades para essas partes se mobilizarem em torno da causa; e fornecer recursos simbólicos para esforços de mobilização em diversos campos. As respostas vindas de diversos públicos podem indicar a questão específica a qual o tribunal se refere ou algum outro assunto para o qual a ação do tribunal deva se preocupar. (2010; p. 187).

Ainda assim, há dúvidas sobre a capacidade do Direito ser um instrumento capaz de ser mobilizado pelas massas e de atingir objetivos não-estatais. Nesse sentido, se percebe que o Direito mesmo sendo formalizado pelo Estado, sua finalidade não é estritamente hegemônica: ele constrói o Estado Moderno e o Estado intervém através dele. Contudo, o Direito é um forte aliado na luta política quando engajado e instrumentalizado. Pois, analisando a capacidade de articulação das normas do Direito é possível afirmar que os movimentos sociais, organizações não governamentais (ONGs) e demais mobilizadores podem alcançar significativas mudanças sociais a partir de lutas estratégicas e simbólicas envolvendo os tribunais. Eis um trecho retirado do texto “O direito poderá ser emancipatório?” de Boaventura de Sousa Santos que reafirma o exposto acima:

Uma vez formulada – poderá o direito ser emancipatório? –, ela foi submetida à análise crítica no sentido de lhe clarificar tanto as possibilidades como os limites. Pôde, assim, conferir-se credibilidade a uma ampla variedade de lutas, iniciativas, movimentos e organizações, quer de âmbito local quer de âmbito nacional ou global, em que o direito figura como um dos recursos utilizados para fins emancipatórios. (2003; p.68)

Em complementação ao que foi exposto acima, por mais que as decisões judiciais sobre um tema mobilizado não atendam as perspectivas dos mobilizadores, não sendo atendida a demanda pugnada, estas sentenças ainda podem ser benéficas para o fortalecimento da causa social, pois quando os tribunais deslocam o conflito para si, para resolvê-lo, o judiciário eleva a midiatização sobre o tema, gerando uma consciência de injustiça e insatisfação para os apoiadores da causa, potencializando, assim,

o engajamento da sociedade civil para a mudança da situação. McCann escreveu sobre esse fenômeno da seguinte maneira:

As decisões dos tribunais podem estimular ou incitar, muitas vezes sem intenção, outros tipos de ação política, incluindo: iniciativas públicas unilaterais; práticas de lobbying pelas autoridades; táticas da mídia publicitária e ações populares organizadas (MCCANN; 2010; p. 187).

Ademais, segundo Pierre Bourdieu, ao utilizar os tribunais como estratégia de emancipação social, o Direito se curva mais para o conhecimento das práticas sociais do que para um conhecimento tecnicista e demasiadamente científico do Direito. Em outro ponto, Bourdieu explica que o Direito por si só não é estático e absolutamente autônomo, podendo sofrer mudanças quando pressionado por grupos sociais. Em complemento, na teoria da ação comunicativa do sociólogo Alemão Jürgen Habermas, a comunicação entre os atores de uma ação de mobilização é imprescindível para se chegar em um consenso quanto a modificação, o que resultará numa ação coordenada e estruturada, evidenciando, desse modo, o processo político. No mesmo sentido, eis um gráfico da pesquisadora na área de mobilização do Direito no Brasil, Cristina Losekann:

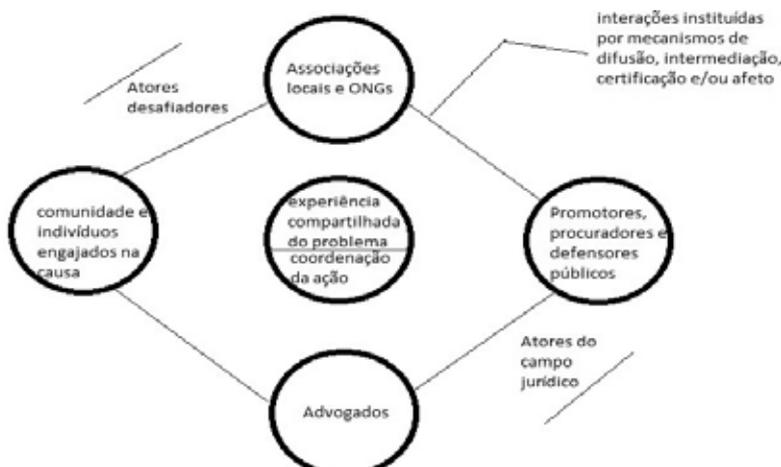


Figura 1. LOSEKAN; Cristina, Performances coordenadas e experiências compartilhadas na mobilização do direito em conflitos ambientais: a contribuição do pragmatismo de John Dewey, Plural, 2020, p. 25 (remoldura minha)

Na figura acima, observa-se o processo de ação coordenada e a importância dos agentes responsáveis pela concretização dos anseios transferidos ao judiciário. De um lado, há os agentes judiciais responsáveis por levar as demandas da sociedade civil e dos demais interessados ao judiciário, do outro lado, há os movimentos sociais, organizações sem fins lucrativos e a comunidade/indivíduos interessados. Dessa maneira, para uma maior probabilidade de ser efetiva a concretização do anseio judicializado, os agentes devem agir em conjunto.

Enquanto os movimentos sociais e as organizações não-estatais se mobilizam utilizando a mídia, canais virtuais, manifestações e demais ações conjuntas, a pauta discutida é levantada e ganha visibilidade no cenário de alcance, fazendo com que o assunto tenha repercussão e um maior impacto sob os poderes públicos. Dessa maneira, este seria o cenário ideal para que os indivíduos pertencentes à sociedade civil acionem o judiciário, juntamente com os atores jurídicos (advogados, promotores, procuradores e defensores públicos) e coloque a demanda para ser decidida judicialmente.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Com a recepção do Texto Constitucional de 1988, o acesso à saúde pela população brasileira passa a ser um direito fundamental, devendo ser prestado com qualidade pelos entes federativos. Como explicitado, a prestação destes serviços é direito da população e dever do Estado intervencionista garanti-lo. O art. 198, inciso II da Constituição da República traz essa afirmação em seu inciso:

Dentre todos, destacam-se os artigos 196 e 198, que definem os contornos do Sistema Único de Saúde, prevendo que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e o “atendimento integral” (CF, art. 198, II do ano 1988).

Embora o Sistema Único de Saúde tenha sido primordial para a universalização da saúde no Brasil, os problemas de acesso à saúde não che-

garam ao fim: a falta de medicamentos, o não fornecimento gratuito de remédios de alto custo e a não cobertura de alguns procedimentos médicos são fatores-obstáculos que impedem um acesso integral, humanizado e efetivamente universal à saúde (TAVARES, 2018, p.6).

A pesquisa realizada e divulgada em 2018 pela CNI (Conselho Nacional da Indústria) evidenciou que 75% das pessoas entrevistadas consideraram o sistema de saúde pública como péssimo ou ruim. O índice de insatisfação a respeito do sistema de saúde pública em 2018 é superior ao índice de reprovabilidade de 2011, onde 61% das pessoas entrevistadas consideraram o sistema público de saúde como ruim/péssimo. Entre os indivíduos entrevistados, a maioria do público que considerou o sistema provável eram de baixa renda (CNI, 2018).

Entre os principais problemas alegados pelas pessoas, em 2018, está a demora e a dificuldade de ser atendido (55%); a falta de equipamentos/unidades/investimentos (10%); falta de médicos (9%); má administração/corrupção (5%); as más condições das unidades de saúde (5%) e a falta de medicamentos (4%) (CNI, 2018).

Por estes índices crescentes de reprovabilidade e dos problemas decorrentes da má gestão da administração pública quanto ao sistema de saúde, o judiciário e os tribunais acabam se tornando uma porta de saída para a concessão e efetivação do direito universal à saúde: é neste sentido que surge a imperiosa necessidade de judicialização enquanto os problemas relacionados com a insatisfação não são resolvidos pelos entes federativos.

Neste processo, o poder legislativo cumpriu seu papel: a criação da Lei Constitucional, garantindo o direito universal à saúde e a elaboração de lei infraconstitucional regulamentando o funcionamento, diretrizes e princípios do Sistema Único de Saúde. Já de outro lado, o executivo peca na concretização e gestão destes direitos, abrindo espaço para que os tribunais judiciais transferissem para si a competência para agirem na garantia do direito (BARROSO, 2009).

2.1. RESERVA DO POSSÍVEL OU RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL: ECONOMIA VS. SAÚDE

Embora os tribunais tenham deslocado o conflito para si, há limitações fatídicas que impossibilitam o Judiciário de exigir da administração

pública a prestação de determinado direito: quando o pedido soa como irrazoável com a onerosidade excessiva do ente público. A teoria que busca desobrigar o Estado nesta situação específica se chama teoria da reserva do possível ou reserva do financeiramente possível.

Esta corrente doutrinária surgiu na metade do século XX, na Alemanha, e busca limitar a obrigação do Estado na concretização de determinado direito por razões econômicas. Ou seja, de um lado do polo litigioso está o Estado e do outro, indivíduos mobilizadores. O Estado alega hipossuficiência e irrazoabilidade do pedido e, se comprovada essas alegações, se exime da obrigação de prestar e garantir aquele direito ao indivíduo/grupo mobilizador.

Embora os argumentos apresentados pelo Estado para se eximir da obrigação auto contraída são relevantes, a realidade da Alemanha no século XX é diametralmente oposta da brasileira, impossibilitando a aplicação da teoria em território nacional de maneira integral. A importação dessa teoria europeia para países com realidades sociais e econômicas diferentes, como o Brasil, onde a desigualdade social é latente, prejudicará mais ainda o acesso à saúde.

Em 2019, o Estado de Rondônia recorreu de uma sentença de primeiro grau que exigia do poder público o fornecimento do remédio Canabidiol, conhecido por CBD, para o tratamento de um paciente hipossuficiente. No recurso, *in verbis*, o Estado de Rondônia alega o princípio da reserva do possível para se desobrigar da responsabilidade de garantir o direito do medicamento a um paciente hipossuficiente: “Discorre sobre o SUS e a cláusula de reserva do financeiramente possível. Requer a reforma da sentença para julgar totalmente improcedente” (TJ-RO – AC: 70011251620198220005 RO 7001125-16.2019.822.0005, Data de Julgamento: 05/08/2020). O recurso não foi provido e o Estado de Rondônia foi compelido judicialmente a fornecer o medicamento mesmo este não estando inscrito no RENAME¹¹⁷.

117 RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais): define os medicamentos essenciais e os que são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

2.2. O JULGAMENTO DO TEMA REPETITIVO Nº 106 DO STJ E O RESP Nº 1.657.156 – RJ: REQUISITOS PARA A CONCESSÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS PELO SUS

O processo de origem que resultou no julgamento do Tema Repetitivo nº 106 versava sobre o fornecimento de três colírios para um paciente. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o fornecimento não era possível em razão dos remédios requeridos pelo paciente não se encontrarem entre os medicamentos registrados pela ANVISA. No mesmo sentido, o Tribunal estipulou os requisitos para o fornecimento gratuito de remédios por via judicial:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a **presença cumulativa dos seguintes requisitos:**

I Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

II incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

III existência de registro na ANVISA do medicamento.

(STJ – REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/04/2018, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/05/2018).

Dessa maneira, os requisitos para que um paciente possa requerer um medicamento prescinde de registro, comprovação da necessidade por prescrição médica e a hipossuficiência do paciente arcar com os custos dos remédios. Entretanto, esta tese vinculante pode ser interpretada de maneira extensiva, como foi feito no julgamento da Apelação / Remessa Necessária 1009031-73.2019.8.26.0224, em que a Câmara Especial decidiu pelo fornecimento gratuito do remédio Elixinol Hemp Oil 5000 mg

à criança que portadora de Transtorno do Espectro Autista. O medicamento não estava registrado pela ANVISA e nem no RENAME. Eis um trecho da ementa do julgamento:

[...] Hipossuficiência financeira da paciente comprovada – **Irrelevância da ausência de registro na ANVISA** – Autorização do órgão para importação dos medicamentos à base de Canabidiol – **Lauda médico fundamentado e circunstanciado subscrito pelo médico que assiste a menor, comprovando a imprescindibilidade do medicamento e a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS** [...]

(TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1009031-73.2019.8.26.0224; Relator (a): Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarulhos – Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível; Data do Julgamento: 09/12/2019; Data de Registro: 17/12/2019 – **grifo meu**)

Dessa forma, em casos como este, em que não há inscrição do medicamento pela ANVISA e o remédio seja imprescindível para a qualidade de vida do paciente, torna-se necessário e razoável o custeio ou o fornecimento do medicamento pelo Estado.

CONCLUSÃO

Como explicado anteriormente, antes do golpe militar de 1964, haviam pautas sociais em crescente expansão no Brasil. Entretanto, após o golpe, a censura provocada pela promulgação dos atos institucionais, os movimentos sociais foram restringidos veementemente no campo da mobilização política, ficando à mercê dos interesses militares da época. De tal forma, apesar da repressão institucional, as frentes populares que buscavam direitos sociais e econômicos tiveram que adequar suas pautas e formas de mobilização, inclusive o movimento sanitarista, que buscava a criação de um sistema de saúde integral e gratuito.

