

Constitucionalização do Direito Processual



LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ
NELSON FINOTTI SILVA
GIOVANE MORAES PORTO
(organizadores)

Copyright do texto - 2017 - Programa de Mestrado em Direito do
Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

Livro do Iº Simpósio de Constitucionalização do Direito Processual

LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ
NELSON FINOTTI SILVA
GIOVANE MORAES PORTO
(Organizadores)

Constitucionalização do Direito Processual / Luís Henrique Barbante Franzé; Nelson Finotti Silva; Giovane Moraes Porto, organizadores. 1. ed.
– Marília, SP: UNIVEM. Vários autores. Coleção Univem. 878 f. 2017

Bibliografia.

ISBN 978-85-87937-26-1

1. Constitucionalização do Direito Processual 2. Processo Civil 3.
Crítica
aos Fundamentos da Dogmática Jurídica

CDD: 341.46

Índice para catálogo sistemático
1. Ciências Sociais. Direito. Processo Civil

34

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão e formatação destes, são de inteira responsabilidade de seus autores.

É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ
NELSON FINOTTI SILVA
GIOVANE MORAES PORTO**

Organizadores

Constitucionalização do Direito Processual

UNIVEM – 2017 – MARÍLIA – SP



CONSELHO EDITORIAL DA COLEÇÃO UNIVEM

- Prof. Dr. Carlos Aurélio Mota de Souza (Unesp)
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado (Univem / Uenp)
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves (Uenp)
Prof^a. Dra. Iara Rodrigues de Toledo (Univem)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa (Uenp)
Prof. Dr. Ivanaldo Santos (UERN)
Prof. Dr. Jairo José Gênova (Univem)
Prof. Dr. Jose Eduardo Lourenço dos Santos (Univem)
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (Univem / Puc/SP)
Prof. Dr. Luis Henrique Barbante Franzé (Univem)
Prof. Dr. Mario Furlaneto Neto (Univem)
Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba (Uenp)
Prof. Dr. Nelson Finotti Silva (Univem)
Prof^a. Dra. Norma Sueli Padilha (Unisantos)
Prof. Dr. Olney Queiroz Assis (Damásio)
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior (Univem / Unicamp)
Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari (Univem)
Prof^a. Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches (Univem)
Prof. Dr. Renato Bernardi (Uenp)
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (Univem)
Prof. Dr. Roberto Bueno (UFU)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Area Leão Junior (Univem)
Prof^a. Dra. Thereza Christina Nahas (FAAP)
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (Uenp)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO10

PREFÁCIO.....12

CAPÍTULO 1
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E TEORIA DA DECISÃO13

O incidente de resolução de demandas repetitivas e a consequente afronta ao princípio do livre convencimento do juiz

Andrezza Souza Ramos e Nathalia Freire Arten Miguel14

Precedentes judiciais: uma abordagem a partir das concepções jurídicas e sociais do sistema inglês e seu contraponto com o sistema jurídico brasileiro

Josué Justino do Rio25

Os precedentes como instrumento da igualdade, segurança e efetividade: um escape aos juízes roleta-russa

Emmanuel Gustavo Haddad e Juan Roque Abilio54

A inserção dos precedentes no novo código de processo civil: uma retrospectiva histórica

Bruna Zampieri Colpani e Mariana Jenaina Rodrigues Prioli82

A força dos precedentes judiciais e o novo código de processo civil

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi e Fernanda Molina de Carvalho Stança99

As decisões do poder judiciário brasileiro, na ótica da inobservância aos princípios constitucionais referentes ao art. 489 do ncpc

Carlos Henrique Baldicera113

O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo cpc: garantia constitucional da segurança jurídica e da previsibilidade à luz dos precedentes

Thais Estevão Saconato e Ana Carolina Belleze Silva119

Amicus curiae e o princípio da imparcialidade do juiz

Amerita de Lázara Menegucci Geronimo140

Uma análise crítica ao instituto dos precedentes judiciais no cpc/15

Thiago Medeiros Caron e Frank Aguiar Rodrigues148

Na civil law há espaço para a adoção de precedentes? <i>José Péricles de Oliveira</i>	174
Investigação e enfrentamento dos dilemas da judicialização e dos limites judiciais <i>Bruno Ferreira de Souza e Emily Garcia</i>	184
O Estado no banco dos réus: sobre a decisão contra a fazenda pública no npcp <i>Camila Monelli Laver</i>	206
CAPÍTULO 2 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO	214
Reflexões sobre acesso à justiça, crise da jurisdição e a mediação como política pública no tratamento de conflitos e fortalecimento da cultura da pacificação e do consenso no estado democrático de direito <i>Ancilla Caetano Galera Fuzishima e Larissa Satie Fuzishima Komuro</i>	215
Mediação segundo o novo código de processo civil brasileiro <i>Aline Christina Carvalho</i>	233
O novo código de processo civil à luz da constituição federal: instrumento de efetivação às soluções pacíficas de conflito <i>Rafael de Oliveira Cita e Lara Bianca Stefano</i>	254
Novo código de processo civil e meios alternativos de solução de conflitos <i>Ana Paula de Rosso Aguiar e Tatiane Bagagá Faria</i>	270
Breves comentários ao enfoque dado à conciliação e mediação no código de processo civil e pelo CNJ <i>Cristina Akemi Myaki Grosskopf</i>	286
Evolução do processo judicial: o modelo tecnológico usado no tribunal de justiça de Mato Grosso do Sul <i>Paulo Cesar da Silva</i>	298
Conciliação e mediação: inovações em busca da celeridade processual <i>Paula Medina Prieto e Thainan Carlos De Oliveira</i>	315
Os meios alternativos de solução de conflitos à luz do novo código de processo civil: conciliação e mediação <i>Allana Ceará</i>	333
O direito fundamental a pacificação social pela corresponsabilidade. A mediação penal e a prevenção primária nova ordem processual <i>Pablo Rodrigo França e Walmir Geralde</i>	345

A busca efetiva pela conciliação no novo código de processo civil à luz da garantia constitucional de razoável duração do processo <i>Marcela Pradella Bueno</i>	364
A mediação como solução alternativa de conflitos à luz do novo código de processo civil e as pretensões do legislador no âmbito constitucional <i>Brenda Baumgarten Dias e Letícia Alves Cunha Barriento</i>	381
Meios alternativos de resolução de conflitos: análise reflexiva a luz do novo código de processo civil <i>Camila da Silva Felix e Bruna Carla Simeão Oliveira</i>	403
Novo código de processo civil: a mediação digital como método para resolução célere e pacífico de conflitos <i>Júlio César Lourenço do Carmo</i>	418
A conciliação como instrumento de celeridade processual <i>Larissa Braz Michelin e Gilnéia Silva da Costa</i>	427
A constitucionalização do processo, as lacunas normativas e a heterointegração do sistema processual trabalhista com o sistema processual civil <i>Gabriel Scudeller de Souza e Carolina Cristine Cavassini</i>	434
CAPÍTULO 3 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E TEORIA GERAL DOS RECURSOS	454
As mudanças do Novo Código de Processo Civil e as propostas para maior simplicidade e celeridade processual <i>Luverci Galastrí Neto</i>	455
Aspectos relevantes dos embargos de declaração no código de processo civil 2015 <i>Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã e Mário Furlaneto Neto</i>	470
Tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante na tutela provisória da evidência recursal <i>Marcelo José Forin</i>	495
O agravo de instrumento no novo código de processo civil <i>Adriano Bonametti</i>	510
Inovações nos recursos ordinários com o advento do cpc/2015 <i>Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho e Camila Sant'Anna</i>	528

CAPÍTULO 4

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E TEORIA GERAL DAS PROVAS.....543

A produção antecipada de provas como meio eficaz de garantia probatória e possibilidade de solução de conflitos

Guilherme Barboza dos Santos e Lauren Soares de Andrade Lopes544

Ação monitória: concepções fundamentais, aspectos probatórios e principais inovações trazidas pela lei nº 13.105/2015

Luma Gomes Gândara e Mário José Ramos Gândara561

A inversão do ônus da prova nas relações jurídicas de consumo e o novo código de processo civil

Daniela Ferreira Dias Batista e Marina Perini Antunes Ribeiro583

Distribuição dinâmica da inversão do ônus da prova do ncpc no direito do trabalho a partir da instrução normativa n. 39 do tst

Luana Pereira Lacerda610

Prova insuficiente e resolução de mérito: decisão inconstitucional e possibilidade de ajuizamento de nova ação

Paulo Alessandro Padilha de Oliveira Silva628

Assédio moral e dano moral no meio ambiente de trabalho: afronta a dignidade da pessoa humana e da responsabilidade civil do empregador

Marcelo Rodrigues Francisco645

Da cooperação processual e a distribuição dinâmica do ônus da prova com reflexo no processo do trabalho

Kleber Henrique Saconato Afonso e Leila Renata Ramires Masteguin668

CAPÍTULO 5

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES ...696

Tutela e curatela: Estatuto da pessoa com deficiência e confrontações com o novo código de processo civil

Paulo Cezar Dias e Mônica Tucunduva Spera Manfio697

Separação e divórcio no novo código de processo civil

Bruno Baldinoti e César Augusto Luiz Leonardo717

Síndrome da alienação parental e a regência do novo código de processo civil como mecanismo de controle

Tatiane Rochiti e Rafaela Rabelo Daun733

O divórcio e separação no novo cpc
Nivaldo Fernandes Gualda Junior745

Os reflexos do novo código de processo civil e do estatuto da pessoa com deficiência na capacidade civil
Shauma Schiavo Schmidt e Thaís Lopes Franco771

CAPÍTULO 6

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL786

Legitimação extraordinária negociada: novidade decorrente dos negócios jurídicos processuais
Hugo Rafael Pires dos Santos787

O princípio da cooperação sob o viés dos poderes e deveres do juiz no novo código de processo civil
Beatriz Casagrande Fortunato803

O negócio jurídico processual civil e a sua (in)compatibilidade com o processo do trabalho - dissídios individuais
Tales Mendes Alves820

A negociação processual e os honorários de sucumbência
Fernando José Polito da Silva837

CAPÍTULO 7

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E TUTELA PROVISÓRIA845

Tutela antecipada (satisfativa) em caráter antecedente e os pressupostos para a sua estabilização
Gabriela Coneglian Brichi846

Tutela provisória
Carlos Eduardo Franciscatti Bravo860

Tutela provisória e o poder-dever geral de tutela
Ricardo Bispo Razaboni Junior e Natasha Mirella Melo Costa867

A compatibilidade das medidas de urgência no âmbito recursal
Luciana Pimentel dos Santos883

APRESENTAÇÃO

O livro digital “Constitucionalização do Direito Processual”, organizado pelo Prof. Luís Henrique Barbante Franzé, Prof. Nelson Finotti Silva e Mestrando Giovane Moraes Porto, é lançado em 2017, ano em que comemoramos 50 anos da Fundação Eurípides Soares da Rocha, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem. Um livro fruto do I Simpósio de Constitucionalização do Direito Processual realizado em 2016, no Univem, e organizado pelo Grupo de Pesquisa CoDiP - Constitucionalização do Direito Processual. Os artigos apresentados e aprovados nos diversos Grupos de Trabalhos é que farão parte do livro. É desta forma que professores e mestrando prestam suas homenagens ao Univem no seu jubileu de ouro, uma instituição educacional que muitas contribuições têm dado à sociedade.

Sobre o conteúdo do livro, uma palavra. Com o advento do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015, acontecem importantes novidades para a processualística brasileira. Uma característica significativa e norteadora da nova lei é o fortalecimento da constitucionalização do direito processual e a própria efetividade do processo. Neste sentido é que foram produzidos os ensaios do presente livro. Um livro que muito ajudará o estudante, pesquisador e profissional do direito. É a academia dando sua contribuição à sociedade no processo de reflexão sobre o tema.

Apostar em meios alternativos de solução de conflito é um embasamento pensado pelo legislador para elaborar o novo CPC e na sequência a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, Lei da Mediação. Seguramente fundado no fato de vivermos em um mundo globalizado e uma pretensão legislativa com forte respaldo na realidade social, notadamente após o incentivo dado pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça – com a edição da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, em especial seu contexto de inserção e os novos rumos da conciliação e mediação por elatrazidos, cinco anos antes da edição das leis acima. Isto já pautando um foco para o potencial de efetividade na pacificação social apresentado na legislação vigente. Pois bem, os artigos do presente livro trazem reflexões sobre estes temas.

Finalmente, vale assinalar que a tradição doutrinária costuma afirmar que a legislação tem o condão de dar origem às ações sociais e, advindo qualquer conflito de

tal ação, a própria legislação poderá dar uma solução com uma decisão estatal. No entanto, da leitura do presente livro fica claro que ações ligadas à mediação e conciliação se fazem presentes na cultura brasileira, permitindo que o Estado possa ter uma maior e melhor legitimidade de suas instituições. Com isto fica fácil considerar que o Constituinte de 1988 consignou no Preâmbulo da Constituição Federal o princípio constitucional da fraternidade (... instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, ...), impulsionando o Brasil na busca de uma sociedade que tenha respeito à dignidade da pessoa humana, contribuindo com a verdadeira humanização do judiciário, bem como do Estado.

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do UNIVEM

Promotor de Justiça - Aposentado - no Estado de São Paulo

PREFÁCIO

Destaco desde logo minha imensa satisfação, mesmo premido pela não imensa responsabilidade, de prefaciara esta substanciosa obra que aborda a constitucionalização do Direito Processual, como parte do “Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, que tem como organizadores os proeminentes professores Luis Henrique Barbante Franzé, Nelson Finotti Silva e Giovane Moraes Porto.

A obra, composta pela coletânea de artigos fruto de exaustivas e profícuas pesquisas, não poderia ser mais oportuna ante a vigência, especialmente, do novo Código de Processo Civil, em março de 2016 (Lei 13.105/15).

Os temas escolhidos são abordados de forma clara e objetiva, sem descurar da profundidade científica, propiciando ao leitor agradável leitura e inestimável aprendizado.

A temática da obra vai de encontro ao espírito norteador da Constituição de 1.988, que inovando em relação às Cartas anteriores, referiu-se expressamente ao due process of law (devido processo legal), que por sua vez deita raiz na Magna Charta Libertatum de 1.215, durante o reinado de João Sem Terra. O devido processo legal e seus corolários como o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição constituem os alicerces do chamado Estado Democrático de Direito. Dada a importância deles foram erigidos a garantias fundamentais da pessoa e inseridos entre as chamadas cláusulas pétreas.

Diante da simbiose hoje existente não há como estudar o direito processual sem considerar sua projeção constitucional, o que torna a obra em tela leitura obrigatória não apenas para acadêmicos ou estudiosos mas também para todos os demais operadores do direito, como magistrados, promotores de justiça, procuradores, advogados, bacharelandos, etc.

Sem acanhamento cabe afirmar que a obra constitui importante ferramenta para o aprimoramento e eficiência do sistema processual pátrio, propiciando assim ao leitor as condições favoráveis para que o Direito Processual seja bem aplicado.

Irineu Jorge Fava
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

CAPÍTULO 1

CAPÍTULO 1

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E TEORIA DA DECISÃO

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A CONSEQUENTE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

*Andrezza Souza Ramos
Nathalia Freire Arten Miguel*

RESUMO

O presente artigo foi desenvolvido com a pretensão de indicar os possíveis vícios e defeitos que versam sobre o instituto Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas criado com o advento do Novo Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em março do corrente ano, visando à uniformização das decisões e jurisprudências em âmbito nacional, a fim de que uma decisão proferida em determinada área do Direito possa ser aplicada e utilizada em outros processos semelhantes para evitar controvérsias nas decisões, e minimizar ou extirpar desigualdades arbitrárias. A indagação central deste estudo incide na análise da efetividade do novo incidente e no ultraje ao Princípio do Livre Convencimento do Juiz, proporcionando o engessamento da atividade jurisdicional, bem como ensejando a vedação da possibilidade de uma interpretação individual que melhor se enquadre ao caso concreto. O desenvolvimento da pesquisa conduz a uma hipótese afirmativa à questão projetada. Frente a isto, objetiva-se demonstrar que o novo instituto legitimado pelo Novo Código processualista, quando desarrazoadamente aplicado pode genuinamente tornar-se instrumento de lesão principiológica ao livre convencimento do magistrado.

PALAVRAS-CHAVE

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Uniformização Jurisprudencial – Lesão Principiológica.

INTRODUÇÃO

Com a vigência do Novo Código de Processo Civil, inúmeras foram as atualizações aduzidas, uma delas, o incidente de resolução de demandas repetitivas, o qual caracteriza-se pelo escopo deste estudo. Tal instituto fora justaposto e desenvolvido a partir da premissa do *Musterverfahren*, oriundo do direito alemão, objetivando o controle a um dos maiores atravancos ao acesso à Justiça, qual seja, a prolação de comandos condenatórios diversos em ações que permeiam em tese, acerca do mesmo questionamento jurídico.

Por consequência, origina-se a ideia de uniformização jurisprudencial, fundada pelo sistema Common Law e firmada no Novo Código de Processo Civil brasileiro, por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, que, como já dito, pretende “descongestionar” e maximizar a prestação jurisdicional, já que, existindo um entendimento consolidado sobre determinada matéria pelos nobres Tribunais, será defeso ao juiz de primeiro grau analisar o mérito, restando tão somente aplicar ao caso específico tal julgamento, de maneira que, não o fazendo, se admitirá reclamação por inobservância, que deverá ser promovida pela parte interessada ou pelo Ministério Público, em conformidade com o art. 985, § 1 e art. 988, inciso II, do NCPC.

Pertinente se faz a escolha da presente temática dada à repercussão jurídica e social do predito assunto que se propõe a debelar-se em face da morosidade do judiciário. O trabalho a ser perpetrado buscará suscitar possível afronta ao princípio basilar do ordenamento jurídico, seja ele, o livre convencimento do juiz. Assim, o exame incipiente no que concerne à proposição do estudo, originou-se do interesse de se ampliar as especulações já promovidas, a fim de assegurar a manutenção dos princípios que transpassam a Ciência Jurídica, sobretudo, o livre convencimento do magistrado.

Aludidas às devidas considerações, inicia-se o aprendizado mencionando-se a problemática dos litígios em âmbito nacional, ora motivo para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas na redação do atual código processualista.

Seguidamente, serão ponderadas as inovações quanto ao assunto deste trabalho trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, comentando-se os artigos que agora fundamentam o ordenamento.

Por fim, a última parte coloca-se a suscitar a presumível desconsideração

do princípio do livre convencimento do juiz, tendo em vista que a prestação judiciária será feita a partir de agora de forma sistêmica, tendo como critério absoluto o princípio da celeridade. Serão dedicados esforços no sentido de compreender se efetivamente o instituto conferirá racionalidade e celeridade para o sistema de processo civil ou se se tornará obscuro, uma vez que se abastardará a obtenção da verdade real, haja vista, ser prescindida a produção probatória.

A PROBLEMÁTICA DAS DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL

Hodiernamente, dia-a-dia, observa-se que os órgãos jurisdicionais, asoberbados de processos, não conseguem efetivamente prestar a tutela jurisdicional necessária e pleiteada pelos litigantes, seja em virtude da morosidade ou nas não incomuns decisões discrepantes, que se assemelham quanto à matéria fática e de direito.

Diante disso, Martinez explica “A movimentação processual é extraordinária. O volume de feitos nos diversos ramos do direito e instâncias é notável, marcando altos índices de litigiosidade. As taxas de congestionamento são expressivas, apesar do significativo número de decisões, indicando que a Justiça não tem conseguido responder às demandas da sociedade a contento.”.

De maneira vertiginosa, o país assistiu a um crescimento exacerbado na quantidade de demandas judiciais, transformando-se, o poder judiciário, em único e exclusivo meio para resolução de conflitos.

Sabe-se que o Brasil adota um sistema judicial individualista, visando sempre à solução dos conflitos frequentes nas ações individuais, ainda que toda a legislação tenha sido elaborada para ser aplicada em litígios de natureza coletiva. Oliveira (2013), diz “O aumento populacional, a conscientização por parte dos cidadãos de seus direitos, a ênfase que se deu na Constituição Brasileira de 1988 sobre os direitos das pessoas, o que lhe valeu o nome de Constituição cidadã, a evolução tecnológica porque passa o mundo, tudo isto concorreu para a procura da justiça em uma escala, sem precedentes. É como se estivéssemos em plena corrida do ouro, como aconteceu nos velhos tempos. Acrescente-se, a migração do contingente populacional do campo para a cidade, em decorrência da industrialização do país, o que continuou em escala crescente nas décadas posteriores, principalmente, na década de 80, ocasionando o abarrotamento dos fóruns e tribunais, gerando, assim, uma crescente demora na prestação jurisdicional. O acúmulo de processos não para. Há que se encontrar um meio de pelo menos amenizar o problema. A

esperança, a crença, enfim, tudo que possa aliviar o sofrimento do ser humano, está depositado, em parte, na justiça.”.

Nesta esteira, originou-se a acolhida de mecanismos úteis a dar tratamento diverso a pleitos semelhantes, como o que norteia este trabalho, ora o incidente de resolução de demandas repetitivas. Com vistas a sobrepujar o vetusto modelo de “gestão” processual do antigo Código de 1973, a Comissão de juristas quando na elaboração do atual compilado processualista vigente preocupou-se com a massificada demanda e conseqüentemente com o iminente colapso do Poder Judiciário brasileiro. Ensina-nos Wagner “A massificação dos litígios inquietou a Comissão de maneira especial, o que resultou na elaboração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Os direitos individuais homogêneos, tutelados pelas causas repetitivas, embora sejam oriundos de um prejuízo individualizado, são causados por um fator de origem comum e, portanto, não podem ser tratados como se individuais puros fossem.”.

O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

No Brasil, o incidente de resolução de demandas repetitivas passou a ter destaque maior com a promulgação do Novo Código de Processo Civil; tanto é verdade que, embora tivesse uma pequena aparição no antigo código de 1973, não era suficiente para se mostrar eficaz em sua aplicação nas ações repetitivas, motivo que concorreu com a revogação do Processo Civil passado para ceder espaço ao NCPC.

Isto posto, o IRDR foi disciplinado em capítulo próprio no Novo Código de Processo Civil, quer seja, o Capítulo VIII, dos artigos 976 ao 987 da Lei 13.105/2015.

A sua criação tem fundamento como sendo a peça primordial para auxiliar na morosidade do Judiciário brasileiro, com a finalidade de “assegurar um julgamento único da questão jurídica que seja objeto de demandas repetitivas, com eficácia vinculante sobre os processos em curso” (GONÇALVES, p. 241, 2016).

Neste sentido, sob a ótica processual a criação da referida ferramenta processual civil ensejaria, em tese, a solução das questões jurídicas de grandes incidências nos Tribunais; não se tratando de um recurso, mas sim, de um instrumento essencial ao desenvolvimento da atividade jurisdicional, a qual extinguiria as desigualdades arbitrárias, uniformizaria as decisões e asseguraria a não ofensa aos Princípios da Isonomia e da Segurança Jurídica.

Nesta esteira, para invocar o incidente “exige-se que os múltiplos processos contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica [...]” GONÇALVES, p. 242, 2016.

Sendo assim, o Incidente é tido como uma ferramenta a ser utilizada pelo STF e STJ para julgar de uma só vez os recursos extraordinários e especiais de assuntos reiterados de mais frequência no Judiciário brasileiro, com a intenção de obter celeridade e avanço no andamento dos processos.

Segundo entendimento do Ilustríssimo Gonçalves (2016), o IRDR busca a pretensão de “[...] desafogar os tribunais superiores, e assegurar solução uniforme, para causas que versem sobre idêntica questão de direito [...]”; de modo que em decorrência, evitaria a pluralidade de processos semelhantes e com as decisões uniformes resolveria as demandas de grandes incidências em bloco, ou seja, as solucionaria de uma única vez.

No entanto, para a efetiva aplicação do mecanismo supracitado, é necessário que exista de fato a multiplicação desregrada das demandas repetitivas (art. 976, I). Em que pese a omissão da lei e a não estipulação numérica de quantos processos são necessários para se encaixar o incidente, restará ao crivo do magistrado a aplicação do IRDR, mediante análise de cada caso concreto, isto é, se o julgador entender que não deve aplicar, indeferirá o incidente, o qual poderá ser invocado posteriormente quando preencher todos requisitos faltantes (art. 976, §3º).

O seu processamento far-se-á quando os autos estiverem em tramitação pela primeira ou segunda instância e incidir questão jurídica repetitiva, o julgador de ofício, ou a requerimento das partes ou ainda do Ministério Público, petição e fomentação pelo incidente; ressaltando a existência dos requisitos, será então admitido e designado para julgamento no prazo de um ano; devendo o julgador requerer a suspensão dos demais litígios que contenham a mesma questão jurídica discutida, ainda que em trâmite pela Justiça Estadual ou Federal, sendo do mesmo Estado ou Região.

Ressalta-se ainda, que para melhor efetivação do Instituto, deve-se:

[...] a instauração e o julgamento do incidente sejam sucedidos da mais ampla e específica divulgação, devendo os tribunais manter banco eletrônico de dados atualizados com as informações específicas sobre as questões de direito submetidas ao incidente [...]. GONÇALVES, p. 243, 2016.

Após o processamento e julgamento do Incidente, o acórdão que sobrevir com a decisão deverá conter os fundamentos pós e contrários à questão jurídica pautada.

O comando decisório proferido no Incidente tem efeito vinculante, que deverá atingir todos aqueles processos que foram sobrestados para aguardar o deslinde do IRDR, conforme determina o art. 985 do NCPC, cuja tese acolhida deverá ser sobreposta em todas as lides individuais ou coletivas, e até mesmo nos casos futuros de mesmo impasse jurídico.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO REPETITIVAS COMO INSTRUMENTO DE LESÃO AO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Dada a possibilidade do livre acesso à justiça concedida à população brasileira, surge a necessidade de regulamentar o curso do processo com a criação de Princípios Constitucionais; isto é, o processo é regido por princípios que asseguram às partes a manifestação ante o sistema judiciário.

Destarte, a ciência normativa brasileira consagrou o princípio da persuasão racional, também denominado de livre convencimento do juiz, onde o magistrado pode apreciar livremente as provas, atribuindo-lhes a força e o valor que por bem entender fundado pela prudência e razoabilidade, de modo que pontue na decisão, as razões que constituíram seu convencimento.

Diz Bulos (2000), *“Eis a livre convicção motivada dos juízes, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos.”*

Importante salientar que o Princípio do Livre Convencimento do juiz é imprescindível à celebração da Justiça, cumprindo mencionar o que acentua a jurisprudência pátria:

O Livre Convencimento do Juiz é princípio inseparável da própria atividade judicante, que há de ser muito mais formada pela ética do que pela estética. Deve ele ser extraído dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo quando não alegados pelas partes. Todavia, ao assim dispor, não está se pretendendo afinar o livre convencimento com simples e mero arbítrio, porque a convicção resultante da pesquisa e do exame detalhado dos autos há de vir suficientemente motivada. (Ac. Unânime da

7ª Câm. do 1º TACivSP na apel. 326.981, rel. Juiz Luiz Carlos Azevedo; JTACivSP, 89/93).

Por constituir, o incidente de resolução de demandas repetitivas, novo instrumento posto aos aplicadores do Direito, é de essencial alvitre as discussões acerca das possíveis lesões aos princípios balizadores, principalmente o do livre convencimento do juiz.

Acerca de tal estrutura, Nunes e Patrus (2013):

Aqui, o ‘precedente’ do STF e STJ é visto quase como um fechamento argumentativo que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas. E estes importantes Tribunais e seus Ministros produzem comumente rupturas com seus próprios entendimentos; ferindo de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a estabilidade.

Insta suscitar ainda que conforme destacam Nunes e Patrus (2013, p.473) “ademais não se pode olvidar um dos principais equívocos na análise da tendência de utilização dos precedentes no Brasil é a credulidade exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) que o padrão formado (em repercussão geral ou em recurso repetitivo) representa o fechamento da discussão jurídica, quando se sabe que, no sistema do *case law*, o precedente é um *principium* argumentativo.”.

Em verdade, o Estado tem o dever de atender, de forma isonômica e integral, aos jurisdicionados, como salvaguarda do exercício efetivo do direito à cidadania, devendo o princípio da celeridade processual ser amparado em conjunto com os demais princípios, tendo em vista a necessidade de se proporcionar uma correta prestação jurisdicional.

Há que se considerar que o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas, por apresentar caráter obrigatório, poderá, por vezes, vulnerar outro princípio, qual seja o da independência dos juízes, engessando a função interpretativa, atingindo a um dos mais respeitáveis princípios do Estado Democrático de Direito: a independência do Judiciário. SANTOS (2014) leciona:

Deve se levar em conta que apesar da frenética busca pela celeridade no novo código, não há de se refutar a falta de argumentações para o convencimento do magistrado na solução do conflito, pois na hipótese de ser julgada de forma equivocada a solução da causa, restará recurso limitado, não podendo os

demais sujeitos que dependem desta decisão manifestarem sua irresignação de maneira adequada.

No mais, ainda importa realçar que tal premissa caracteriza-se por, segundo o autor citado em alhures, sendo “ferramenta muito perigosa, pois se em dois casos há possibilidade de decisões distintas, e por corolário lógico uma injusta, neste caso poderá haver uma única decisão que servirá para milhares de processos e podendo assim ser injusta para todos, mesmo com a ideia de que a princípio o incidente seja seguro, não será cem por cento livre da possibilidade de erro *in judicando*”.

Acerca das referidas lesões principiológicas VIEIRA (2016) assegura:

Dessa forma, é evidente que a posituação do incidente de demandas repetitivas não levou em consideração um dos princípios basilares, essenciais para a digna prestação jurisdicional, vez que, vedou a possibilidade de recorrer da parte que não corroborar com a tese formulada em instância superior, sendo dessa forma impossível litigar em igualdade, vez que, ficou prejudicada a ampla defesa.

Vale dizer, segundo JUNIOR e ABOUD (2013, p. 487):

O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual -, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade e a profundidade da hermenêutica ínsitos ao sistema de precedentes do *common law*.

Portanto, é de suma relevância que se observe quais serão os resultados efetivos para o processo civil quando na adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas, a fim de que maiores impasses não se instalem ou se propaguem sob a perspectiva falaciosa do “desafogamento” do sistema judiciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não permeiam indagações que o incidente de resolução de demandas repetitivas afetará o aparato processual comprometendo-se a contornar a morosidade do Judiciário, por meio da admissão de uma tese paradigmática, furtando, assim, a prolação de comandos decisórios conflitantes e controversos sobre a mesma matéria de direito.

Nada obstante, tentar envolver em uma única decisão variados casos juridicamente assemelhados, casos esses com peculiaridades e circunstâncias distintas, traduz-se por provocar um efeito limitador ao princípio do livre convencimento do juiz, na medida em que trouxera mandamentos obrigatórios que serão inflexivelmente aplicados pelos julgadores, não lhes incumbindo mais tecer quaisquer valorações, interpretações ou emissões de juízo, fato que parece afrontar iminentemente o Princípio da Persuasão Racional.

Significa também, vedar os olhos para as constantes mudanças pelas quais o meio social passa, e que ocasionam reflexos objetivamente no maquinário estatal, como se observa no crescimento latente das demandas submetidas ao crivo do Judiciário. Consta cedo, todo esse contencioso de massa está a galgar a efetivação de um valor maior, mais importante que a duração razoável dos processos, que é a própria justiça.

Semelhantes às leis, o incidente igualmente fará papel cerceador do princípio do Livre Convencimento do juiz, vez que se antes era proibido ao magistrado julgar *contra legem*, agora também o será vedado julgar em contrário ao instituto ora analisado.

Em contrapartida, não se pode olvidar que impenderá ao juiz, no exercício da função jurisdicional, a interpretação do disposto no incidente, para aplicá-lo, ou não, ao caso concreto.

Mediante essa perspectiva, inserir a mesma tese para uma orbe de jurisdicionados poderá culminar em injustiças, pois todo órgão julgador é falível. Deste modo, dar uma decisão falha um caráter de precedente vinculante, sem ao menos atingir, pelo debate, um patamar de elementos que corroborem com a tese firmada, parece temerário.