Como constatado, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a teoria do processo político começou a ser fortemente influenciada

por movimentos sociais, pois, estes, quando começaram a utilizar das ferramentas judiciais previstas na CF e na legislação infraconstitucional, conseguiram pressionar o poder público para criar direitos e garantias, além de efetivar determinados direitos que são previstos, mas não são amplamente acessados pela população, em razão da má administração pública.

Pelas razões mencionadas, o Judiciário e os tribunais começaram a desempenhar funções tipicamente executivas: a lei prevê, mas o poder público carece de meios de efetivação de direitos e, por isso, os tribunais deslocaram estes conflitos para sua competência. Esse fenômeno é conceituado como judicialização da política e de politização do judiciário.

Inclusive, o presente artigo se debruçou sobre este fenômeno, buscando, com maestria, demonstrar a importância dos tribunais na efetivação de um dos direitos de maior importância: o direito à assistência médica pública, integral e gratuita. Contudo, o cenário atual no que se refere ao direito fundamental à saúde não é ideal, sendo, como demonstrado com a análise jurisprudencial feita na parte final deste trabalho, negado a muitos jurisdicionados brasileiros.

Pelos fundamentos apresentados, as mobilizações sociais por Organizações Não Governamentais, pela sociedade civil e pelos movimentos sociais devem sempre serem reinventadas, utilizando de todas as estratégias práticas e judiciais para efetivar plenamente direitos tão arduamente guerreados no passado. Dessa maneira, a mobilização prática deve ser complementada pela judicial, formando, assim, um núcleo organizado e adaptado a cada situação fatídica e a cada problema a ser enfrentado.

Não espere o futuro mudar sua vida, porque o futuro será a consequência do presente – Racionais MC's.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Retrospectiva** 2008. s.l. s.n.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Retratos da sociedade brasileira: saúde pública. Ano 7, n. 44. Brasília: CNI, 2018. Disponível em: <https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_

public/18/7f/187f1473-2603-4b06-a8a1-070486293e98/retratosda-sociedadebrasileira_44_saude.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

FACHIN, Z. A.; PAGLIARINI, A. C. Movimentos sociais na Constituição brasileira de 1988: a construção da democracia e dos direitos humanos. **RDHD**, v. 6, p. 150-160, 2018.

FANTI, Fabiola. **Mobilização social e luta por direitos**: um estudo sobre o movimento feminista. Campinas. 2016.

LOPES, A.C; NALESSO, A.P.P. **A dinâmica da judicialização como instrumento de acesso à saúde**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ASSISTENTES SOCIAIS, XVI, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/619>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

LOSEKAN; Cristina. **Performances coordenadas e experiências compartilhadas na mobilização do direito em conflitos ambientais**: a contribuição do pragmatismo de John Dewey, Plural, 2020, p. 25.

LOSEKANN, C. Mobilização do direito como repertório de ação coletiva e crítica institucional no campo ambiental brasileiro”. **Dados**, v. 56, n. 2, p. 311-349, 2013.

MCCANN, Michael W. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos ‘usuários’. **Revista da EMARF, Cadernos Temáticos**, Rio de Janeiro, p. 175-196, dez. 2010.

PERLMAN, J. O Mito da Marginalidade: favelas e política no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981 [1981].

ROCHA, Enid. **A Constituição cidadã e a institucionalização dos espaços de participação social: avanços e desafios**. 20 anos da constituição cidadã: avaliação e desafio da seguridade social, Anfip, Brasília, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista crítica de ciências sociais**, 65, maio 2003.

STJ – REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, data de Julgamento: 25/04/2018, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 04/05/2018.

TAVARES, Michelle de Souza S. Judicialização excessiva diante da má prestação do serviço público de saúde, 2018. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2018/pdf/MichelledeSouzaSilveiraTavares.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2021.

TJ-RO–AC:70011251620198220005RO7001125-16.2019.822.0005, Data de Julgamento: 05/08/2020.

TJSP. Apelação / Remessa Necessária 1009031-73.2019.8.26.0224; Relator (a): Fernando Torres Garcia (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guarulhos – Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível; Data do Julgamento: 09/12/2019; Data de Registro: 17 dez. 2019.

RESUMOS

DESESTÍMULO DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS DO AGRONEGÓCIO

*Kleber Destefani Ferretti*¹¹⁸

INTRODUÇÃO

O procedimento da arbitragem é muito utilizado no exterior, tanto que há uma Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) denominada de “Convenção de Nova Iorque de 1958”, que trata do reconhecimento de sentenças estrangeiras. Já no Brasil, esse procedimento passou a ser regulado pela Lei n. 9.307/1996, que vigora. Além de proporcionar inúmeras vantagens aos interessados, como celeridade no processo e julgamento, sentenças por profissionais da área, economia nas custas e não há cabimento de recursos, só embargos de declaração (arts. 18 e 30 citada lei) (MARTINS; FERREIRA, 2019).

A Arbitragem pode ser considerada como um “braço” do Poder Judiciário, mas conforme art. 1, da Lei n. 9.307/1996, para “(...) dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996). Procedimento este, que adveio para aliviar o judiciário com os inúmeros processos nos tribunais, tangentes sobre bens disponíveis. E no agronegócio não é diferente, com as mesmas possibilidades de utilização, pois as relações contratuais agrícolas necessitam de agilidade na solução do

118 Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado na Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Agronegócio da UFG; Professor do curso MBA Direito no Agronegócio da FGI.

conflito, para não impactar a cadeia produtiva (NOGUEIRA; PASSOS; GENTIL, 2020).

Todavia, esta modalidade de solução de conflitos é pouco estimulada e utilizada nas questões agrícolas, em decorrência dos empecilhos derivados das normativas arcaicas (anteriores a arbitragem) e manuseadores do direito com posições ortodoxas (MARTINS; FERREIRA, 2019). Com isso, se justifica demonstrar o motivo do desestímulo da não utilização da arbitragem no agronegócio, juntamente com os benefícios de sua utilização e aplicação ao meio agrário se estimulada pelas normativas brasileiras.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Fundamenta-se na pesquisa de Marcelo Nogueira, Antônio Carlos de Mello Franco e Augusto Martinez Perez Filho, que abordam a possibilidade de utilização da arbitragem nas soluções de conflitos decorrentes de contratos de arrendamento rural (NOGUEIRA *et al.*, 2020).

E na pesquisa de Paulo Antonio Rodrigues Martins e Rildo Mourão Ferreira, sobre “as potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro”. Os quais, argumentam as vantagens do sistema arbitral aos beneficiários do agronegócio (MARTINS; FERREIRA, 2019, p. 304).

METODOLOGIA

A pesquisa seguiu um enfoque qualitativo, com análises de normativas e posições de pesquisadores que dialogam na temática. Por intermédio do método comparativo, que realiza uma investigação através da análise de atos que dialogam com as diferenças, sendo estas os bloqueios e benefícios da arbitragem no agronegócio.

Para embasamento do dialogado, se faz jus dos argumentos de alguns pesquisadores: Nogueira; Passos e Gentil (2020); Martins e Ferreira (2019); Nogueira *et al.* (2020), junto com normativas que regulam questões agrárias e sobre a arbitragem como meio de solução de conflitos (BRASIL, 1996).

Assim, arguir-se-á comparando as normativas e posições dos pesquisadores atuais, para demonstrar os bloqueios decorrentes de legislações

atrasadas, que barram as partes interessadas em aplicar a arbitragem no agronegócio, já que essa aplicação decorre da vontade das partes (credor e devedor).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Como arguido na introdução, o procedimento da arbitragem é algo antigo em outros países e, no Brasil só a partir de 1996 para questões patrimoniais disponíveis. Todavia, por falta de políticas públicas que estimulem a propagação e o conhecimento deste instituto pela sociedade, como também por ausência de pesquisas acadêmicas e influências culturais negativas, mas principalmente pelo próprio Poder Judiciário querer deter o monopólio das relações jurídicas, que acarretou a prestação de um serviço público ineficiente e moroso na atualidade ao agronegócio (MARTINS; FERREIRA, 2019).

Conforme Lei de Arbitragem n.9.307/1996, esta pode ser pactuada ou aceita por duas formas: 1^a. Cláusula Compromissória: as partes aceitam e a inserem dentro do ato negocial (contrato ou outro meio), no lugar da cláusula que elegeria o “Foro”, ou seja, uma prerrogativa que é antes do conflito ocorrer, e; 2^a. Compromisso Arbitral: é um documento a parte, após o surgimento do conflito e os envolvidos de comum acordo, decidem resolver na arbitragem ao invés do judiciário. Assim, vale ressaltar que, em ambos os casos os envolvidos ficam obrigados a resolverem por este meio quando acordado, além dessas duas formas possuírem critérios e requisitos conforme regulado no Capítulo II da citada lei (BRASIL, 1996).

No ramo das atividades agrícolas, ocorrem inúmeras pactuações negociais, em decorrência do Brasil ser um grande produtor agrícola e “reconhecido internacionalmente como o celeiro do mundo” (NOGUEIRA *et al.*, 2020, p. 82). Dessa forma, a “complexidade dos negócios gerados no agronegócio, sobretudo quando relacionados a exploração da terra, surgem conflitos motivados por várias questões, os quais encontram entraves da legislação agrária, a qual é protecionista” (NOGUEIRA *et al.*, 2020, p. 82). Ademais, os conflitos agrários “se acentuam, na medida em que algumas legislações são antigas e anacrônicas” (MARTINS; FERREIRA, 2019, p. 305).

Martins e Ferreira (2019, p. 313) argumentam que esse descompasso, advém de que antigamente o termo utilizado era “agricultura”, que se restringia ao produto “antes da porteira”. Mas isso ficou no passado, por ser insuficiente ao designar as relações existentes no meio rural. Por isso, passou após a década de 1980 a ser utilizado a nomenclatura “agronegócio” que é mais abrangente e complexo. Pois como dito antes, a produtividade brasileira aumenta exponencialmente, que deriva do uso de novas tecnologias, evolução do sistema de investimentos e modernização de meios que favoreçam uma produção agrícola efetiva (MARTINS; FERREIRA, 2019). Todavia, a legislação brasileira juntamente com o Poder Judiciário, não conseguiram acompanhar esse desenvolvimento econômico no meio rural e por consequência, não auxiliam na atualidade a solução de conflitos de forma eficiente e propícia, os quais decorrem desse desenvolvimento.

Esse descompasso, pode ser constatado nos contratos agrários que é a expressão da vontade das partes ou autonomia da vontade. Expressão que sofreu barreiras em prol do interesse público (função social) na história e, dessa forma, imputando normas de ordem pública (MARTINS; FERREIRA, 2019). Um exemplo disso é o contrato de arrendamento rural, expresso no art. 92 da Lei n.4.504/1964, já os demais contratos agrários conforme art. 13 da Lei n. 4.947/1966, regulam-se pelos princípios do direito comum, mas estão sujeitos aos arts. 92 a 96 do Estatuto da Terra (NOGUEIRA *et al.*, 2020, p. 84). Nogueira *et al.* (2020) incrementa que o art. 3º do Decreto n. 59.566/1966, que trata sobre o arrendamento rural, o define como contrato agrário para exploração agrícola e impõe um certo critério protetivo referente a função social por ligar-se ao Estatuto da Terra.

Assim, caso o dissídio seja referente a terra, este deverá ser resolvido via judicial em virtude da sua função social. Mas se derivar de negociações de bens que visem ser aplicados na terra, como por exemplo aquisição de insumos ou implementos agrícolas, então estes negócios poderão ser resolvidos via arbitragem (NOGUEIRA *et al.*, 2020) (MARTINS; FERREIRA, 2019). Dessa forma, constata-se uma confusão legislativa, que prejudica de certa forma a rápida solução e retomada de novas negociações.

Caso as normativas, trabalhassem alinhadas e à favorecer os envolvidos no agronegócio de forma a permitir sua ampla aplicação, reduziria o quantitativo de processos no Poder Judiciário, por permitir que utilizem a

arbitragem. Pois, esse procedimento arbitral só iria beneficiar os interesses das partes, como: 1. Sigilo processual; 2. Escolha de árbitro da área que julgará; 3. Celeridade processual; 4. Instância única; 5. Não há cabimento de recursos, só embargos de declaração, e; 6. Objetiva manter a harmonia entre as partes. Mas há outros benefícios, sendo estes os principais (MARTINS; FERREIRA, 2019), bem diferente do judiciário.

CONCLUSÕES

Assim, constata-se que o agronegócio se desenvolveu, mas as legislações permaneceram atrasadas, além de prejudicar ou bloquear a utilização de meios mais benéficos para a solução de seus conflitos. Como o procedimento arbitral que possibilitaria um grande avanço em todos os atos negociais realizados no meio rural, por ser uma ferramenta útil para os produtores e comerciantes que reduziria possíveis prejuízos.