Ante a promulgação do novo instituto, há nítida demonstração do retrocesso no sistema judiciário brasileiro, haja vista que atinge diretamente o Princípio do Livre Convencimento do Juiz, tendo o magistrado que sentenciar com base em decisões pré-definidas, afastando as diversas fontes que se pode utilizar para pro-

ferir uma decisão justa e única para cada caso, em específico.

Outrossim, fica asseverado que a aplicação da ferramenta em estudo apenas restará como instrumento para a inobservância das demais regras e princípios.

No âmbito processual esse mecanismo ao ser de fato aplicado, seria inteiramente eficaz, uma vez que reduziria o grande agrupamento de processos que abarrotam o Judiciário, se não fosse à obscuridade que o rodeia, ou seja, desencadeia a sua inaplicabilidade na prática.

Isto posto, perquire-se se não era mais conveniente o sistema antigo, onde os magistrados julgavam os pleitos que poderiam ser revistos nos Tribunais e excepcionalmente encaminhados ao STF e STJ, a realizar um caminho mais curto e que poderá incidir numa insegurança jurídica exacerbada, podendo a ferramenta que anseia pela segurança jurídica e celeridade processual apenas alcançar a última.

Talvez o problema maior não seja a maximização da litigiosidade brasileira, e sim a estagnação do Poder Judiciário que, inerte no tempo, não se estruturara, nem se capacitara para as novas dificuldades do século XXI.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo. Saraiva, 9ª Edição 2016.

MARTINEZ, Sandra Roesca. **SÚMULAS VINCULANTES EM FACE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ**. Disponível em: http://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/sumulas_vinculantes_em_face_do_principio_do_livre_convencimento_do_juiz.pdf Acesso em 10/08/2016.

NUNES, Dierle, PATRUS, Rafel Dilly. **Novas Tendências do Processo Civil - Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**, Salvador: JusPodivm, 2013.p. 472

OLIVEIRA, Moisés do Socorro. **O Poder Judiciário: morosidade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4306/o-poder-judiciario-morosidade> Acesso em 05/08/2016.

SANTOS, Giuseppe. **Novo CPC: o incidente de resolução de demandas repetitivas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29602/novo-cpc-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas>. Acesso em 10/08/2016.

SOARES, Bruno Arneiro. **O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: meio assecuratório da razoável duração do processo.** Disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1517/Monografia_%20Bruno%20Arneiro%20Soares.pdf?sequence=1 Acesso em 10/08/2016.

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16%2cMI236580%2c31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos> Acesso em 03/08/2016.

VIEIRA, Erisson de Souza. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e a descondição de princípios basilares.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9671/Incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-desconsideracao-de-principios-basilares>. Acesso em 09/08//2016.

WAGNER, Ingrid Ariana. **A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A SUA FORÇA VINCULANTE.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/117180/Monografia%20-%20Ingrid%20Ariana%20Wagner.pdf?sequence=1>. Acesso em 09/08/2016.

PRECEDENTES JUDICIAIS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS CONCEPÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS DO SISTEMA INGLÊS E SEU CONTRAPONTO COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Josué Justino do Rio¹

RESUMO

O aumento das demandas judiciais, assim como a busca pela efetividade da justiça e a segurança jurídica tem permeado os debates entre os juristas no que concerne ao encontro de soluções concretas visando uma tutela jurisdicional adequada. Com efeito, ante a quantidade de processos que tramitam nos tribunais, tem-se realizado algumas reformas estruturais no Poder Judiciário, tais como as que decorreram da Emenda Constitucional n. 45, porém, não se mostraram suficientes. Diante disso, o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) prima pela aplicação da regra dos precedentes judiciais, no entanto, o modo como este instituto é tratado no sistema processual pátrio parece um pouco confusa, devido à ausência de um aprofundamento científico sobre o funcionamento da regra dos precedentes nos países que deram origem a essa forma peculiar de decidir conflitos.

PALAVRAS-CHAVE

Precedentes judiciais; Direito Inglês; Sistema jurídico brasileiro.

¹ Doutorando em Educação pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Mestre em Teoria Geral do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Soares da Rocha (UNIVEM). Bolsista CAPES. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Processo, vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM. Professor do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro – IMESB e da ETEC “Idio Zucchi”. Advogado.

RESUMEN

El aumento de las demandas, así como la búsqueda de la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica han calado en las discusiones entre los abogados con respecto a la reunión de soluciones concretas a un recurso apropiado. De hecho, dado el número de procesos ante los tribunales, se ha hecho algunas reformas estructurales en el sistema judicial, como las que resultaron de la enmienda constitucional. 45, sin embargo, no fueron suficientes. De este modo, el Código de Procedimiento Civil Nueva (Ley núm. 13.105 / 2015) de prensa para la aplicación de la regla de los precedentes judiciales, sin embargo, cómo este instituto es tratada en el sistema procesal de los padres parece un poco confusa debido a la ausencia de una profundización científica de la regla anterior de operar en países que han dado lugar a esta peculiar forma de decidir los conflictos.

PALABRAS CLAVE

Precedente judicial; Derecho Inglés; sistema legal brasileño.

INTRODUÇÃO

O aumento das demandas judiciais, a busca pela efetividade da justiça e a segurança jurídica são os desafios enfrentados, hodiernamente, pelos Estados Democráticos de Direito, o que tem desencadeado inúmeros estudos com o objetivo de se encontrar soluções plausíveis que visem garantir uma tutela jurisdicional adequada. Embora o acesso à justiça venha sendo aceito nos Estados modernos como um direito social básico, a definição de efetividade ainda é vaga, razão pela qual, afirmam Capelletti e Garth (2002, p. 15) que:

[...] a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. [...] As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas.

É fato que, diante da quantidade de processos em tramitação nos tribunais brasileiros, tem-se tentado algumas reformas estruturais no Poder Judiciário, tais como as que decorreram da Emenda Constitucional n. 45. Cite-se a exigência da demonstração da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário e a implantação das súmulas vinculantes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, essas medidas não foram suficientes para solucionar os problemas enfrentados pelo Judiciário, por isso, sustenta-se a adoção, no sistema processual pátrio, da regra dos precedentes judiciais, que há séculos é aplicada pela Common Law na solução de casos concretos.

O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) prima pela aplicação da regra dos precedentes, no entanto, o modo como esse instituto é abordado parece um pouco confusa, sobretudo devido à ausência de um melhor aprofundamento científico por parte dos profissionais do Direito sobre o funcionamento dos precedentes nos países que lhe deram origem.

Nessa conjuntura, para uma melhor compreensão da função da regra dos precedentes pelos juízes e tribunais pertencentes à Common Law, uma passagem histórico-política pela evolução da doutrina precedentalista ao longo dos séculos mostrou-se conveniente. Analisar a contextualização político-histórica, ademais, é pertinente na medida em que evitará alguns equívocos ainda recorrentes (princi-

palmente no sistema jurídico brasileiro), quando se objetiva a inserção de um instituto com a envergadura dos precedentes judiciais, especialmente quanto à atuação dos sujeitos responsáveis pela atividade judicante.

Vale sublinhar que, embora o objetivo da pesquisa não seja esgotar o tema, sobretudo em virtude da complexidade, primou-se pelo desenvolvimento de um plano lógico de trabalho para se compreender a dimensão e a funcionalidade do sistema jurídico anglo-saxão. Desse modo, para uma melhor abordagem das características estruturais da Common Law, procurou-se dividir esse estudo em três partes, sendo que na primeira, cuidar-se-á acerca da evolução da doutrina ou instituto adotado no ordenamento jurídico pelo Novo Código de Processo Civil. Para isso, levou-se em consideração questões de cunho histórico, político, econômico e social, mesmo que abordados indiretamente.

Assim, a origem da Common Law será o cerne da investigação, porquanto, falar de precedentes judiciais sem conhecer as bases histórico-político-sociais que os justificam, é impossível defender a sua aplicação no sistema processual brasileiro, sob pena de transmudar a sua natureza jurídica e fechar os olhos para a sua importância num sistema da tessitura da Common Law.

Superados os aspectos histórico-político-sociais que dão sustentáculo à Common Law, abordar-se-á a consolidação da doutrina dos precedentes no sistema jurídico inglês; a força normativa das decisões judiciais; a vinculação dos precedentes judiciais e sua aceitação social.

Por derradeiro, averiguar-se-á se os institutos da jurisprudência e dos precedentes judiciais possuem natureza jurídica distinta, seja na sua aplicação, seja na sua criação.

1 O SISTEMA JURÍDICO INGLÊS

Antes de iniciar a discussão, é importante ressaltar que é impossível realizar uma investigação sobre os precedentes judiciais sem conhecer as circunstâncias políticas e sociais que deram suporte a essa forma jurídica peculiar de decidir os conflitos levados perante o Poder Judiciário. Assim, mostra-se necessário trazer a lume a formação do Direito Inglês, bem como a distinção entre os sistemas da Common Law e da Equity, visto que a Inglaterra conviveu com esses dois sistemas por um longo período, isto é, até que as leis judiciárias, dos anos de 1873 e 1875, promovessem uma reforma que pôs fim a essa dualidade.

1.1. A formação do Direito Inglês: o surgimento da Common Law

É importante assinalar que na Inglaterra, diferentemente de outros países da Europa, mesmo com a ocupação do território por Cláudio, no ano 43 depois de Cristo, que durou até o ano 407, da mesma Era, quando os romanos decidiram abandonar o território, a influência do Direito Romano não foi capaz de determinar a formação do Direito inglês (MORINEAU, 2004, p. 10). Esse fenômeno, aliás, pode ser compreendido a partir da perspectiva de que a romanização na Inglaterra não foi tão profunda como nos demais territórios dominados pelo Império Romano. Marta Morineau (2004), na sua obra intitulada *Una introducción ao common law*, invocando o historiador inglês, George Macaulay, sustenta que os britânicos instalados no sudeste da Inglaterra é que tinham a cultura mais parecida com a cultura romana. E isso era perceptível, principalmente pelo fato dessa parcela do território inglês ser mais fértil e propensa ao desenvolvimento das cidades e vilas no estilo romano, por isso mais acessível. Nessa óptica, pode-se afirmar que: “[...] fue también la más codiciada y la primera en caer bajo el poder de los invasores sajones, circunstancia que no se dio em aquellos lugares em donde imperaban los celtas, sobre los que los romanos no influyeron mucho” (MORINEAU, 2004, p. 10).

Contudo, optou-se para se compreender a evolução do Direito Inglês o ano de 1066. O corte epistemológico justifica-se na medida em que o território inglês, antes da conquista normanda, era habitado por povos primitivos, com seus direitos locais, tribais e costumeiros. Desse modo, o Direito existente naquele período caracteriza-se como um Direito primário, de origem anglo-saxônica², que pouco influenciou a formação da Common Law (SÉROUSSI, 2006, p. 19). A tomada

² Na assertiva de René David, “O direito da época anglo-saxônica é mal conhecido. As leis são redigidas logo após a conversão ao cristianismo, como na Europa continental; a sua originalidade está em que ao contrário das outras leis bárbaras que são redigidas e latim, estas são redigidas em língua anglo-saxônica. Contudo, tal como as outras leis bárbaras, as leis anglo-saxônicas apenas regulam aspectos muito limitados das relações sociais às quais se estende a nossa concepção atual do direito. As leis de Aethelbert, rei do Kent, redigidas em língua anglo-saxônica no ano de 600, apenas comportam 90 frases breves. As leis do rei dinamarquês Canuto (1017-1035), quatro séculos mais tarde, são mais elaboradas e anunciam já a passagem da era tribal para a feudal. O princípio da personalidade das leis dá lugar, como na França, a uma lei territorial, mas, embora o país esteja submetido a um único soberano, o direito em vigor mantém-se um direito estritamente local; não há direito comum a toda a Inglaterra antes da conquista normanda”. DAVID, 1996, p. 284. Marta Morineau destaca que: “Aunque tradicionalmente uno se referia al derecho anglosajón de esta época usando el singular, creemos conveniente hacer notar que fueron varios los pueblos que se asentaron en Inglaterra a la salida de los romanos, por ello no encontramos un derecho anglosajón único, ya que en esos momentos, así no hubo una unidad política, tampoco existió una unidad jurídica. E territorio se encontraba dividido en regiones o áreas tribales, independientes unas de las otras, pobladas por diferentes grupos étnicos, pueblos bárbaros de origen germánico, entre los que llegaron sejanos, anglos, jutos y daneses. Cada uno tenía su propio derecho, formado por leyes de carácter consuetudinario, y aunque entre estos derechos existieron rasgos comunes, también existieron discrepancias. Las primeras leyes es saonas ban llegado a nuestros días en forma fragmentaria, por ello, es recomendable que para su estudio se recurra a las interpretaciones que de ellas se hicieron más tarde, después de la invasión normanda”. MARINEAU, op. cit., p. 11-12.

normanda, com efeito, foi um fato sem precedentes na história do Direito Inglês³, pois trouxe à Inglaterra um poder “[...] forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia” (DAVID, 1996, p. 285).

El Conquistador importó de Normadía el sistema feudal, muy parecido al que imperaba em el resto de Europa, aunque com características próprias, que lo distinguieron del sistema continental. Em primer lugar hay que destacar el poder del Rey, que desde un principio logró colocarse a la cabeza de los señores feudales, situación que le permitió organizar un gobierno nacional centralizado, poderoso y eficiente, com el propio monarca com jefe indiscutible del país.

Como a Guillermo, em algún momento anterior a la batalla de Hasting, se le había prometido el trono inglés, él se consideraba como su heredero, y legitimado para ocuparlo, no sólo por derecho d conquista, sino por herencia. De esta forma el rey tuvo base para tomar com rebeldes y decomisar sus tierras, a los que se opusieron; tierras que después repartió entre sus seguidores cuidando sin embargo, que no hubiera feudos demasiado grandes que pudieran igualar o superar, em algum momento el poder de la Corona (MORINEAU, 2004, p. 14).

Destarte, a tomada pelos normandos permitiu que a Common Law fosse partilhada por todo o território da Inglaterra, em um conflito com os costumes dos povos tribais locais, devido ao caráter militar e o espírito de organização, assim como a disciplina manifestados nos Domesday Book, de 1086, documentos estes, que constavam os 15.000 manors (domínios) e as 200.000 residências existentes na Inglaterra. Os Domesday Book continham: [...] los datos arrojaros por una encuesta catastral, ordenada por el rey, qué tenían, esperando, a la vez, que esos datos facilitaran la realización de um cálculo más justo y equitativo de los impuestos correspondientes” (MORINEAU, 2004, p. 14).

Roland Séroussi pontua que esse conflito foi “[...] obra exclusiva dos tri-

³ O desaparecimento dos povos primitivos, que ocorreu após a conquista normanda, abriu espaço para a instalação do sistema feudal, no entanto, há de salientar que se tratava de um feudalismo bem diferente daquele existente em outros países da Europa, como França, Alemanha e Itália. Na lição de René David: “Os senhores normandos, que acompanharam Guilherme à Inglaterra, vêem-se num país conquistado, cuja língua lhes é de todo estranha e cujos habitantes e costumes são por eles desprezados. Sentem a necessidade de se agrupar à volta do seu soberano, para defender a sua conquista e as suas propriedades. O conquistador soube precaver-se contra o perigo que representariam para ele vassallos muito poderosos; na distribuição de terras aos seus súditos não formou nenhum grande feudo, de modo a que nenhum “barão” pudesse rivalizar com ele em poder, e uma lei do ano de 1290, o Estatuto Quia emptores, proibiu qualquer “sub-enfeudação”, de modo que todos os senhores dependem diretamente do rei”. DAVID, 1996, p. 285.

bunais reais de justiça, dos tribunais de Westminster” (SÉROUSSI, 2006, p. 19), que se opuseram, durante cinco séculos, às jurisdições senhoriais.

Guilherme e seus sucessores perceberam a necessidade de uma unificação nacional tanto da administração da Justiça quanto do Direito, porém, tais objetivos deveriam ser alcançados por meio dos juízes reais (MORIENAU, 2004, p. 15). Com o passar do tempo, a Coroa instalou três tribunais, a saber:

[...] com sede em la ciudad de Londres, em la Sala de Tribunales de Westminster, que fueron el Tribunal de Tesouro (Court of Exchequer), para asuntos hacendarios, el Tribunal del Banco del rey (Court of King’s Bench), com jurisdicción tanto civil como penal y el Tribunal de Causas Comunes (Court of Common Pleas), com jurisdicción civil (MORINEAU, 2004, p. 15).

Seguindo esse raciocínio, Guido Fernando (2000, p. 32) afirma que:

[...] o direito que os Tribunais de Westminster criavam era denominado common law (corruptela da expressa dita a língua do Rei: *commune ley*) em oposição aos direitos costumeiros, locais e muito particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, aplicados pela County Courts, e que logo seriam suplantados. A distribuição da justiça era considerada como uma prerrogativa real, que os reis outorgavam a funcionário, os judges, que perambulavam pelo reino (...), na sua tarefa de representar o Rei. À semelhança dos praetores do Direito Romano da época formular, ouviam as queixas que davam (...) um writ, que era uma ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação.

Com a Reforma Anglicana, promovida por Henrique VIII, o Chanceler deixou de ser um cargo ocupado por um representante da Igreja. E isso se deu em razão de a Equity ter se distanciado do Direito Canônico e desenvolvido as suas próprias regras, devido à influência provocada pelo formalismo da Common Law. Ambos os sistemas jurídicos, no entanto, foram dominados pela regra do *stare decisis* (GUIDO FERNANDO, 2000, p. 32).

Mas, o descontentamento decorrente do acentuado formalismo da Common Law fez com que aqueles indivíduos insatisfeitos com as decisões oriundas do sistema da Common Law se voltassem contra o Poder da Coroa, a fim de que se corrigisse os flagrantes excessos praticados nos casos concretos diante dessa ramificação do Direito Inglês. Tecnicamente, os pedidos eram direcionados e despacha-

dos pelo Chanceler, que representava a um só tempo, o confessor e a consciência do Rei (Keeper of the King's Conscience) (SÉROUSSI, 2006).

Thomas Hobbes combate a *Commow Law* e afirma que é de responsabilidade do soberano pôr o Direito, porquanto é imprescindível para a manutenção do absoluto estatal (BOBBIO, 1995, p. 34). Noberto Bobbio (1995) sublinha que a posição contrária de Hobbes (jusnaturalista e estudioso da formação do Estado e suas leis a partir do estado de natureza) à *Common Law* justifica-se no sentido de que no estado de natureza há leis, porém o grande problema está na sua obrigatoriedade. Thomas Hobbes, na perspectiva de Norberto Bobbio, nega a legitimidade da *Commom Law* argumentando que:

[...] nesse estado de natureza, no qual todos os homens são iguais, e no qual cada um tem o direito de usar a força necessária para defender seus próprios interesses, não existe jamais a certeza de que a lei será respeitada por todos e assim a própria lei perde toda a eficácia. O estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra o outro, no qual – segundo a fórmula hobbesiana – existe um “*bellum omnium contra omnes*”. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano. Em tal caso, com efeito, eu posso (e devo) respeitar os pactos, não matar etc., em geral obedecer às leis naturais, porque sei que também o outro as respeitará, visto que há alguém a quem não se pode opor, cuja força é indiscutível e irresistível (o Estado), que o constrangeria e respeitá-las se não o quisesse fazer espontaneamente. Mas esta monopolização do poder coercitivo por parte do Estado comporta uma correspondente monopolização do poder normativo. De fato, por um lado o Estado possui o poder de pôr normas regulamentadoras das relações sociais porque surgiu para esta finalidade; por outro lado, somente as normas postas pelo Estado são normas jurídicas porque são as únicas que são respeitadas graças à coação do Estado. A partir do momento em que se constitui o Estado, deixa portanto de ter valor o direito natural (que na realidade não era respeitado tampouco antes, o estado de natureza) e o único direito que vale é o civil ou o do Estado (BOBBIO, 1995, p. 35).

Compreende-se, portanto, por que os juristas ingleses defendem que o Direito Inglês caracteriza-se por ser uma continuidade histórica, isto é, não sofrendo influência do Direito estrangeiro, sobretudo do Direito Romano. Assim, pode-se afirmar que o Direito Inglês “[...] se desenvolveu de maneira autônoma, a lo largo

de uma evolução ininterrupta y apegada invariavelmente a los principios del Common Law y Equity” (MORINEAU, 2004, p. 11).

1.2 O surgimento da Equity e suas regras contrapostas à Common Law: uma abordagem sob a perspectiva do dualismo estrutural e as ramificações do Direito Inglês

A origem da Equity no Direito Inglês está intrinsecamente relacionada às deficiências estruturais da Common Law⁴, seja por que os Tribunais Reais não podiam ser consultados; ou porque não podiam conceder uma solução adequada à busca pelo pleiteante; ou pela falta de meios necessários para conduzirem o processo; ou, ainda, em razão de se chegar a decisões insatisfatórias sob o ponto de vista de que não atendiam aos princípios de equidade (DAVID, 1996, p. 309). Nessa perspectiva, os particulares enxergavam a possibilidade de solicitar a intervenção do Rei, apelando aos imperativos de sua consciência, a fim de que este viesse a tomar a decisão que “facilitasse o curso da justiça ou para que impusesse a solução exigida pela justiça” (DAVID, 1996, p. 309). Essa ideia consistia no discurso de que o Rei, soberano, tinha a obrigação de “assegurar aos seus súditos a justiça”, uma vez que a sua intervenção era tida como legítima nos casos em que a técnica do Direito era defeituosa (DAVID, 1996, p. 309).

A intervenção do Chanceler não se dava no sentido de formular novas regras ao direito vigente, para que os juízes aplicassem-nas aos casos concretos futuros, mas pelo contrário, ele procurava professar o profundo respeito pela Common Law (Equity follows the law), acentua René David. Para a Chancelaria, respeitar o Direito, não significava que a lei moral havia de ser negligenciada. Aliás, é em nome dessa lei moral que agia o Chanceler⁵.

⁴ Na visão de René David, a esclerose da Common Law deu-se em razão da estrita dependência desta dos processos formalistas, motivo pelo qual ficou exposta a um duplo perigo: “o de não poder desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época, e o de uma esclerose resultante da rotina dos homens de lei. Depois da sua notável expansão no século XIII, ela não escapou a qualquer destes perigos, e veio, por isto, a correr um enorme risco: o de ver formar-se, em face dela, um sistema rival pelo qual seria, com o decorrer do tempo, abafada e suplantada, como acontecera em Roma com o direito civil antigo, na época clássica, que se viu suplantado pelo direito pretoriano”. DAVID, 1996, p. 295.

⁵ “O Chanceler examina os casos que lhe são submetidos segundo um processo e um sistema de provas inteiramente diferentes dos common law. O Chanceler recebe sempre, inicialmente, um writ of subpoena; não existem forms of action na equity. O processo da equity, inspirado no do direito canônico, não comporta, em nenhum caso, a colaboração de um júri, o que permite dar maior importância aos documentos escritos e se reportar a um dossiê; o Chanceler, deliberando em nome da moral, pode igualmente, para descobrir a verdade, tomar iniciativas que não são permitidas aos juizes da common law” (DAVID, 1996, p. 312).

El Tribunal de la Cancillería (Court of Chancery), al principio funcionó como tribunal de equidad. De tal forma, el canceller, para llegar a una decisión, debían tomar en cuenta las circunstancias especiales del caso, la intención más que la forma y procurar, además, hacerlo en el menor tiempo posible. Los jueces de la Cancillería gozaban de una gran discrecionalidade y se considero entonces y aún se considera ahora, que los remedios de Equity se originan y tienen su fundamento precisamente en la equidad” (MORIENAU, 2004, p. 17).

Anote-se que a atuação do Chanceler se dava mediante ordens (Equity acts in personam), isto é, por mandados formais dirigidos ao réu, ordenando-lhe ou proibindo-lhe que se comportasse de determinada maneira, bem como lhe impondo, no interesse da salvação da sua alma, um comportamento condizente com as exigências da lei moral e da consciência. Dessa feita, em caso de transgressão à ordem que lhe foi dirigida, ou réu era enviado para a prisão ou tinha os seus bens apreendidos e penhorados. A Equity caracterizou-se, assim, por ser um recurso direcionado à autoridade real frente às injustiças ocorridas em casos concretos.

Com a ascensão dos Tudors ao poder no século XVI, há um significativo aumento nas prerrogativas Real Absolutista, sobretudo no Direito Penal, com o surgimento da famosa *chambre des estoylles* (câmara sellata, *Star Chambre*), que constituiu uma grave ameaça à liberdade dos indivíduos. Enquanto isso, em matéria civil, a jurisdição de equidade do Chanceler alcançava uma extensão considerável. Com efeito, a partir de 1529, o Chanceler deixou de ser o confessor do Rei, para atuar como um jurista, pois examina as queixas que lhe são dirigidas, agindo como verdadeiro magistrado, mas “[...] seguindo um processo inspirado no direito canônico [...]” (DAVID, 1996, p. 296).

Os princípios substantivos aplicados são os provenientes do Direito Romano e do Direito Canônico, e que, aliás, sublinhe-se, deram resultados bem mais satisfatórios ao sentimento de justiça do que os preceitos obsoletos oriundos da *Common Law*. Assim, diante da preocupação na busca pela justiça e a boa administração, a jurisdição do Chanceler recebeu apoio dos soberanos ingleses. Nessa esteira, devido às influências políticas somadas às formas como os processos eram conduzidos pela Chancelaria e a decadência sistêmica da *Common Law*, o Direito Inglês quase se uniu à família do Direito Romano, predominante à época no continente europeu.

Roland Sérroussi (2006, p. 22) adverte que as regras da Equity, embora consideradas mais brandas e precisa, obedeciam a um processo definido: “a preponderância de um direito escrito para fazer valer seus próprios direitos; o processo

escrito e inquisitório; a ausência de júri⁶; a intervenção discricionária do chanceler em todos os casos submetidos a ele, sendo que nessa situação o Chanceler somente intervinha se a conduta ou a atitude do réu fosse contrária à boa consciência, ou, então, se o demandante não fosse o próprio culpado, em respeito à teoria das *cleans hands* (SÉROUSSI, 2006).

Com efeito, a jurisdição da Equity passou a alcançar situações não contempladas pela Common Law, de modo que deu lugar à criação de novas instituições jurídicas processuais, além de ampliar a sua atuação na esfera do Direito substantivo. Dentre as instituições nascidas está o *trust*⁷, regulamentado pelo Tribunal

⁶ Ademais, a condução, pela Chancelaria, de processos inquisitórios, secretos e escritos pareciam aos soberanos mais adequados que os processos orais e públicos provenientes da Common Law.

⁷ O *trust* não possui tradução ou instituto equiparado no direito brasileiro. Por isso, preferiu-se utilizar a definição dada por René David ao analisar o instituto. “A noção de *trust*, desconhecida dos direitos romano-germânicos, é uma noção fundamental no direito inglês e a criação mais importante da *equity*. O *trust* apóia-se, de uma forma geral, sobre o seguinte esquema: uma pessoa, constituinte do *trust* (*settlor of the trust*), determinada que certos bens serão administrados por um ou vários *trustees*, no interesse de uma ou várias pessoas, os *cestuis que trust*. Este acordo é, na Inglaterra, muito frequente, porque serve para fins múltiplos de ordem prática: a proteção dos incapazes, da mulher casada e a liquidação dos patrimônios hereditários são assegurados por este meio; as fundações e estabelecimentos de utilidade pública utilizam muitas vezes esta técnica; o direito das sociedades também recorre ao *trust*, que é também frequentemente utilizado para as operações internacionais (...). Segundo a *common law*, o *trustee* não é um simples administrador dos bens constitutivos em *trust*. É pelo contrário, o proprietário dos bens constituídos em *trust*. Administra, por conseguinte, esses bens como quer, pode dispor deles a seu modo, não em contas a prestar a ninguém”. DAVID, 1996, p. 316. Marta Marienau, por sua vez, registra que é difícil explicar o *trust*, assim como traduzir a palavra. A autora assinala que: “*Ya que el trust es una institución general y elástica, que además cumple diversos objetivos y desempeña diferentes funciones, es difícil encontrar una deficiencia lo suficientemente amplia para englobarlo. De tal forma, los especialistas de la materia, más que definirlo, prefieren describirlo o explicarlo. En el primer párrafo de la voz correspondiente del diccionario jurídico, Oxford Companion to Law, encontramos al trust caracterizado como: ‘Un acuerdo en virtud del cual, el propietario - truster - (fideicomitente) entrega y concede la administración de alguna cosa o algún derecho a una persona o grupo de personas - trustees - (fiduciarios), para beneficiar a un tercero - cestui que trust - (fideicomisario), o para la realización de un fin determinado’.* Los profesores Graham Moffat, Michael Chesterman y John Dewar reproducen la definición de otro colega suyo, Lewin, que describe al trust de la siguiente manera: *La palabra trust se refiere a las obligaciones a cargo de una persona llamada trustee, con relación a la administración de bienes que tiene o que controla, según lo establecido en el instrumento constitutivo del negocio. Las ganancias que la administración de los bienes produzca, serían en provecho no del trustee, sino de los beneficiarios, que reciben el nombre de cestuis que trust, si los hubiera, y en caso contrario, se aplicarán a la realización de un fin lícito y exigible judicialmente. Un trustee puede figurar como beneficiario, en cuyo caso le corresponderían las ventajas, dentro de los límites establecidos en el instrumento constitutivo del trust’.* Segundo os autores citados por Marineau: “(...) 1. En la mayoría de los casos el trust nace de un acto expreso de voluntad, de un individuo (o grupo de individuos), que se conoce como ‘fundador’, cuando el trust establece en un testamento. 2. El trust también puede nacer de la ley en forma directa o de una resolución judicial una u otra en determinados casos, pueden imponer trusts a los particulares, convirtiéndolos en trustees con relación a algún bien que les pertenece o está bajo su control. 3. Puede existir pluralidad de cualquiera de los sujetos que intervienen en el negocio. 4. El trust puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles y también sobre bienes incorpóreos, como el caso de los derechos de autor, por ejemplo”. Marineau ainda traz a definição dada pelo professor estadunidense Austin Wakeman Scott: “(...) el trust implica una relación fiduciaria, que nace de un acto expreso de voluntad y se refiere a una propiedad imponiéndole al tenedor de ella, la obligación de administrarla en beneficio de otra persona”. Para a autora, o Austin destaca os seguintes elementos sobre o *trust*: “1. El trust es una relación jurídica. 2. Es una relación de carácter fiduciario. 3. Es una relación que se refiere a la propiedad, por ello, el trustee adquiere el título respectivo, aunque lo tenga en favor de otro. 4. La relación crea obligaciones para el tenedor de la propiedad con relación al beneficiario y, 5. La relación nace de la intención de crearla.” MARINEAU, 2004, p. 105-106.

da Chancelaria. Marta Morineau (2004, p. 18) assinala que, com o tempo:

[...] los jueces de este Tribunal, al igual que lo hicieron los jueces de los otros tribunales, también adoptaron la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, en virtud de la cual antes de dictar sentencia se examinan las deciosines anteriores, emitidas por otros jueces em casos similares, creándose así lo que vino a constituir la jurisprudencia de Equity. La función judicial del canceller, por tanto, se hizo cada vez más técnica, compleja y especializada, lo que hizo necesario que el cargo fuera desempeñado por un abogado.

Esse dualismo estrutural do sistema jurídico inglês, e em território inglês, evidenciou uma situação peculiar, na medida em que, ao mesmo tempo em que a Common law e a Equity caminhavam juntas, elas possuíam características totalmente distintas. O Professor Lênio Streck anota que o nascimento da Equity e a dicotomia estabelecida entre os Tribunais da Chancelaria e os da Common Law foram elementos essenciais para a individualização desta última. Apoiado Jerome Frank, ele afirma que a Common Law jamais seria o que é atualmente se não tivesse existido o Tribunal da Chancelaria, já que graças à Equity se apresentou factível a coexistência entre as duas jurisdições opostas em um mesmo ordenamento jurídico (STRECK; ABOUD, 2013, p. 23).

Na lição do jurista inglês, Frederic William Maitland:

No debemos pensar en el Common Law y la Equity como en dos sistemas rivales. La Equity no fue un sistema autosuficiente, ya que en cada instancia tuvo que presuponer la existencia del Common Law, que sólo lo fue. Esto quiere decir que si la legislatura hubiera pasado una ley diciendo “Equity queda abolida”, hubieramos seguido casi igual, aunque en algunos aspectos nuestro derecho hubiera sido bárbaro, injusto o absurdo. Pero de cualquier modo, los derechos fundamentales, como el derecho a nuestra integridad personal y a nuestro buen nombre, la propiedad y la posesión, hubieran seguido protegido, y los contratos se hubieran cumplido. En cambio, si la legislatura hubiera dicho “el Common Law queda abolido”, esta ley, de se obedecida, hubiera significado la anarquía... La Equity, sin el Common Law, hubiera sido un castillo en el aire, un imposible⁸.

⁸ MAITLAND apud MARINEAU, 2004, p. 19.

A decisão tomada no ano de 1616, pelo Rei Jaime I, freou o desenvolvimento da Equity, o que abriu espaço para as regras advindas da Common Law (obra da jurisprudência dos tribunais reais de Westminster). A partir do ano de 1700, com a Act of Settlement, as bases da Common Law e da Equity se concretizam e os juízes (membros de ambos os tribunais) passam a gozar de alto prestígio social. Enfatize-se que, as duas famílias do Direito Inglês, conquanto possuíssem seus próprios precedentes e os processos apresentassem semelhanças, não se confundiam. No entanto, as duas ramificações foram aos poucos se aproximando, e, com o advento dos Judicature Acts de 1873 e 1875, os Tribunais da Chancelaria (Courts of Chancery) foram suprimidos, com isso, a competência para aplicação da Common Law e da Equity passou a ser exercida pelo Supremo Tribunal (SÉROUSSI, 2006).

Atualmente, na Inglaterra, aos domínios da Common Law pertencem todo o Direito Criminal e dos Contratos, e o da responsabilidade civil, e à Equity, pertencem os Direitos da Real Propety e dos Trusts.

2 A AFIRMAÇÃO DOS PRECEDENTES E A FORÇA SOCIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

Superada a parte síntese histórico-evolutiva do Direito Inglês, nessa segunda parte do estudo, debruçar-se-á sobre a importância dos precedentes judiciais no sistema inglês e a sua vinculação aos demais órgãos, permitindo, com isso, desencadear uma discussão acerca da força argumentativa das decisões judiciais.

2.1 A força normativa das decisões judiciais no sistema inglês e a regra dos precedentes

A noção de precedentes e a sua formação histórica no Direito Inglês são totalmente distintas dos sistemas jurídicos dos países de origem romano-germânica, sobretudo por que, nestes últimos, predomina a legislação escrita aliada à técnica procedimentalista para se fundamentar todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O Direito Inglês, por outro lado, encontra a sua historicidade fundada nos Tribunais de Westminster e da Chancelaria, constituindo-se, o estudo da jurisprudência, a sua principal fonte, somando-se a ela a lei, e, de modo secundário, os costumes, a doutrina e a razão.

Urge ressaltar que, diferentemente do que ocorre no sistema continental, em que os juízes (principalmente no caso brasileiro) se preocupam com o formalismo de suas decisões, a fim de que não venham a ser anuladas pelos tribunais

superiores, na Common Law os juízes estão preocupados, essencialmente, com a própria substância do caso concreto, bem como dos valores e opções políticas. Com efeito, cada juiz possui seu próprio estilo, redigindo os julgamentos com liberdade, contudo, os argumentos são sempre expressos com clareza, isto é, as “opinions do common law são discursivas, personalizadas, abertas à discussão de valores e políticas públicas e justificadas por argumentações bem desenvolvidas” (BUSTAMANTE, 2012, p. 43). Certo é que nas decisões inglesas, conquanto não haja um padrão de raciocínio a ser seguido (como no caso brasileiro, em que se exige o relatório, a fundamentação e o dispositivo (exceto nos Juizados Especiais em que o relatório pode ser dispensado pelo juiz), as diversas formas de valores argumentativos se complementam, tais como se dão com os argumentos: lógico-dedutivos, por princípios, por indução e analogia, consequencialistas, por *reducio ad absurdum* e, principalmente, por precedentes (BUSTAMANTE, 2012, p. 44).

Thomas de Bustamante afirma que o Direito Inglês possui uma característica peculiar, embora eminentemente adversarial, porquanto se dá ao longo do processo ênfase à atividade das partes envolvidas na produção das provas, configurando, dessa forma, a passividade do juiz. Consigne-se, ademais, que a participação ativa dos advogados decorre do sistema precedentalista, que obriga os patronos das partes a citarem os precedentes relevantes, mesmo na hipótese de serem contrários aos interesses de seus clientes e restringido o debate à aplicabilidade dos precedentes judiciais. A guisa de tais argumentos, anote-se, por oportuno, invocando Kötz, para ilustrar o estilo de julgamento no Direito Inglês:

Em contraste [com um julgamento continental], ler um julgamento de um juiz inglês é como entrar em um outro mundo. O juiz pode ter dito muito pouco na sala de audiências, pode ter se limitado a manter a ordem, assegurando que as regras do jogo tenham sido obedecidas. Mas quando passa a escrever um julgamento ele não hesitará em aumentar o poder de persuasão de suas decisões por meio de enunciados eloqüentes sobre políticas públicas [policies], de metáforas, de figuras de linguagem, de interpretações sagazes ou de exageração de determinados aspectos da lide, ou ainda de referências aos seus próprios sentimentos pessoais sobre o caso. Numerosos exemplos poderiam ser dados. Jamais iria um juiz alemão ousar dizer como fez um inglês – que “às vezes ajuda a acessar o mérito de uma decisão se o juiz inicia por noticiar o resultado do caso, e somente após isso passa a expor os princípios jurídicos dos quais ela decorre”.⁹

⁹ Apud BUSTAMANTE, 2012, p. 43.

Não obstante, a consolidação da regra dos precedentes judiciais no Direito Inglês está umbilicalmente ligada à autoridade reconhecida pela própria sociedade às decisões judiciais. A organização judiciária inglesa, apesar das reformas promovidas ao longo da história, ainda é considerada complexa pelos juristas pertencentes aos países filiados ao sistema da Civil Law. Destarte, na Inglaterra se faz uma distinção entre alta justiça e baixa justiça, sendo a primeira administrada pelos Tribunais Superiores, enquanto a segunda é formada por organismos quase-judiciários (DAVID, 1996). Os juristas, todavia, concentram-se nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, porquanto as suas manifestações não se limitam a solucionar a controvérsia, mas, principalmente, constituem-se em precedentes. Os precedentes judiciais na Inglaterra constituem, ademais, um princípio formulado e reconhecido pelos próprios juízes, desse modo, por não terem um direito imperceptível, os ingleses foram levados a admitir a própria negação da evolução social, sendo levados a praticar sistematicamente o “culto supersticioso dos precedentes judiciários” (CRUET, 1908).

Nas cortes superiores, em especial na House of Lords, os juízes têm consciência de que suas decisões serão recebidas pelos juízes inferiores (e pela própria Corte nos casos futuros, ressalvada a hipótese de um *overruling*) com força de precedente, e não permanecem indiferentes em relação a tal poder normativo. Por isso, o princípio da justiça formal (exigência de igualdade de tratamento) exige que a decisão seja tomada olhando-se para o futuro (*forward-looking*) e para o passado (*backward-looking*) (...): uma decisão jurídica justificável onde surjam disputas sobre questões de direito deve estar fundamentada em regra jurídica que não seja nem *ad doc* nem *ad hominem*. Ao olhar para o futuro, o juiz lança mão, com muita frequência, de argumentos consequencialistas, ou seja, ele “considera as consequências de se construir um judicial ruling em um sentido ou em outro, pelo menos a ponto de examinar os modelos de decisões que deveriam ser tomadas em outros casos hipotéticos que possam ocorrer e ser enquadrados nos termos de tal regramento (*ruling*)”¹⁰.

O individualismo dos magistrados pertencentes ao Civil Law (do qual se enquadram os juízes brasileiros) é recorrente e facilmente constatado nas suas de-

¹⁰ MCCORMICK apud BUSTAMANTE, op. cit., p. 45-46.

cisões, pois deixam que as suas convicções fiquem acima dos interesses dos jurisdicionados. Essa patologia faz com que as decisões se modifiquem a todo o instante, causando insegurança jurídica. Essa falsa ideia de que a vinculação dos juízes às suas próprias decisões interfere na liberdade de julgar de acordo com o seu livre convencimento resulta em situações teratológicas, em que casos análogos, analisados por um mesmo juiz ou tribunal, tenham resultados distintos.

É necessário que o magistrado (seja ele de primeiro grau ou integrante de órgãos colegiados nos Tribunais) tenha consciência de que as decisões não são para si, mas para os que buscam do Poder Judiciário uma resposta, favorável ou não. Portanto, pouco importa para o sistema se os juízes possuem posição pessoal sobre determinada questão de direito diferente à das Cortes superiores. O que realmente há de ser levado em consideração é a “contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior” (MARINONI, 2010, p. 65). Decidir de modo contraposto situação já decidida anteriormente não é o único ponto a ser discutido, o fato é que o juiz muitas vezes contraria o seu posicionamento anterior sem justificativa plausível. E mais, há casos em que o julgador profere uma sentença ou decisão interlocutória destoante mesmo tendo ciência de que os Tribunais têm orientação jurisprudencial, súmula ou súmula vinculante, em outro(s) sentido(s). Por isso, cabe invocar Luiz Guilherme Marinoni, que, com razão, argumenta que é o momento de se por um ponto final no “cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores”. E completa, o autor, afirmando que:

[...] o juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui dever de manter a coerência do ordenamento e de zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disso, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em “um nada”, ou, pior, em obstáculo que precisa ser contornado mediante a interposição de recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais à tutela efetiva e à duração razoável do processo. De outra parte, é certo que o juiz deixa de respeitar a si mesmo e ao jurisdicionado quando nega as suas próprias decisões. Trata-se de algo pouco mais do que contraditório, beirando, em termos unicamente lógicos e inconcebível (2010, p. 65).

Certo é que, ao contrário do que se pensa, no sistema brasileiro, os juízes também criam o direito quando proferem uma decisão judicial, porém, não com a

mesma característica dos juízes ingleses. Tal percepção se dá, sobretudo, nos julgamentos e decisões oriundas tanto do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O STF cria o direito ao interpretar a Constituição Federal, seja por meio de ações declaratórias de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade ou recursos extraordinários (estes por meio do instituto da repercussão geral); o STJ, por sua vez, cria o direito, por exemplo, quando decide a aplicação e o respeito às leis infraconstitucionais mediante o instituto incidental da uniformização de jurisprudência ou julgamento dos recursos repetitivos. Assiste razão, assim, a Luiz Guilherme Marinoni (2010), ao argumentar que se alguém vier a indagar um teórico representante da *Common Law* sobre a natureza da função exercida pelo juiz que não aplica determinada lei por considerá-la inconstitucional, valendo-se da interpretação conforme a Constituição, certamente irá se surpreender, uma vez que essa atividade não significa declaração de direito, pois, para as doutrinas da *Common Law*, há uma verdadeira criação judicial do direito.

A criação judicial pelo juiz inglês teve influência fundamental na afirmação histórica da *Common Law*, pois este se sobrepunha ao legislativo (MARINONI, 2010). Assim, a atuação do magistrado era no sentido de complementar a falta de legislação para decidir determinado caso concreto. E o poder das decisões emanadas pelas Cortes inglesas aos casos concretos mostrou-se importante na medida em que o Parlamento inglês considerava as decisões dos tribunais para delinear a lei decorrente da vontade comum (MARINONI, 2010). Entretanto, nem todos coadunam da mesma tese, visto que Bentham, crítico radical do sistema da *Common Law*, aponta cinco defeitos fundamentais para sustentar a sua crítica à criação judicial do juiz inglês, segundo Norberto Bobbio:

- a) incerteza da *common law*: o direito judiciário não satisfaz à exigência fundamental de toda a sociedade, isto é, à segurança do direito, que permite ao cidadão prever as consequências das próprias ações (...);
- b) retroatividade do direito comum: quando um juiz cria um novo precedente, a saber, quando achando-se diante de um caso que não pode ser resolvido com base numa norma deduzível das sentenças precedentes, resolve esse caso com uma norma que na realidade ele mesmo cria *ex novo*, tal norma tem eficácia retroativa, visto que é aplicada a um comportamento que foi assumido quando ela própria não existia ainda; isto é, toda norma de nova criação judiciária dispõe para o passado (quanto ao caso por ocasião do qual é criada; dispõe, ao contrário, para o futuro evidentemente quando ela, se tornando um precedente, será aplicada

também nos casos subsequentes);

c) não ser fundado no princípio da utilidade: enquanto o legislador pode criar um sistema completo de normas jurídicas, que se fundam em alguns princípios basilares (...), o juiz não pode seguir mas aplica (e cria) tal critério, o direito fundando-se numa regra preexistente, ou na analogia entre o caso que ele deve resolver e aquele disciplinado por uma sentença precedente;

d) (...) dever que um juiz tem de resolver qualquer controvérsia que lhe seja apresentada, embora necessariamente lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito; este inconveniente é, em contrapartida, eliminado com a produção legislativa do direito, visto que a redação de códigos e leis é confiada a indivíduos ou a comissões dotados de competência específica;

e) (...) O povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juízes, enquanto que se o direito fosse criado através de leis aprovadas pelo Parlamento, sua produção poderia ser controlada pelo povo e poder-se-ia dizer que o direito é expressão da vontade do povo¹¹.

Norberto Bobbio sublinha que Austin (discípulo de Bentham) distingue o direito legislativo do direito judiciário, que não consiste apenas nas fontes das quais emanam tais direitos, mas, sobretudo, no modo como são produzidos: o direito legislativo constitui-se por normas gerais e abstratas, ou seja, a sua aplicabilidade alcança casos futuros indeterminados, enquanto o direito judiciário encontra seu fundamento em situações específicas particulares, isto é, em controvérsia determinada. As objeções de Austin a Bentham podem ser formuladas assim:

a) O direito judiciário é menos acessível ao conhecimento do que o legislativo (...);

b) o direito judiciário é produzido com menor ponderação do que o legislativo, porque o primeiro é emitido no apressado despacho dos assuntos judiciários, enquanto do segundo é (ou pode ser) formulado depois de madura deliberação;

c) o direito judiciário é frequentemente emitido *ex post facto* (...)

d) o direito judiciário é mais vago e incoerente do que o direito legislativo, seja pela quantidade enorme de documentos em que se dilui, seja pela dificuldade de extrair dos vários casos decididos uma regra *decidendi* geral;

e) uma quinta objeção, particularmente interessante, diz respei-

¹¹ BENTHAN apud BOBBIO, Norberto, p. 97-99.

to à dificuldade de certificar a validade das normas de direito judiciário.

(...)

f) a sexta crítica diz respeito à escassa compreensibilidade do direito judiciário, pois ele não disciplina categorias abstraídas de fatos mas sim casos concretos, sendo necessário proceder a um difícil trabalho de abstração ou indução para extrair dos casos resolvidos uma regra geral.

g) por fim, o direito judiciário não é jamais auto-suficiente, necessitando sempre ser “remendado” aqui e ali com normas legislativas, determinando assim a existência de um ordenamento jurídico híbrido, no qual se acham justapostos dois sistemas normativos diferentes mal amalgamados; ademais, o direito legislativo que é emitido com essa função integradora é de qualidade inferior como o direito judiciário que deve integrar¹².

Não há dúvidas, portanto, que as ideias de Bentham e Austin contribuíram para o desenvolvimento tanto do próprio sistema jurídico inglês quanto de uma teoria crítica à atuação dos juízes na criação do direito judicial, mediante a análise de casos concretos que resultariam em precedentes, contrariando, dessa feita, uma das teses formuladas por estes teóricos positivistas, qual seja: a de que a estrutura do direito, nessa hipótese, não alcançaria a utilidade.

2.2 Eficácia vertical e horizontal dos precedentes judiciais

Ponto importante da *Common Law* se reporta à eficácia vertical e horizontal da regra dos precedentes judiciais. Quanto à obrigatoriedade vertical de um precedente judicial, pouco se tem a acrescentar, pois incide o respeito, pelos juízos e tribunais inferiores, às decisões oriundas dos Tribunais imediatamente superiores. O problema, porém, está no concernente à vinculação horizontal, isto é, na aplicação de um precedente pelo órgão do próprio Tribunal (no sistema brasileiro, cite-se o Tribunal Pleno, as Turmas e Câmaras) que lhe deu origem.

O efeito vinculante de um precedente judicial decorre da autoridade subjetiva das decisões proferidas pelas Cortes superiores; do reconhecimento pelos juízes e advogados dessa força vinculante, sem a necessidade de “imposição” por uma Suprema Corte. Diferente do sistema processual brasileiro, cuja vinculação de

¹² BENTHAN *apud* BOBBIO, Norberto, p. 111-112.

uma decisão proferida pelos tribunais superiores, para ser admitida pelos advogados e juízes, tem de estar amparada pelo direito positivo, prevista em lei escrita, para ser, a muito custo, seguida. O Professor Dalmo de Abreu Dallari (2007), ao comentar o efeito vinculante de decisões do Supremo Tribunal Federal, observa, de forma pertinente, o modo equivocado como os defensores dessa vinculação defendem suas posições, fundando seus argumentos no sistema judicial norte-americano, na doutrina do *stare decisis*. No entanto, segundo ele, na realidade, o precedente pode ser importante nas decisões tomadas pelos Tribunais norte-americanos, mas a sua influência não decorre de uma obrigatoriedade imposta pela lei, como no caso brasileiro.

É importante enfatizar, por oportuno, que não há confundir a regra do *stare decisis* à dos precedentes judiciais, uma vez que àquela (a regra do *stare decisis*) remonta ao século XIX, ocasião em que as decisões proferidas pela House of Lords passaram a ter natureza obrigatória em um tribunal quando no julgamento de um caso semelhante futuro. Lênio Streck pontua que a regra¹³ do *stare decisis* encontra sua origem na doutrina dos precedentes (STRECK, 2013)¹⁴. Ele conceitua o *stare decisis* como “uma designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do common law obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos” (STRECK, 2013, p. 42). De outro lado, para Lênio Streck (2013, p. 42): “[...] a doutrina dos precedentes foi fundada na teoria científica do conhecimento exposta no século XVII por Robert Boyle, Isaac Newton e o jurista Matthew Hale” (STRECK, 2013, p. 42). A teoria foi desenvolvida na metade do século XVIII por David Hume e aplicada, posteriormente, de forma repetida pelo Judiciário a casos semelhantes (STRECK, 2013). Não obstante, a expressão *stare decisis* é a forma abreviada do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* (respeitar a decisão e não bulir no que foi firmado), isto é, por meio desta doutrina, espera-se que as Cortes superiores decidam casos iguais da mesma maneira, ou seja, que a decisão tomada em um determinado caso concreto seja aplicada aos demais casos análogos submetidos à apreciação da Corte (VAN-DEVELDE, 2000).

¹³ Optamos por usar a expressão “regra” para mantermos a uniformização na escrita, por ser uma investigação científica. Mas salientamos que Lênio Streck usa a “doutrina”, ao invés de “regra”.

¹⁴ O autor trabalha com a ideia de doutrina e não de regra, mas para manter a sua originalidade optou-se por manter “doutrina do *stare decisis*”.

Por sua vez, o precedente vinculante horizontalmente encontra o seu fundamento no Positivismo Jurídico novecentista de Bentham, estabelecido pela House of Lords, em 1898, que atribuiu maior peso à autoridade das decisões a fim de pôr o princípio da segurança jurídica acima dos todos os demais valores. Nas palavras do processualista Michele Taruffo, fala-se em precedente horizontal para indicar a força persuasiva de um precedente.

Il precedente orizzontale può certo avere qualche forza persuasiva, che però tende ad essere inferiore di quello del precedente verticale, sia perché no può trattarsi della corte suprema, che è única, sai perché tra organi dello stesso livello non vi è – almeno a priori – lacuna differenza di autorità. Può accadere che un organo non di vértice produca decisioni particolarmente apprezzabili, e quindi abbia influenza sugli altri giudici dello stesso livello, ma ciò attiene alla qualità intrinseca delle decisioni più che a meccanismi paragonabili al precedente (TARUFFO, p. 804).

Essa autovinculação e obediência aos precedentes pelos órgãos que compõem um mesmo Tribunal no sistema da Common Law não são encontradas nos Tribunais brasileiros, em que a todo instante publica acórdãos (total ou parcialmente) conflitantes, e pior, em casos análogos, para não dizer que a única diferença, às vezes, são as partes. Por isso, Karl Larenz advoga a tese: não é o precedente que “vincula”, mas a norma nele interpretada corretamente ou concretizada. Com efeito,

[...] todo juiz que haja de julgar de novo a mesma questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência, se a interpretação expressa no precedente, a concretização da norma ou o desenvolvimento judicial do Direito são acertados e estão fundados no Direito vigente (LARENZ, 1997, p. 612).

Contudo, Karl Larenz (1997, p. 612) faz uma ponderação pertinente, qual seja: a de que os juízes não estão obrigados a seguir “cegamente” os precedentes judiciais se ele chegar à conclusão de que a interpretação está incorreta ou, ainda, que a questão paradigmática posta, embora corretamente solucionada ao seu tempo, necessita, atualmente, que o resultado seja diferente, seja devido a mudanças na situação normativa ou da ordem jurídica no seu todo.

3 PRECEDENTES VS. JURISPRUDÊNCIA: EXPRESSÕES SINÔNIMAS?

Nessa terceira parte trabalho será feita uma abordagem conceitual sobre o precedente judicial e a jurisprudência, mais precisamente no sistema jurídico brasileiro, em que existe uma confusão nominativo-aplicativa. Em um primeiro momento, será necessário pontuar que essa constatação encontra-se delineada quando os tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) nas suas decisões judiciais, seus componentes, ao proferir votos, mencionam decisões de casos análogos e reiterados, vezes como precedentes, vezes como jurisprudência.

A noção de precedente utilizada pelos tribunais brasileiros, ao que parece, partindo-se da sistemática precedentalista originária do Direito Inglês ou estadunidense, bem como sua formação histórico-política, conforme descrito nas linhas atrás nesse estudo, conclui-se que a sua denominação é equivocada. No entanto, a noção de precedentes não é, a nosso entender, a mais adequada, principalmente devido às suas características peculiares e que são distintas da jurisprudência. É em razão dessa confusão terminológica que se pretende dimensionar as suas concepções jurídicas.

Marc Jacob (p. 678) conceitua os precedentes judiciais como situações

“[...] en un contexto jurídico, generalmente casos juzgados - en el que el asunto em cuestión ya ha sido decidido em alguma parte. Ya que ellos proveen modelos en los que se pueden basar conductas futuras, los precedentes han sido denominados el ‘pasado utilizable’”.

Luiz Guilherme Marinoni assevera que não há confundir decisão judicial e precedente, na medida em que, se todo precedente é uma decisão judicial, nem toda decisão judicial constitui um precedente, por isso, segundo ele, somente se pode falar em precedente quando vier dotado de certas características, dentre as quais está inserida a capacidade de considerá-lo um paradigma para orientar tanto os jurisdicionados quanto o juiz.

Karl Larenz (1997, p. 611), na obra *Metodologia da Ciência do Direito*, ensina que os precedentes “são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre o qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”. Nessa óptica,

[...] vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no

quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora (LARENZ, 1997, p. 611).

Para Karl Larenz (1997), os precedentes judiciais desempenham no âmbito dos Tribunais um importante papel que não será sobreavaliado, portanto, se as resoluções advêm dos Tribunais superiores, logo serão seguidas, em regra, pelos Tribunais inferiores para orientar grande parte dos casos.

Michele Taruffo, igualmente, acentua que não há confundir precedentes judiciais a jurisprudência, porquanto possuem natureza/característica distinta. Na lição do processualista, “il precedente fórnice una regola [...] che può essere applicata como critério di dicisione nel caso successivo in funzione della indentità o [...] dell’analogia tra il fatti del primo caso i fatti del secondo caso”, isto é:

naturalmente l’analogia delle due fattispecie concrete non è data in re ispa, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che costui ritenga prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. E’ duque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per così dire – “crea” il precedente. A parte questo profilo – su cui tornerò in seguito – rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull’analisi dei fatti. Se questa analisi giustifica l’applicazione nel secondo caso della ratio decidendi applicata nel primo, il precedente è efficace e può determinare la decisione del secondo caso. Va notato che, quando si verificano queste condizioni, un solo precedente è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo (TARUFFO, p. 798).

E complementa, enfatizando que:

L’impiego della giurisprudenza há características assai diverse. Anzitutto, l’analisi comparativa dei fatti manca, almeno nella grandíssima maggioranza dei casi. Qui il problema dipende da ciò che in realtà “constituisce” la giurisprudenza: si tratta, come è noto, soprattutto delle massime elaborate dall’apposito Ufficio che esiste presso la Corte di Cassazione. La caratteristica più importante delle massime è che si tratta di enunciazioni, concentrate in una o in poche frasi, che hanno ad oggetto regole giuridiche. Queste regole hanno solitamente un contenuto più specifico rispetto al dettato testuale della norma di cui costituiscono una in-

terpretazione, ma sono pur sempre formulate come regole, ossia come enunciazioni generali di contenuto precettivo. Non a caso Le raccolte di giurisprudenza assomigliano a codificazioni più dettagliate di quelle che rappresentano i coidici veri e propri, ma pur sempre "raccolte di norme". Il discorso sulle massime, sulla loro utilizzabilità e sulla loro attendibilità potrebbe essere assai lungo. Qui vale solo la pena di osservare che – per quanto è a mia conoscenza – un ufficio come quello del Massimario esiste solo in Italia, e che i sistemi nei quali vige la regola del precedente non conoscono nulla di simile alle nostre massime: in quegli ordinamenti, infatti, il precedente è costituito dall'intera sentenza, non da brani più o meno sintetici stratti dalla motivazione in diritto. Ecco dunque una prima differenza assai rilevante: di regola i testi che costituiscono la nostra giurisprudenza non includono i fatti che sono stati oggetto di decisione, sicché l'applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull'analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una regola generale (TARUFFO, p. 799).

Conquanto a jurisprudência seja um fenômeno jurídico que faz parte do cotidiano dos juristas e Tribunais para fundamentar uma decisão ou ponto de vista administrativo ou jurídico, ela não possui um significado unívoco. Por isso, Carlos Cossio (2002, p. 154) sustenta que a palavra jurisprudência possui muitas acepções: a primeira, "se la usa refiriéndose al ejambre de las resoluciones judiciales tomadas en conjunto; y así se alude a las colecciones de jurisprudencia, o colecciones de fallos"; o vocábulo jurisprudência é usado ainda: "[...] refiriéndose al precedente que se invoca em una causa judicial"; "[...] en una acepción, un poço más precisa, se usa a palabra jurisprudencia refiriéndose a la sentencia de los tribunales superiores; y así se invocan os fallos de la Corte Suprema"; "[...] en una cuarta acepción, teóricamente conocida para nosotros, pero no prácticamente, salvo en lo que se refiere a la Provincia de Buenos Aires, se habla de jurisprudencia refiriéndose a a casación"; o autor argumenta que a jurisprudência é usada também na Argentina ao se referir a "figuras típicas como la de los acuerdos plenarios de las Cámaras de Apelación en nuestro país", e, no México, "[...] en el sentido de que la interpretación judicial del derecho federal que hace la Corte con cinco fallos consecutivos concordantes, además de algún otro requisito, es obligatoria para todos los demás jueces". No caso do México, aliás, a jurisprudência tem valor de norma geral, razão pela qual, ademais, constitui outra figura jurídica, "[...] que no es propiamente la de jurisprudencia, em el sentido universal de la experiencia jurídica [...]".

Karl Larenz (1997) consigna que a jurisprudência ocupa uma posição pri-

vilegiada dentre as ciências jurídicas, que está intimamente ligada com as tarefas relacionadas à atividade jurídica prática. Para o autor, enquanto as demais ciências se ocupam do Direito de modo geral, a jurisprudência tem como parâmetro um ordenamento jurídico determinado. A jurisprudência leva em consideração o Direito positivo, a partir de uma tentativa de “transformar as pautas numa coexistência pacífica e de solução justa de conflitos em normas e decisões ponderadas [...]” (LARENZ, 1997, 168).

Destarte, à discussão conceitual de jurisprudência, vale trazer os preceitos de Miguel Reale. Na lição do filósofo, o vocábulo jurisprudência há de ser compreendido sob a forma de revelação do direito que desenvolve mediante o exercício da jurisdição, em virtude de uma, nas palavras do autor, “sucessão harmônica de decisões dos tribunais” (REALE, 1997, 167). Não obstante, os juízes a todo o instante estão diante de casos concretos em que estão obrigados a aplicar o direito, a fim de dar uma resposta ao conflito levado ao Poder Judiciário.

Entretanto, para amoldar o direito ao caso concreto, o juiz necessita realizar um trabalho de interpretação das normas jurídicas que, diferentemente das leis físico-matemáticas (que possuem uma estrutura e rigor que não deixam espaço a interpretações conflitantes), na maioria das vezes, admitem interpretações diversas, que vão desde as convicções pessoais à formação intelectual. Por não ser o direito uma ciência exata, mas em constante mutação, é que o direito jurisprudencial, no dizer de Miguel Reale (1997, p. 167-168), “não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência”. Portanto, para se sustentar a existência de jurisprudência em um Tribunal, “é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento” (REALE, 1997, p. 167-168).

Essa função reveladora do Direito, exercida pela jurisprudência, mesmo quando existem leis aplicáveis ao caso sub judice, torna-se ainda mais evidente no caso de lacuna no sistema legislativo, e, mais ainda, quando o juiz é autorizado a decidir por equidade. Nessas hipóteses, inexistindo dispositivo legal, o juiz edita para o caso concreto uma norma como se fosse legislador. (...) Na lacuna das leis, e havendo autorização para julgamento de equidade, pode o juiz brasileiro acrescentar um preceito aos já existentes. Essa norma valerá, entretanto, apenas para aquele caso que está sendo julgado. Muito embora os demais juízes venham a decidir de igual forma, quando surgi-

rem hipóteses correspondentes, a norma será de tipo jurisprudencial (REALE, 1997, p. 170).

Do contexto de aplicabilidade dos precedentes nasceu as regras dos precedentes, que, na lição de Marc Jacob ([s/d]), são diretrizes que estipulam como o precedente é utilizado na prática cotidiana em um determinado ordenamento jurídico. “Son instrucciones metodológicas que difieren, em naturaleza y calidad, de leyes reales que regulen los precedentes, lo que, aunque lógicamente es posible, es raro” (JACOB, [s/d], p. 676).

Los precedentes son situaciones – em um contexto jurídico, generalmente casos juzgados – en el que el asunto em cuestión ya há sido decidido en alguna parte. Ya que ellos proveen modelos em los que se pueden basar conductas futuras, los precedentes han sido denominados el “pasado utilizable”. En un sentido importante, por lo tanto, el precedente también es una forma de argumentación o de justificación empleada en el contexto de la toma de decisiones. Su estructura lógica es sencilla, pero desmiente, las muchas capas de complejidad que aquejan la materia. Cada vez que aparece la situación A la respuesta debería se B, porque A previamente fue resuelta de forma B. La expresión em bastardilla traiciona el núcleo del precedente: la coherencia em la toma de decisiones basada em el linaje histórico. El argumento es que no se pueden hacer dos cosas contradictorias. Una vez que se há reducido la Idea del precedente hasta su marco inicial, resulta evidente que el precedente no es exclusivo de la esfera jurídica, com cualquier padre exasperado puede atestiguar cuando un niño demanda um tratamiento similar al que previamente se le ha ofrecido al hermano mayor. Si éste es el caso, se da paso a la hipótesis de que el precedente juega un papel importante en todos los sistemas jurídicos. Pero determinar qué papel juega exactamente en el campo del derecho internacional es el tema de este documento (JACOB, [s/d], p. 679).

Não há confundir também as súmulas vinculantes com os precedentes judiciais, pois os precedentes, como evidenciado no decorrer da pesquisa, têm uma formação que em nada tem a ver com as súmulas vinculantes, principalmente porque estas últimas são uma criação (no caso brasileiro) de um enunciado normativo, instituído, pelo Supremo Tribunal Federal. Nota-se que inexistente similaridade entre os precedentes judiciais e as súmulas vinculantes. Frise-se que a edição de súmulas vinculantes, sem sombra de dúvidas, é inconstitucional. O problema é que se quer

reduzir o número de processos nos tribunais pátrio por via transversa e com violações claras ao texto constitucional. É preciso ter consciência de que os precedentes são construídos culturalmente, e não por imposição legislativa, e sem conhecer, realmente, os seus fundamentos.