Finalmente, se faz necessário uma atualização das normativas que norteiam o meio rural, para desafogar o Poder Judiciário e possibilitar segurança jurídica através da arbitragem, a qual estimulará a manutenção das relações negociais agrícolas e mais transações no agronegócio.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 9.306, de 1996 – Lei da Arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em: 04 mar. 2021.

MARTINS, Paulo Antonio Rodrigues; FERREIRA, Rildo Mourão. As potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro. **Revista Cadernos de Direito Actual**, n. 12, 2019, p. 304-326. Disponível em: < <http://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/430> > Acesso em: 03 mar.2021.

NOGUEIRA, Marcelo; FRANCO, Antônio Carlos de Mello; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 6, n. 2, jul-dez. 2020, p. 81-96.

Disponível em: < <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoes-conflitos/article/view/7176> > Acesso em: 03 mar. 2021.

NOGUEIRA, Marcelo; PASSOS, Fernando; GENTIL, Plínio Antônio Brito. **A arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos nos contratos agrários.** In: I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: DIREITO AGRÁRIO E AGROAMBIENTAL. Florianópolis-SC: CONPEDI, 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/6e04211m/XOpf4io51Ecnv-TeJ.pdf>> Acesso em: 03 mar. 2021.

POR UMA INTERPRETAÇÃO INTEGRAL DO ARTIGO 523, §1º DO CPC/15 NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

*Ingryd Stéphanie Monteiro de Souza*¹¹⁹

INTRODUÇÃO

A sentença que reconhece a exigibilidade de prestar qualquer obrigação resulta no término da fase cognitiva ou de conhecimento e dá início a fase para cumprimento da obrigação propriamente dita. O processamento da execução se desenvolve por meio de requerimento do interessado nos próprios autos, logo após o trânsito em julgado da sentença.

O cumprimento de sentença referente a obrigação de pagar quantia certa possui mecanismos de incentivo ou penalidade, visando a satisfação do crédito exequendo e cumprir a ordem judicial de pagamento. É o caso do acréscimo de multa e honorários advocatícios de dez por cento, quando o executado não paga o débito devido voluntariamente no prazo de 15 dias.

No âmbito do Juizado Especial Cível, regulado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, há uma mitigação da aplicabilidade do artigo 523, §1º do CPC/15 pelos Juízes e Turmas Recursais. Essa aplicação mitigada no procedimento diferenciado tem como amparo o artigo 55 e 52 da Lei de Juizados Especiais

119 Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC-Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia (FARO). Advogada em Rondônia.

(Lei 9.099/95), e, principalmente, em Enunciado do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE).

Ante a notória subsidiariedade de aplicação do CPC/15 como regra geral na Lei especial dos Juizados e a ausência de vedação expressa de honorários advocatícios como sanção em cumprimento de sentença, faz-se necessário uma interpretação e aplicação integral do referido artigo da lei geral processualista.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Após a fase de conhecimento, análise do conjunto fático-probatório pelo juízo, o cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia tem como regra de processamento a possibilidade de aplicação de medidas positivas e negativas, visando a plena satisfação do crédito do credor, ora exequente. Como mecanismo negativo com o fim de evitar o descumprimento do prazo de 15 dias para cumprimento espontâneo, se dá pelos acréscimos de dez por cento sobre a dívida, nos moldes do artigo 523, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

Não efetuado o pagamento no prazo de quinze dias, incidirá sobre o valor pretendido pelo exequente uma multa, de dez por cento sobre o total, além de honorários advocatícios, também de dez por cento (art. 523, § 1º). Caso o executado, no prazo de quinze dias, efetue pagamento parcial, a multa e os honorários incidirão sobre o saldo, isto é, sobre o valor não pago (art. 523, § 2º). Havendo impugnação ao cumprimento de sentença que venha a ser rejeitada, os honorários poderão, por aplicação analógica do disposto no art. 827, § 2º, ser ampliados, ao final do procedimento executivo, para até vinte por cento do valor do crédito exequendo (FPPC, enunciado 450). (CÂMARA, 2017).

Em se tratando de honorários advocatícios, a Lei de Juizados Especiais Cíveis recebe do legislador a incumbência de guardar peculiaridades de aplicabilidade. Para Santos, “primeiro se deve buscar dispositivo normativo em outra lei interante do próprio microsistema, já que as normas dialogam entre si”, para somente posteriormente aplicar de forma supletiva e subsidiária a regra geral disposta no CPC.

Em sede de Juizados Especiais Cíveis, não há a utilização do acréscimo de dez por cento de honorários. A principal negativa da interpretação integral do referido artigo em questão por parte das Turmas Recursais é o dispositivo 55 da Lei 9.099/95, que estabelece “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé”. Sendo compreendido pelo Enunciado 97 do FONAJE, permitindo somente a aplicação de multa de dez por cento:

A multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC/2015 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, ainda que o valor desta, somado ao da execução, ultrapasse o limite de alçada; a segunda parte do referido dispositivo não é aplicável, sendo, portanto, indevidos honorários advocatícios de dez por cento.

Ocorre que dois elementos essenciais não permitem coadunar com tal interpretação pelos magistrados, na medida em que: a) a natureza jurídica da decisão de cumprimento de sentença que intima o executado não se enquadra em sentença; e b) os honorários advocatícios vedados pelo artigo 55, são os sucumbenciais.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017), sentença é o “pronunciamento que encerra a atividade de conhecimento do juiz no procedimento”. É dizer, sentença é a delimitação de quando encerra uma fase. Notadamente, não é o caso da decisão que intima o executado para pagamento, fixando as penalidades em caso de descumprimento.

Para fins de definição de sentença, o STJ sinaliza a necessidade de exame de dois critérios “ (I) conteúdo equivalente a uma das situações previstas nos arts. 485 ou 489 do CPC/2015; e (II) determinação do encerramento de uma das fases do processo, conhecimento ou execução”. Em julgamento da Resp Nº 1.698.344/MG, ratificou que a natureza jurídica de decisões que não acarretarem extinção da fase executiva é de decisão interlocutória. Nesse viés, não há dúvidas que a decisão que especificamente estipula penalidades descritas no artigo 523, §1º tem natureza interlocutória, não incidindo a vedação imposta sobre sentença correspondente ao artigo 55 da Lei dos Juizados Especiais.

Por outro lado, o acréscimo de dez por cento de multa e honorários advocatícios é uma sanção processual (NEVES, 2016), com a finalidade de propiciar a satisfação do crédito exequendo de modo mais célere e justo, se amoldando aos princípios de simplicidade e menos complexidade norteadores dos Juizados Especiais Cíveis.

Os honorários advocatícios discutidos em fase de cumprimento de sentença para forçar o adimplimento da obrigação pelo executado, guarda natureza de sanção, ou seja, não se amolda a vedação da lei especial que expressamente aborda o não pagamento de honorários pelo vencido em primeiro grau (natureza sucumbencial).

Pela lógica interpretativa sistemática, não trata de proibição de honorários advocatícios como acréscimo da sanção processual incidente no débito, já que mesmo que não exista condenação em sucumbência, há autorização para “aplicar as sanções atinentes à litigância de má-fé”, como aduz Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017).

Noutro giro, Roland (2018), aduz que os honorários do advogado são compatíveis com o cumprimento de sentença no Juizado Especial Cível devido o artigo 55 da Lei especial regular tão somente a fase de conhecimento e quando em recurso direcionado à Turma Recursal.

Oportuno destacar ainda que o artigo 52 da Lei 9.099/95 dispõe, por meio de rol taxativo, as únicas alterações e diferenciações daquelas aplicadas ao procedimento comum. Novamente, não há qualquer menção sobre a inaplicabilidade do artigo 523, §1º do Código de processo. Do contrário, há a informação no *caput* sobre a aplicação do processamento descrito no CPC/15, de forma subsidiária.

Se “fosse a intenção do legislador evitar a incidência dos honorários advocatícios na hipótese de não cumprimento voluntário da obrigação nos Juizados Especiais Estaduais Cíveis, teria feito de forma expressa e clara.” (GARCIA, 2019). Portanto, na ausência de regulamentação sobre determinada matéria, cabível a aplicação da norma geral. A utilização de Enunciados do FONAJE não pode servir de única via interpretativa para a não fixação dos honorários como sanção processual.

No caso, o CPC/15 deve ser a norma adequada para suprir a falta de previsão quanto a temática, bem como visando incorporar o processamento devido na fase de cumprimento de sentença que condena o execu-

tado em obrigação de pagar quantia, mormente nas sanções processuais de dez por cento quando do não pagamento espontâneo.

METODOLOGIA

Para o presente trabalho, foi realizada pesquisa do tipo exploratória, promovendo o levantamento de dados qualitativos no campo de Direito Processual Civil, por meio da manutenção de registro como método de coleta de dados, com consulta bibliográfica, visando investigar o objeto do trabalho dedutivamente.

O mecanismo de coleta consiste em coletar dados relevantes extraídos de legislações, jurisprudências, livros e periódicos atinentes ao tema proposto para obter uma análise sintetizada e, ao mesmo tempo, panorâmica referente ao estado em que a pesquisa se encontra cientificamente. Buscando, ao final, esclarecer a possibilidade legislativa da fixação de honorários advocatícios como sanção em cumprimento de sentença no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Não há vedação pela Lei nº 9.099/95 para aplicação integral do artigo 523, §1º do CPC/15, no que atine ao acréscimo sancionador de dez por cento de multa e honorários advocatícios sobre o crédito exequendo na obrigação de pagar quantia, dado o caráter sancionatório dos honorários, se mostrando incabível a mitigação de aplicabilidade pelos magistrados e Turmas Recursais, por meio dessa análise preliminar realizada, com a finalidade provocativa de acender novos diálogos no meio acadêmico.

CONCLUSÕES

Em síntese, não há sentido, sob o ponto de vista interpretativo sistêmico da norma jurídica, a não interpretação integral do artigo 523, §1º do CPC/15 na fase de cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, eis que: i) não se trata de sentença referente ao disposto no artigo 55 da Lei nº 9.099/95; ii) não se trata de honorários advocatícios de sucumbência vedado pelo artigo refe-

rido, e sim, coercitivo e iii) não há vedação pelo artigo 52, no rol taxativo de alteração pela Lei nº 9.099/95, permitindo a aplicação subsidiária do CPC/15 e a integral aplicabilidade.

Tal questionamento necessita ser pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento na Súmula 640, sendo o órgão competente para solucionar a controvérsia ante a impossibilidade de alcance recursal ao Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1995.

BRASIL, STJ. **RECURSO ESPECIAL nº 1.698.344 – MG (2017/0231166-2)**, Relator MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22 de maio de 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Ygreville Gasparin. A execução de sentença nos Juizados Especiais Estaduais Cíveis e a possibilidade de fixação de honorários advocatícios nas hipóteses de não cumprimento voluntário da obrigação. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/306534/a-execucao-de-sentenca-nos-juizados-especiais-estaduais-civeis-e-a-possibilidade-de-fixacao-de-honorarios-advocaticios-nas-hipoteses-de-nao-cumprimento-voluntario-da-obrigacao>.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ROLAND, Pablo Vianna. Honorários advocatícios são devidos nos cumprimentos de sentença nos Juizados Especiais. **Migalhas**, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/283517/honorarios-advocaticios-sao-devidos-nos-cumprimentos-de-sentenca-nos-juizados-especiais>.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Juizados Especiais**. Salvador: Juspodivm, out. 2015.

DIREITOS DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E SUAS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA UMA TEORIA SOCIOJURÍDICA DO BEM VIVER

*Gilmar Bittencourt Santos Silva*¹²⁰

INTRODUÇÃO

Com a crise do Estado capitalista no Brasil e no mundo (POULANTZANS, 1977), muitos projetos de sociedade e de seu conhecimento disputam a primazia das explicações sociais para as mudanças que vêm ocorrendo. A partir de uma análise das práticas extraídas das comunidades quilombolas, um tipo de comunidade tradicional e essencialmente rural, é possível a construção e o aperfeiçoamento dos modelos de administração de conflitos capazes de, a um só tempo, ser um instrumento de justiça, em termos de regularizar processos de disputas, eventualmente dispensando uso da força, e assegurar a sua estrutura de produção com a manutenção de aspectos coletivos. A presente pesquisa, que foi tema de estudo no doutorado de Política Sociais e Cidadania, um programa de pesquisa e pós-graduação da Universidade Católica do Salvador, tem como objetivo analisar quais os efeitos do quilombo para a política de acesso à terra num contexto de conflitos e de uma visão jurídica particular do pluralismo das ordens jurídicas e do, pelo que se verificou, as conexões com a ideia de conflito e pluralismo das ordens jurídicas e das teorias sociais do *bem viver*.