De mais a mais se extrai, portanto, que precedente e jurisprudência e, sobretudo, as súmulas vinculantes, possuem natureza jurídica distinta, uma vez que os primeiros podem se originar da análise de apenas de um único caso levado à apreciação do Poder Judiciário, enquanto que, para a constituição da segunda, exige-se a decisão reiterada dos Tribunais de diversos casos semelhantes. Dessa feita, é possível que a jurisprudência fundamente um precedente judicial, como ocorre, por exemplo (não nos moldes da *Common Law*), com o incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Se no Brasil adotasse a técnica dos precedentes com o mesmo alcance do sistema da *Common Law*, poderia se sustentar a existência de autêntica regra precedentalista, desde que os Tribunais e juízos inferiores se autovinculassem sem a necessidade da interposição de recursos para o seu reconhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação contribuiu para a compreensão dos precedentes judiciais a partir do seu contexto político e social originário: o território inglês. Constatou-se que os precedentes judiciais possuem uma construção que acompanhou a evolução política e social da sociedade inglesa. Toda essa concepção ficou bem delineada, sobretudo, no que diz respeito às decisões judiciais e a sua aceitação social. O respeito, ademais, supera os limites da consciência e das convicções pessoais dos julgadores, pois estes, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, usam o precedente para fundamentar a sua decisão, mesmo que contrário ao seu pensamento, diferentemente do juiz brasileiro, que faz a sua decisão ser dotada de certa carga de autoridade. Essa autoridade é típica de países de democracia tardia, pois os magistrados ainda trazem em si a ideia de que fazer uso de posições dos tribunais superiores fere a “livre persuasão racional”.

Com efeito, o precedente judicial é instituto com características peculiares e não podem ser adotados no sistema processual civil brasileiro da forma como vem sendo proposta, porquanto reduz a sua dimensão político-social e jurídica. A propósito, nem os operadores do direito, de modo geral, sabem como se dá o funcionamento dos precedentes na *Common Law*, fato percebido, diariamente, ao se deparar com juízes, advogados e promotores no uso de suas atuações profissionais

para sustentar determinada posição, quando citam indiscriminadamente ementas de acórdãos como se fossem precedentes, o que não é verdade. Destarte, as posições emanadas de acórdãos devem ser analisadas na sua essência, isto é, qualitativamente, e não pela sua ementa, que, por ser apenas um resumo, não traduz de modo profundo os argumentos utilizados para se alcançar o resultado da decisão proferida.

De mais a mais, conclui-se, após esse percurso, que os precedentes judiciais têm uma carga política, cultural e valorativa peculiar, não encontrada nos institutos brasileiros. Com efeito, como afirmamos, não há confundir os precedentes judiciais com jurisprudência ou com as súmulas vinculantes, pois, usar a terminologia “precedentes judiciais” como possuindo a mesma natureza jurídica da jurisprudência, soa equivocado. Ademais, é comum, infelizmente, a importação de institutos jurídicos alienígenas sem conhecer a realidade em que é aplicada. Eis a crítica da admissão da regra dos precedentes judiciais no direito processual brasileiro sem compreender a sua dimensão jurídica e as implicações na vida da população.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial; las lagunas del derecho; la valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Librería El Foro: Buenos Aires, 2002, p. 154.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el derecho inglés**. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 12.06.2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

JACOB, Marc. **La función sistémica del precedente: perspectivas del derecho internacional**. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 12.06.2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MORINEAU, Marta. **Una introducción al common law**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Série Estudios Jurídicos, Núm. 4. México: Universidade Nacional Autónoma de México. México.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução do direito inglês e norte-americano**. Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **COMMON LAW: Introdução ao Direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto – precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. p. 798. Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 10 jun. 2013.

VANDEVELDE, Keneth J. **Pensando como um advogado: uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OS PRECEDENTES COMO INSTRUMENTO DA IGUALDADE, SEGURANÇA E EFETIVIDADE: UM ESCAPE AOS JUÍZES ROLETA-RUSSA

*Emmanuel Gustavo HADDAD
Juan Roque ABILIO*

RESUMO

Roleta-russa é um jogo no qual coloca-se no tambor do revólver uma bala e logo em seguida, apontando a arma na cabeça, roda o tambor e aperta o gatilho, não sabendo se irá disparar a arma ou não. A vivência prática acaba por ser parecida com esse jogo mostrando que não há como a sociedade prever os julgamentos do judiciário resultando em uma segurança e desigualdade na aplicação da lei. Contudo, na sistematização dos precedentes do novo código de processo civil acaba por trazer uma forma de escapar daqueles juízes roleta-russa, trazendo maior credibilidade ao judiciário o qual tem a potencialidade de tornar-se um efetivador dos direitos fundamentais e servir de ponte para o empoderamento da sociedade. Este trabalho busca tratar, desta forma, alguns pontos do sistema de precedentes em especial quanto a igualdade, segurança jurídica e efetividade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE:

Precedentes. Igualdade. Segurança.

RIASSUNTO

Roulette russe è un gioco in cui si colloca la canna della pistola un proiettile e poi subito, puntando la pistola alla testa, ruota barile e tirare il grilletto, non sapendo se il fuoco della pistola o no. L'esperienza pratica risulta essere simile a questo gioco dimostrando che non c'è società predire giudizi giuridici e conseguente sicurezza e la disuguaglianza in applicazione della legge. Tuttavia, la sistematizzazione della precedente il nuovo codice di procedura civile, solo per portare un modo per sfuggire quei giudici di roulette russa, portando maggiore

credibilità alla magistratura, che ha il potenziale per diventare un efetivador dei diritti fondamentali e di fungere da ponte verso il la società empoderamendo. Questo lavoro cerca di affrontare in questo modo, alcune parti del sistema precedente con particolare riguardo alla uguaglianza, di certezza del diritto e l'efficacia dei diritti fondamentali.

PAROLE CHIAVE

Precedent. Parità. Sicurezza.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil trouxe diversas mudanças na dogmática jurídica, em especial modo no tratamento dos precedentes judiciais.

(Re)estruturar precedentes no sistema jurídico brasileiro vai além de sua formação, sendo considerado uma nova fonte do direito, tão quão importante a lei.

A prática demonstra que, as vezes, existem subjetividades nos julgamentos dos mais diversos Tribunais e instâncias, na qual, primeiro se decide, para só então depois fundamentar, desvinculando, por vezes, do próprio sistema normativo (este compreendido mais do que a lei, tais como, jurisprudência, decretos, etc.).

Neste sentir, ter uma estruturação de precedentes, os quais vincularão e buscarão uma estabilidade, acaba por tornar lógico o sistema e previsível, dando efetividade à segurança jurídica e a igualdade, pois, não raras as vezes situações idênticas são decididas de formas diferentes, seja em momento temporal diverso, seja em comarcas diversas. O problema acaba se tornando estrutural e o gigantismo disforme do judiciário acaba gerando descrédito, desconfiança e sentimento de injustiça para com a população.

Não se nega neste trabalho a possibilidade de certo subjetivismo no momento em que se decide, em especial na busca do sentimento de justiça, o qual se bem aplicado acaba por humanizar as demandas e trazer decisões justas e adequadas, contudo, não se pode perder a visão de que o judiciário é um todo unitário e que cada juiz faz parte de algo maior, devendo pautar de forma à trazer efetividade ao jurisdicionado e mais segurança, pois, segurança jurídica não é somente voltada para atos pretéritos, mas também atos futuros, é dizer, o jurisdicionado pauta seu comportamento visando a segurança jurídica e esperando o resultado que dela virá.

Em um outro vértice nota-se que ao mesmo tempo em que se estrutura um sistema de precedente, o que irá trazer segurança e igualdade ao jurisdicionado, acaba por prestigiar a função do judiciário como fonte normativa, o qual irá juntamente com a lei responder as demandas sociais. Ademais, tendo os precedentes como nova fonte normativa acaba por trazer à sociedade efetividade a direitos fundamentais que não são regulamentas, ou se são, são de forma fraca.

É dizer, ao mesmo tempo em que há uma forma de controle da atividade judicante os precedentes também a concede força que o faz com que as lacunas (normativa, social e axiológica) da norma sejam supridas pelo judiciário, ou seja, é um caminho de duas mãos, ao mesmo tempo que se delimita e vincula, o faz expandir e o empodera.

Desta forma, busca-se no presente trabalho a reflexão quanto à função

criativa do judiciário, a história dos precedentes, a necessidade de segurança jurídica e a nova visão na qual o juiz deverá decidir, tendo-o como ponto de partida sua posição como parte integrante de um sistema que vai além de sua comarca.

Assim, refletir como os precedentes poderão atuar no cenário jurídico brasileiro, no mínimo é algo intrigante e digno de nota. Desta forma, cuidamos de analisar o processo civil em vários aspectos, mas tendo como principal foco a jurisdição, assim, o primeiro tópico deste trabalho cuida da relação do processo e da democracia, mostrando, que as relações tidas processuais acabam tendo significado mais importante do que o imaginado, podendo servir como uma atuação democrática da sociedade.

No segundo tópico, mesmo que brevemente, analisaremos as ondas renovatórias do processo civil, a fim de trazer um repertório dogmático e axiológico às evoluções do mesmo. Em um terceiro momento destaca-se a correlação entre neoprocessualismo e neoconstitucionalismo, demonstrando sua ligação e a necessidade de sua aplicação na sociedade.

No quarto tópico iniciamos a análise dos precedentes em si relacionando-os ao nosso sistema, mostrando que a atividade judicante junto com a lei acaba sendo uma arte alográfica. No quinto tópico acaba por ressaltar a função criativa da hermenêutica e sua ligação com a criação dos precedentes, mostrando que por vezes o direito não é criado através da lei, mas também através da própria jurisprudência.

No sexto e sétimo tópicos, que são os mais importantes, o primeiro mostra como que os precedentes têm a força de efetivar os direitos fundamentais e o segundo correlaciona-o com a igualdade e a segurança jurídica.

No tópico oitavo se traz alguns exemplos dos vários que se podem ter em nossos tribunais. No nono, caminhando para conclusão traçamos breves comentários como deve portar-se o juiz frente aos precedentes.

1. PROCESSO E DEMOCRACIA

A ligação entre democracia e processo se mostra forte quando nos deparamos com uma ineficiência da prestação jurisdicional e a inefetividade das decisões judiciais. A democracia, como ressalta José Afonso da Silva, não é tão somente a formação de instituições representativas capazes de captar a vontade popular, na verdade é “um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas susce-

tíveis de favorecer o seu exercício”¹.

Num estágio avançado, conclui-se que os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito encontram-se indissociável, desta forma, deve-se garantir ao povo mecanismos de controle das decisões estatais, propiciando-se real participação nas decisões políticas.

Um dos principais mecanismos da democracia, ou melhor efetividade da democracia, com possibilidade de maior abrangência, encontra-se por meio do judiciário, o qual, permite à população, através do princípio da inafastabilidade de jurisdição, o acesso às tomadas de decisão e a efetividade de direitos previstos na Constituição.

Desta forma Levi Tomé (2013, pg. 29) diz que o escopo da jurisdição e do processo não é tão somente para a aplicação do direito ao caso concreto, tendo outros escopos nobres relacionado ao social e político.

2. AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO PROCESSO CIVIL

José Roberto dos Santos Bedaque liga o acesso à justiça à efetividade e ressalta a preocupação dos processualistas em propor soluções destinadas a eliminar as barreiras do acesso à justiça².

Conforme Cappelletti (1988, pg. 09) acesso à justiça seria o “direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”, segundo o mesmo autor, tem-se três ondas que buscam alcançar o acesso à justiça.

A primeira se caracteriza pela pobreza, cujo alto custo dos processos, tornam-o um grande impedimento do jurisdicionado se socorrer à Justiça. Para sanar este impedimento criou-se: O Sistema Judicare³; O Advogado Remunerado Pelos Cofres Públicos.

Dessa forma, buscou-se o acesso à justiça para os pobres, criando mecanismos para que todo cidadão possa ter acesso à justiça, pois, conforme ressalta

¹ SILVA, 2001, pg. 123/124

² BEDAQUE, 1999, pg. 04 apud CAMARGO, 2010, pg. 48.

³ Usado na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental, consiste num “sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado” (CAPPELLETTI, 1988, p. 35).

Cassio Scarpinella Bueno “a marginalização destas pessoas do sistema judiciário significa, de uma só vez, sua marginalização do próprio sistema jurídico considerado como um todo, porque, sem a adequada proteção jurisdicional, sem condições efetivas de realização concreta dos direitos, é, até mesmo, difícil distinguir o plano do direito material de meras listas declaratórias de direito” (BUENO, 2014, p. 88).

Cumprindo com esta primeira onda, a justiça brasileira inseriu o pedido de justiça gratuita, embasado primordialmente no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que expressamente promete assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Contudo, vale ressaltar que, conforme dito acima, esta onda e este dispositivo constitucional têm um viés social, ou seja, busca o acesso à justiça de quem realmente dela necessitar.

A segunda onda se caracteriza pelo trato dos direitos difusos, o qual busca uma proteção além de autor e réu singularmente considerados.

A terceira onda busca a celeridade, que coloca o processo como um verdadeiro realizador do direito material, nas palavras do Excelentíssimo Senhor Desembargador José Guilherme, é sintetizada da seguinte forma: “o processo civil foi atingido nos últimos anos por ondas renovatórias, que visam conferir ao processo maior efetividade, celeridade, de modo que hodiernamente deve prevalecer o denominado princípio do resultado” (TJ-DF, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 02/07/2014, 3ª Turma Cível).

Assim, busca-se a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, bem como a flexibilização do judiciário, enquadrando-se perfeitamente a instrumentalidade das formas, divulgando-se completamente, a vitória do fim sobre o meio, a vitória de Maquiável sobre a doutrina cristã, nas palavras de Cappelletti “o novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além” (CAPPELLETT, 1988, p. 67).

Neste caminhar, interessante o posicionamento de Cássio Scarpinella que afirma:

Os escopos sociais relacionam-se intimamente com a ideia de justiça, de paz social, de apaziguação, de permitir aos cidadãos e à sociedade como um todo as fruições garantidas desde o plano do direito material. Na análise dos escopos sociais do processo, não há como perder de vista que o fundamento último do direito – e isto é expresso na Constituição brasileira, em seu art. 1º, III, e no art. 3º, I, III e IV – é a dignidade da pessoa humana. Ao pro-

cesso que é, considerado em si mesmo, método de atuação do Estado, não resta outra alternativa que não a de atingir aquelas finalidades, que caracterizam o modelo de Estado traçado pela Constituição Federal. (BUENO, 2014, p. 91).

E continua:

Os escopos políticos, de seu turno, trazem à tona a necessidade de o Estado-juiz, na sua atuação, ter condições de afirmar a sua autoridade, o seu poder perante a sociedade, poder este, contudo, que no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988 não é ilimitado mas, muito pelo contrário, mitigado e vinculado ao atingimento de finalidades públicas, finalidades do próprio Estado e estranhas aos exercentes da autoridade, do poder, em nome do Estado. Por isto que na compreensão do “escopo político” do processo não há como deixar de lado as preocupações tão clássicas e tradicionais como indispensáveis da “liberdade” dos indivíduos (“direitos subjetivos públicos”, assim entendidos os direitos dos cidadãos exigíveis do próprio Estado) e, mais amplamente, a ampla possibilidade (e necessidade) de participação dos destinatários da atuação do Estado nesta própria atuação. Seja como forma de verificar em que medida os limites inerentes à atuação do próprio Estado estão sendo devidamente observados mas, mais do que isto, como forma de viabilizar – e isto se relaciona intimamente com o atingimento dos escopos sociais do processo – um maior consenso com a produção da decisão do Estado-juiz. (BUENO, 2014, p.92).

No mesmo sentido Alexandre Câmara aduz:

Trata-se de um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça. O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos. Além disso, passa-se a privilegiar o consumidor do serviço prestado pelo Estado quando do exercício da função jurisdicional, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. (CÂMARA, 2011, p. 210).

Desta forma, pode-se concluir que, nesta nova visão de processo, seu objetivo se tornou a realização fática do direito, atendendo ao clamor social e político de nossa era, sendo necessária uma nova releitura dos institutos processuais, focando-se na teleologia, pois conforme ressalta Scarpinella “de nada adianta fixar como metas a realização dos escopos social e político se os meios de atingimento daquelas finalidades ficam aquém das possibilidades e das necessidades concretas” (BUENO, 2014, p. 92), em outras palavras é buscar a efetividade, que nos dizeres de Miguel Reale:

A eficácia se refere, pois, à aplicação ou execução da norma jurídica, ou por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade. (REALE, 2002, p. 112).

Nasce desta forma o princípio da efetividade, no qual o direito deve ser reconhecido, mas, além disso, ser efetivado⁴.

3. NEOPROCESSUALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoprocessualismo⁵ e neoconstitucionalismo encontram-se umbilicalmente ligados, sendo que, o estudo de um, inevitavelmente irá levar ao estudo do outro, tendo isto em mente, propõe-se um estudo em conjunto.

O marco histórico do neoconstitucionalismo liga-se aos horrores vivenciados durante a segunda grande guerra. Desta forma, busca-se a consolidação do Estado Democrático de Direito centralizando os Direitos Fundamentais, reaproximando, assim, a ética e o direito.

Em um momento de fracassos e superações, o primeiro do positivismo jurídico e o segundo do jusnaturalismo, abriram uma reflexão acerca do Direito, sua função social e a interpretação do mesmo. Os ideais do pós-positivismo, trouxeram, a ideia de ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, ou seja, uma verdadeira releitura moral do Direito.

Neste movimento pós-guerra trouxe um repensar do direito processual civil, que traz a noção de fase instrumental do processo, aproximando o direito material com o processual, como ressalta Ricardo Augusto Herzl (2012, pg. 11), houve uma verdadeira ampliação do conceito de processo, o qual, passou a ser

⁵ Ou, nas palavras do professor Fredie Didier, positivismo jurídico reconstruído.

visto como um ato jurídico complexo resultante da aplicação de princípios constitucionais sobre uma base procedimental, instrumentalizando o direito material e proporcionando a satisfação de direitos fundamentais.

A busca da justiça ao caso concreto deu-se através da força normativa da Constituição, cabendo ao Judiciário, suprir os abusos cometidos pela ação ou omissão do legislador (MENDES e BRANCO, 2012, pg. 50).

A dignidade da pessoa humana, neste contexto, acaba por se tornar um verdadeiro filtro, pois, como epicentro axiológico constitucional, acabou por ser o centro não só da constituição, mas também de todo sistema jurídico em si.

No mesmo sentido, a norma em si necessitou de mudanças, recorrendo-se à técnica de cláusulas gerais, que propiciou ao juiz, através da interpretação, realizar a justiça ao caso concreto, contudo, não somente ao juiz lhe fora dirigida tal técnica, pois, todos se tornam co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as várias soluções possíveis⁶.

Assim, somente num caso concreto tornar-se-ia visível a argumentação jurídica, vale dizer, conteúdos abstratos, tais como o conceito de dignidade humana, somente no caso concreto é que se poderia descobrir seu real sentido, desta forma, portanto, o processo judicial e a atividade das partes e do juiz, assumem papel fundamental na realização de valores constitucionais e legais, esta é a visão do neoprocessualismo.

Nesta constitucionalização do processo, o neoconstitucionalismo serviu como um verdadeiro catalisador na transformação do direito processual, não se admitindo atualmente ver o processo como uma simples relação jurídica, pois, tem que somar a observância dos direitos fundamentais como base procedimental e ultrapassar limites que limitam a atividade jurisdicional (processo sem jurisdição), nas palavras do professor Fredie a “aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico” (2015, pg. 45).

Assim, retira-se o mito do legislador positivo (pensamento iluminista), no qual ao juiz cabia tão somente declarar a lei, tendo agora o legislador negativo, no qual, cabe ao juiz valorar o caso concreto, sendo que a sentença acaba sendo o resultado da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas, não sendo mais uma lógica formal (produto de um raciocínio matemático ou silogístico), nem com o intuito de se criar um preceito legal casuístico e disso-

⁶ BARROSO, p. 12.

ciado do ordenamento jurídico, mas, dentro das amplas molduras traçadas pela Constituição, o qual, permite, mediante a valoração específica do caso concreto, à solução mais justa dentre as possíveis (CAMBI, pg. 16).

4. PRECEDENTES BREVES NOÇÕES

A atividade judicante, com os métodos hermenêuticos interpretativos, é uma verdadeira arte alográfica, isto quer dizer que a atividade criativa do juiz faz concretizar valores e normas num caso concreto.

Os sistemas de precedentes têm como escopo valorizar esta atividade, concedendo a determinadas orientações jurisprudenciais a eficácia normativa da criatividade do julgador em sua função jurisdicional.

Em decorrência do sistema cláusulas gerais⁷, fez com que a atividade criativa do órgão judicante seja cada vez mais chamada a interferir ativamente na (re) construção do ordenamento jurídico, partindo da solução de problemas concretos.

Soma-se a esta atividade, a crescente necessidade de segurança jurídica nas decisões tomadas pelo judiciário, bem como, ante a complexidade da sociedade e a crescente litigiosidade experimentada nas últimas décadas, em especial às demandas coletivas (*lato sensu*) e o clemente do povo por soluções ágeis e tempestivas do direito.

Cada tipo de precedente possui uma eficácia jurídica diferente, dependendo sempre da *ratio decidendi*.

Note-se que, em nosso sistema, os precedentes judiciais têm aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, e mais, um mesmo precedente pode produzir um, alguns ou todos os efeitos jurídicos.

No Brasil, visualiza-se seis tipos de efeitos jurídicos, a saber: vinculantes; persuasivo; obstativo da revisão de decisões; autorizante; rescidente e de revisão da sentença.

Os primeiros, precedentes vinculantes, são aqueles dotados de autoridade vinculante, quer dizer, em situações análogas terá que se aplicar o mesmo enten-

⁷ Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa (...). A técnica das "cláusulas gerais" contrapõe-se à técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobre maneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies. (DIDIER JR., vol. 01, 2015, p. 51).

dimento esposado no precedente base.

Assim, se caso “X” é decidido com a *ratio decidendi* “x”, com uma situação problema “xy” se transforma em um precedente vinculante, quando vir um caso “Y” com uma situação problema “xy”, deve-se aplicar “x”.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior:

Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação. (DIDIER JR, 2015, vol. 02, p. 455).

Observa-se que, quando um precedente é vinculante, ele abrange os demais efeitos (persuasivo; obstativo da revisão de decisões; autorizante; rescidente e de revisão da sentença), pois, indubitavelmente, este efeito é o mais intenso entre todos eles.

Diante de um precedente vinculante (de observância obrigatória), os juízes e os tribunais devem conhecê-los de ofício, ou seja, independentemente de provocação, sob pena de omissão e denegação de justiça. Contudo, isto não quer dizer que como um “zap” de jogo de baralho, o juiz ou tribunal deve jogá-lo de surpresa. Em conformidade com o novo Código Adjetivo Civil, o magistrado deve ouvir antes as partes a seu respeito. Por fim, por força do artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, a decisão que deixar de conhecer o precedente será omissa atacável via embargos de declaração.

Dando continuidade, outro efeito do precedente é o efeito persuasivo (*persuasive precedent*), o qual, por si só, não tem eficácia vinculante, possuindo apenas força de convencimento (persuasão), constituindo um “indício” de uma solução racional e socialmente adequada.

Ao dizer que o efeito persuasivo não possui eficácia vinculante, não se pode afirmar o seu contrário, pois, como visto acima, o precedente vinculante também é dotado de efeito persuasivo, ou seja, além dele ser obrigatória sua observância, também serve como argumentação de que a decisão está correta (racional e socialmente adequada).

O efeito persuasivo é a eficácia mínima de todo precedente, pois é o mínimo a se esperar de um precedente, visto que ao menos ele tem que servir de argumentação. Normalmente, na prática, é o mais utilizado.

Observa-se que há momentos que o próprio legislador reconhece a autoridade desse tipo de precedente, ao admitir a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência, tais como, os embargos de divergência (CPC, art. 1.043) e o recurso especial fundado em divergência (CPC, art.1.029, §1º e art. 105, 111, “c” da CF).

Outro efeito que o precedente pode ter é o de obstar a revisão de decisões, quer dizer, ele poderá tanto não admitir a demanda, recurso ou a remessa necessária, bem como negar no mérito de plano da postulação. Pode-se afirmar, também, que este precedente é um corolário do efeito vinculante, pois, se um precedente está a vincular a decisão “xy”, o caso Y com fato ou direito “xy”, poderá de plano ser obstado.

O efeito obstativo (assim como os outros tipos eficácias que se seguem) não deixa de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes. Em algumas situações, o legislador permite que o órgão jurisdicional negue provimento (ou seguimento) a determinados recursos ou dispense a remessa necessária quando estiverem eles em conflito com precedentes judiciais - jurisprudência ou súmula que a partir deles se constitua -, sobretudo com aqueles emanados das cortes superiores.

Exemplos disso são os arts. 496, §4o, e 932, IV, do CPC, e o art. 894, 11, e §3o, I, CLT. Há, nesses casos, uma espécie de vinculação do órgão competente, seja no ato de apreciação recursal, seja na análise da possibilidade de exercício de duplo grau obrigatório, às diretrizes já lançadas em precedentes anteriores, de modo que este órgão fica autorizado a negar provimento a tais recursos ou dispensar a remessa necessária. Em ambos os casos, há um óbice à revisão da decisão. (DIDIER JR, 2015, vol. 02, p.457).

Quanto à autorização da denegação de plano, continua Fredie:

Isso se observa, por exemplo, quando: i) os precedentes formados no julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência e enunciados de súmula (do STF, STJ ou de TJ sobre direito local) autorizam a improcedência liminar da demanda (art. 332, CPC); ii) há previsão de negativa de provimento a recurso por contrariar precedente ou enunciado de súmula (932, IV, CPC) - caso em que o precedente ou súmula são simultaneamente obstativos; e também quando iii) a aplicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos conduz à inadmissão dos demais recursos sobrestados pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que serão considerados prejudicados se o

acórdão recorrido coincidir com orientação do tribunal superior (art. 1040, I, CPC). (DIDIER JR, 2015, vol. 02, p. 457-458).

Por outro lado, tem-se o precedente com eficácia autorizante, é dizer o inverso do obstativo e denegatório, visto que este faz com que se autorize a admissão ou acolhimento de ato postulatório.

O precedente pode ter a eficácia rescidente ou deseficacizante, quando tem aptidão de rescindir ou retirar a eficácia de uma decisão judicial com trânsito em julgado. Por fim, tem-se o efeito de revisão, ocorrendo quando se autoriza uma ação de revisão de coisa julgada a qual diga respeito a uma relação jurídica sucessiva.

5. A FUNÇÃO DA HERMENÊUTICA NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO

Vigo (2005, pg. 35) ressalta que a interpretação jurídica passa num momento de esplendor, em especial a partir das duas últimas décadas do século XX, tendo como base de sua afirmação o fato de que boa parte da bibliografia jusfilosófica está voltado à mesma, com vistas, à tentativa de solucionar os problemas.

Govea (1980, pg. 08) afirma que a lei é destinada a fixar uma relação de direito e a fim de conseguir tal resultado na prática deve-se buscar a compreensão do espírito da lei.

Pois bem, interpretar a lei, para nós, vai muito além da simples descobertas das palavras, mas sim, é uma forma de (re)construção do direito, fazendo-o ganhar vida. Juarez Freitas (2000, pg. 59) diz que ao interpretar confere ao texto “vida e realidade”, desta forma, ao aplicar o direito ao caso concreto, buscando uma justiça social e a resolução dos conflitos, está a realmente interpretar a lei.

Assim, explica o referido autor:

No plano fático, não faz qualquer sentido imaginar que o intérprete constitucional - e, numa certa medida, todo juiz o é - obtenha êxito operando apenas com modelos de subsunção lógico-formal. O melhor caminho, em termos contemporâneos, está em escolher, acertadamente, as premissas adequadas e necessárias ao longo da jornada de compreensão-decisão, processo que, em essência, gradamerianamente, jamais deve experimentar um corte rígido, sob pena de ser uma abordagem infiel ao mundo real. (FREITAS, 2000, p. 61).

A fim de aclarar a função hermenêutica no direito, traz a lume dois tipos

de artes, quais sejam: as alográficas⁸ e as autográficas⁹.

As primeiras somente se concluem com a fusão da arte com seu destinatário (o interprete), como ocorre no teatro e na música. Nas segundas a arte está pronta e acabada, como ocorre na pintura e no romance.

Neste diálogo com as artes, Eros Grau, afirma que:

O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. (2006, p. 31).

Nisto resulta a criação de um novo sentido, agora, do metafísico ao físico, do imaginário ao real.

São colocados nas mãos do aplicador e do arquiteto do direito problemas, situações e litígios, os quais precisam ser resolvidos, e numa forma alográfico e não autográfico, constrói-se a solução para o caso concreto, a partir do texto legislativo.

Note-se que aqui o procedimento de leitura se diferencia de qualquer outro tipo de leitura¹⁰, pois o aplicador do direito deve dialogar e raciocinar (ou melhor, ruminar) junto aos textos (leis, jurisprudência, doutrina) e criar seu próprio texto, seu próprio raciocínio, para uma melhor aplicação do direito.

Com isso não se chega à ruminação: mas é só por meio dela que

⁸“O regime alográfico, ao contrário, abrange apenas as obras cuja identidade não se define pela sua própria história material de produção e portanto não depende do corpo do artista ou de quem quer que seja. A inscrição física da obra no mundo (o “grafo”) pode ser aqui executada, em síntese, por qualquer aparelho produtivo, aí incluído o corpo do Outro (o “alo”) – de onde se deduz, é evidente, o termo “alográfico”. A poesia ou a arquitetura seriam aqui bons exemplos desse regime, já que um poeta não precisa escrever de próprio punho a sua poesia, assim como um arquiteto está dispensado da obrigação de rebocar pessoalmente as paredes de seus prédios.” (FREITAS, 2013, p. 21).

⁹“A pintura, de acordo com Nelson Goodman, é o exemplo mais claro de arte tipicamente autográfica. Nesses termos, uma pintura passa a ser entendida como um objeto material, único, ostensivamente visual e sobretudo autêntico, ou seja, formado por vestígios físicos que remontam, de algum modo, às ações do corpo do artista ou à sua ordem. Por outras palavras, uma pintura não é outra coisa senão o produto final de sua própria história de produção, um acúmulo de gestos materiais sobre um suporte, do mesmo modo que um autógrafo é o resultado do gesto de assinar de próprio punho, com certa caneta, em determinado papel e assim por diante” (FREITAS, 2013, p. 21).

¹⁰ Uma leitura comum é um processo ao mesmo tempo de enriquecimento informativo, mas, levado a leitura pela simples leitura, transforma-se num processo emburrecedor, conforme afirma Schopenhauer “Quando lemos, outra pessoa pensa por nós: apenas repetimos seu processo mental, do mesmo modo que um estudante, ao aprender a escrever, refaz com a pena os traços que seu professor fizera a lápis. Quando lemos, somos dispensados em grande parte do trabalho de pensar (...) passa o tempo sem pensar nada, perde gradativamente a capacidade de pensar por si mesmo -como alguém que, de tanto cavalgar, acabasse desaprendendo a andar.” (2009, p. 127/128).

nos apropriamos do que foi lido, assim como as refeições não nos alimentam quando comemos, e sim quando digerimos. Em contrapartida, se alguém lê continuamente, sem parar para pensar, o que foi lido não cria raízes e se perde em grande parte. Em todo caso, com o alimento espiritual ocorre a mesma coisa que com o corporal: só a quinquagésima parte do que alguém absorve é assimilada, o resto se perde pela transpiração, respiração e, assim por diante. (SCHOPENHAUER, 2009, p. 128).

Por óbvio, não está a se defender o subjetivismo, mas também não está a negá-lo, explica-se, sentir o pulsar do processo é humanizá-lo e não torná-lo mero número, é sentir e buscar uma decisão mais consciente com seus resultados, não somente no que diz respeito à conclusão jurídica e à sua boa ou má aplicação (num sentido lógico técnico), mas, sobretudo, seus efeitos práticos, sociais e/ou individuais.

A função criativa da jurisprudência é inegável, como por exemplo a criação e aplicação da tese da supralegalidade das normas (tratados) internacionais de direitos humanos, neste sentido constatamos que esta tese somente é aplicável graças a uma criação doutrinária e jurisprudencial.

Para tanto, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram a tese de que há no direito brasileiro a necessidade de verificação de uma dupla compatibilidade vertical de normas, segundo a qual, a norma infraconstitucional deve estar em conformidade com o texto da Constituição Federal e com o conteúdo dos tratados internacionais sobre direitos humanos. (ABILIO e SILVA, 2013, pg. 06).

Assim, a função da hermenêutica no direito é humanizá-lo a fim de concedê-lo maiores resultados positivos à sociedade e também criadora, sendo parte integrante do todo que se chama direito.

6. OS PRECEDENTES COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Observa-se que os direitos fundamentais possuem uma eficácia vinculante para todas as funções do Estado, seja executivo, legislativo ou judiciário.

Em especial ao poder judiciário, além de uma vinculação com o seu procedimento, se mostra apto à fazer cumprir a vinculação nas outras funções, é dizer, ao judiciário poderá atuar como guardião da realização dos direitos fundamentais pelo executivo e legislativo, tendo como uma atuação, tanto no que concerne ao controle de constitucionalidade dos atos dos outros poderes que vão de encontro

aos direitos fundamentais, tanto no que concerne à realização dos mesmos.

Desta forma, pode-se afirmar que ao poder judiciário, em especial na sua Jurisdição Constitucional, acaba por definir para si e para os demais poderes o conteúdo e sentido correto dos direitos fundamentais, bem como, sua efetivação.

Neste sentido, citando Jorge Miranda, o professor Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico” (2010, pg. 373), fazendo que a interpretação seja à luz dos direitos fundamentais, ou seja, mesmo que não se aplique de forma direta os direitos fundamentais, deve-se aplicar de forma reflexa.

Assim, pode-se concluir que os direitos fundamentais acabam tendo duas funções, a negativa e a positiva. Por função negativa pode-se destacar o controle de constitucionalidade das normas e atos, e positiva em sua concepção de máxima efetividade.

Observa-se que essa aplicabilidade não se deve dar somente no âmbito do direito público, até mesmo no direito privado ela se mostra presente, se tornando um verdadeiro “parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito” (SARLET, 2010, pg. 373).

O caso se torna emblemático quando se leva em conta os direitos fundamentais prestacionais, visto que, os de cunho de defesa acabam por se tornarem menos trabalhosos, pois, os primeiros necessitam de uma gama de fatores, que por vezes não ligam à constitucionalidade ou legalidade da lei.

O problema se intensifica se levar em conta a possibilidade de o juiz ou tribunal acabar a legislar ou administrar sobre o caso concreto, ferindo de morte a tripartição de poderes.

Sem se aprofundar no assunto, conclui-se que, se todos os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais, os quais, por força da Constituição têm aplicabilidade imediata e direta, não pode o Estado se escusar de aplicá-lo por falta de legislação neste sentido, aliás, acabaria o mesmo se beneficiando de sua própria torpeza. Desta forma, o judiciário não estaria a usurpar os outros poderes, mas sim, fazê-los efetivar direitos que, consoante a nossa Constituição, deveriam ter sido efetivado.

Assim, os precedentes acabam por ganhar destaque, visto que, ao se estruturar um precedente a favor dos direitos fundamentais, acabaria por suprir eventuais omissões dos outros poderes, além, de garantir isonomia e segurança jurídica ao jurisdicionado.

7. OS PRECEDENTES COMO FORMA DA SEGURANÇA JURÍDICA E IGUALDADE

A igualdade é tida como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, ou seja, o “centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica” (BONAVIDES, 2006, p. 376), que assegura às partes a paridade de tratamento no curso do processo, consistente na máxima aristotélica de “tratar todos iguais na medida de sua igualdade e desiguais na medida de suas desigualdades”, ou seja, procura-se a igualdade substancial e não a meramente formal¹¹. Assim, o Estado tem a necessidade de desenvolver instrumentos capazes de assegurar tal máxima.

A fim de garantir a isonomia, um dos movimentos foi a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual, dentre os outros escopos, tinha o de viabilizar a eficácia do princípio da isonomia, surgindo num tempo no qual o judiciário já se encontrava abarrotado de demandas em decorrência da massificação da sociedade e as demandas em massa, ou seja, com situações fáticas e jurídica semelhantes¹². Desta forma, segundo visão de Celso Antônio Bandeira de Melo, a sociedade da forma que se encontra (período de extremo capitalismo e consumo) fez com que surgissem situações jurídicas homogêneas e conflitos isomórficos¹³.

Desta forma, mostram-se ao judiciário diversas causas repetitivas, oriundas de situações fáticas e de direito comuns, nas quais, nesta massificação, a cada local decide-se de forma diversa, ferindo de morte o princípio da isonomia, pois, se “A” tem uma situação “x” o Estado-Juiz ora julga “y” ora julga “z”, pairando a desconfiança quanto à própria resposta estatal, a qual se transforma num verdadeiro jogo.

Outro pilar do Estado democrático de direito é o princípio da segurança jurídica¹⁴, o qual, igualmente, possui índole constitucional.

Assim, pela segurança jurídica o Estado deve balizar seu entendimento em decisões justas e uniformes, visto que os comportamentos (tanto pretéritos e futuros) são influenciados pelo Poder Judiciário, neste sentido ensina Canotilho quanto à estabilidade e à previsibilidade das decisões:

¹¹ ALVIM; THAMAY; GRANADO, 2014, p. 30.

¹² GARCIA, 2011, p. 15.

¹³ 2011, p. 38.

¹⁴ SILVA, 2008, p. 433.

(1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica: uma vez adoptadas na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes. (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos. (1996, p. 375).

Desta forma, a estabilidade das decisões judiciais se pode definir como a continuidade e segurança, ou seja, em sua falta, a sociedade não mais se sentirá confiável na prestação jurisdicional. Não adianta conhecer as normas jurídicas, sem saber sua interpretação e aplicação. Nota-se que com uma jurisprudência estável acaba por gerar segurança jurídica e igualdade, pois, a primeira faz com que a sociedade saiba qual a resposta para o caso posto em julgamento e a segunda faz com que casos iguais sejam julgados de forma igualitária, assim, acaba trazendo maior confiabilidade ao jurisdicionado. Neste sentido, em reflexão à desconfiança dos jurisdicionados, José Carlos Barbosa Moreira argumenta:

há uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variações das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito – que não seria posta em xeque, muito ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais – e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional. (2009, p. 04/05).

Desta forma, com um sistema de precedentes acaba por trazer maior segurança jurídica e consequentemente igualdade na aplicação da lei.

8. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

8.1 DANO MORAL PRESUMIDO NA COBRANÇA DE SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS

As turmas recursais do Tribunal de Justiça do Paraná firmaram o entendimento, sumulando-o, que a cobrança de serviços não contratados gera dano moral

presumido, confira-se:

Enunciado N.º 1.8- Cobrança de serviço não solicitado – dano moral - devolução em dobro: **A disponibilização e cobrança por serviços não solicitados pelo usuário caracteriza prática abusiva, comportando indenização por dano moral** e, se tiver havido pagamento, restituição em dobro, invertendo-se o ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, visto que não se pode impor ao consumidor a prova de fato negativo.

Contudo, a mesma turma recursal invocando uma súmula não aplicável à espécie decidiram por várias vezes que não geraria dano moral, conforme se exemplifica:

RECURSO INOMINADO. TELEFONIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COBRANÇA INDEVIDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. **INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL**. MERA COBRANÇA INDEVIDA. ENUNCIADO 12.10 DAS TRR/PR. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-PR - RI: 000764664201581600180 PR 0007646-64.2015.8.16.0018/0 (Acórdão), Relator: Vivian Cristiane Eisenberg de Almeida Sobreiro, Data de Julgamento: 25/02/2016, 4ª Turma Recursal em Regime de Exceção, Data de Publicação: 02/03/2016).

8.2 DEVOLUÇÃO EM DOBRO POR SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS E EFETIVAMENTE PAGOS

Da mesma forma que no tópico anterior a devolução em dobro encontra-se de forma controversa:

“A aplicação da sanção prevista nos arts. 940 do CC e 42 do CDC - pagamento em dobro por dívida já paga ou pagamento equivalente a valor superior do que é devido - **depende da demonstração de má-fé, dolo ou malícia, por parte do credor.**” (TJPR - 17ª C.Cível - AC 980.296-8 - Cascavel - Rel.: Lauri Caetano da Silva - Unânime - J. 27.02.2013).

Enunciado N.º 1.8- Cobrança de serviço não solicitado – dano moral - devolução em dobro: A disponibilização e cobrança por serviços não solicitados pelo usuário caracteriza prática abusiva, comportando indenização por dano moral e, se **tiver havido pagamento, restituição em dobro**, invertendo-se o ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, visto que não se pode impor ao consumidor a prova de fato negativo.

8.3 GRATUIDADE DE JUSTIÇA EM AÇÃO DE ALIMENTOS

Outra discussão também entre os tribunais é saber se o menor que entra com ação poderá gozar da gratuidade, observa-se que há dois entendimentos, o primeiro que sendo o menor desempregado, sem renda, ou sem bens deve-se deferir a gratuidade, pouco importando a condição econômica de seu genitor(a) que o representa/assiste, exemplifica-se o entendimento com a ementa abaixo:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. **PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE POBREZA. DESNECESSIDADE. MENOR DE IDADE QUE NÃO TRABALHA. AUSÊNCIA DE RENDA.** (TJ-DF - AGI: 20140020028296 DF 0002841-11.2014.8.07.0000, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 21/05/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/05/2014).

Contudo, há outro entendimento de que deve ser analisado a situação financeira do representante/assistente legal.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPUGNAÇÃO. CABIMENTO. 1. A gratuidade constitui exceção dentro do sistema judiciário pátrio e o benefício deve ser deferido àqueles que são necessitados, na acepção legal. 2. Procede a impugnação ao benefício da assistência judiciária gratuita quando o impugnante demonstra, de forma segura, as efetivas condições econômicas das beneficiárias, de forma a afastar a alegada condição de necessidade. 3. Tratando-se de ação de alimentos, **as condições financeiras da genitora das menores deve ser examinada, pois o padrão de vida por elas ostentado também é proporcionado por sua representante legal.** Recurso provido. (TJ-RS - AC: 70053776340 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 08/05/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/05/2013)

8.4 O CASO DO HC 126.292

Em 17 de fevereiro de 2016, através do julgamento do HC 126292, o STF alterou o entendimento de trânsito em julgado da sentença penal condenatória excluindo o conceito dos recursos constitucionais (extraordinário e especial) como forma a impedir o trânsito em julgado, possibilitando assim o início da execução da

pena. Para conseguir tal proeza, a corte, procedeu com invocações ao direito comparado, contudo, a aplicação do mesmo dever-se-ia ser dado de uma forma mais cautelosa, conforme menciona Fauzi Hasson Choukr.

E, invocações do direito comparado, especialmente o estadunidense, precisam ser feitas com cautela posto que lá a imensa maioria dos casos se resolve pelos mecanismos do *plea bargaining*, muitas vezes condicionado ao não exercício do recurso e os demais ordenamentos normalmente empregados estão submetidos às bases convencionais acima mencionadas, cujo texto permite que se fale não em “execução provisória”, terminologia de resto descabida, mas, sim, em execução de pena após certo percurso do devido processo legal que, obediente ao duplo grau de jurisdição, se contenta com mecanismo mais enxuto e, potencialmente, mais racional. (2016, p. 01).

Ademais, em argumento, afirmou o STF que os recursos constitucionais “não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória (...) Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”, contudo, não obstante os recursos em comento não terem o condão de declarar a culpabilidade do acusado, o texto constitucional é mais amplo do que a mera declaração de culpabilidade, veja, que o mesmo diz *trânsito em julgado*, diferente do que ocorre na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, neste sentido:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório). (LIMA, 2012, p. 11).

De forma pontual Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino afirmam:

Desse modo, embora o recurso especial (perante o STJ) e o recurso extraordinário (perante o STF) não possuam efeito suspensivo, a interposição deles assegura ao réu o direito de permanecer em

liberdade até o trânsito em julgado da sentença. (2015, p. 198).

O que se indigna é que o próprio Ministro Gilmar Mendes se contrapõe no seu voto em seus ensinamentos o qual já afirmou outrora que:

Tem sido rico o debate sobre o significado da garantia de presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal. (2015, p. 539)

(...)

Nessa linha, não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade o cumprimento da pena que não esteja fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado. (2015, p. 543)

E mais, em 2011, o ministro Cezar Peluso apresentou a PEC dos Recursos, a qual objetivava reduzir o número de recursos ao STF e ao STJ, dando mais agilidade às execuções de segunda instância, na época, a OAB e vários juristas se manifestaram contra a proposta. Esta PEC não prosperou no Legislativo, o qual cabia esta função legiferante, contudo, com o julgamento mostrou ir de encontro à vontade do órgão usurpado, é dizer, se o próprio legislativo, o qual constitucionalmente tem a função de Emendar a Constituição, não quis prosperar a mudança, quem dirá aquele que somente tem a legitimidade de interpretar a Constituição e resguardar sua força e observância.

Em resumo, mostrou o próprio STF não seguiu seus precedentes e sem um *overruling* mudou seu entendimento de forma abrupta.

8.5 PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES DE DEMURRAGE

As ações denominadas demurrage que seriam aquelas de contratos de transporte marítimo, para a dúvida de qual seria o prazo prescricional aplicado à cobrança da estadia de contêineres, confere-se alguns julgados.

RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE MARÍTIMO. “DEMURRAGE”. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINER. **PRESCRIÇÃO ANUAL. APLICAÇÃO DO ART. 22 DA LEI 9.611/98. INVIALIBILIDADE DE SE ESTABELECEER PRAZOS PRESCRICIONAIS DISTINTOS PARA O TRANSPORTE MULTIMODAL E PARA O UNIMODAL. (STJ - REsp: 1355095 SP 2012/0246689-5, Re-**

lator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 09/12/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2015)

TRANSPORTE MARÍTIMO - AÇÃO DE COBRANÇA DE SOBREESTADIA (DEMURRAGE) DE CONTÊINERES - PRESCRIÇÃO - Sentença de indeferimento da petição inicial com fulcro no CPC, artigos 295, IV, c.c. 269, IV, no reconhecimento da prescrição anual prevista no artigo 22 da Lei número 9.611/98 que regra o transporte multimodal - Inaplicabilidade - Modalidade de transporte marítimo unimodal - Prazo de prescrição de entendimento jurisprudencial consolidado neste Egrégio Tribunal de Justiça quando do julgamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência pela Turma Especial do Direito Privado II de que a prescrição é regida pelo **prazo quinquenal** previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil quando de previsão contratual da taxa de atraso ou decenal à falta de previsão - Termo de responsabilidade com expressa previsão sobre as regras da devolução de contêiner contendo os prazos e valores da sobreestadia - Ação de cobrança ajuizada dentro do quinquídio - Prescrição afastada - Sentença desconstituída para regular processamento da ação em seus ulteriores termos - Recurso provido. (TJ-SP - APL: 00325647820128260562 SP 0032564-78.2012.8.26.0562, Relator: José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, Data de Julgamento: 01/12/2015, 15ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/12/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE MARÍTIMO. "DEMURRAGE". SOBREESTADIA DE CONTÊINER. **PRESCRIÇÃO ANUAL. APLICAÇÃO DO ART. 22 DA LEI 9.611/98.** 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento quanto à impossibilidade de se estabelecer prazos prescricionais distintos para o transporte multimodal e para o unimodal, sob pena de se criarem soluções contraditórias para situações semelhantes. Precedentes: AgRg no REsp 1351027/SP, REsp 1355095/SP. 2. Aplica-se, por conseguinte, a prescrição anual à pretensão de cobrança de despesas de sobreestadia de contêiner, quer se trate de transporte multimodal, quer se trate de unimodal. Inteligência do art. 22 da Lei 9611/98. 3. Recurso conhecido e provido para decretar a prescrição. (TJ-DF - APC: 20080111364093, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 16/09/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 28/09/2015)

APELAÇÃO. DIREITO COMERCIAL. TRANSPORTE MARÍTIMO. AÇÃO MONITÓRIA. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES (DEMURRAGE). **PRESCRIÇÃO DA COBRANÇA EM 10 (DEZ) ANOS.** ART. 205 DO CC. PROVIMENTO. (TJ-PE - APL: 2954703 PE, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes,

Data de Julgamento: 12/11/2013, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: **18/11/2013**).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - INÉPCIA RECURSAL - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR DE NÃO RECEBIMENTO DO RECURSO COM BASE NO ART. 557, DO CPC - REJEIÇÃO - INÉPCIA RECURSAL - INOCORRÊNCIA - **PRESCRIÇÃO TRIENAL** - COBRANÇA DE DEMURRAGE - POSSIBILIDADE - COMPROVAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-MG - AC: 10024102318755002 MG, Relator: Rogério Medeiros, Data de Julgamento: 08/08/2013, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: **14/08/2013**)

Nota-se que a depender do Estado que se encontra o jurisdicionado terá uma resposta diferente, com casos iguais, mas com entendimentos diferentes, em outras palavras, não se há como concluir para a sociedade se perguntarem, qual o prazo prescricional da ação em comento? A resposta sensata seria, depende!

9. COMO DEVE DECIDIR O JUIZ?

Desta forma, ante todo o exposto, tem-se que o juiz deve tirar sua visão de fonte onipotente e onisciente, devendo se ver como parte de um todo maior que seria o judiciário.

Ao decidir deve trazer valores do neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo estando ciente de que se deve respeitar valores como igualdade e segurança jurídica buscando respeitar os precedentes judiciais, desta forma, dando logicidade ao sistema. E, ao aplicar um precedente, deve fazer retirando dele a *ratio decidendi* se preocupando com a unicidade de todo sistema jurídico.

Desta forma, caminhou bem o novo código de processo civil ao instituir as etapas trazidas no artigo 489 acabando servindo como uma forma de obrigar o juiz tomar uma decisão na qual haverá logicidade com o sistema como um todo, transcreve-se.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um sistema em que a lei por si só e a administração pública não conseguem efetivar os direitos fundamentais, em especial de cunho prestacionais, a esperança recai no terceiro gigante de Calamandrei, o judiciário.

Com força normativa, a Constituição, acaba por vincular todos os poderes e elegeu como seu fiscal o poder judiciário, o qual, sem ferir a tripartição de poderes pode aplicar as normas de direito fundamental de forma direta e imediata, afastando, leis e atos normativos contrário às mesmas.

Para tanto, os precedentes judiciais, em especial com a sistemática do Novo Código de Processo Civil, ganham destaque, pois, acabam por ser nova fonte normativa.

Mesmo com essa tarefa, de garantidor dos direitos fundamentais, o judiciário, não se desincumbe de garantir outro direito que tem a mesma importância, a saber, a segurança jurídica e igualdade na aplicação da lei.

Pensar o judiciário como parte de algo que vai além de uma comarca é uma forma na qual irá lhe trazer maior credibilidade em face à população, que

diga-se de passagem, é o foco do Estado.

Chega-se então à algumas conclusões:

Primeiro os precedentes judiciais acabam por contribuir com a efetividade dos direitos fundamentais, em especial, aqueles que ainda não são legislados ou aplicados por políticas públicas, reconhecendo, destarte, a legitimidade de todos em acionar e valer-se do judiciário para garantir e efetivar direitos previstos na Constituição, sem necessitar de um mandato político.

Segundo há uma latente necessidade de igualdade jurídica, pois, casos idênticos não podem ser tratados de formas diferentes e com a aplicação e estruturação de precedentes acaba por trazer maior igualdade na aplicação da lei.

Terceiro há uma necessidade de segurança jurídica não se condizendo mais a instabilidade das decisões as quais não raras as vezes mudam várias vezes no mesmo ano, servindo a estruturação de precedentes como uma forma de segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais fazendo com que a sociedade saiba a maneira correta de se comportar, sabendo de ante mão as consequências de seus atos.

Por fim, todas as conclusões esposadas encontram-se em direção ao neoprocessualismo o qual traz instrumentalidade ao neoconstitucionalismo, sendo ambos os movimentos, a medida que se deve tomar para uma reconstrução político, social e jurídica.

REFERÊNCIAS

ABILIO, Juan Roque; SILVA, João Felipe. **As normas supralegais e o seu controle frente ao ordenamento jurídico brasileiro**. In: XII Congresso de Iniciação Científica das FIO, 2013.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Artigo disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>, acessado em 04.11.2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil, vol. 01**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Função Social do Processo Civil**. Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: JusPodvm, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almeida, 1996.

CAPPELETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Abandonai toda a esperança vós que aqui entráis: Habeas Corpus 126.929. Artigo publicado em 19.02.2016, disponível em <<http://canalciencias-criminais.com.br/artigo/abandonai-toda-a-esperanca-vos-que-aqui-entrais-habeas-corporus-126-292/>>, acessado em 29.02.2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 01**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Vol. 02**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 01. Bahia: JusPodivm, 2012.

FREITAS, Artur. **Obra expandida: as vanguardas e o regime alográfico**. In: Revista do Departamento de Artes Plásticas, n 11, 2013.

FREITAS, Juarez. **O interprete e o poder de dar vida à Constituição**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba: UFPR, v. 34, 2000.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. **A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida**. In: O Projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha. Salvador: Juspodivm, 2011.

GOVEA, Henny Mary Hildebrand da Silva. **A interpretação do direito**. Dissertação de mestrado da UFSC, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição: tendências do direito processual civil à luz do neoconstitucionalismo**. Dissertação de mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual: Nona Série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. São Paulo: Método, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Postivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOMÉ, Levi Rosa. **Simplificação Processual como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa**. Dissertação de Mestrado: UENP, 2013.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

A INSERÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA RETROSPECTIVA HISTÓRICA

Bruna Zampieri Colpani

Mariana Jenaina Rodrigues Prioli

RESUMO

A presente pesquisa buscou fazer uma breve retomada histórica sobre o Common Law na Inglaterra e a origem do instituto do precedente judicial. Posteriormente, contextualiza-se a situação de insegurança jurídica causada pela imprevisibilidade das decisões judiciais brasileiras conflitantes, o que resulta em insegurança jurídica e falta de isonomia. O objetivo é evidenciar os elementos do instituto do precedente judicial como uma forma de manutenção para amenizar e aprimorar o ordenamento jurídico brasileiro, já que os precedentes podem ser implementados em outras tradições, além do Common Law, traduzindo maior confiabilidade na aplicação e garantindo estabilidade, igualdade, previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados, sem que a essência do Direito seja alterada.

PALAVRAS-CHAVE

Novo Código de Processo Civil; Precedentes; Decisão Judicial

INTRODUÇÃO

É inegável a importância de se buscar mecanismos que uniformizem as decisões judiciais sobre temas similares, para que assim, os jurisdicionados alcancem maior isonomia e segurança jurídica, para que exista uma maior eficiência no controle social.

Assim, em um primeiro momento, será abordado uma breve evolução histórica do Common Law e o surgimento do instituto do precedente judicial e seus elementos, analisando se sua adoção de fato garantiria justiça e coerência, e principalmente, atenderia os anseios da sociedade.

Nos últimos anos, o Direito sofreu uma revolução, e hoje tem que enfrentar questões de cunho político, moral e principalmente, relacionadas a direitos humanos e fundamentais, assim é necessário que assuma um novo papel interpretativo. A Civil Law depreende que o significado da norma está no texto da lei e que o Judiciário é limitado por ela, por isso o objetivo da pesquisa é explanar que isso está superado pelo Direito, e que a sociedade carece de um aperfeiçoamento do sistema e melhor controle do Estado sobre a conduta daqueles que estão sujeitos ao Direito, para que se torne aberto e com conteúdo moral indeterminado, pois os Tribunais brasileiros não possuem o sentimento de vinculação às decisões emanadas pelos Tribunais Superiores é o que resulta na insegurança jurídica já mencionada.

Com o intuito de respaldar as premissas defendidas ao longo do texto, utilizando-se do método hipotético-dedutivo e pesquisa bibliográfica, a proposta é verificar a autonomia metodológica do Common Law para sua incorporação na Civil Law, pois apesar de possuírem estilos de argumentação diferentes, o sistema hermenêutico permite essa intersecção, ora adotando a lei, ora adotando o precedente como fonte do direito. Ademais, não se pretende esgotar o tema, apenas expor informações para fomentar o debate jurídico.

1. DIFERENÇAS ACERCA DOS SISTEMAS DO COMMON LAW E DA CIVIL LAW

Os sistemas jurídicos englobam diversas classificações, porém essa pesquisa ressaltará apenas o Common Law e o Civil Law, no tocante ao que for necessário para análise do instituto do precedente judicial.

Conforme ensinamentos de Merryman (2007, p.17), a tradição jurídica traduz-se como aquele conjunto de práticas, costumes e hábitos entranhados em uma sociedade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito e seu papel na sociedade, bem como a respeito da forma como deveria se criar, aperfeiçoar, e ensinar-se o direito. Desta forma, é de suma importância o questionamento sobre a

comparação entre tradições jurídicas, ao passo que esta relaciona o sistema jurídico com a cultura, e insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural.

O Common Law inglês é fruto da atividade dos tribunais reais de justiça da Inglaterra, em síntese René David (2002, p.356) distingue quatro principais períodos: I- precede a conquista normanda de 1066; II - o que se estende daquela data até a dinastia dos Tudor em 1485; III- período da equity; IV - período inaugurado com a Lei de Organização do Judiciário.

O primeiro período foi fundamental para a consolidação do Common Law Inglês, pois foi aqui que o direito foi utilizado como um instrumento de governo. O segundo período condiz com a formação do Common Law, mediante a qual se deu início um novo sistema jurídico em detrimento dos costumes locais anteriores. Nessa ocasião a aplicação do direito ocorria em circuitos periódicos dos condados e posteriormente, nas cortes reais em Londres. René David expõe em sua obra que os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, e isso foi o que deu origem a doutrina do precedente judicial. Entretanto, o que realmente proporcionou a aplicação e unificação da jurisdição e sua expansão foi o sistema dos *writs*, que pode ser visto como uma construção original do Common Law, ou seja, a função de decidir a lide era do júri naquele momento, e não do juiz.

No terceiro período a equidade (Equity) teve tamanho destaque que se incorporou ao Common Law, sendo um recurso voltado a autoridade real diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler, encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão. E o quarto período foi iniciado com a primeira Lei de Organização Judiciária, que regulamentava a união do Common Law com a Equity.

Com essa breve retomada histórica, percebe-se que as reformas processuais foram fundamentais para o desenvolvimento do Common Law, pois constituíram a ligação entre o antigo direito processual e o novo sistema jurídico, no qual os juízes passaram a decidir lides e passou a existir o erro judicial, concretizando a distinção entre fatos e o direito substancial e a possibilidade de se precisar os erros e acertos da decisão judicial em confronto com a tradição jurídica.

Tanto o Common Law, como a Civil Law sofreram, e ainda sofrem recíprocas influências, seus institutos se comunicam e sempre trabalharam sob uma cultura jurídica transnacional, conforme dizeres de Bustamante (2012, p.68).

A Civil Law é baseada no procedimento escrito e destina a solução dos casos aos juízes profissionais. O processo lançava mão do interrogatório judicial das partes e testemunhas sob juramento. O direito material é sistemático, romanizado

e codificado, incluindo os conceitos de obrigações civis, contratos, delito, propriedade e direito público. A formação da Civil Law é relacionada ao direito romano canônico e o direito alemão medieval entre suas formas de criação legislativa, assim, a lei alcança uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito. Ao interpretar a lei, os juristas recorrem a história legislativa e as instituições jurídicas para solucionar os casos.

Enquanto isso, o Common Law é produto de sua própria evolução histórica. É baseado na oralidade, e destinava a solução dos casos a juristas e juizes de paz leigos. O processo fundamentava-se na acusação e negação pelas partes oponentes, com solução da controvérsia sendo de competência do júri. No tocante ao direito material é particularista, prático e orientado para resolução dos casos. Em suma, é um direito não codificado, de base tipicamente jurisprudencial.

O Common Law incorporou a independência decisória como um de seus princípios jurídicos, e desde a conquista normanda passou a conferir grande importância à atuação dos magistrados, que são os defensores e portadores da tradição jurídica. Tradicionalmente, considera o Direito Legislativo como secundário, a partir do qual não se deve buscar os princípios gerais do Direito. As leis são efetivadas, mas a aplicação é literal e restritiva se não for considerada uma via normal de manifestação do direito, segundo Streck e Abboud (2013, p.26-32), qualquer tentativa de codificar ou legislar o direito não escrito inglês, era uma forma de descartar uma das maiores vantagens que os ingleses possuíam historicamente: a aptidão de possuir aplicação flexível, já que são um povo democrático e profundamente respeitadores de suas tradições.

Como dito anteriormente, a legislação não é tomada como a principal fonte de manifestação do direito, logo, os juristas não recorrem a história legislativa para interpretar a lei, e sim atuam de maneira mais restrita, respeitando a terminologia jurídica e as divisões tradicionais da matéria, elaborando as decisões em função das casuísticas, frutos de longas tradições históricas e dogmática jurídica.

Enquanto a Civil Law se estrutura na doutrina e na ciência do direito, o Common Law sempre se estruturou na prática cotidiana do direito, e se originou judicialmente na prática judiciária, o que assegurou a formação do sistema de precedentes e o *stare decisis*. A diferença principal entre os dois sistemas fica no tocante a metodologia de aplicação.

O fundamento principal do Common Law é a Teoria do *Stare Decisis*, do latim: *stare decisis ET non quieta movere*, que significa manter a decisão e não molestar o que foi decidido, e na vinculação para os casos futuros da decisão tomada em caso anterior similar, conforme Tucci (2004, p.160). O *stare decisis* é o meio pelo

qual as decisões judiciais contraem caráter obrigatório quanto a sua observância, ou seja, a decisão judicial passará a vincular as futuras decisões sobre casos análogos, entretanto o julgador não está obrigado a decidir conforme a decisão anterior, mas de levá-la em consideração no julgamento do caso atual, podendo seguir a decisão anterior, superá-la ou dizer que o caso atual não se assemelha com o caso anterior.

Basicamente, essa teoria busca garantir a segurança na aplicação do direito, a estabilidade e coerência das decisões, a integralidade de entendimento do poder judiciário, devido à vinculação das decisões anteriores por meio do instituto do precedente judicial, que irá vincular a racionalidade de um caso a um caso futuro, garantindo a uniformização do conhecimento, a imposição uniforme de conduta, atribuindo o dever de obediência aos jurisdicionados.

Merryman (2007, p.96-103) ressalta que a maior flexibilidade da atuação jurisprudencial do Common Law se dá em razão da menor reverência que essa tradição conferiu ao próprio texto legal em virtude do sistema do *stare decisis* que, antes de tudo, é uma doutrina judicial. Isso ocorre porque no Common Law, ainda que a decisão judicial demande aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal, e sim busca aplicar o precedente no caso, passando a investigar nas decisões acumuladas sobre essa questão.

Por isso muitas vezes afirma-se que a decisão judicial no Common Law tem o mesmo poder da própria lei, pois ambas possuem a mesma posição hierárquica entre fontes do direito. Em síntese, no Common Law o juiz está vinculado ao sistema de precedentes, uma série de decisões que ao longo da história possibilitaram a concretização de uma regra, e para se afastar disso, deve haver uma exaustiva fundamentação. Segundo Streck e Abboud (2013, p.30), *stare decisis* significa continuar com as coisas decididas, e não mover as coisas quietas, é designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do Common Law obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra, como EUA.

A *stare decisis* constitui uma das principais características do Common Law, que o diferenciam da Civil Law, logo é um ponto essencial para análise do precedente judicial. O precedente irradia o efeito para todo o sistema, e isso está na tradição. A aplicação cabe examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão, ou tão somente uma opinião, e/ou observação. Logo, texto e norma não são a mesma coisa, pois só os fundamentos da decisão possuem força vinculante. Em concordância com a obra de Streck e Abboud (2013, p.31) os precedentes são feitos para decidir casos passados, sua aplicação em casos futuros é incidental.