120 Doutor em políticas sociais públicas e cidadania pela Universidade Católica do Salvador.

É, portanto, uma pesquisa interdisciplinar que se projeta da seara jurídica, mas que se nutre de teorias sociais e de uma metodologia de trabalho das ciências sociais não jurídicas.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A pesquisa estuda as articulações entre os quilombolas, como formação de grupos com trajetórias históricas heterogêneas entre si e de resistência ao processo de colonialismo (HENRIQUES, 2014), que não adotam a apropriação dos recursos naturais por uma pessoa ou grupo (ARRUTI, 2006), de limitada “[...] articulação com o mercado, baseado em uso intensivo de mão de obra familiar” (ARRUDA, 1999, p. 79), com o pluralismo das ordens jurídicas, como uma concepção sociojurídica que compreende a diversidade da produção de lócus de poder, às vezes em conflito, hermeneuticamente diatópico, portanto incompleto e culturalmente complementar à regulação do Estado.

Os procedimentos sociojurídicos são instituídos como mecanismos sociais de administração de conflitos e se consolidam mesmo quando aplicáveis em condições individuais pela chancela das práticas coletivas.

A sua dependência da natureza bem como dos demais membros coloca os quilombolas pesquisados na condição de igualdade com a natureza, o que demanda uma teoria fora dos campos atualmente hegemônicos.

EPistemologia e Metodologia da Pesquisa

As perguntas de Grada Kilomba (2019), em sua apresentação intitulada *Desobediências Poéticas*, convida a ouvir a “contação” de histórias da população negra: Como as histórias são contadas? Por que são contadas? E quem pode contá-las? A escolha do grupo focal como técnica de coleta de dados privilegia a fala dos sujeitos e, para isso, foram selecionados subgrupos de geração, entre pessoas mais velhas e jovens, o que permitiu resgatar um processo de reconstrução da memória da comunidade e por gênero, demonstrando alguma distinção do papel de homens e mulheres em relação à participação nas arenas de negociação.

Para observar as condições atuais de titulação, debruçou-se sobre os processos de titulação de terras que tramitam no Instituto Nacional de

Colonização e Reforma Agrária (Incra), com análise da tramitação dos procedimentos no órgão, seus momentos de estagnação e de impulso, em relação a duas comunidades já selecionadas para o trabalho de campo: a comunidade quilombola do Brejo do Engenho da Guaíba e a do Tabuleiro da Vitória. Tal escolha justifica-se pela localização das referidas comunidades, ou seja, no Recôncavo baiano, centro de muitos quilombos, e, em particular, pelos aspectos referentes ao impulsionamento desse processo de legalização das terras e às condições de estagnação.

Após essa análise dos processos, foram ouvidas 24 pessoas no Tabuleiro da Vitória (aproximadamente, 4% da população do quilombo) e 22 pessoas no Brejo do Engenho da Guaíba (em torno de 3% da população).

Do total de participantes, 46 pessoas ouvidas em grupos focais, apenas 13 eram homens, totalizando, as mulheres, 33 participantes, o que se reflete numa participação relativa de 72% de mulheres para 28% de homens. No entanto, em relação à participação etária, essa discrepância entre mulheres e homens não existe. Todos os grupos foram instados a responder as mesmas perguntas em todos os encontros, e os participantes tiveram seu sigilo (uso de nomes falsos) e direitos preservados mediante um termo de livre consentimento esclarecido, exigência do Comitê de Ética de Pesquisa.

PARA UMA NOVA JUSTIÇA NO ACESSO À TERRA

O procedimento de titulação foi criado a partir do Decreto nº 4.887/2003 e principalmente da Instrução Normativa nº 57/2009 da lavra do Incra; em todo o país, rendeu a certificação de 2.729 comunidades pela Fundação Cultural Palmares (FCP). Trata-se de um procedimento em duas fases: primeiro a FCP certifica, segundo o Incra titula.

Entre 2005 e 2018, foram expedidos 124 títulos, conforme site do Incra em 2018, quase nada. Por isso, ao analisar os processos das duas comunidades, não foi surpresa o nível de paralisação dos processos nos referidos quilombos. Na reunião em que foi ouvido o subgrupo de jovens da comunidade de Tabuleiro da Vitória, foi constatado que vários desses viviam na área de terceiros (também quilombolas) sem vínculos de parentescos, sem acerto de meia ou contrato de partilha da produção, ou seja, viviam na área dos mais velhos, em cujos documentos encontram-se a terra.

Isso também fica exemplificado no relato dos ataques à chamada Fazenda Guaíba, ano de 2019. Joel, idoso do grupo focal do Brejo do Engenho da Guaíba, afirma que “[...] **acharam que não estávamos preparados... Chamaram para uma reunião e na hora era para retirar a gente, mas nós ficamos, pois a única coisa que a gente quer negociar é para ficar na terra [...].**” (Silva, 2019). Ante aos riscos existentes de perda da terra, todos se uniram e se fizeram presentes. Homens, mulheres, jovens e idosos estavam lá para manter a terra com quem nela produz.

CONCLUSÕES

Participando a comunidade coletivamente dos acordos, essas práticas deram impulso às oficinas de homologação das comunidades, que não têm previsão escrita, mas que contam com grande adesão dos órgãos estatais. A **prática de acordos com participação coletiva em tema privado** é uma prática muito comum nessas comunidades.

Numa justiça urbana e formal, há grande esforço da sociedade por manter os ritos jurídicos reservados. Entre esses membros das comunidades tradicionais, os temas de disputas são assistidos pela coletividade, reforçando os vínculos; uma aprendizagem que pode ser útil à administração da justiça como um todo.

A força, a violência e a rapidez com que têm sido realizadas essas políticas de desmonte dos pilares do Estado social de bem-estar, pactuados na Constituição de 1988, bem como com a desregulação das formas de acesso e apropriação de terras públicas e indígenas, levam a questionar e realizar uma crítica acerca das alternativas previstas como mecanismos redistributivos no âmbito do próprio capitalismo. Esses mecanismos, ao terem sido afetados pelas reformas e ajustes recentes em favor do capital financeiro, têm aprofundado um “mal estar” contemporâneo, devorando lentamente todas as formas de vida e ameaçando a espécie. “[...] nas sociedades tradicionais o princípio da redistribuição não se constitui em função estritamente econômica, mas relaciona-se às relações sociais e a uma forma de organização social e política”, (IVO, 2016, p. 9).

Ao mesmo tempo em que novos valores só podem ser inscritos considerando-se as práticas desses novos atores, observa-se uma afinidade do

reconhecimento desses saberes com a perspectiva do pluralismo das ordens jurídicas, numa hermenêutica diatrópica que se propõe frente à incompletude de todas as culturas, recepcionando a produção sociojurídica e construindo trocas entre os saberes e práticas de administração de conflito das comunidades quilombolas e o ordenamento hegemônico, o que permite inclusive esse diálogo com a construção de luta.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, A. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução Tadeu Breda. 2. reimpr. São Paulo: Elefante Editora, 2015.
- IVO, A. B. L. Prefácio. In: FAVERO, C. A.; SANTOS, S. R. dos. **O campesinato e o bolsa família no semiárido do Nordeste**. Salvador: Edufba, 2016. p. 7-13.
- KILOMBA, G. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019. 244.
- POULANTZAS, N. **A crise do estado**. Tradução Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1977.
- SANTOS, B. S. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 7-34, jan./jun. 2001. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF. Acesso em: 17 nov. 2019.

A POSSIBILIDADE DE CITAÇÃO POR CORREIO NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO: APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 247, CPC

*Tiago José Dorado Modena*¹²¹

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia em seu art. 222, alínea 'd', acerca da impossibilidade da citação por correio nos processos de execução, colocando tal exceção junto à impossibilidade do cumprimento do ato dessa forma nas ações de estado, quando o réu era pessoa incapaz ou pessoa de direito público, quando não havia serviço de entrega de correspondência ou de outra forma requeresse o autor. Todavia, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 houve a supressão da referida regra, sendo que o atual correspondente (art. 247) nada consignou acerca da obrigatoriedade da citação por Oficial de Justiça nos processos executivos.

Ocorre que a controvérsia ora analisada deve-se ao fato de que manteve o legislador no Livro da Execução em seus arts. 829 e 830 menção à atuação do Oficial de justiça quando da expedição do mandado de citação, penhora e avaliação, havendo o entendimento por parte de Ilustres Juristas

121 Estudante da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Estagiário do Mosimann-Horn Advogados Associados na área de Direito Bancário.

de que a regra processual do CPC de 1973 ainda se manteria intacta nos processos executivos.

Nesse sentido, procura-se analisar no presente trabalho que apesar de o CPC de 2015 tenha mantido em sua redação os arts. 829 e 830, tal condição não coloca óbice à aplicação da regra geral do Código, qual seja, a citação por correio. Ainda, justificamos a aplicação da norma com base nos princípios da menor onerosidade, celeridade e eficiência, além do fato de que atualmente os atos de constrição de bens são em sua maioria realizados de forma informatizada, sendo dispensada a atuação do Oficial de Justiça quando do momento citatório.

METODOLOGIA

O presente trabalho utiliza-se da investigação bibliográfica e documental, por meio de análise dos dispositivos legais que tratam da matéria, bem como a doutrina e a jurisprudência acerca do tema. Utiliza-se do método dedutivo pelo qual se procura responder à problemática por meio de uma análise com especial relevo aos princípios da efetiva prestação jurisdicional, menor onerosidade e livre disponibilidade da execução.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Estabelecia o art. 222 da revogada Lei n° 5.869 de 11/01/1973 (CPC/1973):

A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, exceto:

- a) nas ações de estado;
- b) quando for ré pessoa incapaz;
- c) quando for ré pessoa de direito público;
- d) nos processos de execução;
- e) quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;
- f) quando o autor a requerer de outra forma.

Desse modo, verifica-se que o Legislador proibia expressamente que a citação fosse realizada por correio nos processos executivos enquanto vigente o Código anterior. Todavia, com a entrada em vigor da Lei nº 13.105 de 16/03/2015 (CPC/2015) ocorreu substancial modificação com relação à regra processual, principalmente no que se refere às execuções. Segundo o art. 247 do Código de Processo Civil de 2015:

A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, **exceto**:

I – nas ações de estado, observado o disposto no art. 695, § 3º ;

II – quando o citando for incapaz;

III – quando o citando for pessoa de direito público;

IV – quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;

V – quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma.

Verifica-se da regra processual vigente a inexistência de qualquer menção expressa acerca da vedação ao cumprimento do ato citatório por meio do correio, que se dá através da expedição de ofício com aviso de recebimento. Todavia, a discussão sob análise se deve ao fato de que os arts. 829 e 830 do CPC de 2015 mantiveram menção à atuação do Oficial de Justiça nos processos executivos. Anota-se:

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. [...]

Art. 830. **Se o oficial de justiça** não encontrar o executado, arrear-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 1º Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado 2 (duas) vezes em dias distintos e,

havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa, certificando pormenorizadamente o ocorrido.

Nesse sentido, em que pese os arts. 829 e 830 mencionarem a atuação do Oficial de Justiça nos processos de execução, tais dispositivos legais não constituem óbice à possibilidade de citação por correio, haja vista a inexistência de vedação expressa no CPC de 2015, que não repetiu a regra do Código revogado.

Não se confunda a realização do ato citatório com o de constrição de bens do executado, sendo que não é raro que atualmente tais ordens sejam emitidas por meio de sistemas informatizados como o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SISBAJUD), o sistema de Restrições Judiciais Sobre Veículos Automotores (RENAJUD), a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB) e a Declaração de Operações Imobiliárias (DOI), sendo dispensável a atuação do Oficial de Justiça no momento de citação. E ainda, não se olvide que a previsão da citação por correio já era permitida nas execuções fiscais (Art. 8º, I da Lei nº 6.830 de 22/09/1980), sendo que o CPC de 2015 colocou em situação de igualdade as execuções em geral ao permitir a citação por correio.

Importante ressaltar que não está aqui dispensando-se a atuação do Oficial de Justiça no processo de execução como um todo, pois é fato que sua atividade continua sendo de extrema importância, em especial quando verificados indícios de ocultação do executado ou na necessidade de avaliação e remoção de bens. Na verdade, o que se procura é resguardar o direito que fique a critério do credor a forma com a qual o ato citatório deverá ser cumprido, conforme se extrai da análise em conjunto dos arts. 247, 829 e 830 do CPC/2015.

Por fim, ressalta-se que a exigência do cumprimento do ato citatório por Oficial de Justiça além de ir contra a regra geral do Código Processual em vigor também constitui óbice aos princípios de menor onerosidade, eficiência e de uma efetiva prestação jurisdicional, considerando a carga quase que sobre-humana que recai a grande parte dos Oficiais de Justiça.

CONCLUSÕES

Conclui-se a partir da análise acima que o Código de Processo Civil atual não repetiu a regra do CPC de 1973 no que se refere à impossibili-

dade de citação por correio nos processos executivos. Desse modo, tem-se que deverá o Magistrado deixar a critério do credor a escolha acerca de qual deverá ser a forma do cumprimento do ato, considerando que a execução se desenvolve em seu interesse.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm> Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 21/03/2021.