Todavia, Marinoni (2010, p.33-35) ensina que não se deve confundir Com-

mon Law com *stare decisis*, pois este se trata apenas de um elemento do moderno Common Law, pois não é necessário para a existência do direito material, nem para o funcionamento do sistema de distribuição de justiça, embora alguns sustentem que é indispensável para que as decisões judiciais estabeleçam o direito não edificado no legislativo.

É equivocado dizer que no Common Law a lei perde a importância, pois a lei não deixa de ser cumprida, e assim a tradição jurídica se torna mais flexível, e não há alternativa para que a igualdade perante a lei e a segurança jurídica sejam preservadas.

2. INSTITUTOS DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO VINCULANTE AOS PRONUNCIAMENTOS DO JUDICIÁRIO

Observa-se cada vez mais a importância e a necessidade dos dispositivos vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. O efeito vinculante foi empregado ao texto constitucional através da Emenda Constitucional (EC) nº3, em 17/03/93. O mecanismo presente em nosso ordenamento jurídico com efeito vinculante são as Súmulas Vinculantes estabelecidas por Emenda Constitucional nº45 de dezembro de 2004, emitido pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante ressaltar a diferença entre o efeito vinculante e a eficácia “*erga omnes*” (força da lei). Para Gilmar Ferreira Mendes, a eficácia “*erga omnes*” refere-se à parte dispositiva da decisão, e o efeito vinculante objetiva conferir maior eficácia às decisões do STF, afirma que “força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinant*”.

De acordo com a Constituição Federal Brasileira:

Art.102, § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Isto é, se limita subjetivamente a não ser aplicado ao STF, observando que em determinados casos poderá rever suas decisões, para sempre estar em acordo com os acontecimentos sociais, procurando suprir as lacunas que surgem com a dinâmica e transformações que ocorrem na sociedade.

A Jurisprudência e os Precedentes Judiciais não possuem efeito vinculante,

são apenas dispositivos opcionais que possuem o intuito de potencializar o sistema jurídico brasileiro. Abaixo será exposto e detalhado cada dispositivo citado.

2.1 Das Súmulas Vinculantes

A Súmula Vinculante é um mecanismo inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de Emenda Constitucional (EC) nº45 de 2004, posteriormente regulamentada pela Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006, que busca vincular o Poder Judiciário com Poder Executivo por meio de interpretações editadas pelo Supremo Tribunal Federal a fim de proporcionar a celeridade processual garantida no Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Caracteriza-se como síntese de decisões com um mesmo sentido, sobre determinado assunto, o qual o Supremo Tribunal Federal pacificou. Sua vinculação é obrigatória para todos os órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

A particularidade que permeia o instituto da súmula vinculante, conforme traz Marinoni (2010, p.216) é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca de suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente, ou seja, integra uma linguagem que descreve as decisões. A súmula vinculante é um enunciado alheio, externo à decisão judicial, logo, não existe muita vantagem em um procedimento que comunica aquilo que já foi proclamado, não há uma identificação do que realmente foi prolatado na decisão.

2.2 Da Jurisprudência

Entende-se por jurisprudência um conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre um mesmo assunto, formando um enunciado jurídico. Pode surgir de sentenças de juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição, ou acórdãos de um Tribunal. Tem caráter de fonte de direito, todavia não vinculante.

Não se identifica como jurisprudência as decisões que são consideradas isoladamente, é necessário que ocorra iteração, e assim, forme-se a corrente jurisprudencial. Para Mancuso (2007, p.690), a “jurisprudência representa o entendimento consensual, dominante ou sumulado de um dado Tribunal, acerca de certa questão jurídica ou sobre a exegese de um texto legal”.

É primordial destacar a diferença entre jurisprudência e precedente. De acordo com Taruffo (2007, p. 85-86) a distinção se faz tanto em caráter qualitativo quanto quantitativo. Percebe-se com mais qualidade os argumentos utilizados no precedente, pois para considerar-se como esse dispositivo é necessário uma argumentação fortemente racional, e o julgador ao examinar, baseia-se em fatos,

divergente a jurisprudência, por serem reiteradas decisões, podem ocorrer pequenos detalhes destoantes. No que diz respeito à quantidade, o precedente surge de um único caso, e para haver jurisprudência é necessário dois ou mais.

2.3 Do Precedente Judicial

Entende-se como precedentes judiciais decisões judiciais de casos concretos que servem de embasamento para a resolução de lides futuras semelhantes, tornando o sistema jurídico mais preciso e racional, é um instituto do sistema Common Law, e está sendo incorporado no Sistema Jurídico Brasileiro com o advento do novo Código de Processo Civil, dando maior relevância aos efeitos das decisões judiciais. Para Larenz (2011, p.387) precedente judicial conceitua-se como aquelas “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida por um tribunal noutro caso”.

Nem toda decisão se caracteriza como precedente, é necessário que esta, trate de questões externas que se desprendam do conteúdo jurídico, tendo como diferencial de embasamento a aplicação da norma abstrata ao caso concreto e a observância dos resultados e consequências. Nota-se que o fato principal não é previsto e orientado por normas jurídicas, isto posto, ascende importância da *ratio decidendi* e de sua fundamentação para que a decisão aperfeiçoe-se como precedente e fonte de direito para casos futuros.

2.3.1 Ratio Decidendi

As razões de decidir e os fundamentos da decisão são importantes no Common Law no momento em que a decisão diz respeito não somente aos jurisdicionados, mas também aos juízes. Para que uma decisão judicial se torne um precedente judicial é necessário a *ratio decidendi*, que é formada pelo excerto de uma decisão que servirá de norteamento para outros casos futuros, em outras palavras, é o argumento primordial, que denota a justificativa, o caráter racional e a precisão da decisão.

Não dá uma definição pronta e acabada desse instituto no Common Law, para encontrar a *Ratio Decidendi* é necessário averiguar a relação entre o caso originário e o caso que se deseja aplicar o precedente, e quais os fatos jurídicos relevantes que estão presentes em ambos.

Consoante Marinoni (2010, p. 221-224), a *ratio decidendi* não possui correspondentes no processo civil brasileiro, já que não se confunde com a fundamentação e o dispositivo. No Common Law é elaborada a partir dos elementos da decisão, almejando a segurança jurídica em sentido globalizado, sendo o mais importante a necessidade de se evidenciar qual porção do precedente terá efeito vinculante.

Mediante os diversos apontamentos a respeito da *ratio decidendi*, pode-se dizer que esta configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido um caso concreto, é a regra utilizada para justificar a decisão, podendo-se dizer que até esse ponto seria a própria Súmula Vinculante, e o que a diferencia desta, é que a *ratio decidendi* não pode ser considerada por si só, devendo ser obrigatoriamente analisada com a questão fático-jurídica que ela solucionou.

2.3.2 Obter Dictum

O Common Law concede uma importante valorização aos fundamentos da decisão, por esse motivo distingue os conceitos de *ratio decidendi* e *obter dictum*, porque como dito anteriormente, é essencial separar o que tem efeito obrigatório ou vinculante.

De acordo com Streck e Abboud (2013, p.44) o *obter dictum* corresponde àque-la argumentação jurídica, interpretação, ou enunciado expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda. Ou seja, são os argumentos que não constituem a *Ratio Decidendi*, não possuem caráter vinculante, e também não interferem na decisão final, pode-se entender como a parte “morta” do precedente.

2.3.3 Distinguish e Overruling

Quando se fala em interpretação do precedente, especialmente delimitação da sua *ratio*, e não no conteúdo por ela expresso, a corte deve analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião que se vale basicamente de ambos os institutos.

A aplicação dos precedentes judiciais é formada de algumas regras e disposições. Quando o julgador decide fundamentar-se por um precedente é necessária avaliação de compatibilidade entre o caso que formou o precedente e o caso que este será aplicado.

Após essa análise, se for entendido que os casos têm detalhes que não se assemelham, e que não possuem o mesmo sentido, não pode-se aplicar o precedente judicial e então ocorre o que entende-se por *Distinguish*, ou seja, a aplicação do precedente é inviável por falta de conformidade e equivalência entre os casos. O conceito de Marinoni (2010, p.326) traz que o *Distinguish* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar ou não, o caso sob julgamento a um precedente, devendo-se identificar a *ratio*. Logo, deve-se limitar a *ratio decidendi* considerando os fatos do raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão judicial.

Desse modo, o *Distinguish* demonstra as diferenças fáticas entre os casos

ou a demonstração de que a ratio do precedente não é adequada àquele caso concreto sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

O *OVERRULING* ocorre na hipótese em que a fundamentação desatualizou-se, isto é, a Ratio Decidendi está ultrapassada. É necessário um novo entendimento para surgir uma nova orientação. O sistema jurídico é puramente dinâmico, e deve ajustar-se a toda e qualquer mudança da realidade social. Ou seja, nada mais é que a revogação do precedente, e este está em condições de ser revogado quando deixar de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, e ainda aos valores da isonomia, confiança justificada e vedação da surpresa injusta, conforme tradução livre de trecho da obra de Melvin Eisenberg (1998, p.104).

3. OS PRECEDENTES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico utilizado no Brasil desde a colonização feita por Portugal é o Civil Law, todavia esse sistema tem sofrido algumas alterações e adaptações em nível mundial, como por exemplo, a observância e utilização de casos já resolvidos e costumes como influência para novas resoluções, resultando em algumas semelhanças com o sistema Common Law.

Como já citado acima, o sistema Common Law fundamenta-se no direito jurisprudencial que possui caráter de lei, nos costumes como normas de conduta e na utilização de leis não escritas, em detrimento a Civil Law que utiliza a lei devidamente positivada e codificada, isto é, procura prever de forma abstrata, geral e genérica lides futuras, para que quando for necessário, o magistrado observe o caso concreto, recorra a códigos, doutrinas e princípios que encontrará uma solução e/ou norteamto. Sendo assim o julgador se limita a interpretação a letra da lei, para que haja segurança jurídica. Deve-se levar em conta que quando esse sistema surgiu, seu principal objetivo era limitar o poder estatal e o avanço do absolutismo.

Cattoni de Oliveira (2002, p.55-57) esclarece a respeito da utilização das normas como forma de limitação de abusos:

Sob o paradigma liberal, cabe ao Estado, através do Direito Positivo, garantir a certeza nas relações sociais através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixa a felicidade ou busca pela felicidade nas mãos de cada indivíduo. O Direito é uma ordem, um sistema fechado de regras, de programas condicionais, que tem por função estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo.

Com o Neoconstitucionalismo, a Civil Law sofreu algumas mutações procurando a adaptação à realidade e as novas necessidades que surgem na sociedade. Dentre as transformações observadas, destaca-se o controle difuso e a essência constitucional nas leis, há supremacia na escolha da justiça quando esta se conflita com as normas, consolidando a ideia de que a lei é apenas uma ferramenta do direito e submissa a ele. Isso pode ser observado no Decreto-Lei nº4.657 de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu art.4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Um traço significativo do sistema Romano-Germânico é a necessidade de codificar os princípios e costumes para que sejam considerados como fontes do direito, o que não é necessário no Common Law, pois neste basta apenas a existência e aceitação da sociedade.

Ao examinarmos todo o complexo jurídico, pode-se constatar a impossibilidade material, observando a incapacidade de o ordenamento jurídico codificado prever todos os fatos e necessidades presentes nos casos concretos, e assim como consequência a formação de lacunas. Marinoni (2009, p.52) esclarece sobre a dificuldade que os legisladores enfrentam e a responsabilidade e postura que os juízes devem obter nessas situações:

Nesses casos, a concretização da norma deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito material. De qualquer forma, o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei. Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas a aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.

Em contrapartida ao Civil Law, o sistema Common Law forma-se a partir da apreciação das sentenças tomadas nas lides anteriores, ficando como responsabilidade dos tribunais e aos juristas a criação e aperfeiçoamento do direito. Se em um determinado caso não houver previsão ou precedente, cabe aos magistrados criarem e determinarem um precedente para aquela situação, assim demonstrando o direito através da nova interpretação.

Uma das características principais do sistema inglês é que diferentemente do Civil Law, as leis positivadas e codificadas não constituem a supremacia a ser seguida, e que as regras adaptam-se aos fatos presentes nas lides. As conclusões e resoluções tomadas são frutos de debate entre as partes e os operadores do direito, que não se limitam a interpretação a letra da lei. Vale lembrar a complexidade deste sistema, visto que as decisões tem caráter vinculante apenas para a jurisdição do tribunal onde foi decidida, e como no sistema adotado no Brasil, no tocante a supremacia e hierarquia do Supremo Tribunal Federal, há tribunais que detém maior força e influência que tribunais inferiores, como por exemplo, as decisões que surgem dos tribunais de recurso, possuem obrigatoriedade e efeito vinculante para outros tribunais.

Também existe a preocupação com a obediência com a Constituição, caso contrário, as normas perdem sua eficácia. É concedido aos magistrados a manipulação e utilização das leis com embasamento na Constituição, para que assim, sejam aplicadas e interpretadas a partir dela. O Poder Judiciário tem a função de proteger e resguardar os direitos fundamentais.

O magistrado que atua no Brasil possui grande autonomia interpretativa, como o que atua no sistema Common Law, todavia com uma interpretação mais abrangente, pois não tem a obrigação de seguir os precedentes, pois existem diversas decisões acerca de um mesmo assunto decorrentes de um mesmo tribunal, e/ou tribunais diferentes. O objetivo desse estudo é chamar a atenção dos juristas de que não há como atribuir aos juízes esse poder de realizar o controle de constitucionalidade diante dos casos concretos, sem vinculá-los às decisões da Suprema Corte. Nesse sentido, Marinoni (2010, p. 458):

O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficiência da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede o próprio funcionamento do controle difuso. De modo que admitir, no atual estágio do direito brasileiro, controle difuso sem vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes constitucionais constitui equívoco imperdoável.

Isto é, a eficácia vinculante é um instituto que advém da necessidade de dar força obrigatória aos fundamentos determinantes da decisão, antes de estabelecer qualquer relação com o controle objetivo, e assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal terem passado a ser vistas como precedentes constitucionais. Barboza (2014, p.16) explica de forma clara a situação:

Há insegurança quando o Poder Judiciário tem grande discricionariedade para decidir e dar significado ao conteúdo moral dos direitos fundamentais, assim como quando se imiscui em decisões políticas. Da mesma forma, decisões contrastantes de um mesmo Tribunal ou de Tribunais inferiores em relação aos Tribunais superiores também causam insegurança jurídica e instabilidade social. Neste momento de decodificação do direito e supremacia dos direitos humanos, não se tem mais segurança jurídica no texto escrito; na verdade, talvez essa segurança nunca tenha existido e nunca venha a existir.

O Supremo Tribunal Federal deve conferir efetiva tutela a Constituição Federal, uma vez que a força da Constituição está na estabilidade de suas decisões, dessa forma, examina apenas as questões de maior impacto para obtenção de unidade do direito. O que confere total ênfase à imprescindibilidade de se ter as decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais de eficácia vinculante.

Em concordância com a obra de Marinoni (2010, p. 480-483), o precedente pode permitir a racionalização do Poder Judiciário brasileiro, ou seja, o sistema ser pensado a partir de sua verdadeira substância. O autor assim traz a respeito:

As súmulas foram utilizadas de modo a apenas facilitar as decisões, estas foram pensadas como normas com pretensões universalizantes, ou melhor, como enunciados abstratos e gerais voltados à solução de casos. [...] Para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentam os precedentes que os solucionaram.

Dessa forma, a distinção entre os dois institutos está no fato de que os precedentes obrigatórios têm como objetivo garantir a unidade e segurança da ordem jurídica, e a igualdade, e nesse sentido, são guiados para o futuro, enquanto as súmulas acabam por ser consideradas enunciados gerais destinados a regulação de casos futuros, sem lembrança de que sua origem se deu em um caso concreto, melhor se dizendo, nos precedentes, e por tal motivo, devem ser analisadas dentro

do contexto em que está, para que então ocorra a realização da justiça.

Todavia, há autores que não concordam com esse posicionamento, como Cassio Scarpinella (2015), que define os precedentes como a decisão proferida por Tribunais que se pretende vinculante (paradigmática), e sustenta que a decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização constitucional, estando fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional, não havendo obviedade em negar o caráter vinculante às decisões jurisdicionais, já que a tradição do direito brasileiro não é o Common Law.

A crítica do autor versa sobre não existir dispositivo no novo código de processo civil que autorize afirmações genéricas no sentido de que o direito brasileiro migra em direção ao Common Law, e ainda, muito menos de que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e pelos Tribunais de Justiça forem observadas pelos demais órgãos, haverá redução do número de litígios e maior previsibilidade, maior segurança e tratamento isonômico a todos. Para tanto, o autor defende o estabelecimento, do que ele chama de verdadeira política pública, para implementar maior racionalização nas decisões e na observância das decisões dos Tribunais brasileiros.

Scarpinella (2015, p.542) defende não ser necessária essa migração para o Common Law para que o Direito Processual Civil Brasileiro seja mais efetivo, ou para que exista maior estabilidade na jurisprudência de nossos Tribunais e na adoção dela nos casos concretos em busca de maior isonomia, devendo-se criar condições legítimas de aplicar adequadamente as decisões proferidas em casos julgados anteriormente a casos futuros enquanto não há razões objetivas de alteração do que foi julgado, o que o autor justifica citando como exemplo o próprio Código de Processo Civil de 2015.

Podemos dizer então, ainda de maneira tímida, que o ordenamento jurídico brasileiro é o resultado do sistema Civil Law com influências do sistema Common Law, pois possui normas codificadas com o objetivo maior de prever e facilitar a resolução de lides, todavia nota-se que os códigos podem conter falhas e para supri-lhes quando possuem lacunas, contam com o norteamento de princípios de direito, costumes, precedentes judiciais, jurisprudências e analogia, procurando o desenvolvimento da hermenêutica, para a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem a cultura jurídica baseada na Civil Law, ou seja, há preocupação jurídica pela codificação do direito para que o sistema jurídico seja completo, e

logo se imagina que a fonte originária do Direito sempre foi a lei, porém sua evolução tem permitido a utilização de diversos outros mecanismos que o aproximam do Common Law.

Os institutos do Common Law, ora citados no decorrer do texto, podem ser implementados no Direito Brasileiro sem que sua essência seja abalada, pois é claro que uma tradição jurídica pode, e deve buscar em outras tradições mecanismos para seu aperfeiçoamento e melhor exercício de seus objetivos.

Substancialmente o que se tentou apresentar foi um incentivo a busca no Common Law de critérios da *ratio decidendi* que gerem maior confiabilidade na aplicação da lei, para que o direito seja aprimorado e exercido de maneira mais funcional, ao passo que na Civil Law o juiz apenas declara a vontade do legislador, que acredita que as situações tipificadas pela lei refletem todos os ideais de justiça e moral, sendo suficientes para solucionar os conflitos do cotidiano.

O instituto do precedente jurídico atribui uma maior isonomia aos sujeitos de direito, pois existe uma maior previsibilidade das decisões judiciais. A implementação desse dispositivo pelo Novo Código de Processo Civil é a tentativa de limitar os atos de discricionariedade dos julgadores, estipulando meios pelos quais se possa suceder a uniformização das decisões judiciais que versarem sobre mesmos temas, com a intenção de impedir que casos iguais sejam julgados de maneiras desiguais. O principal objetivo do estudo é chamar a atenção para o não engessamento do sistema jurídico brasileiro, atribuindo ao sistema racionalidades advindas das teses jurídicas.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais - Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional I, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr/jun. 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 168 p. (Série Legislação Brasileira)

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 23/08/2016

BRASIL. Lei n. **11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm> Acesso em: 22/08/16.

BUENO, Scarpinella Cassio. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. N.º. 49.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 2ª Ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Colômbia: Revista Precedente da Faculdade de Direitos e Ciências Sociais, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A FORÇA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

BINDING FORCE OF LEGAL PRECEDENT AND THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

*Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi¹
Fernanda Molina de Carvalho Stança²*

RESUMO

O objetivo do presente artigo é investigar a importância da força vinculante dos precedentes judiciais no direito brasileiro, pois estamos na iminência de nos deparar, a partir do ano de 2015, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, que inegavelmente terá reflexos e irradiará em todos os outros ramos do Direito, sendo que especialmente no tocante ao tema dos precedentes judiciais, será necessário fazer uma releitura, pois o que já podemos perceber é a ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais. Discorre-se inicialmente sobre o funcionamento deste sistema de precedente judicial, seus conceitos e aplicações. Tem-se, ainda, como ponto de partida o princípio da força normativa da Constituição Federal, procura-se demonstrar que a análise desse trabalho também versa sobre o reconhecimento da vinculação das razões de decidir fixadas pelos Tribunais Superiores. Por fim, será descrito alguns argumentos favoráveis e outros contrários ao reconhecimento dessa vinculação, tendo em vista a expansão da jurisdição constitucional e a valorização dos direitos fundamentais.

¹ Mestre em Direito, no Programa de Estudo Pós Graduação em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2012); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP (2009). Atualmente é advogada militante e professora universitária na UNIESP de Presidente Prudente-SP. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (3º mandato). E-mail: naydallefi@hotmail.com / nayaradallefi@adv.oabsp.org.br .

² Advogada. Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípedes de Marília” - UNIVEM. Endereço eletrônico: molina_fer@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE

Precedente Judicial, *RatioDecidendi*, Efeito Vinculante, Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The aim of this paper is to investigate the importance of the judicial precedents binding force in Brazilian law, because we are about to encounter in from the year 2015 to the effect of the new Code of Civil Procedure, which undoubtedly will reflect and radiate in all other branches of law, and especially with regard to the issue of judicial precedents, you will need to re-read, for what we notice is the extension of the binding character of judicial precedent. It discusses initially the operation of this judicial precedent system, its concepts and its applications. Having also as a starting point the principle of normative force of the Constitution, sought to demonstrate that the analysis of this work also deals with the recognition of the link between reasons to decide established by the Superior Courts. Finally, will be described some arguments for and others against recognition of this link, with a view to expanding the constitutional court and the appreciation of fundamental rights.

KEYWORDS

Judicial Precedent, *ratio decidendi*, BindingEffect, New Civil Procedure Code

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente tem-se que explicitar a divisão dos sistemas jurídicos entre os países de origem anglo-saxônica (*commowlaw*), sendo que podemos citar a título de exemplo a Inglaterra e os Estados Unidos, e aqueles de origem romano-germânica (*civil law*), como exemplo podemos citar os países da América Latina. Pode-se notar que são tradições jurídicas e políticas muito diferentes e, conseqüentemente, com características distintas.

No sistema da *commowlaw*, adota-se um sistema costumeiro, aplicado pela jurisprudência, no qual prevalece a pacificação das partes envolvidas no litígio. Há uma visão muito bem desenvolvida dos precedentes judiciais, que são dotados de eficácia vinculante não só para a Corte Superior da qual proveio, como para juízos que lhe são hierarquicamente inferiores. Nesse sistema, os precedentes possuem caráter vinculativo, de observância obrigatória para os demais órgãos jurisdicionais.

Por outro lado, nos países que seguem a linha do *civil law*, ou seja, é um direito escrito, no qual a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo, os precedentes tradicionalmente e em regra, apenas orientam, mas não vinculam o pedido ou o julgamento de casos posteriores sobre a mesma matéria. Devido a isso, o precedente funciona como argumento da disposição legal. Perceber que nesse sistema busca-se a segurança jurídica.

Pode-se observar que a teoria dos precedentes judiciais vem ganhando cada vez mais destaque no nosso ordenamento jurídico, vinculado à tradição do *civil law*, mas não se pode deixar de perceber algumas evidências da aplicação e referências adotados na *commowlaw* e vice versa. É inegável a aproximação dos dois sistemas citados, pois há uma tendência à uniformização das decisões judiciais, e a força vinculante dos precedentes judiciais.

No sistema do *civil law*, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que no *civil law* o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não necessariamente de obrigar que o julgador adote o mesmo fundamento de decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante.

É essa desobrigação de vinculação aos precedentes judiciais no Brasil que deve causar preocupação. A igualdade, a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais são necessárias à própria estabilidade do Direito. Na distribuição da justiça é inadmissível pensar que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneira distintas por órgãos de um mesmo tribunal.

Não se pode comparar a buscar pela tutela jurisdicional com um jogo de

loteria e, por isso mesmo, é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito. Se existir fundamento suficiente para afastar um entendimento já consolidado, deve o magistrado exercer plenamente o seu livre convencimento, sem qualquer vinculação a julgamentos anteriores. Caso contrário, será necessário que se busque, preferencialmente junto aos tribunais superiores, a interpretação uniformizada sobre o tema.

Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito. O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções semelhantes para questões que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas.

É importante que se enfrente, preliminarmente, algumas definições e conceituações dos precedentes judiciais, para posteriormente identificar suas aplicações no cenário jurídico nacional.

Nas precisas palavras do jurista STRECK e ABBOUD, "*Precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos- similares*"³. Nesta mesma linha, TUCCI afirma que "*O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.*"⁴

Precedente não é acórdão; não são configurados pela ementa. Precedentes são configurados pelo corpo da decisão.

Iniciando o trabalho com a definição dos precedentes, parece ao leitor, em um primeiro momento, que a expressão precedente vem com o Novo Código de Processo Civil, o que não é verdade, pois já temos o sistema de precedentes no Brasil, o que vai incorporar o legislador é a tentativa de massificação desses precedentes. Podemos perceber que os precedentes já são uma realidade, sendo que podemos citar os artigos 285-A (improcedência liminar da petição inicial), 481, parágrafo único, 518, 557 (poderes conferidos ao relator), 527 do Código de Processo Civil.

Cada precedente, terá desse modo, uma *ratio decidendi*, que pode ser conceituado como:

³ Lenio Luiz Streck; Georges Abboud. O que é isto- o precedente judicial e as súmulas vinculantes? v.3. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2013. p. 42

⁴ José Rogério Cruz e Tucci. Precedente judicial como fonte do direito. 2004, p. 11-12.

(...) o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso e por último, é a relação resolução motivada do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes.⁵

Em relação ao conceito, propriamente dito, da *ratione decidendi*, pode-se citar a definição dos juristas DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA para quem a *ratione decidendi* consiste no “(...) conjunto de fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo julgador no caso concreto”⁶. Demais disso, é importante enfatizar que a *ratione decidendi* de uma decisão “cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.”⁷

Os demais elementos componentes da decisão que deu origem ao precedente, tais quais os que não possuem influência direta no provimento decisório, que são apenas argumentos de passagem, ou, conforme definição de TUCCI, antes citada, que retratam apenas as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, constituem o chamado *obiter dictum* e não vinculam os casos posteriores. O *obiter dictum* é apenas uma opinião, ou uma observação, um comentário lateral.

Segundo STRECK, *obiter dictum* “corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”.⁸

O precedente possui um *holding*, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isto não está na Constituição, nem na lei e sim na tradição, sendo que “a aplicação não se dá automaticamente, pois nesse sistema sempre cabe

⁵ Lenio Luiz Streck e Georges Abboud. Op.cit. p. 43

⁶ Fredie Didier; Paula Sarno Braga; Rafael Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. 2009. v. 2. p.381

⁷ José Rogério Cruz e Tucci. Op.cit. p. 175

⁸ Lenio Luiz Streck e Georges Abboud. Op.cit. p.44

examinar que se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente o *dictum*".⁹

Feita essas breves conceituações, podemos partir das seguintes indagações, que tentaremos responder no decorrer do trabalho: O número de recursos que tramitam no Poder Judiciário justifica a quantidade de jurisprudência defensiva dos Tribunais brasileiros? Qual o sistema que vamos adotar daqui por diante? Qual o papel do juiz na criação e aplicação do direito? Qual o papel do juiz na fundamentação jurídica? Temos que refletir o futuro do processo civil com a entrada no novo Código.

Atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo e do neoconstitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos juízes de *common law* e *civil law*, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação do direito e os interpretativos. Mais do que tudo, esta proximidade permite evidenciar a importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão nítida feição interpretativa.

O Poder Judiciário atualmente assume um novo papel interpretativo com a revolução dos direitos humanos e conseqüente judicialização da política. A propósito, sobre o constitucionalismo, Canotilho conceitua como "...teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade"¹⁰.

Neste sentido, o constitucionalismo representa a limitação do poder do Estado por meio de uma Constituição e da prevalência dos direitos fundamentais, afastando a ideia de poder autoritário.

No tocante ao neoconstitucionalismo, a doutrina passa a desenvolver uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, chamada de neoconstitucionalismo, que tem como objetivo desenvolver um novo modo de compreender, interpretar e aplicar o Direito, de modo a concretizar os direitos fundamentais.

Percebe-se uma judicialização da política e das relações sociais, pois tudo deságua no Poder Judiciário. Devido a isso, temos o deslocamento do Poder Legislativo e do Poder Executivo para o Poder Judiciário, que passa a ser protagonista de ações, chegando até mesmo, ainda que excepcionalmente a implementar políticas públicas.

É interessante perceber que a nova dimensão de poder atribuída ao juiz de *civil*

⁹ Lenio Luiz Streck e Georges Abboud. Op.cit. p.30

¹⁰ J.J Gomes Canotilho, Direito Constitucional e teoria da Constituição, 6ª Ed., p. 51.

law, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos em nosso sistema. Como o princípio não se limita a emoldurar fatos e atribuir-lhes consequência jurídica, tendo textura mais aberta e escopo mais generalizado, a racionalização da sua adoção exige a detida identificação das particularidades fáticas do caso concreto. Ademais, as cláusulas gerais, diante do seu próprio propósito, não podem ter a sua aplicação justificada de maneira racional sem a identificação dos fatos sobre os quais estão a incidir.

Novo Código de Processo Civil terá um capítulo próprio relativo ao “processo nos tribunais”, onde será regulamentado o dever de uniformização estabelecida da jurisprudência (art. 926), sendo previsto nos incisos seguintes a observação de enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante; a determinação de que órgãos fracionários sigam orientação do plenário, e órgão superiores aos quais se estiverem vinculados; vem a previsão da jurisprudência pacificada, bem como a previsão da observação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores, dentre outras disposições inerente à teoria dos precedentes.

O problema do sistema vinculante no Brasil chama-se divergência interpretativa, e isso em processo repetitivo gera instabilidade da jurisprudência.

Uma das grandes bandeiras do Novo Código é a ampliação do sistema de precedentes no Brasil, pois permite-se duas conclusões de imediato: diminuição da divergência interpretativa e a diminuição do poder de decisão do magistrado de 1º grau.

Um dos grandes pilares dos precedentes no projeto é o incidente de resolução de demandas repetitivas, vedação do poder criativo do juiz. Será que um juiz pode, dentro do seu poder argumentativo simples, não concordar com o precedente, quer no processo atual, quer no novo Código de Processo Civil? Será que um juiz dentro da hermenêutica jurídica, poderá simplesmente afastar um precedente de um Tribunal Superior porque entende de forma contrária? A resposta é negativa, pois a desobediência hierárquica é um dos pontos negativos do sistema de vinculação de precedentes no Brasil. Há uma necessidade de obediência. O juiz é obrigado a atender precedentes do seu Tribunal e dos Tribunais Superiores.

Um dos grandes pilares dos precedentes no projeto é o incidente de resolução de demandas repetitivas, onde podemos verificar a vedação do poder de criação do juiz, e conseqüentemente se cria um sistema estável de interpretação judicial. O lado positivo podemos citar a diminuição de recursos, diminuição de demandas judiciais, uniformização dos entendimentos, dando assim, segurança jurídica, criação de um advogado com o perfil mais consultor do que litigioso. Lado negativo, podemos citar o engessamento das decisões do Poder Judiciário, vedação do acesso à justiça.

2. A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em estudo aprofundado sobre os precedentes judiciais no Brasil, Tiago Asfor Rocha Lima explica que o nosso sistema de precedentes ainda está incompleto e depende de “*algumas imprescindíveis correções para que dele se possa extrair a finalidade esperada*”.¹¹

De fato, não é incomum encontrar resistência na doutrina e nos tribunais acerca da aplicação dos precedentes judiciais. No entanto, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é o desenvolvimento da jurisprudência – que é a reiterada aplicação de um precedente – como forma de solucionar as situações que não podem ser resolvidas por meio da aplicação literal da lei.