_____. **Lei de Execução Fiscal**, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm> Acesso em: 21 mar. 2021.

DIDIER, Fredie Jr et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TJSC. **AGRAVO DE INSTRUMENTO: 4004162-29.2020.8.24.0000**. Relatora: Janice Goulart Garcia Ubiali. Data do Julgamento: 08/09/2020. Disponível em: <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=40041622920208240000&num_chave=&num_chave_documento=&hash=3750ed71767609f77de17a95179eea8b>. Acesso em: 21 mar. 2021.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (ART 489, CPC-15) E SUA APLICAÇÃO NA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS-LEI Nº 9099/95

*Enéas Cardoso Neto*¹²²

*Gabriela Santos Lima*¹²³

INTRODUÇÃO

Com a edição do CPC-15, pudemos notar uma preocupação do legislador no que se trata da sentença judicial, pois no atual código foi editado o Art. 489 com regras a respeito da fundamentação das decisões judiciais. Isso não existia na codificação anterior, de 1973, e qualquer vício da sentença seria sanado por meio de Embargos de Declaração. Com a edição do citado artigo, ocorreu um “enrijecimento” nas decisões judiciais, pois o magistrado não detém a mesma “discricionabilidade” no momento da fundamentação de sua decisão, o que poderia acarretar certos casos de arbitrariedades nos julgamentos. Isso mostra a busca do Poder Judiciário por maior efetivação de direitos, o acesso à justiça, a segurança jurídica e proteção ao Estado Democrático de Direito.

122 UNIFTC, Vitória da Conquista-BA.

123 UNIFTC, Vitória da Conquista-BA.

O objetivo do presente trabalho é fazer um paralelo entre o Art. 489 do CPC-15, que prevê o princípio da fundamentação das decisões judiciais e a Lei nº 9099/95, Lei dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais. O Art. 38, caput, da citada lei, prevê que a sentença mencionará os elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensando o relatório bem como o Art. 2º, que prevê que o processo no juizado é orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Dessa forma, vai ao encontro do Art. 489, CPC-15.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O trabalho em questão tem como base a efetivação de direitos, como maior acesso ao Judiciário, como prevê o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário fundamentado no Art. 5, XXXV da CF-88, segurança jurídica, bases do Estado Democrático de Direito, como bem leciona Miranda:

A decisão judicial devidamente fundamentada se expressa como manifestação do princípio constitucional do acesso à justiça, tendo por certo que o processo o qual mereceu uma decisão do Poder Judiciário se amolda a uma das vertentes do princípio constitucional da inafastabilidade do poder jurisdicional, qual seja, a prestação jurisdicional. [...]

Desta forma, para que se possa falar em Estado Democrático de Direito, torna-se necessário conceber mecanismos por meio dos quais o povo possa participar da atuação do poder. A motivação da decisão judicial, sentença ou decisão interlocutória é um princípio derivado do Estado Democrático de Direito e, por esta razão, foi inserido de maneira expressa na Constituição Federal. Com efeito, decisão judicial sem motivação é a mesma coisa que inexistência de motivação judicial, já que a fundamentação é elemento essencial à decisão.

METODOLOGIA

As questões que circundam o presente tema podem ser respondidas por meio da pesquisa bibliográfica, utilizando o método qualitativo, se de-

bruçando em obras de Direito Processual Civil, Direito Constitucional, bem como Direitos Humanos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A discussão em torno do tema em questão é sobre a viabilidade da aplicação do Art. 489, CPC-15, em torno das sentenças dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei nº 9099/95. A citada lei, em seu Art. 38, prevê que a sentença do juizado terá um breve resumo dos fatos e os elementos de convicção do magistrado, sem necessidade de relatório. Assim, a aplicação do Art. 489, CPC-15, seria viável e poderia proporcionar maior efetivação de direitos e segurança jurídica, mas sem prejudicar o rito célere da Lei 9099/95?

CONCLUSÕES

Tudo o que foi dito a edição do Art. 489, CPC-15 e seus incisos, fez ocorrer um enrijecimento em se tratando das sentenças judiciais. O magistrado agora deve seguir critérios mínimos para fundamentar suas decisões, evitando discricionariedades que abriam espaço para arbitrariedades e abusos de direitos.

Este artigo visa a efetivação do acesso à justiça baseado no Art. 5º, XXXV da CF-88, da segurança jurídica, pilares do Estado Democrático de Direito. Leva a argumentação para o âmbito dos Juizados Especiais, que detêm um rito procedimental mais célere, fazendo com que ocorra mais acesso à justiça. A facilidade de propositura de ações nos juizados é extremamente maior, além do que o jurisdicionado tem maior entendimento na sentença, a exemplo de questões que envolvem difíceis discussões, como causas de direitos personalíssimos.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª. Salvador: Jus Podium, 2015. P.706, v.1.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: usPODIVM, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. Saraiva, 9^o ed. 2018.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle. **O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC!** Sanciona, presidenta! Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>> Acesso em: 19 mar. 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – Vol. I. 59^a edição. São Paulo: Editora Forense, 2017.

A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS – LEI Nº 9.605/1998¹²⁴

*Cláudia Schirmann Vilemar*¹²⁵

*Sofia Aparecida Cavalcanti Paulino*¹²⁶

INTRODUÇÃO

O Acordo de Não-Persecução Penal foi sistematizado no Direito Brasileiro pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído no Codex pela Lei nº 13.964/2019, o popular “Pacote Anticrime”. Este instrumento foi inspirado pelo modelo do *plea bargain*, aplicado nos Estados Unidos, sob o regime jurídico da *Common Law*.

124 Resumo expandido elaborado sob a orientação do Professor Mestre Aroldo Bueno de Oliveira, mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), especialista em Controladoria e Gestão Financeira pela Faculdade Paranaense (FACCAR).

125 Acadêmica do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL.

126 Acadêmica do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL.

O termo “crime ambiental” refere-se a qualquer ato típico que traga prejuízo para o meio ambiente, este compreendido como um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, nas palavras do artigo 225 da Constituição Federal. A Lei nº 9.605/1998 tipifica a maior parte dos crimes ambientais, dividindo-os em seções de acordo com o campo atingido.

No presente resumo serão debatidos os benefícios da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal em detrimento da instauração de ação penal, com enfoque no âmbito de crimes ambientais, demonstrando, de forma clara, as contribuições da utilização do instituto como remédio para punir a crescente onda de crimes ambientais e impulsionar a reparação dos danos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O ordenamento jurídico brasileiro constituiu-se sobre bases altamente punitivistas, levando ao entendimento popular de que o endurecimento das penas e a privação da liberdade são os instrumentos mais eficazes no combate à impunidade, o que se concretiza pelo jargão “bandido bom é bandido morto”.

Há décadas intelectuais apontavam as problemáticas desse pensamento. Além de ser cruel e desconsiderar as diversas motivações que levam alguém a cometer um delito, esse modelo também é, na maior parte do tempo, ineficaz.

Assim, o sistema jurídico brasileiro tem buscado novas ferramentas para auxiliar no combate à criminalidade, garantindo-se a efetiva aplicação da lei aliada à desburocratização e à celeridade processual. Nesse contexto, foi elaborado o Acordo de Não Persecução Penal, referenciado pela primeira vez na Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público e incluído no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, tornando-se o artigo 28-A do Código de Processo Penal.

O referido dispositivo sujeita a aplicação do acordo a uma série de requisitos de cunho objetivo e subjetivo, este último a ser aferido pelo Promotor de Justiça de acordo com o caso concreto. Estabelece, ainda, condições a serem ajustadas pelos atores processuais, como forma de evitar

a instauração de ação penal, e expõe as regras procedimentais para homologação, complementação ou recusa do acordo.

Como leciona Rodrigo Leite Ferreira Cabral, o Acordo de Não Persecução Penal “[...] afigura-se como uma medida imprescindível e urgente para deflagrar um sério processo de aprimoramento e reforma do modo com que é realizada a nossa persecução penal.” (CABRAL, 2020, p. 14)

A Constituição Federal Brasileira de 1988 conferiu especial importância às questões ambientais no direito brasileiro, em especial pela inclusão do artigo 225, que impõe ao Poder Público a obrigação de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Essa nova mentalidade possibilitou a publicação da Lei nº 9.605/98, a chamada Lei de Crimes Ambientais, responsável por unificar, em um único diploma legal, a maior parte das condutas típicas prejudiciais ao meio ambiente, estabelecendo as sanções cabíveis e dando elementar destaque para a restauração ambiental.

Luiz Flávio Gomes e Silvio Luiz Maciel, no livro *Lei de crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/1998*, expõem que a reparação dos danos é “[...] o escopo prioritário da lei ambiental [...]” sendo inclusive aferida, por exemplo, em seus artigos 20, 27 e 28 (GOMES; MACIEL, 2015, p. 102).

Tendo em vista que todos os delitos apresentados na Lei nº 9.605/98 possuem a pena mínima inferior a quatro anos, são compatíveis com a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, nos termos do artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal. Desse modo, verifica-se ser uma opção vantajosa para buscar uma solução consensual dos litígios, sem que se perca o foco da reparação dos danos ambientais causados, mantendo, assim, o objetivo principal da Lei de Crimes Ambientais.

METODOLOGIA

O presente resumo será executado sob a metodologia qualitativa, sendo utilizada análise bibliográfica crítica e analista e técnicas de natureza básica, bem como metodologia dialética e hipotética-dedutiva.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Acordo de Não Persecução Penal, em termos gerais, promove a celeridade processual, uma vez que contribui com o sistema judiciário

como um todo, ao permitir a resolução eficaz, do ponto de vista social e jurídico, dos delitos de menor potencial ofensivo, e garantir minuciosa atenção e análise ao julgamento dos crimes mais graves.

O instituto trouxe uma nova visão de política criminal, principalmente no tocante a crimes de menor potencial ofensivo, pois provocou alterações na forma como é feita a repressão a esses delitos, desde que abrangidos pelos requisitos expressos no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Assim, verifica-se o aperfeiçoamento da persecução penal, com a introdução de elementos da justiça negocial, que já eram amplamente aplicadas em outras áreas do direito.

A aplicação do acordo em matéria ambiental representa evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o aumento dos delitos ambientais em solo nacional. Aplicado à esfera ambiental, o Acordo de Não Persecução Penal possibilita que seja firmada obrigação de reparar o dano causado, o que se mostra em consonância com a própria finalidade da Lei nº 9.605/1998.

Portanto, conclui-se que a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal mostra-se mais favorável para o direito ambiental do que a instauração de ação penal, pois possibilita a criação de acordos, viabilizando a punição adequada e proporcional, além da efetiva reparação dos danos.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, pode-se verificar que o Acordo de Não Persecução Penal traz diversos benefícios ao ordenamento jurídico como um todo, seja para as partes diretamente envolvidas, seja para o Poder Judiciário. Se, por um lado, o beneficiário do acordo terá a chance de cumprir as obrigações de forma mais branda e ágil, o Poder Judiciário poderá, em pouco tempo, arquivar o processo e, assim, direcionar sua atuação para causas que demandem mais atenção, ou seja, crimes de maior potencial ofensivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> Acesso em: 20 mar. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal à Luz da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio Luiz. **Lei de crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/1998**. 2. ed. rev. atual. e ampl., – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Franciele Cristine Avelina Vaz*¹²⁷

INTRODUÇÃO

E se através da escolha de atores para representar as partes de um conflito ou processo que existe na realidade, fosse possível alcançar um acordo? Essa é a premissa da adoção da metodologia chamada de constelação sistêmica criada pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger.

Hellinger acreditava que, ao aplicar o que chamou de “saber por participação” em associação com uma postura fenomenológica da psicoterapia, poderia acessar a consciência oculta dos seus clientes para solucionar seus conflitos. Extraí-se da obra do autor o excerto:

Algo semelhante acontece em regiões montanhosas. Quando alguém sai de uma aldeia, onde tudo é estreito e próximo, e sobre ao alto de uma montanha, descortina um horizonte cada vez mais amplo. Quanto mais alto sobe, mais solitário se torna. Apesar disso, percebe-se num contexto mais amplo que antes. Assim, na medida em que nos desprendemos do que está próximo, nós nos vinculamos a algo maior, mas o preço disso é o aumento da solidão. Daí a grande dificuldade que muitos sentem, de passar de um vínculo estreito a outro novo e mais amplo. Por outro lado, toda li-

127 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA e graduanda em Administração pela Universidade Estácio de Sá.

gação estreita força a avoluir para algo maior e mais amplo. Por esta razão, quando uma relação conjugal alcança seu ponto culminante – que é o nascimento do primeiro filho – ela perde em intimidade e ganha em amplitude. Com isso a relação se enriquece, mas a intimidade forçosamente diminui. (HELLINGER, 2003, p. 35)

Através da visão externa dos eventos ocorridos a consciência sentida torna-se dominada pela consciência oculta, trazendo à tona o que pune os constelados, porém por outro lado fazendo-os ver todos os ângulos do conflito em questão. As chamadas “Ordens do Amor” ou “Leis sistêmicas”, segundo Hellinger (2003), são compostas por três Leis: Hierarquia ou Ordem de Chegada, Pertencimento e Equilíbrio de Troca ou “Dar e receber”. Tais leis associadas, compõem e regulamentam o equilíbrio familiar à fim de manter a harmonia e dissolver problemas.