Pensando nisso, o projeto do Novo *Código de Processo Civil* (Projeto de Lei nº. 8.046/2010 ou NCCPC) trouxe importantes mecanismos de aperfeiçoamento do sistema de precedentes judiciais e, conseqüentemente, de uniformização e estabilização da jurisprudência pátria. Ocorre que tudo no Novo Código de Processo Civil é jurisprudência, sem distinguir de precedentes, jurisprudência dominante, súmula, decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como *overruling* e *distinguishing*.

Constata-se que há um estímulo entre na publicação de enunciados sumulares, contudo não sequer investiga as circunstâncias dos casos que deram origem a sua edição, o que deveria ser imprescindível.

Infelizmente, pode-se verificar que o Novo Código de Processo Civil não evoluiu, nem desenvolveu o tema dos precedentes judiciais no Brasil como almejavam muitos juristas e operadores do Direito, ficando assim, a impressão de estar lendo o Código de Processo Civil de 1973, apenas reorganizado e repaginado, sem muitas mudanças significativas.

A muito se vem buscando maneiras de uniformizar a jurisprudência no Brasil. Quando o Brasil ainda era subordinado a Portugal existiam os assentos da Casa da Suplicação, Atualmente já existem em nosso CPC, vários mecanismos para fortalecimento das decisões judiciais, o que, sem dúvidas, é uma forte demonstração da influência no nosso sistema dos ditames da *common Law*.

O que se busca com a adoção de novos paradigmas é a estabilidade e a

¹¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.480.

continuidade dinâmicas do direito, características típicas da *common law*, que assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a evolução doutrinária, busca uniformizar e estabilizar a jurisprudência, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório.

O precedente nos oferece uma regra universal que será aplicada em função da identidade com os fatos análogos. O critério de aplicação e escolha do precedente é um critério fático, de modo que a regra será afastada pelo julgador conforme ele considere que prevalece os elementos de identidade ou diferença entre os casos. Nesse contexto, um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão de um caso.

A instituição dos precedentes no projeto do Novo Código Civil é sem dúvida a mais importante inovação, com base nos princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e da isonomia, assim, sob esse prisma, o projeto busca trazer ao operador do direito a segurança de decisões estáveis, isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e executa de forma concreta o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes por parte do judiciário.

Sob esse contexto, para que ocorra uma mudança do entendimento que já se encontra sedimentado deve existir uma fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das relações jurídicas, afigurando-se um dever argumentativo das partes, o exercício do contraditório e da argumentação, oferecendo assim regra universal aplicada em função da identidade com os fatos dos casos análogos¹².

Insta salientar, no entanto, que no projeto do Novo Código de Processo Civil, tudo é jurisprudência, não se distinguindo precedente de jurisprudência, súmula, ou decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como *overruling* e *distinguishing*, ou mesmo na diferenciação da *ratio-decidendi* e *daobter dicta*. Tornando-se dessa forma imprescindível o correto manejo

¹² [...] é pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada. (Bustamente, 2012).

dos instrumentos utilizados na aplicação dos precedentes. A uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

Os precedentes irão funcionar como elementos de justificação de uma decisão jurídica, e a forma como eles são enunciados pode ser decisiva para determinar sua força nos casos futuros.

O precedente se origina de um caso concreto, e para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele, devendo assim ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente, assim podemos afirmar que a questão do caso é mais complexa do que a questão jurídica, tornando-se imprescindível ter uma idéia clara dos fatos do caso.

Para Karl Larenz (1997,p.611):

Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora.

Assim faz-se importante frisar que a aplicação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico irá exigir dos juristas o aperfeiçoamento das práticas forenses e o exercício claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, tornando-se, essencial que se repense toda a prática forense brasileira. Podemos dizer então que nesse contexto o papel do juiz ativo será essencial na concretização e efetivação dos direitos fundamentais. Citamos aqui o ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque (2011,p. 113-114) sobre o papel do juiz.¹³

Assim sendo o juiz deixa de ser apenas a boca que pronuncia lei, o direito não será mais visto aos moldes de Montesquieu. A noção de que a lei representava a vontade não sobreviveu á evolução histórica, pois se concluiu que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justi-

¹³ [...] O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas eventual omissão da parte pode ocorrer exatamente da inexistência de uma paridade real. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo o problema, irrelevante a natureza da relação jurídica. Indisponível ou não o direito, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado.

ça. Nesse contexto surge a necessidade de se criar instrumentos capazes de permitir sua conformação aos princípios da justiça.

A aplicação dos precedentes no Brasil visa, desse modo, restabelecer a credibilidade do judiciário, garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional; o ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se em nítida mudança, com a convergência entre o common Law e o civil Law, visando não só à reforma dos institutos de lei, mas também à adoção de uma teoria dos precedentes adaptada à nossa realidade, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, empregando-se coerentemente os precedentes formados.

O problema que se coloca é em torno da possibilidade de aproximação de duas tradições com fundamentos e histórias tão distintas; ou seja: será possível a existência de uma *civil law* permeada dos elementos próprios da *common law*? Mais do que isso: um modelo, em que as pessoas estão acostumadas com leis definidas e bem positivadas, conseguirá absorver, adequadamente, a prevalência de cláusulas abertas nas quais predomina a constitucionalidade do sistema independente de legislação infraconstitucional? E, em consequência, a jurisdição nacional está preparada para trabalhar com precedentes que conservam a *ratio decidendi*, os fundamentos da decisão, ao invés de jurisprudência baseada na repetição e uniformização de dispositivos decisórios?

Resta questionar o poder legislador do juiz num ordenamento que sempre privilegiou a tripartição dos poderes e defendeu papéis específicos para cada um deles; numa ordem positiva que, perpetuamente, pregou o apego à lei poderá o juiz desempenhar bem seu papel criativo, por meio do ativismo judicial de legislador? Tais aspectos indicam que as mudanças trazidas pela presença do precedente judicial no ordenamento nacional exigirão transformações na jurisdição, bem como na compreensão política do papel do judiciário.

Sobre o assunto preleciona Luiz Guilherme Marinoni, leciona:

[...] os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, ali teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos. (Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* presentes no direito brasileiro, cit.p.270).

A aplicação dos precedentes tende a requerer dos juristas, em igual medida, grande aperfeiçoamento da prática forense e o exercício, claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, sendo necessário reconsiderar (como um todo) a corrente prática forense brasileira.

Importante repensar a prática jurisdicional em vigor, aceitando a convergência entre *common law* e *civil law*, buscando a reforma inevitável dos institutos de lei, assim como a adoção de uma sólida teoria dos precedentes, devidamente adaptada à realidade do nosso ordenamento, acompanhada por uma mudança de paradigma e de visão na aplicação de julgados, de modo que magistrados e advogados possam administrar, coerentemente, os precedentes formados.

Um dos problemas na execução de uma teoria dos precedentes é a falta de habilidade do manejo do *distinguishing* e do *overruling* e do respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Desse modo, um dos principais objetivos que se busca no estudo dos precedentes é que se possa, a partir dessa prática, chegar a conclusões próprias sobre a decisão tomada. Com isso, a descrição cuidadosa dos fatos e a identificação do problema a ser solucionado são apenas os primeiros passos, tornando-se fundamental sistematizar argumentos e opiniões, para que, então, se chegue a uma conclusão opinativa sobre a questão, desde uma explicação crítica acerca das razões que levaram àquela conclusão.

Nessas condições, a escolha de um precedente para ser objeto de análise crítica ou estudo científico depende da relevância que detenha num determinado contexto histórico, político, social ou jurídico. Assim, o importante a ser considerado para a escolha do caso são as possibilidades que o precedente em questão oferece para um estudo (ou uma crítica) que venha a contribuir para a reflexão jurídica, seja no plano dogmático, seja no plano sócio-jurídico, ou, ainda, no plano filosófico-jurídico.

Uma análise aprofundada da doutrina dos precedentes irá exigir da parte dos juristas e aplicadores do direito, uma mudança de pensamento, pois um dos objetivos a serem alcançados, é que se possa, com tal prática, chegar a conclusões próprias em torno da decisão tomada. A descrição cuidadosa dos fatos e a detalhada identificação do problema a ser solucionado são apenas alguns obstáculos a serem enfrentados nessa jornada, sendo essencial a sistematização dos argumentos e opiniões, para que, dessa forma, se chegue a uma conclusão opinativa sobre o caso em questão, bem como uma argumentação aceitável sobre as razões envolvidas na decisão, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

A segurança jurídica é princípio implícito na Constituição Federal, devendo dessa forma ser respeitada por todos os Poderes da União, e principalmente

pelo Judiciário durante a tutela jurisdicional.

A segurança jurídica vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das conseqüências jurídicas de determinada conduta é indispensável para a conformação em um Estado que pretenda ser “Estado de Direito” (MARINONI, 2011,p.120).

O Poder Judiciário, ao atuar, deve proferir decisões pautadas em todo o sistema jurídico e não baseadas simplesmente em suas convicções pessoais. Cada órgão do Poder faz parte de um todo e em acordo com esse deve atuar.

O juiz deve apenas decidir seguindo sua linha de raciocínio e a dos tribunais superiores. Não há respeito, nem segurança jurídica, nas decisões de um juiz que a cada ato posiciona-se de forma diferente, gerando insegurança ao jurisdicionado, e sem qualquer fundamento.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aproximação entre os precedentes judiciais e o nosso sistema jurídico é um caminho sem volta, pois a favor ou contra, não se pode negar a teoria da força vinculante dos precedentes. Uma das grandes bandeiras do nosso sistema projetado é a ampliação dessa força vinculante, inclusive no tocante na fundamentação judicial, no qual o juiz terá que justificar fundamentadamente o porquê de não seguir o precedente, pois caso não haja fundamentação, a decisão é nula. A fundamentação é vinculada.

O processo de interpretação divergente é rechaçado pelo projeto do novo Código de Processo Civil. A divergência interpretativa é um ponto negativo, sendo que alguns Tribunais brasileiros inclusive leva em conta o número de sentenças reformadas.

Acredita-se ser necessário enfrentar e trabalhar uma teoria do processo repetitivo onde o direito de ação e acesso à jurisdição, necessita ser repensado, assim como o papel do advogado, a coisa julgada. O processo deve estar aberto ao diálogo, principalmente utilizando técnicas e experiências de outros sistemas, mas acima de tudo que seja adequado à nossa realidade brasileira, pois de nada adianta “copiar” um sistema que não tenha aplicabilidade ao direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em VADE MECUM. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. – São Paulo: Noeses, 2012

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em VADE MECUM. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6ªed. rev. Coimbra: Almedina,1993.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodvm, 2013.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, LenioLuiz; ABOUD, Georges. **O que é isto- o precedente judicial e as súmulasvinculantes?** v.3. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, NA ÓTICA DA INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO ART. 489 DO NCPC

Carlos Henrique Baldicera¹

RESUMO

Atualmente, reconhece-se a problemática nas decisões prolatadas pelos juízes, em vista do descumprimento corriqueiro e inobservância dos magistrados ao art. 489/NCPC, no tocante as decisões judiciais, expondo-se as consequências de manipulação em arbitrariedades e decisionismos. Neste sentido, não pode o julgador ser totalmente neutro quando profere uma decisão, esquecendo se da sua condição humana, devendo, quando decidir, ser motivado por inúmeros fatores constitucionais contidos em uma correta decisão jurisdicional. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo, com referências bibliográficas e todo acervo correspondente a pesquisa, além do posicionamento crítico ao tema. O presente estudo, assim, tem por finalidade refletir na necessidade de que os juízes, em suas decisões, almejem por justiça, contribuindo para o fim das decisões robotizadas.

PALAVRAS-CHAVE

Novo CPC – Teoria da Decisão – Fundamentação – Princípios Jurídicos.

SUMMARY

Currently, recognizes the problem in the decisions handed down by the judges, in view of the trivial failure and failure of judges to art. 489 / NCPC, regarding judicial decisions, exposing the consequences of manipulation and arbitrariness decisionismos. In this sense, it can not be the judge completely neutral when issuing a decision, if forgetting their human condition and must decide when to be motivated by numerous constitutional factors contained in a correct judicial decision. The research method used was deductive, with references and all corresponding assets to research in addition to the critical position to the subject. This study therefore aims to reflect the need for the judges in their decisions, crave for justice, contributing to the end of the robot decisions.

KEYWORDS

New CPC - Decision Theory - Statement of reasons - Principles Legal.

INTRODUÇÃO

O presente estudo procura agregar informações e conhecimentos pertinentes ao tema, reunindo casos concretos para assomar ao presente estudo, analisando as decisões proferidas pelos juízes, verificando a desconformidade com os requisitos presentes na lei, em vista do descumprimento corriqueiro e inobservância dos magistrados ao art. 489/NCPC, no tocante as decisões judiciais.

Assim, analisa-se a jurisdição, o juiz e a atividade jurisdicional, sendo esta excludente e opressora mantenedora do “status quo”. Noutra perspectiva, vê-se a problemática ao acesso à Justiça, que não se limita apenas ao “acionamento”, mas também ao cumprimento do referido artigo, pois quando acionada a Justiça o juiz deve considerar todos os argumentos erguidos pelas partes componentes da lide.

Este estudo faz-se necessário devido aos “robôs prolatadores de decisões” presentes em grande parte do poder judiciário.

A Constituição Federal Brasileira é o meio para a consecução mais efetiva da essência do processo civil, pois nas normas constitucionais pode-se extrair o destino e a forma do processo em um Estado Democrático de Direito. Percebe-se a norma fundamental que instruí o dever-ser da lide. Seguidamente, norteando a norma fundamental, está o sistema jurídico enriquecido de princípios, classificados pela doutrina como fundamentais, dentre os quais se acham o do acesso à justiça, da motivação das decisões, da isonomia, do devido processo legal, da ampla defesa, do juiz natural, da assistência judiciária, da vedação de provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos, do contraditório, da publicidade, da duração razoável e da efetividade do processo.

A luz do NCPC, embora já não bastassem as previsões legais quanto a fundamentação emanadas dos magistrados, este traz ainda mais garantias para a segurança jurídica.

Além disso, observa-se que os juízes, ao aplicarem o direito, atuam com preconceito. É verdade que esta não é uma afirmação generalizada nos órgãos judiciais, porém, ainda norteia grande parte dos julgadores no sistema judiciário contemporâneo.

O sistema é enriquecido de leis e princípios, porém, a aplicação carece de efetividade, pois sofrem das mazelas culturais, econômicas e sociais, como demonstraremos a seguir.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, necessário se faz o comentário sobre o acesso à justiça, garantia que nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni “quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetivação da tutela dos direitos” (1999, p. 28). Percebe-se que, ao acessar a justiça, a parte tem o direito de ter seus argumentos analisados peculiarmente pelo juiz competente a julgar a lide.

Em seguida, aborda-se sobre jurisdição, sendo esta a prestação do Estado da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Nesse sentido, diz o professor Luiz Guilherme Marinoni: “O Estado ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição [...] não bastando conferir ao jurisdicionado apenas o direito a uma sentença, sendo necessário outorgar a ele uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva”.

Aqui se encontra uma distinção a ser feita: o princípio de imparcialidade dos juízes é muitas vezes confundido com a neutralidade absoluta. Notoriamente percebe-se que a sociedade é dividida em castas e a desigualdade existente entre elas é de grande evidência, inclusive no poder judiciário. Deste modo, a imparcialidade sendo “confundida” com a neutralidade, vem acarretando o beneficiamento da minoria que detém o poder e dita as regras.

Habermas escreve que “uma justiça orientada por princípios jurídicos suprapositivados deve formar um contrapeso ao ‘positivismo do poder e dos fins’ das maiorias irrefletidas, amedrontadas ou violentadas, incapazes de vislumbrar o direito.

Sendo assim, os julgadores devem ter a visão na sociedade de sua época e não a frente, o que se faz necessário para que o julgador seja um agente do Estado, lutando para correta aplicação das leis para que haja justiça.

Apresentam-se com o dever de cumprimento do art. 489/NCPC não só as sentenças, como também as decisões interlocutórias, as decisões monocráticas proferidas no âmbito dos Tribunais e os acórdãos. O art. 489/NCPC, em seu § 1º, inciso IV, reflete a carência de efetividade no tocante as decisões emitidas pelos juízes:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Na perspectiva deste conceito, as fundamentações padronizadas, sem o devido enfrentamento de todos os argumentos e teses trazidas pelas partes, não deveriam ser aceitas.

A sistemática de fundamentação trazida pelo NCPC é necessária e interessante, pois não permite decisões superficiais, “até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter” (MARINONI, 2008, p.186). Aparenta que o NCPC faz a cessação das reiteradas decisões simplistas, robotizadas, e sequer fundamentadas emitidas pelos juízes todos os dias, como, à título de exemplo, “nada a decidir”, “indefiro”, “mantenho a decisão pelos próprios fundamentos”, situações que não efetivam o que determina o art. 489 do NCPC em comento.

Até o presente momento, é evidente a necessidade de uma decisão fundamentada e justa em conformidade com os princípios constitucionais já mencionados no referido estudo.

É de bom alvitre observar o que foi decidido pelo STJ, já em vigor o NCPC, em sede de mandato de segurança (nº 21.315, turma TRF 3º região, relatora Ministra Diva Malerbi, MS nº 21.315 – DF 2014/0257056-9, julgado em 08/06/2016):

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

É evidente a generalidade e abstração dessa decisão, valendo observar que tal entendimento é pacífico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e a ementa atrás transcrita contribui para que o poder judiciário continue a descumprir o previsto na legislação ao tocante as decisões judiciais. Diante dessa preocupação, urge uma mudança nas decisões das cortes do Brasil, que sequer atentam à efetivação de decisões fundamentadas e, na verdade, corroboram para as lamentáveis formas de decisões presentes rotineiramente no poder judiciário.

Conforme se vê, a inobservância aos princípios constitucionais, bem como ao art. 489 CPC, acaloram para uma decisão sem fundamentação e análise quanto aos pedidos das partes componentes da lide.

Além disso, considera-se também o acúmulo de processos judiciais o que dificulta a efetividade do trâmite processual. Todavia, de uma ou outra forma, é

imperativo que o juiz deve fundamentar suas decisões de acordo com as previsões legais. No ordenamento jurídico brasileiro atual, ocorre a violação da constituição e suas normas, e até mesmo o bloqueio do acesso a justiça, utilizando teses de forma mecânica em casos parecidos. Entretanto, os valores constitucionais não admitem sentenças padronizadas sem a relação entre a sentença proferida e a análise na questão de fato e de direito na causa discutida. A apelação abaixo transcrita corrobora com a discussão em comento:

“1.A Meta 2, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, não constitui imposição ao magistrado de prolação de sentença, mas mera recomendação, sob pena de incorrer em inúmeras inconstitucionalidades formais e materiais.2. Decerto, a denominada Meta 2 do CNJ, à luz da garantia de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB), preza a celeridade na tramitação dos feitos judiciais, não a extinção dos processos a qualquer custo.3. É inaceitável que tal ato sirva como subterfúgio para a prolação de sentenças padronizadas, destinadas apenas a diminuir o acervo do Judiciário, melhorando suas estatísticas, sem que se tenha verdadeira, adequada e eficiente prestação jurisdicional. 4. Inobservância da norma do §1º. do art. 267 do CPC. [...] Nesse passo, não resta alternativa senão anular a sentença para determinar o prosseguimento do feito. Dou provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1º-A do CPC.”

Como se vê da sentença proferida pelo STJ publicada em 02/02/2015, “não se pode deixar de fazer Justiça para se fazer estatística”, a garantia de duração razoável do processo em comento na apelação, não pode ser confundida com a inobservância das fundamentações das decisões, deve o Judiciário, prezar sempre a celeridade na tramitação dos feitos judiciais. Neste sentido mesmo se as causas levadas ao Judiciário fossem iguais, não é correto dizer que as mesmas merecem a mesma fundamentação da decisão, cada uma das causas merece uma fundamentação como estabelece a Constituição e o Código de Processo Civil.

Isto posto, a exigência da devida fundamentação nas decisões judiciais, é no mínimo um respeito ao jurisdicionados em geral, o juiz deve mencionar os motivos que o levaram a decidir de tal forma, a um processo justo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Invocando o pensamento jusfilosófico de Konrad Hesse, é necessário que a “vontade da constituição”, supere a “vontade de poder” (1991, p.,17, 18 e 20).

Assim, repisando os argumentos aqui lançados, evidencia que nos casos

concretos não se almeja pela justiça, ignorando garantias constitucionais, buscando apenas a “eficiência”. O processo justo ocorrerá apenas quando as decisões judiciais abordarem todas as particularidades da lide, portanto, o juiz deverá refletir e observar em sua fundamentação todas as garantias mínimas que a compõe.

Portanto, forçoso concluir, que as cortes e magistrados ergueram mecanismos para que se mantenha o estado de coisas e, pois, o descumprimento à princípio jusfundamental e à regas do processo civil. Pois bem, cabe a doutrina, de forma epistemológica, fazer com que o Poder Judiciário exerça com efetividade a tutela jurisdicional, por meio da sua função institucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, 0007984-07.2003.8.19.0202- Ementa Apelação; DES. Marcelo Lima Buhatem - Julgamento: 02/08/2011 - Quarta Câmara Cível; Processual Civil - Apelação Cível - Ação Ordinária - Sentença de extinção do feito sem resolução de mérito - Meta 2 - Não Configuração do Abandono de Causa pelo Autor - Ausência de intimação pessoal - Cerceamento ao direito de acesso à justiça configurado - Sentença que se anula.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição, 2016.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre factividade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense. 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 62.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CPC: GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PREVISIBILIDADE À LUZ DOS PRECEDENTES

*Thais Estevão Saconato¹
Ana Carolina Belleze Silva²*

RESUMO

Trata-se de trabalho fruto de pesquisa bibliográfica relacionada ao dever de fundamentação das decisões judiciais que o Novo Código de Processo Civil trouxe, ao reafirmar a importância desta garantia constitucional, tão esquecida pelos Tribunais brasileiros. Enfoca a importância da jurisprudência e dos precedentes na fundamentação das decisões. Centra-se na inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil da necessidade de respeito aos precedentes invocados pelas partes na fundamentação da decisão, em seu artigo 489, § 1.º. O artigo demonstra que a exigência da fundamentação levando-se em conta os precedentes, bem como as técnicas de aplicação e de confrontação destes apresenta-se como fundamental para a coerência nos julgamentos e do ordenamento jurídico. Objetiva-se, portanto, demonstrar a contribuição trazida pela utilização dos precedentes e das técnicas de aplicação, distinção e superação para o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, sem prejuízo da evolução jurisprudencial e, consequentemente, do Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Novo Código de Processo Civil. Fundamentação. Precedentes Judiciais. Segurança Jurídica.

¹ Advogada. Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – Marília/SP. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro do Grupo DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, cadastrada no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. Contato: estevaosaconato@uol.com.br.

² Advogada, Especialista em Direito Processual, Professora na Faculdade La Salle de Lucas do Rio Verde/MT, Mestranda em Direito na Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – UNIVEM de Marília/SP.
E-mail: carolbelleze@hotmail.com.

ABSTRACT

It's about a work resulted from bibliographic research related to the obligation to state reasons of judicial decisions that the New Civil Procedure Code brought, by reaffirming the importance of this constitutional guarantee, so forgotten by Brazilian courts. It focuses on the importance of case law and precedent in the reasons for decisions. It focuses on the innovation brought by the new Civil Procedure Code of the need to respect the precedents cited by the parties in the grounds of the decision in Article 489, § 1.º. The article demonstrates that the requirement of the grounds taking into account the foregoing, as well as application techniques and comparison of these presents as critical to the consistency in judgments and the legal system. The purpose is therefore to demonstrate the contribution brought by the use of previous and application techniques, distinction and overcoming to increasing legal certainty and predictability of decisions, without prejudice to the case law developments and hence the law.

KEYWORDS

New Civil Procedure Code. Justification. Judicial precedents. Juridical safety.

INTRODUÇÃO

O propósito na abordagem do tema relativo ao dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil é fazer uma reflexão sobre a inovação trazida pelo novo dispositivo legal ao detalhar e especificar no artigo 489, § 1.º como deve ser fundamentada a decisão judicial, sob pena de ser considerada nula, além da contribuição trazida pela utilização dos precedentes e das técnicas de aplicação para o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões.

A atual ordem constitucional tem dado ênfase aos princípios fundamentais do Direito. E o Novo Código de Processo Civil veio para reafirmar tais princípios constitucionais ligados ao processo. A exigência da fundamentação das decisões levando-se em conta os precedentes representa o reconhecimento do ônus argumentativo para a superação de um entendimento anterior.

O Novo Código de Processo Civil aborda o respeito aos precedentes na fundamentação da decisão, bem como a utilização das técnicas de aplicação e confrontação destes, o que garante a coerência nos julgamentos.

Neste sentido, o precedente judicial, que é fruto de uma atividade jurisdicional cujas decisões produzidas com a possibilidade de se tornarem modelos de solução de conflitos para julgamento de casos futuros semelhantes, se torna inevitável. Ao analisar a problemática relacionada à fundamentação da decisão judicial busca-se demonstrar a contribuição trazida pela utilização dos precedentes e das técnicas de aplicação, distinção e superação para o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, sem prejuízo da evolução jurisprudencial e, conseqüentemente, do Direito. Para isto, foram realizadas pesquisas e análises bibliográficas pertinentes ao assunto, enlaçando o teor histórico, jurídico e doutrinário.

O trabalho é dividido em partes; a primeira traz breve análise da teoria dos precedentes no *civil law* e no *common law*, suas diferenças e aproximação; a segunda aborda a abordagem do novo Código de Processo Civil ao dever de fundamentação, garantia constitucional há tempos esquecida; e a terceira, finalmente, discorre sobre a importância dos precedentes no dever constitucional de fundamentação, trazido pelo novo Código de Processo Civil, em seu artigo 489, § 1.º.

1 - BREVE ANÁLISE DA TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO COMMON LAW E NO CIVIL LAW

1.1. *Civil law* e *common law*

Os dois principais sistemas jurídicos que são adotados para regulamentar a ordem jurídica de um Estado são o *civil law* e o *common law*.

A diferença entre os dois sistemas, desde a origem de cada um, é importante para compreensão dos precedentes.

Oportuno observar que, apesar das diferenças entre os sistemas, ambos remontam a uma base comum: a origem europeia.

O *civil law* é um direito escrito, codificado, onde a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. Nesse sistema o juiz é considerado *bouche de la loi* (boca da lei), para justificar a ideia de que seus poderes decorrem da lei, sendo que suas decisões estão sempre subordinadas a algo “maior”, ou seja, a lei. A segurança jurídica está nos textos da lei.

Sua origem advém da Revolução Francesa quando, no século XIX, com a passagem do poder do monarca para a Nação nasceu o raciocínio jurídico do sistema *civil law*.

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem ‘a boca da lei’. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais com se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão. (WAMBIER, 2009, p. 121).

Ou seja, entendia-se que o juiz não podia interpretar a lei, devendo limitar-se a aplicá-la aos casos, evitando, assim, a distorção dos textos legais. Tais fatos eram indispensáveis à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica da época.

O princípio da igualdade no sistema *civil law* estava associado à aplicação da letra da lei, o que ocasionou a codificação do direito.

Os juízes eram presos à lei, dizendo como o julgador deveria proceder. O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado. A interpretação doutrinária, a jurisprudência e o costume encontravam-se subordinados à autoridade do estatuto. (NOGUEIRA, 2013, p. 42).

Assim, no *civil law* a decisão é formada com base em um raciocínio voltado à formação da convicção, em conjunto com o enquadramento dos fatos nos moldes delineados pela norma jurídica. O juiz é obrigado a narrar os fatos e os fundamentos jurídicos, o conteúdo da defesa e as provas requeridas e produzidas. (MARINONI, 2013, p. 217).

De acordo com Danilo Rinaldi dos Santos Junior e Luís Henrique Barban-te Franzé, “no *civil law* as regras jurídicas sempre foram procuradas em um corpo de normas preestabelecidas: a) antigamente, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; b) depois, os códigos; c) hoje, as constituições e todo o conjunto de normas infraconstitucionais.” (SANTOS JR.; FRANZÉ, 2014, p. 11)

Já o sistema do *common law* adota um direito costumeiro, pautado pela jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Neste sistema há respeito obrigatório aos precedentes.

Para Gustavo Santana Nogueira, o *common law* pode ser definido como o sistema jurídico baseado nos precedentes judiciais:

Originária das leis não escritas da Inglaterra, a *common law* é derivada mais de princípios do que de regras (*rules*), e não consiste em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, mas sim em amplos e abrangentes princípios baseados na justiça, na razão e no senso comum, que foram determinados pelas necessidades sociais da comunidade e que mudaram com a modificação dessas necessidades. (NOGUEIRA, 2013, p. 34-35).

A *common law* formou-se no período entre o ano 1066, quando ocorreu a Conquista Normanda, até o início da dinastia Tudor, em 1485, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais, na Inglaterra.

A Conquista Normanda foi um grande acontecimento na história do direito inglês, pois trouxe para a Inglaterra um poder forte e centralizado, ocorrendo a instalação do feudalismo no país. Este feudalismo se caracterizava pela organização, pelo caráter militar, elementos que permitiram o desenvolvimento da *common law*, direito comum à toda a Inglaterra. (DAVID, 2002, p. 357-359).

“Apesar da conquista Normanda foram preservados os Tribunais, os direitos e os impostos saxônicos, enfim, as instituições saxônicas, para benefício das rendas normandas.” (NOGUEIRA, 2013, p. 32).

Naquela época, o sistema da *common law* era considerado adequado às necessidades e estava bem inserido na realidade social de seu tempo.

Os primeiros juízes deste sistema aplicavam regras de origem germânica.

A interpretação da lei não se subordinava a qualquer critério mais rígido, pois o rei era o natural intérprete da lei, cabendo aos juízes a tarefa de procurar a *ratio decidendi* para adaptá-la ao caso concreto, não estando submissos a qualquer texto legal escrito. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152).

“Essa concepção de organização judiciária centralizada, possibilitando a

todos os homens livres o acesso à justiça, contribuiu sobremaneira para infundir nos súditos o conhecimento do direito em vigor.” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 152).

Na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 153).

A ideologia da *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito invocassem os precedentes judiciais.

Apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.

Deste modo, na análise e solução de casos concretos, uma relevante diferenciação entre os dois sistemas é o fato de que, na *civil law* parte-se do geral para o particular, ou seja, a premissa maior é a lei, a premissa menor é o caso concreto e a conclusão é a solução almejada. A este fator dá-se o nome de método dedutivo. Já na *comom law* parte-se do particular para o geral, ou seja, há a interpretação de um caso concreto e a extração da regra jurídica a ser aplicada, sendo que a decisão será voltada para julgados de casos semelhantes ou análogos – método indutivo.

No Brasil, com sua tradição romano-germânica, sempre vigorou o sistema do *civil law*, já que a lei sempre foi a fonte primária do direito, com fundamento no positivismo jurídico, conforme expressamente disposto no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito.

Ocorre que nos países que empregam o *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) foi desenvolvida a doutrina dos precedentes judiciais, que, em regra, possuem força vinculante (*binding authority*). É o *judge-made law*, que se funda no princípio do *stare decisis*. Ou seja, no *stare decisis* há a atribuição de força vinculante das decisões proferidas pelos tribunais superiores aos tribunais inferiores quando se tratar de casos análogos.

No sistema *civil law* o precedente judicial, em geral, tem cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*). Neste sistema a jurisprudência possui apenas a função de orientar e direcionar a interpretação da lei pelos magistrados, sem, contudo, ser obrigatória.

O *common law* costuma ser visto, em boa parte dos países de *civil law*, como um sistema jurídico diferente, complexo e, sobretudo, completamente desinteressante para os juristas, especialmente para os processualistas. Há, inclusive, no Brasil, certo preconceito em relação a esse sistema, numa tentativa frustrada de colocar a lei e o positivismo jurídico acima de qualquer precedente jurídico ou ins-

tituto semelhante, tentando-se negar a importância dos institutos de *common law*.

1.2. A aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no direito brasileiro

Com o passar do tempo, a tradição do *civil law*, com raízes na Revolução Francesa, passou por transformações. O juiz, que antes era proibido de interpretar a lei passou a interpretá-la.