Em 2013, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, tornou obrigatória a existência de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em locais com até quatro Juízos, Juizados ou Varas cíveis, fazendárias, previdenciárias ou de família. Com o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, na sua seção V, regulamentaram-se as diretrizes e o procedimento de mediação judicial, além disso, entrou em vigor a Lei nº 13.14/2015, que “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública” (BRASIL, 2015).

Estimulando a cultura pacificadora, a regulamentação do uso das constelações sistêmicas no Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos CEJUSCs surgiu como forma de favorecer a autocomposição, de modo que após a sessão os assistidos darão prosseguimento à sessão de conciliação, mediação ou prática restaurativa. Além de formação em mediação judicial/extrajudicial, o facilitador deverá possuir certificado de formação em constelação sistêmica de no mínimo 160 horas, além de comprovar a sua prática na área. Ademais, os membros das sessões em grupo, deverão assinar termo de confidencialidade a fim de preservar o sigilo e a intimidade dos envolvidos.

A constelação sistêmica será pautada pelos princípios da mediação, quais sejam isonomia, imparcialidade, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Nesse sentido, o estudo pretende elucidar os benefícios da associação da

constelação sistêmica na resolução de conflitos através da humanização e pacificação dos assistidos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A obra de Hellinger, considerado criador do método da constelação sistêmica “ordens do amor: um guia para o trabalho com constelações familiares” expõe seus estudos de casos psicoterapêuticos que buscavam através da femnologia psicoterapeutica solucionar os problemas de seus pacientes ao acessar o consciênte oculto dos mesmos ao confrontarem o medo de se exporem.

O curso de métodos adequados de solução de controvérsidas através da negociação, mediação, conciliação e arbitragem de Adolfo Braga *et al.* e a leitura do artigo “As etapas de institucionalização da mediação no Brasil” Fernanda Bragança e Carla Faria de Souza, ambos para compreender os conceitos e terminologias de tal sistemática e abordam como tal sistema surgiu e é aplicado no país.

Por fim, destrinchou-se a Lei nº 13.140/2015 que regulamenta a a mediação de conflitos como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição dos mesmos associada com inovadora Portaria nº 3923/2021/3ª Vice-Presidência do TJMG que dispõe sobre o uso das constelações sistêmicas nos CEJUSCs e nas práticas restaurativas.

METODOLOGIA

Para a consecução do estudo, através do método descritivo, analisou-se a obra de Hellinger (2001) utilizando-se da metodologia qualitativa, através de levantamento bibliográfico, teórico e de legislação.

Efetuuou-se a revisão literária de especialistas na área a fim de elucidar o objeto da presente pesquisa, apontando desta forma a abordagem crescente dos tribunais brasileiros na utilização da metodologia psicoterapêutica para a resolução dos conflitos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O uso da constelação familiar associado à resolução de conflitos no âmbito jurídico não é inédito, apesar de recente. Já era utilizada em Belo

Horizonte, porém a sua regulamentação é um convite a uma adoção por demais estados, quem sabe, federal do método.

O presente estudo procurou explicar a forma que a constelação sistêmica pode ajudar de forma positiva a dissolver os conflitos trazidos aos centros de resolução de conflitos e iniciativas que envolvam a justiça restaurativa.

Como resultado, foi obtida uma abordagem alternativa que caminha de acordo com as novas demandas trazidas aos conflitos atuais, que buscará humanizar e pacificar o âmbito das conciliações, mediações ou práticas restaurativas.

CONCLUSÕES

O propósito deste excerto foi abordar as constelações familiares no contexto da solução de conflitos a fim de auxiliar de forma humanizada o atendimento aos assistidos. Ao remover a rigidez do processo jurídico, alcança-se um maior número de pessoas, pois há casos que demandam o exercício da interdisciplinariedade, principalmente na vara da família.

A institucionalização da constelação familiar é de grande relevância social e jurídica, pois ao traçar diretrizes para a aplicação da metodologia, obtenha respaldo normativo e segurança jurídica. Gerando assim um crescimento de adeptos à estrutura.

Conclui-se que com o aumento da solução de conflitos através dos CEJUSCs com tais abordagens pluridisciplinares, torna-se possível a diminuição da sobrecarga do setor judiciário, fazendo com que o sistema flua de forma mais eficaz e eficiente.

REFERÊNCIAS

Assessoria de Comunicação Institucional – ASCOM. TJMG regulamenta uso das Constelações Sistêmicas nos Cejuscs. **Notícias TJMG**, Minas Gerais, 26/03/2021. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-regulamenta-uso-das-constelacoes-sistemicas-nos-cejuscs-8A80BCE5786BAF6F01786FF364C31D82.htm#.YGTkqq9KhPb>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRAGANÇA, Fernanda; SOUZA, Carla Faria de. As etapas de institucionalização da mediação no Brasil. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 1, p. 01-15, 2017. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1946>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

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: 28 mar. 2021.

HELLINGER, Bert; TEN HÖVEL, Gabriele. **Ordens do amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. São Paulo. Editora Cultrix, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. PORTARIA Nº 3923/2021/3ª Vice-Presidência. Regulamenta a utilização das Constelações Sistêmicas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs e nas práticas restaurativas no Estado de Minas Gerais. **Diário do Judiciário Eletônico**. Belo Horizonte, MG, 26 de março de 2021.

CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO MÉTODO ALTERNATIVO AUTOCOMPOSITIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Erilaine Guns de Araujo*¹²⁸

*Hortência Gaspar de Araújo*¹²⁹

INTRODUÇÃO

O legislador previu na Carta Magna brasileira de 1988, o direito fundamental de acesso à justiça, e, através do Poder Judiciário, instituiu meios de solução de conflito. Acontece que, hoje, o Poder Judiciário enfrenta o problema de acúmulo de demandas, o que torna o sistema lento, e como consequência disso, a demora da decisão judicial é inevitável. Para resolver este impasse, houve a necessidade de estabelecer métodos alternativos, cujo procedimento se mostra mais simples e célere que o processo judicial tradicional, porém, gozando de mesmo valor e de equivalência jurisdicional e é neste contexto que se vislumbram as alternativas auto compositivas de resolução de conflitos, como a constelação familiar.

128 Graduada em Engenharia Florestal pela UNEMAT, Graduada em Direito pela UNEMAT, Graduada em Pedagogia pela UNIASSELVI, e, Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Instituto LFG.

129 Graduada em Direito pela UNEMAT.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA – DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR

A constelação familiar é um método terapêutico, de cunho sistêmico fenomenológico, desenvolvido pelo psicoterapeuta teólogo, Anton Suijbert Hellinger, mais conhecido como Bert Hellinger, com a finalidade de resolver conflitos no sistema familiar.

Oldoni, Lippmann e Girardi (2018, p. 22) entendem que as constelações familiares “podem ser definidas como um método multidisciplinar que encontra suporte na terapia sistêmica que indaga sobre as relações não aparentes que vinculam umas pessoas aos sistemas familiares.” Esse método considera o indivíduo como pertencente a um sistema carregado de crenças, costumes, valores, enfim, toda bagagem genética, emocional que o indivíduo traz consigo ao nascer.

Nessa perspectiva, os indivíduos carregam informações vividas por outros indivíduos da mesma família, mesmo que estes já tenham falecido. Isso se dá pela motivação e lealdade ao sistema familiar ao qual fazemos parte, mas que em contrapartida, a repetição desses padrões pode ser a responsável pelos insucessos na vida pessoal/profissional, dificuldades de relacionamentos, entre outros.

Segundo estudos, os traumas se repetem nas gerações até que ele venha à tona e possam ser resolvidos.

1.1. AS CONSTELAÇÕES FAMILIARES E A LEGISLAÇÃO

O NCPC deu grande ênfase aos métodos alternativos de solução de controvérsias e é através destes institutos que as constelações familiares passam a penetrar o meio jurídico: quando prevê além da conciliação e mediação, outros métodos de solução de conflitos.

O parágrafo 3º, do artigo 3º, do NCPC, prevê que os meios de solução consensual deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, promotores de justiça e no decorrer do processo judicial a fim de que se consolide uma justiça pacificadora e cooperativa, e, o artigo 6º, dá a todos sujeitos do processo, a responsabilidade de chegar a decisão célere, justa e efetiva, conforme também preveem os artigos 694 e 695. A ideia é propor um atendimento aos litigantes em presença multidisciplinar, com-

posta por vários profissionais de diversas áreas do conhecimento como psicólogos, assistentes sociais, consteladores, pedagogos entre outros.

De acordo com a resolução normativa 125, do CNJ “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses [...] mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.” E, uso das constelações no Brasil está tão expressivo que o assunto já possui um Projeto de Lei tramitando a fim de regulamentá-la.

1.2. AS “ORDENS DO AMOR”

De acordo com Oldoni, Lippmann e Girardi (2018, p.38), Hellinger denominou de Ordens do Amor:

- a) Lei do Pertencimento o indivíduo tem necessidade de pertencer a um grupo. Exemplo: o direito de pertencer a uma família.
- b) Lei da Ordem ou Hierarquia: se refere ao lugar que cada membro ocupa no grupo; quem nasceu primeiro é hierarquicamente superior a quem nasceu por último.
- c) Lei do Equilíbrio: se refere ao ponto ideal para as trocas entre as pessoas. É preciso que haja equilíbrio entre o dar e o receber.

1.3. COMO FUNCIONA UMA SESSÃO DE CONSTELAÇÃO FAMILIAR?

Para especialistas e seguidores dessa corrente de pensamento, todas as pessoas são afetadas pelas Leis do Amor de Bert Hellinger, mesmo que as pessoas não tenham conhecimento de sua existência. Quando o indivíduo reconhece que existe uma questão a ser resolvida, pode-se contar com o auxílio da prática terapêutica da constelação familiar. Para tanto, é necessário ter um constelador terapeuta e conhecedor do assunto que afeta o cliente (constelado), como dificuldade em se relacionar com o pai, com a mãe, entre outros.

A constelação pode ser realizada em grupo ou individual. Quando em grupo, há a presença do terapeuta, do cliente, de plateia e dos representantes, onde o cliente expõe o seu problema para o constelador, e es-

colhe os elementos da plateia para representar os elementos da sua família. Faz-se uma encenação da questão a ser resolvida como se fosse um teatro, onde, as pessoas escolhidas para representar esses papéis sentem as mesmas sensações do membro familiar que está representado. Logo, o cliente (constelado) e o terapeuta fazem uma análise baseada nas leis do amor de Bert Hellinger. Esses movimentos podem vir a curar traumas, restabelecer vínculos que no passado foram interrompidos ou ainda promover reconciliações. A constelação familiar, neste momento, busca acessar o campo morfogênético da família do constelado e descobrir qual o emaranhado que existe no seu sistema familiar.

Já na constelação individual os elementos familiares são representados por bonecos ou outros objetos que poderão ser escolhidos pelo cliente.

1.4. APLICAÇÃO DAS LEIS SISTÊMICAS E DA ORDEM DO AMOR AO DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo Bert Hellinger, para que os relacionamentos humanos estejam em equilíbrio, precisam estar de acordo com as três ordens do amor, quais sejam, pertencimento, hierarquia e equilíbrio entre dar e receber. E, o intuito com o uso das constelações sistêmicas é o acordo.

O site do CNJ revela que o índice de conciliação é alto quando do emprego deste método. No ano de 2017, das 31 audiências –que envolviam disputas familiares –realizadas somente em uma não foi possível o acordo. Ainda cita um caso de “cobrança de dívida entre irmãos e, durante a constelação, veio à tona que o problema não era o dinheiro, mas que o irmão mais novo não respeitava o mais velho.”. Nesse caso em questão é bem fácil de observar que há uma violação na lei da hierarquia, o que ocasiona o desequilíbrio familiar, através do qual ocorrem as brigas e as desavenças Segundo a constelação familiar, todas as leis do amor devem estar em equilíbrio para que se possa restabelecer o equilíbrio na família.

Os jurisdicionados procuram o Judiciário por causa de um litígio pontual como: término do casamento, guarda dos filhos, partilha de bens, entre outros. Mas, na verdade, os motivos pelos quais as partes estão “brigando” são questões internas ocultas, invisíveis a olho nu e por isso não recebem o menor crédito pelos operadores do direito (Oldoni; Lippmann e Girardi, 2018, p.82).

Os litígios que envolvem questões familiares e que enchem o órgão jurisdicional de processos poderiam ser resolvidos mais rapidamente, com decisões amigáveis, e, por consequência, mais definitiva, colocando o sistema familiar do indivíduo em equilíbrio, em ordem com as leis do amor.

2. METODOLOGIA

Para a elaboração do presente trabalho, foi realizado um levantamento bibliográfico, com revisão de algumas leis, abordando a constelação familiar.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Com o presente estudo, pode-se observar que a constelação familiar sistêmica apresenta um grande potencial de preparar os litigantes para uma efetiva resolução consensual dos conflitos, ao se submeterem ao procedimento, os litigantes têm a oportunidade de melhor compreensão sobre o que se passa em suas vidas, e assim sendo, a probabilidade de um acordo mais assertivo é bem maior.

4. CONCLUSÕES

Diante do exposto, é notável que, de forma inovadora, a constelação familiar aparece como um novo instrumento para auxiliar as partes na fase preparatória, haja vista que a constelação é um método terapêutico que tem o condão de chegar a raiz do problema que originou o conflito. Além disso, com a utilização deste método, o indivíduo tem a chance de ressignificar todas as vivências conturbadas e entender o que se passa em sua própria vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17/03/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agência CNJ de Notícias.

Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário: 30 de abril de 2018^b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario/>. Acesso em: 19 jan. 2021.

_____. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 03 fev. 2021.

OLDONI, Fabiano; SARUBBI, Marcia Lippmann; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal.** 2.ed. rev. e ampl. Joinville, SC: Manuscrito Editora, 2018.

O CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E AS AÇÕES REPETITIVAS DECORRENTES DA PANDEMIA DA COVID-19

*Rafaela Sánchez Vissoky*¹³⁰

*Marco Félix Jobim*¹³¹

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 trouxe impactos na vida em sociedade em âmbito nacional e internacional. Diante desse cenário, para além das mudanças trazidas no sistema de saúde e na economia brasileira, o direito processual civil também pende de adaptação às circunstâncias exigidas ante um estado de calamidade pública, mormente em razão do aumento significativo de demandas repetitivas perante o Poder Judiciário.

Nesse contexto, é que se demonstra a relevância do contraditório no direito processual civil pátrio para a garantia da prestação de uma tutela jurisdicional eficaz, isto é, em atenção aos critérios de celeridade e em consonância aos princípios que respaldam o ordenamento jurídico vigente.

130 Graduanda do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Bolsista de Iniciação Científica em Direito Processual Civil.

131 Orientador, Doutor em Direito, Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

É dizer, a tutela jurídica deve ser prestada em tempo razoável, bem como resguardar os direitos fundamentais ressalvados pela Constituição Federal.

Não obstante a constante implementação de mecanismos para o fim de contribuir com a sistematização do julgamento de casos repetitivos, a situação atual exige um olhar mais cauteloso acerca da influência do contraditório neste instituto. Cada vez mais, a massificação das relações jurídicas existentes e a sua diversificação dificultam a existência de um procedimento único que abarque a tutela dos interesses dos demandantes.

Com o advento das novas tecnologias e a facilidade do acesso à informação, transferência, licenciamento e comércio em geral de bens e direitos, há um crescimento exponencial no número de casos que alcançam o Poder Judiciário, o que contribui para a morosidade judicial e fragiliza a concessão da tutela jurisdicional adequada. No mesmo sentido, a taxatividade dos procedimentos cíveis desenhados para a satisfação dos interesses ora tutelados pelo Estado configura óbice à prestação jurisdicional adequada em determinadas situações. Outrossim, o processo civil, cuja natureza é de norma infraconstitucional, desempenha o papel de garantir, através de sua instrumentalização, a prestação de uma tutela jurídica adequada, eficaz e tempestiva, em atenção aos direitos inerentes à humanidade resguardados pela lei maior.

É de tal sorte que se compreende que a Constituição Federal detém caráter vinculante em relação às normas infraconstitucionais perante o Estado Constitucional, uma vez que resguarda direitos indissociáveis à natureza humana. Bem assim, a doutrina e a jurisprudência encontram-se em conformidade no sentido de que o Código de Processo Civil, tal como norma infraconstitucional, deve ser interpretado em consonância às disposições da Constituição Federal.

Nesse andar, cuidará o presente artigo da importância do contraditório substancial no Código de Processo Civil, a partir da análise do surgimento das ações repetitivas decorrentes da pandemia da Covid-19.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para o presente trabalho, é relevante discutir acerca da mitigação do princípio do contraditório e dos direitos fundamentais em detrimento do emprego da inteligência artificial para o julgamento das ações repetitivas

decorrentes da pandemia da Covid-19. Há de se analisar que a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva deve atender ao direito material tutelado tempestivamente, o que colide frontalmente com a prestação jurídica em atenção aos direitos fundamentais, mormente ante um cenário de demandas excessivas que permeiam o Poder Judiciário.

Cabe mencionar o conceito de jurisdição e acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro, que é definido como a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, protegendo situações jurídicas, cuja decisão é insuscetível de controle externo, e pode vir a se tornar indiscutível (DIDIER JR., 2021).

Merece destaque a relevância do direito constitucional, porquanto resguarda relação direta com a função estatal de prestar a jurisdição (JÚNIOR, 2021). É de tal sorte que o processo justo recebe status de princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020). Destarte, os denominados princípios fundamentais de direito processual civil emergem com o intuito de prescrever um “dever ser” do processo na perspectiva constitucional, através da função jurisdicional (SCARPINELLA, 2021).

Feitas essas considerações, o principal cerne da discussão reside na aplicação da inteligência artificial para o julgamento de casos e a sua colisão com os direitos sociais fundamentais, em especial o direito ao contraditório.

METODOLOGIA

Para seu desenvolvimento, esta pesquisa utilizará o método dedutivo tradicional, tendo como base material de estudo a doutrina e a legislação brasileira no que se refere o tema do projeto. Em consideração ao surgimento das circunstâncias contextuais da pandemia da Covid-19 e à influência da globalização ao desenvolvimento do assunto de outras formas em ordenamentos estrangeiros, não se pode excluir a possibilidade de utilização do método comparativo subsidiariamente nos momentos em que aplicável para desenvolvimento da pesquisa.

As técnicas utilizadas para a presente pesquisa serão essencialmente a revisão bibliográfica, acompanhada de coleta de jurisprudência no que

couber, para caso se avalie prudente, a análise qualitativa de julgados que versarem sobre a pandemia da Covid-19 e enfrentarem questões acerca do contraditório substancial.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Através desta pesquisa, foi possível se chegar a resultados no sentido de que é viável o emprego de meios tecnológicos para o julgamento de ações repetitivas, em que pese ainda existam fronteiras a serem superadas para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e em atenção aos direitos fundamentais.

Isso significa que o uso da inteligência artificial para o julgamento de casos está em via de ser aplicado, devido à celeridade e mitigação de custos que oferece, sem que se olvide dos possíveis confrontos aos direitos fundamentais, especialmente o direito ao contraditório, também intitulado direito de influência no processo.

CONCLUSÕES

Em suma, percebe-se a existência de uma colisão entre o aumento das ações repetitivas decorrentes da pandemia da Covid-19 e seus respectivos impactos econômicos e sociais face à prestação de uma tutela jurisdicional eficaz em consonância com os direitos fundamentais. Nesse cenário de crise política e social, além do esgotamento das vias cabíveis para a resolução de conflitos através do Poder Judiciário, é que se demonstra relevante a preservação do instituto do contraditório, especialmente em se tratando de demandas repetitivas, que colocam em risco a preservação dos direitos processuais constitucionais.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618040/cfi/5!4/4@0.00:14.2>. Acesso em: 23 jan 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 23 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. **A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522485680/recent>. Acesso em: 11 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619344/cfi/3!4/4@0.00:4.82>. Acesso em: 11 jan. 2021.

A PREVENÇÃO DE CONFLITOS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Adriane Medianeira Toaldo*¹³²

INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos fundamentais constitui a base da promoção da cidadania em um Estado Democrático de Direito, pois a qualidade da existência e a dignidade humana devem pautar todos os esforços do poder público e da sociedade civil para sua promoção. O presente estudo tem por objetivo analisar a efetivação dos direitos fundamentais a partir da ótica da prevenção de conflitos. O estudo da garantia e promoção dos direitos fundamentais é de grande relevância no atual constitucionalismo brasileiro, já que o estudo propõe um debate e uma discussão sobre a preventividade dos litígios envolvendo esses direitos, de modo a evitar a sua judicialização, de acordo com o que dispõe a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o moderno Código de Processo Civil.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

No constitucionalismo brasileiro, os direitos fundamentais estão subdivididos em categorias. A primeira delas constituem os direitos indivi-

132 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Campus Santa Maria – RS.

duais e coletivos, ligados à pessoa humana e à sua personalidade, incluindo aqui a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade e a propriedade. Na segunda categoria, estão inclusos os direitos sociais, como a educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Na terceira categoria, estão os direitos de nacionalidade, que vinculam a pessoa ao Estado brasileiro, que deve garantir sua proteção tendo como contrapartida o cumprimento de deveres. A quarta categoria de direitos fundamentais abrangem os direitos políticos que permitem ao indivíduo exercer sua cidadania e interferir nos negócios de Estado. Por fim, a quinta categoria inclui os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, no sentido de haver autonomia e liberdade plena de participação (BRASIL, 1988).

Esses direitos decorrem de concepções filosóficas e princípios ordenados dentro do Estado Nacional ou a partir de tratados e convenções internacionais aos quais a nação subscreve por entender como essenciais para seus cidadãos (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

METODOLOGIA

O trabalho consiste em uma pesquisa de natureza bibliográfica, construído sob a égide dos métodos dedutivo e monográfico, que busca evidenciar o quanto a prevenção de litígios envolvendo os direitos fundamentais é de enorme valia no atual contexto de resolução adequada e pacífica de conflitos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em um plano jurídico objetivo, os direitos fundamentais constituem normas de competência e ação dos poderes públicos, de modo que estes observem sua aplicação quando da execução dos seus deveres e que possível ações omissas sejam objeto de ação lesiva. Os direitos fundamentais constituem direitos vigentes na ordem jurídica concreta, constituindo enunciados constitucionais de cunho declaratório, que expressam prerrogativas fundamentais do cidadão (MORAES, 2017). Os direitos fundamentais podem ser efetivados através de procedimentos jurídicos ou pela

prevenção de conflitos. Quando se pensa em mediação, geralmente se atribui a esta a condição de um conflito já instaurado, mas as possibilidades de atuação da mesma incluem também ações preventivas que evitam o desencadeamento de lides, pois constituem uma modalidade de regulação social, promotora da emancipação e coesão social, principalmente na esfera extrajudicial. Desta forma, mediar de forma preventiva inclui detectar os comportamentos que podem gerar os conflitos e atuar no sentido de evitar que estes aconteçam, a partir do exercício da escuta ativa das partes, encaminhando suas demandas para soluções positivas, através do exercício da empatia e contando com a colaboração de todos que participam do processo (GUERRERO, 2017).

No atual cenário nacional, evitar a litigiosidade, sobretudo de conflitos que envolvem os direitos fundamentais, constitui uma estratégia viável, que está em sintonia com o disposto na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Nesse sentido, também dispõe o artigo 3º, §3º do Código de Processo Civil, sobre o estímulo ao uso da mediação judicial e extrajudicial.

CONCLUSÕES

Compreende-se a prática de prevenção de conflitos como parte integrante do processo de mediação, no qual se aproximam as partes para o diálogo antes que estes resolvam ingressar na justiça, antevendo comportamentos e prevendo soluções de forma colaborativa. Este processo pode ser muito eficaz quando o assunto consiste em direitos fundamentais e as partes ainda não compreendem muito bem seus direitos e deveres. A prevenção da litigiosidade, deste modo, conduz a desjudicialização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a desburocratização do sistema jurídico nacional, de forma a tornar concreta a pacificação social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Brasília: Senado Federal, 1988.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRERO, L. F. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. São Paulo: Atlas, 2017.

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS EXTRÍNSECOS NEGATIVOS: A QUESTÃO DA LITISPENDÊNCIA E SEU PAPEL NO PROCESSO

*Naira Neila Batista de Oliveira Norte*¹³³

*Maria Clara Rojas Cabral*¹³⁴

INTRODUÇÃO

A finalidade da presente pesquisa é estudar e averiguar a importância dos princípios processuais extrínsecos negativos, que são aqueles que por fatores externos influem na formação da relação jurídica processual. A razão de serem negativos consiste no fato de que impedem o julgamento do mérito. A litispendência é um destes pressupostos, a qual se caracteriza, em sua etimologia, por “pendência da lide”. Vale ressaltar que o estado de pendência não se modifica em virtude de alterações no processo, salvo nos casos de extinção, a extinção no processo, a litigiosidade da coisa ou a interrupção da prescrição não suspendem ou alterem a pendência.

133 Doutoranda da USP-Dinter FEA/USP-UEA. Mestre em Direito Ambiental –UEA, pós-graduação em Direito Processual-PUC-Minas, em Direito Civil-UFAM. Juíza de Direito do TJAM. Professora de Direito da UEA-Universidade do Estado do Amazonas e da Escola da Magistratura do Amazonas.

134 Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas-UEA (6º período).

Acerca do referido tema foram feitas pesquisas bibliográficas a fim de explicitar melhor a litispendência, pois o legislador do CPC de 1973 não esclareceu tecnicamente o que viria a ser o significado desta expressão. Seria salutar mencionar a duplicidade de litispendências, por se tratar de uma lide duas vezes pendente. Portanto, essa expressão está respaldada no CPC de 2015, em seu respectivo artigo 337 §3º. Ainda se pode afirmar a menção na fase da Contestação, no artigo 336, inciso VII, tendo como incumbência ao réu alegar a litispendência.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A litispendência configura-se como um importante instrumento para a estabilidade e segurança do Sistema Jurídico e Estado Democrático de Direito. Tem o fito de evitar dissociações e contrassensos. Está fixada no artigo 337 do novo CPC de 2015. Seu alicerce advém também do artigo 5º da Carta Magna de 1988, o qual aborda a questão da segurança jurídica. Com este detalhe, percebe-se que se constitui uma grande mantenedora do Direito.

A fim de explicitar melhor a litispendência, observa-se que “lide pendente” não seria a melhor definidora capaz de abarcar a amplitude do instituto. Desta forma, pode-se inferir a ofensa à litispendência quando houver demanda idêntica a outra pendente, mesmo seguindo procedimentos diferentes. Ocorre que a identidade de demandas só é efetivada mediante a presença de nova proposta com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido da outra. Consoante salienta Nelson Nery Jr., pode-se afirmar que:

A Causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente), deve ser a mesma nas ações, para que as tenha como idênticas. O pedido, mediato e imediato deve ser o mesmo: o bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas” (NERY JR.; NERY, 2016, p. 1010).

O objetivo precípua da litispendência é evitar que se formem duas coisas julgadas sobre a mesma questão, no esforço de mitigar ou evitar o

bis in idem, ou seja, a existência de ações judiciais com a mesma finalidade, e não gerar forças antagônicas e esforços processuais. Como se pode observar, quando duas ações estão similares, para os juízes nesta ótica deturpada, isto causa grandes problemas. Esses problemas não só se baseiam no tempo desperdiçado, mas na possibilidade dessas ações terem resultados diferentes, embora tenham o mesmo decurso de tempo.

Muitas questões e indagações podem ocorrer, como, por exemplo, se os resultados forem diferentes, como se define qual deles está correto? Qual seria o mais justo? Qual teria maior peso jurídico? Basta uma lide estar em curso para estar pendente. Por outro lado, estado de pendência é uma situação jurídica de espera da tutela jurisdicional que nasce com o processo e tem fim junto com ele e essa observância diz respeito ao interesse público.

Na questão da litispendência, conforme salienta ASSUMPTÃO NEVES (2018), observa-se que a litispendência é uma forma de defesa processual (causa a extinção do processo antes mesmo que o magistrado cuide do mérito da demanda). A necessidade manutenção do processo se baseia em dois pilares: Economia processual e harmonia dos julgados.

Há também uma diferença entre esse instituto jurídico e a coisa julgada. Embora esta seja semelhante àquela, pode-se afirmar que a última possui disparidade no quesito tocante à identidade plena dos processos, posto que nela um dos fatores já chegou ao cabo, com o trânsito julgado da sentença. Fala-se ainda no respeito à imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de mérito transitada em julgado.

Ocorre que a citação válida também induz litispendência: prevalecerá o processo da ação em que ocorreu a primeira citação válida, devendo o outro ser extinto sem resolução do mérito.

Salienta-se na contestação, correspondente ao artigo 336 do CPC de 2015, existe um rol de 13 preliminares previstas no rol não taxativo. Dentre estas preliminares, está a litispendência. Existe um caso, não obstante tenhamos visto que para haver esse instituto, deve haver a tríplice identidade (mesmas partes, causa de pedir e pedido), em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu haver litispendência, embora diferentes os elementos da ação:

No Mandado de Segurança, alega-se o direito adquirido e a convivência da legislação local para buscar a anulação de edital elaborado

pela unidade federada de alienação do imóvel funcional ocupado pelo ora recorrente e, com isso, permitir sua venda direta sem qualquer procedimento licitatório. Sucede que esse pedido já foi deduzido, de igual modo, em ação ordinária da qual justamente decorre o citado edital, visto que nela se rejeitou o pleito e cassou a liminar, o que possibilitou ao ente federado praticar os entes relativos à licitação.

Daí a razão de o Tribunal a quo corretamente reconhecer a litispendência, que, conforme a jurisprudência do STJ, não é descaracterizada pela circunstância de o polo passivo do MS ser ocupado pela autoridade indicada como coatora e, na ação ordinária, figurar como réu a própria pessoa jurídica de direito público à qual pertence o impetrado no writ. Precedentes: citados:REsp 866.841-RJ, Dje 7/11/2018; RMS 11.905-PI, Dj 23/08/2007, e AgRg no REsp 932.363-RJ, DJ 30/08/2007(Informativo 422/STJ:Segunda Turma, RMS 29.729-DF, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 09/02/2010).

O caso trata da litispendência entre Ação Ordinária e Mandado de Segurança, cujo entendimento do STJ é de que as duas ações são idênticas, mas no mandado de segurança figura no polo passivo a autoridade coatora e na ação ordinária figure a pessoa jurídica a qual essa autoridade pertence.

METODOLOGIA

Para a consecução do trabalho foi realizada pesquisa teórica, vinculada à respectiva revisão bibliográfica acerca da matéria tratada, com método indutivo-dedutivo.

Assim, a metodologia do presente projeto consistiu em estudo bibliográfico, além da análise de jurisprudência para se verificar acerca da aplicação efetiva e correta da aplicação de litispendência e do seu eficiente papel no Processo Civil.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Como foi visto, a importância da litispendência tem fundo constitucional, pois visa garantir a segurança jurídica, tendo como pano de fundo

o artigo 5º da Carta Magna. Salienta-se que tem o fito de evitar o conflito na jurisdição e impedir que um mesmo indivíduo seja demandado mais de uma vez pelo mesmo motivo. Não obstante isso, percebe-se que já ocorre seu prenúncio no artigo 336, em um rol não taxativo, o qual abre precedente para a explanação para o artigo 337 e parágrafos.

CONCLUSÃO

O que se conclui com este estudo, sobretudo com a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e com o que foi explanado no presente, é que a litispendência, como instituto jurídico a ser apontado ainda na contestação, adquire importância impar na manutenção de todo o Processo Civil. Cabe salientar que ainda é utilizada no Processo Penal, para que não haja ambiguidade no processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. Informativo 422/STJ:Segunda Turma, RMS 29.729-DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 09/02/2010. Disponível em <<http://blog.sajadv.com.br/litispendencia-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

FACHINI, Tiago. **Litispendência: tudo o que você precisa saber**. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/litispendencia>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

JUNIOR, José Américo Zampar. Conexão, continência, litispendência e questão prejudicial. **Revista Forense**, n. 429, jan-jun 2019. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/06/30/revista-forense-429-conexao-continencia-litispendencia-questao-prejudicial/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, Joao Otavio; MADRUGA, Eduardo. **Processo Civil –Volume Único**. 11. Ed. rev, ampl. e atual.-Salvador: Ed. Juspodvm, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. rev. ampl. e atual.-Salvador: Ed. Juspodvm, 2018.

PESSOA, Flavia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natércia Sampaio;
SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Processo, jurisdição e efetividade da justiça.** organização CONPEDI/UFS-FLORIANÓPOLIS: CONPEDI, 2015.

O QUE É JURISDIÇÃO?

*Katiusce Pereira Alves Rocha*¹³⁵

Para responder a essa questão, optamos por recorrer primeiramente à escola do positivismo jurídico, valendo-nos das teorias de Hans Kelsen e Herbert Hart. Contudo, por julgarmos importante um contraponto, buscamos encontrá-lo em Ronald Dworkin. A Teoria Pura do Direito, obra do austríaco Hans Kelsen, constitui a mais elaborada teoria geral do Direito (NADER, 2010, p. 233), tendo em vista sua característica de isolar o direito como um objeto de estudo, método que nos parece bastante apropriado quando o objetivo é chegar a uma definição de algo.

Kelsen visualiza a manifestação da jurisdição – terminologia que deriva de *juris dictio*, ou seja, dizer o direito – através da coerção legal que se concretiza no caso concreto, mas que surge no campo abstrato (KELSEN, 2009, p. 136 e 137). Em outras palavras, a partir da relação que se estabelece entre a situação fática e a prescrição trazida pela norma hipotética, a jurisdição se realiza pela sentença do juiz.

Contudo, Kelsen faz uma ressalva de que a jurisdição não se expressa de forma meramente declaratória, consubstanciada no encontro entre fato e norma. A jurisdição tem função constitutiva, ela cria o próprio direito. Desse modo, entende-se que a sentença do juiz pode ser compreendida como uma espécie de norma jurídica, porém, individualizada. Isso signi-

135 Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Unifg, e membro do Grupo de pesquisa CAJU.

fica que a sentença é a etapa última de criação do direito, que se desenvolve a partir da norma hipotética e do encontro desta com um fato.

Em seguida, apoiamo-nos em Herbert Hart, filósofo positivista, criador da Teoria das Regras, a qual defende que a existência de uma regra não obriga as pessoas apenas porque é imposta por alguém e possui maior força, mas porque é decretada por quem tem autoridade para tanto, pois caso não seja emanada por esta autoridade competente, não teríamos uma regra. Nessa perspectiva, existiriam dois tipos de regras, as de conhecimento e as de julgamento, que pertencem a tipos lógicos diferentes, quais sejam, as regras primárias e as secundárias. As regras primárias atribuem direitos ou impõem obrigações; enquanto as secundárias definem como e por quem essas regras podem ser elaboradas, declaradas legais ou ilegais, modificadas ou abolidas. Assim, para Hart, teríamos as regras de conhecimento e as de julgamento (HART, 2007).

Com o objetivo de fazer um contraponto ao pensamento positivista, recorremo-nos a Ronald Dworkin, filósofo estadunidense considerado sucessor de Hart, que critica a concepção positivista, para a qual, segundo ele, o direito existente em uma comunidade nada mais é que um grupo de regras que vislumbram comportamentos a serem punidos pelo Estado.

Ele considera que o sistema de regras criado por Hart não é suficiente para resolver determinados casos. Nesse sentido, a apreciação jurídica, coloca que os juristas devem considerar não apenas as regras, mas também os princípios. Fazendo uma distinção entre regras e princípios, sendo que, as regras são aplicadas na perspectiva do "tudo ou nada", uma vez que diante do contexto fático a regra sendo válida irá definir aquela situação jurídica, sendo assim, quando uma regra conflitar com outra, apenas uma delas será válida. Já no tocante aos princípios, diverge do modo de aplicação das regras, pois deve-se levar em conta de forma relativa cada um, tendo em vista que não pode ter uma mensuração exata.

Portanto, de acordo com Dworkin, o campo de aplicação dos princípios irá pautar em questões judiciais difíceis, conhecidas como *hard cases*, haja vista que, nestes conflitos, teremos a inexistência de regras a serem aplicadas ao caso concreto, necessitando, portanto, da aplicação dos princípios para uma solução mais adequada a controvérsia (ANTUNES, 2018). Desta maneira, os princípios têm um peso muito importante na justificativa de uma decisão jurídica, formando uma adequada interpre-

tação àquele direito objeto de conflito, são, portanto, questões que vão, inclusive, além das regras jurídicas e, por isso, são importantes para a interpretação de todas as regras do direito.

Importa que façamos neste momento uma pausa no diálogo que se estabelece entre Hart e Dworkin, com vistas a focar no tema, com o propósito de responder tão objetivamente quanto possível à questão apresentada: afinal, o que é Jurisdição?

A jurisdição é uma função atribuída a um terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/ protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível, nas palavras de Didier Junior. Considera-se, portanto, a Jurisdição como uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em disputa para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.

Importante destacar que, a análise etimológica da expressão jurisdição indica a presença de duas palavras latinas: jus, juris (direito) e dictio, dictionis (ação de dizer). Com isso, essa expressão forma a palavra "dizer o direito" que tem início quando o Estado chama para si a responsabilidade de solucionar os conflitos.

Por outro lado, Hart também entende que a jurisdição é a capacidade do Estado, por meio de uma autoridade competente, dizer o direito para as partes conflitantes naquele caso concreto. Contudo, tendo em vista o seu viés mais positivista, este autor defende, como dito no decorrer deste trabalho, a aplicação das regras, ou seja, o magistrado (autoridade competente para dizer o direito) ao decidir determinado conflito, deverá se atentar às regras existentes no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Rosana Maria de Moraes; ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas; CAVET, Caroline Amadori; CORRÊA, Camila Braga; MENDES, Andréia Almeida. **A jurisdição sob a perspectiva de Ronald Dworkin**. 2018. Disponível em: <<http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/pensaracademico/article/view/272/438>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** Trad. de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de J. Cretella JR. E Agnes Cretella. 6. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** 19. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2010.

SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SOCIEDADE

Fernanda Bragança, Marcelo Pinto Chaves, Marcus Pinto Aguiar,
Werna Karenina Marques de Sousa (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 2021