Com o advento da Constituição a lei perdeu o seu posto de supremacia, passando a ser subordinada a ela:

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. (MARINONI, 2013, p. 65).

Assim, a aproximação dos dois sistemas no Brasil ocorreu devido à constitucionalização do Direito. A partir de então a teoria dos precedentes ganhou importância para a garantia da segurança jurídica, da previsibilidade e da isonomia.

Nota-se, portanto, que a jurisdição do *civil law* teve a sua natureza transformada, tendo o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) inegavelmente aproximado o sistema do *civil law* ao do *common law*.

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (1999, p. 165-166), os sistemas jurídicos que iniciaram em diferentes pontos na história do direito, agora caminham na mesma direção, com objetivos compartilhados.

O fato é que os países de origem *civil law* estão, aos poucos, empregando de diversas maneiras o sistema dos precedentes judiciais em suas jurisdições. Assim, com essa aproximação, o precedente tornou-se uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja do *civil law* ou do *common law*, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

Com a aproximação dos dois sistemas o precedente ganhou uma dimensão inegável no contexto atual do *civil law*. Para alcançar a funcionalidade do precedente é necessário compreender a forma como esta técnica decisória pode contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico no contexto da tradição legislativa, sem jamais modificar as diferenças de cada sistema jurídico.

No *civil law* os precedentes exercem função estritamente interpretativa e

não criativa do direito. Em contraponto, no *common law* os precedentes são fontes primárias e criadoras do direito, podendo, inclusive, inovar, não sendo necessário lei para respaldar. A diferença de conceito do precedente nos dois sistemas produz diferentes reflexos na prática de cada sistema.

Porém, os países do sistema *civil law* já despertaram para a necessidade de institucionalização e aprimoramento das técnicas dos precedentes. No entanto, não basta apenas transportar a técnica do *common law*, positivando-a em seu ordenamento jurídico.

Apesar da aproximação dos dois sistemas há fortes diferenças teóricas e práticas que os separam, levando-se em consideração o contexto histórico e a evolução de cada um deles.

“O que certamente não pode ser feito é transpor o sistema estrangeiro ao nosso, sem esquecer que direito (material e processual) é um fenômeno cultural e, portanto, sua efetividade é plenamente dependente dos valores históricos, sociais e políticos de cada país.” (CARVALHO, 2015, p. 421-448).

É inegável que, com a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law*, houve a valorização da jurisprudência como fonte do direito. Assim, o judiciário brasileiro passou a usar, ainda que de maneira tímida, a figura de precedentes, que são decisões judiciais tomadas à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

A lei e sua visão codificada perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

A função dos juízes também passou por transformações, deixando de apenas declarar a vontade concreta da lei, para atuar ativamente ante as interpretações normativas e as situações omissas da lei.

Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto, exercendo a verdadeira arte do direito, consolidando sua verdadeira finalidade.

Assim, constrói-se, por meio de uma atividade criativa, a decisão de acordo com seu convencimento, procurando no legislativo, fundamentos para a mesma. Em outras palavras, inicialmente o magistrado decide o caso e, em seguida, busca no sistema amparo para motivar sua decisão.

Atualmente, o precedente é visto como um dos meios para se obter, por

meio de um procedimento racional e coerente, o conceito preciso da norma quando aplicada ao caso concreto.

Os precedentes, se bem utilizados, podem não apenas garantir a previsibilidade de uma decisão, como também culminar para a lógica e a racionalidade da argumentação jurídica.

A teoria dos precedentes, se bem aplicada e sistematizada de acordo com o contexto histórico, jurídico, político e social de determinado país, pode corroborar para o alcance de valores de primeira ordem, tão caros a qualquer sistema jurídico. Trata-se de outro método, outra técnica, outra frente, mas que tem o mesmo alvo: previsibilidade, uniformidade e segurança das normas jurídicas. O desafio está em alcançar estas metas sem deixar de evoluir e fazer com que o direito sirva efetivamente às opções ideológicas feitas pela sociedade em determinado período histórico. (CARVALHO, 2015, p. 421-448).

Portanto, a adoção do sistema de precedentes auxilia na construção do ordenamento jurídico.

1.3. *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

Os ingleses denominam a parte efetivamente vinculante de uma decisão de *ratio decidendi*, que pode ser considerada o núcleo do precedente, ou seja, a regra.

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão. É a tese jurídica adotada pelo julgador na solução do caso concreto.

No conteúdo da fundamentação é preciso distinguir o que é a *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*.

Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 219) observa que, no *common law*, as razões de decidir são importantes porque a decisão, tida como precedente, não diz respeito apenas às partes, mas sim aos juízes, cuja função é dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que precisam de segurança jurídica e previsibilidade. Prossegue: “o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo.”

Com relação à *ratio decidendi* no processo civil brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 220) dispõe que:

É preciso sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a

fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório.

É oportuno anotar que, no *common law*, a *ratio decidendi* é a porção do precedente que tem efeito vinculante, ou seja, obriga os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores. (MARINONI, 2013, p. 220).

Para CRUZ e TUCCI (2004, p. 175), a *ratio decidendi* constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto.

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 177).

Para a identificação da *ratio decidendi*, há dois métodos utilizados, quais sejam: o teste de Wambaugh e o método de Goodhart.

Para Wambaugh a *ratio decidendi* é uma regra geral e, caso ela venha a faltar o caso é decidido de outra forma. Ou seja, a *ratio decidendi* deve ser uma regra geral, sem a qual o caso tem de ser decidido de outra maneira:

Diante do teste de Wambaugh, invertendo-se o sentido da proposição tomada em conta pelo tribunal, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constitua *ratio decidendi*. A proposição com sentido invertido – portanto, outra proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir *ratio decidendi*, representa *obiter dictum*. (MARINONI, 2013, p. 222).

O método de Goodhart dá maior ênfase aos fatos e propõe que a *ratio* seja determinada através da verificação dos fatos tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. (MARINONI, 2013, p. 223).

Ou seja:

Para Goodhart é necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Mas,

para a *ratio*, além dos fatos que o juiz considerou materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou. (MARINONI, 2013, p. 224).

Por fim, Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 228-229) aponta o problema de se saber quem define a *ratio decidendi*, se o órgão que institui o precedente ou aquele que analisa se o precedente deve ser aplicado ao caso que está para julgamento: “Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos sob julgamento.”

As demais razões alheias à *ratio decidendi* interessam ao caso em litígio, mas não à formação do precedente, sendo apenas considerações periféricas. É o que se chama de *obiter dictum*.

Pode-se definir o *obiter dictum* como sendo as proposições da decisão que não fazem parte da *ratio decidendi*. Desempenha papel persuasivo e argumentativo fundamental, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares.

O *obiter dictum*, ou *obiter dicta*, no plural, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, secundários ou qualquer outro elemento que não seja imprescindível para a solução do caso concreto.

Nas palavras de Edward Re:

Consequentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão somente de força persuasiva. (RE, 1994).

É relevante mencionar que os efeitos do precedente judicial são extraídos da razão de decidir, e não de eventual *obiter dictum*, sendo, por isso, relevante a distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* de uma decisão.

Logo, além da exigência constitucional e processual de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional tenha bastante cui-

dado na fundamentação dos seus julgados, pois, prevalecendo determinada *ratio decidendi* é possível extrair, a partir dela, uma regra geral a ser observada em outros casos concretos.

1.4. As técnicas do *distinguishing* e do *overruling*

Apesar das alegações dos críticos aos precedentes de que os mesmos levam ao engessamento do ordenamento jurídico, a perspectiva moderna da teoria dos precedentes não admite que existam decisões que não possam ser superadas ou modificadas.

A tradição inglesa por muito tempo defendeu que os precedentes não poderiam ser modificados, por respeito aos valores da certeza, estabilidade e previsibilidade. (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 160). Porém, a moderna teoria dos precedentes traz uma flexibilização do *stare decisis*, sobretudo no que diz respeito à sua perspectiva horizontal, tendo em vista que uma Corte pode superar e modificar seus próprios precedentes.

O modo para decidir com base nos precedentes pode ser assim explicado: o julgador examina o caso, considerando os fatos e sua qualificação jurídica, bem como o direito pleiteado pelas partes; em seguida o julgador verifica a existência de semelhanças relevantes entre o caso que deve ser decidido e os precedentes existentes sobre o tema, tanto aqueles invocados pelas partes quanto os que já são do seu conhecimento; o julgador extrai a *ratio decidendi* do precedente e, posteriormente decide se aplica ou não aplica o precedente, sempre de forma fundamentada. É neste ponto que se verifica a possibilidade de utilização das técnicas de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*) do precedente.

A técnica do *distinguishing* é utilizada para fundamentar a decisão de aplicar ou não o precedente. Em uma decisão, o julgador verifica que o precedente seria aplicável para solucionar o caso. Porém, a existência de alguma peculiaridade existente no caso que não existia no caso que gerou o precedente, autoriza o julgador a excepcionar a aplicação do precedente, que permanecerá válido, mas terá seu sentido reduzido para se adaptar ao caso concreto.

A dificuldade de se aplicar a técnica de distinção dos precedentes reside na comparação entre os casos e na correta definição do que deve ser considerado necessário na verificação da semelhança entre os casos. Os critérios precisam ser claros e definidos. Também é preciso compreender o que integra o núcleo do precedente e o que é irrelevante para a tese jurídica ali empregada.

Assim, “se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes e, por

isso, não consideradas no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação.” (MITIDIERO, 2012).

A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente, que consiste em congruência social e consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer da dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis*, quais sejam, a segurança jurídica e a igualdade, deixando de autorizar a sua aplicação. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste de dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*). (MITIRIERO, 2012).

Importante anotar que a técnica do *overruling* é exceção, pois a regra é que os precedentes sejam respeitados e aplicados sempre que os casos sejam semelhantes e permitam o seu emprego na decisão do caso.

Assim, levando-se em consideração as técnicas, pode-se concluir que a adoção dos precedentes não conduz de forma imediata a um engessamento das decisões. A técnica do *overruling* traz a possibilidade de superação do precedente que não se encontra mais em relação de coerência com o ordenamento.

Porém, a fundamentação da decisão que supera um precedente deve ser mais detalhada do que a decisão que aplica o precedente, pois precisa demonstrar que, fato, o precedente que seria aplicável ao caso não deve mais permanecer vigente no sistema.

2 - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A garantia da fundamentação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental, visto que a própria Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada.

Nesta esteira, o princípio do devido processo legal é essencial ao ordenamento jurídico brasileiro por englobar outros princípios processuais, como os princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório.

De acordo com este princípio, o processo obrigatoriamente deve observar sua legalidade, protegendo os bens jurídicos relacionados à vida, à liberdade e à propriedade.

A eficácia do princípio do devido processo legal vem disposta por SILVA (2006, p. 154):

O princípio do *devido processo legal* entra agora no direito constitucional positivo como um enunciado que vem da Magna Carta Inglesa: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo* – e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais” – conforme autorizada lição de Frederico Marques.

O devido processo legal é um direito fundamental do homem também consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção de São José da Costa Rica, ambos no artigo 8º dos dispositivos:

“Art.8º - Todas as pessoas têm direito a um recurso efectivo dado pelos tribunais nacionais competentes contra os atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

“Art. 8 Garantias Judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Assim o devido processo legal é uma das garantias constitucionais em que dele decorrem outros princípios e garantias constitucionais, como os já citados princípios do contraditório e da ampla defesa, garantindo a tutela dos direitos e interesses individuais.

Já o princípio do contraditório e da ampla defesa está previsto no artigo 5º, inciso LV da CF, garantindo aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Impõe o direito de defesa à parte em decorrência de acusações proferidas, podendo ser ouvida, argumentando o que desejar em seu favor, conforme ensinam os doutrinadores a seguir.

O princípio da ampla defesa determina a participação efetiva no processo penal, abrangendo a autodefesa, a defesa técnica, a defesa efetiva e a possibilidade de utilização de todos os meios de prova passíveis de demonstrar a inocência do acusado, incluindo as provas obtidas ilicitamente. (SILVA, 2012, p. 270)

A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de se preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal. (NUCCI, 2012, p. 290)

O princípio do contraditório, também denominado audiência bilateral, é aquele que faculta a parte, em um processo judicial ou mesmo administrativo e aos acusados em geral, a chance de se manifestarem sobre todas as alegações e documentos produzidos pela parte contrária. Decorre desse princípio a necessidade de concessão de igualdade de tratamento a ambas as partes de uma relação processual. (DANTAS, 2013, p. 34).

É necessária a produção de todas as provas possíveis e alcançáveis para a decisão proferida em desfavor de uma pessoa acusada, em respeito aos princípios discorridos até o momento, garantindo um julgamento justo e eficaz, com a aplicação do direito e efetivação da justiça.

A forma expressa disposta no Novo Código de Processo Civil com a aplicação dos princípios processuais constitucionais destaca-se através dos artigos 1º ao 15, além de outras disposições legais elencadas na lei processual.

Merece destaque os artigos 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil, pois possibilitam a manifestação das partes em caso de decisão a ser proferida contra uma das partes, ou no caso de legalidade de decisão *ex officio*, aplicando-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, justamente para possibilitar uma justa decisão a ser proferida pelo julgador, oportunizando às partes envolvidas no processo a apresentação de argumentos e fatos que deverão ser analisados concomitantemente com os demais documentos existentes nos autos.

Em consonância com o artigo 93, IX, da Constituição Federal, vem disposto também o artigo 11 do Novo Código de Processo Civil, dispondo sobre a necessidade de um julgamento público e a fundamentação das decisões judiciais, impelindo ao julgador o enfrentamento de todas as razões, teses e provas dispostas pelas partes, justificando satisfatoriamente sua decisão.

Ao buscar o Poder Judiciário para solucionar um conflito, as partes litigantes apresentam fatos e provas possíveis de convencimento do julgador, para que este seja capaz de aferir a verdade, decidindo de forma justa, aplicando o direito através das normas e fazendo justiça à quem for direito. A possibilidade de satisfação processual de maneira justa e correta apenas se mostra possível se as partes forem ouvidas, oportunizando-as a manifestação no processo com a apresentação de suas teses e fundamentos, fazendo chegar ao julgador todo o necessário para sanar qualquer dúvida implantada no processo.

Assim, em conformidade com o Novo Código de Processo Civil, a decisão do juiz ou do tribunal deve respeitar o disposto também no artigo 489, que em sua estrutura não se diferencia de forma substancial ao disposto no CPC de 1973 quanto aos elementos essenciais para prolação de sentença, descritos no relatório, na fundamentação e no dispositivo.

Em que pese as decisões poderem ser proferidas com embasamento em súmulas ou em precedentes, com a inserção do princípio do contraditório, faz-se necessário que tais decisões com base nestes termos, devam ser aplicadas de forma concreta, discriminada a cada caso concreto. O julgador precisará, obrigatoriamente, enfrentar todos os argumentos especificados no processo, analisando de forma minuciosa um a um, para que decida em consonância com o disposto legal, sem afastar as súmulas ou precedentes, mas concatenando-o ao caso assinalado.

O legislador inexigiu, apesar do maior cuidado e exigência na análise para prolação de decisão, uma fundamentação exauriente nesta, em consonância com o disposto há tempos pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal, sendo satisfatória a decisão eficaz e justificada sobre as questões fáticas e jurídicas colacionadas no processo pelas partes.

Assim, é necessário compreender que a fundamentação pautada nos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não se trata apenas de mera motivação da decisão, mas sim que esta seja resultado direto do enfrentamento pelo julgador de todas as razões, teses e provas trazidas por ambas as partes ao processo.

3 - PRECEDENTES E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal de 1988 trouxe à baila a importância do respeito aos princípios constitucionais em uma relação processual, bem como a devida fundamentação das decisões. Porém, apesar disso, nossos Tribunais e a maioria da

doutrina ainda insistiam em manter as normas antigas.

Em virtude do contexto atual de grandes contradições entre os julgados, inclusive dos Tribunais Superiores, e da falta de mecanismos capazes de resguardar a uniformidade das decisões judiciais no sistema brasileiro, o Novo Código de Processo Civil traz institutos e técnicas para manter a jurisprudência e os precedentes mais estáveis.

O Novo Código de Processo Civil trouxe importantes modificações nas formas de interpretação e aplicação de decisões por parte dos magistrados, impondo-lhes maiores cuidados e especificidades na solução de um conflito jurisdicional, mensurando de forma expressa os questionamentos das partes processuais, sem generalizar ou deixar de especificar a decisão de maneira embasada.

Pode-se dizer que o Novo Código de Processo Civil trouxe várias contribuições valorosas para o sistema processual brasileiro, dentre elas a preocupação com uma base constitucional sólida e a preocupação com os princípios, concentrados, fundamentalmente nos 15 primeiros artigos e espalhados ao longo dos demais artigos.

A alteração disposta no parágrafo primeiro do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil concatena-se com os princípios constitucionais, trazendo aos autos decisões mais humanitárias e satisfatórias às partes vencíveis, abrangendo em sua totalidade as justificativas das questões relacionadas em juízo, não mais aceitando apenas decisões justificadas por meio de citações de razões e fatos relativos ao processo, mas sim devendo serem as mesmas expressas e fundamentadas em doutrinas e jurisprudência interligadas a cada caso concreto.

O Novo Código de Processo Civil realça de forma expressa e precisa a obrigatoriedade da fundamentação adequada nas decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais, em respeito aos princípios processuais constitucionais, ao contrário de que se vinha aplicando até o momento, no sentido de buscar a produção em números de satisfação processual, sem se importar com o fundamento oportuno das decisões. Conseqüentemente não havia preocupação acirrada com as partes envolvidas no processo.

O artigo 489, § 1.º traça parâmetros acerca da fundamentação das decisões judiciais, e o faz por exclusão, ou seja, enumera, de maneira exemplificativa, o que não se considera decisão fundamentada para o sistema jurídico.

A fundamentação da decisão deve ser meio para que se possam justificar as escolhas feitas pelo julgador, que deverá expressar de forma clara e transparente suas valorações e decisões sobre a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, permitindo, com isso, o controle da sua racionalidade.

Assim, o dever de fundamentação se torna um exercício mais complexo ao julgador, pois exige deste um ônus argumentativo maior no julgamento. “Este dever exige a demonstração do trabalho intelectual para o alcance da decisão judicial, exposta de forma crítica, coerente, permeada por reflexões de fato e de direito, expostas nas razões de decidir.” (CARVALHO, 2015, p. 421-448).

O artigo 489, § 1.º do Novo Código de Processo Civil, em seus três primeiros incisos, trata da violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais quando nelas apenas são mencionados os atos normativos, sem explicar a sua relação com a causa, em que são empregados conceitos jurídicos indeterminados, sem declinar o motivo concreto de sua incidência, ou, ainda, a mera invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer decisão.

Os demais incisos abordam a questão da formação do precedente. O inciso IV não considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador. O julgador tem o dever de trazer à sua fundamentação todos os argumentos de fato e de direito.

O inciso V trata da técnica de aplicação dos precedentes, imputando o dever ao magistrado de não apenas se limitar a invocar o precedente ou enunciado de súmula, mas a efetivamente demonstrar que o caso em julgamento se ajusta à tese jurídica trazida aos autos. O inciso VI também aborda que decisões que se distanciam de súmula, jurisprudência ou enunciado invocado pela parte, sem demonstrar distinção ou superação do entendimento, violam a garantia constitucional da fundamentação. Trata-se da previsão legal do *distinguishing* e *overruling*. (CARVALHO, 2015, p. 421-448).

Logo, o Novo Código de Processo Civil valoriza a garantia constitucional de fundamentação. Trata-se de um dever argumentativo maior a ser exigido para a validade das decisões judiciais. As novas regras da nova legislação demonstram a correlação direta entre os precedentes e a fundamentação das decisões judiciais.

Neste contexto da fundamentação das decisões também devem estar inseridas as técnicas de distinção e superação dos precedentes.

Na decisão baseada em precedentes o julgador examina o caso considerando os fatos e sua qualificação jurídica, bem como o direito pleiteado pelas partes. Em seguida, verifica a existência de semelhanças relevantes entre o caso que deve ser decidido e os precedentes existentes e, então, extrai a *ratio decidendi* do precedente para, finalmente, decidir se irá aplicar ou não o precedente, estando autorizado a furtar-se da aplicação do precedente somente nos casos de distinção ou superação do entendimento.

Assim, no sistema de precedentes, a fundamentação deve ultrapassar o caso concreto para regulamentar o patrimônio jurídico de outros litigantes, ou mesmo do próprio cidadão, já que o escopo é que tais decisões ganhem uma dimensão extraprocessual, tornando-se paradigmas e, em consequência, pautas de conduta à sociedade, a fim de garantir a tão almejada segurança jurídica.

Por isso, as decisões precisam de uma carga argumentativa maior para que a racionalidade de suas razões possam efetivamente constituir-se teses jurídicas, aptas a serem universalizadas.

CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil traz importante inovação que oferece grande possibilidade para que a doutrina e a jurisprudência no Brasil voltem cada vez mais seus olhares para a boa técnica de decisão, bem como para a necessária exigência de fundamentação detalhada, como forma de aumento da qualidade das decisões e da garantia da segurança jurídica e da estabilidade, pautadas pelos precedentes judiciais.

Resta evidente que o Novo Código de Processo Civil aperfeiçoou relevantemente o dever de fundamentação ao indicar as hipóteses em que a decisão será considerada não fundamentada. Não se interferiu no mérito da interpretação, mas apenas delineou como a fundamentação não deve ser elaborada.

Trata-se de um avanço em direção ao processo justo, que traz estabilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados. Além disso, é o cumprimento do que determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Com isso, o legislador demonstrou que, por mais que exista a contínua cobrança de produtividade sobre o judiciário, tal efetividade não pode se dar à custa da fundamentação judicial. Essa garantia constitucional, assim como os princípios processuais, não podem ser prejudicados em razão de produtividade e metas.

O Novo Código de Processo Civil resgatou o direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais e isso trará maior possibilidade de defesa e contraditório, efetividade na prestação jurisdicional, soluções concretas e a garantia de um processo seguro e justo.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação: técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 249/2015, nov. 2015, p. 421-448.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O regime do precedente judicial no Novo CPC. In: **Revista do Advogado AASP**, v. 126. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 2.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**. n. 47, 2008, p. 11-58.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. vol. 206, p. 61-78. São Paulo: Ed. RT, 2012.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 702, Abr 1994, p. 7.

SANTOS JR., Danilo Rinaldi dos; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. A segurança jurídica e os precedentes da common law. In: LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa e KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (Org.). **Diálogos (im)pertinentes** – Juiz e Jurisdição. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 226, Dez. 2013, p. 349.

SILVA, Igor Luís Pereira e. **Princípios Penais**. 1. ed. São Paulo: Juspodium, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158.

_____. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 181, v. 35, março 2010, p. 167-172.

_____. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 20.07.2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 172, Jun. 2009, p. 121.

AMICUS CURIAE E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Amerita de Lázara Menegucci Geronimo¹

RESUMO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, muitas mudanças foram trazidas em seu texto. Dentre elas, se encontra a precisão do ingresso do *Amicus Curiae* no processo, um auxiliar do Judiciário, conhecido como “Amigo da Corte” que, sem assumir condição de parte, colabora com o processo, subsidiando informações úteis para uma decisão mais justa. Porém, ocorre que é dada a informação de que o *amicus curiae* não assume condição de parte, essa intervenção no processo, nem sempre é imparcial, podendo levar a questões de interesse em alguma das partes. Assim, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, pretende-se discutir *Amicus Curiae* e seus aspectos diante do Novo CPC, bem como no Princípio da Imparcialidade do Juiz. Desse modo, conclui-se que caberá ao juiz do processo, na oitiva e acolhimento de provas, dentre outras fases, seguir de acordo com o Princípio da Imparcialidade, dentro do Princípio do Juiz Natural.

PALAVRAS-CHAVE

Amicus Curiae; Requisitos; Princípio da Imparcialidade do Juiz; Princípio do Juiz Natural; Garantias.

ABSTRACT

With the advent of the New Civil Process Code, many changes have been brought in its text. Between them, is found the accuracy of the *Amicus Curiae*'s entry in the process, an auxiliary of the judiciary, also known as “Court Friend” who, without taking part condition, collaborates with the process, sup-

¹ Graduanda em Direito no UNIVEM/Marília-SP. E-mail: me.menegucci@hotmail.com.

porting useful information for a fairer decision. But what happens is that, given the information that the *amicus curiae* doesn't take part condition, this intervention in the process, not always is impartial, may leading to issues of interest in some of the parts. So, through legislative and bibliography review, it intends to discuss *Amicus Curiae* and yours aspects in the New CPC, and in the judge's Principle of Impartiality. Therefore, it concludes that will be up to the judge, in hearsay and reception of proves, among other phases, follows according to the Principle of Impartiality, within the Natural Judge Principle.

KEYWORDS

Amicus Curiae; Requisites; Principle of Impartiality; Natural Judge Principle; Garantees.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, com o texto que permite a intervenção de terceiros no processo, mais precisamente do *amicus curiae*, possibilitou grandes oportunidades para o exercício regular do direito, onde todos que tenham condições e qualificações de colaborar com as decisões, podem intervir no processo e contribuir nas sentenças proferidas pelo juiz.

Adiante, veremos como funciona e para que serve a atuação do *amicus curiae* no processo, como e porque o juiz concede um espaço no mesmo e permite que um terceiro participe das questões que envolvem o litígio.

Em linhas gerais, o *amicus curiae* não deve assumir condição de parte e, justamente, não deve interferir na imparcialidade do juiz, cujo é dever zelar por decisões justas e imparciais. O propósito de ter um *amicus curiae* no processo é permitir que ele, com seus subsídios e informações úteis, auxilie na celeridade do processo e efetividade do mesmo.

1. *Amicus Curiae* e seus aspectos diante no Novo Código de Processo Civil

Para entender como funciona a intervenção de terceiros, na hipótese da atuação do *amicus curiae*, é de suma importância saber qual o significado dessa expressão. *Amicus Curiae*, o “Amigo da Corte”, segundo Marinoni (2015, p. 210), “é um terceiro, representativo de certo grupo, categoria ou interesse, cuja intervenção se faz por determinação judicial, a requerimento da parte de processo, ou por iniciativa do próprio terceiro”. Acrescenta que “o objetivo da intervenção é o aperfeiçoamento da decisão judicial, subsidiando o magistrado e o processo com argumentos e considerações mais profundas, para a adequada definição do litígio”.

De acordo com Didier Jr. e Cunha (2016, p. 285; 608) “o *amicus curiae* contribui para o debate e para o reforço da fundamentação da decisão a ser proferida no caso”, explicando que “para serem admitidos como intervenientes no incidente, é preciso que demonstrem a utilidade de sua intervenção, [...] demonstrem que têm novos argumentos para apresentar, podendo contribuir efetivamente (e com utilidade) da discussão e da formação do precedente”.

Ainda conceituando, Gonçalves (2016, p. 226), dispõe que “a intervenção do *amicus curiae* é peculiar porque ele não intervém nem como parte, nem como auxiliar da parte, mas como verdadeiro auxiliar do juízo”.

Portanto, o *amicus curiae* auxilia o órgão jurisdicional por lhe trazer mais elementos para decidir. Fornece subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos)

para a solução da causa, considerando a relevância da matéria (grau de complexidade), a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social (transindividual ou institucional). É importante ressaltar que o mesmo não assume condição de parte e sua intervenção não se objetiva na vitória de uma das partes, mas para a obtenção de decisões mais justas (TALAMINI, 2016).

Com a nova edição do Código de Processo Civil, muitas mudanças foram trazidas, entre elas a possibilidade genérica de admissão do *amicus curiae* na forma de intervenção de terceiros, desde que preenchidos todos os requisitos dispostos no *caput* artigo 138. Avalia Marcos Vinicius Rios Gonçalves que antes dessa edição e ampla abertura para a atuação do *amicus curiae*, o Código de Processo Civil de 1973 já previa hipóteses onde, o *amicus curiae* pudesse atuar, por exemplo, na lei que trata as ações diretas de inconstitucionalidade.

Para melhor compreender a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, bom é relembrar o que dispõe o artigo 138:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º. A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração da competência nem autoriza a interposição de recurso, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º. Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º. O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, 2016).

Aqueles que podem intervir como *amicus curiae* são especificados no *caput*, sendo eles terceiros (pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada) que não têm interesse próprio na causa, mas que possa contribuir com o Judiciário, enfatizando somente o interesse institucional.

Os requisitos trazidos no *caput* se referem à consideração que o juiz ou o relator deverão fazer para solicitar ou admitir a participação do *amicus curiae*. O primeiro e último deles se referem à relevância da matéria, no qual o *amicus curiae* é cabível quando houver um maior grau de complexidade, como assuntos sobre economia, política, sociedade ou ordenamento jurídico, ou pela importância da causa, onde os interesses devem ir além das partes, com uma repercussão social, institu-

cional. Lembrando que são requisitos alternativos, mas podem ser considerados conjuntamente para viabilizar a atuação do *amicus curiae*.

A especificidade do tema objeto da demanda significa que o elemento essencial para a contribuição do *amicus curiae* no processo e, portanto, admiti-lo como terceiro, é sua potencialidade de possuir elementos úteis para a solução do processo ou incidente. Consoante Gonçalves (2016, p. 227), “é possível que o objeto da demanda exija conhecimentos particulares específicos, que justifiquem a intervenção do *amicus curiae*”. Sua admissão no processo é pautada na sua aptidão em colaborar com o Judiciário, opinando sobre a matéria do processo em que ele intervém em questões jurídicas, periciais, fáticas, religiosas, filosóficas, etc., tudo quanto for apto para contribuir. Será descartada a intervenção se, em algum momento, a apresentação de subsídios instrutórios já não tiver mais relevância no processo.

Com relação à parte no *caput* do artigo 138 que dá abertura para quem pretenda manifestar-se como *amicus curiae*, basta que ele preencha os requisitos do artigo citado. É frequente que a existência de um interesse na questão discutida no processo faça do terceiro alguém especialmente qualificado para fornecer subsídios, que tendem a ser muito úteis à solução do processo. Caberá ao juiz aproveitá-los, sanitizando eventuais desvios e imperfeições.

2. O Princípio da Imparcialidade do Juiz em face do *Amicus Curiae*

O Princípio do Juiz Natural aborda várias condutas voltadas ao Juiz que, observando-as, garante o estado democrático de direito. Avalia Nery Júnior (2016, p. 162), que o princípio do juiz natural (...) garante a manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que se presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público, sendo previsto na Constituição Federal no art. 5, XXXVII em que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (BRASIL, 1988).

Sobre o Princípio da Imparcialidade do Juiz, salienta Gonçalves (2016, p. 61; 62) que “embora a Constituição Federal não o mencione expressamente, contém uma série de dispositivos que visam a assegurar que as causas de qualquer espécie sejam julgadas por juízes imparciais”. Acrescenta que “a imparcialidade do juiz é pressuposto processual de validade do processo”.

Nesse diapasão, Grinover (1983, p. 11) assinala que,

[...] mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz

natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.

Assim, discorre Abreu (2005, p. 15) que “o princípio do juiz natural, amalgamado nos princípios da legitimidade, da imparcialidade e da igualdade, constitui apanágio da justiça, anseio maior de toda sociedade civilizada”. E afirma ainda que, como decorrência lógica do princípio do juiz natural, “o órgão jurisdicional há de ser imparcial, de molde a que sua decisão seja imune a interferências externas. Por isso, o juiz deve subordinar-se única e exclusivamente à Constituição e às leis [...]”.

Diante disso, dentre as garantias que o princípio do juiz natural deve dispor, a garantia de justiça material tange a independência e a imparcialidade dos juízes.

No que implica essa construção de imparcialidade, o *amicus curiae*, como já dito, não pode ele assumir condição de parte. Todavia, os subsídios que fornece ao Judiciário, tendem a ser parciais, pois a intervenção de terceiro no processo, presume interesse na lide, interesses esses institucionais, pois, conforme Neves (2016, p. 2.885), são voltados “à melhor solução possível do processo por meio do maior conhecimento da matéria e dos reflexos no plano prático da decisão”.

Complementa Scarpinella Bueno (2011, p. 571) que esse interesse institucional “é aquele que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo é um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática [...]”, cujo já foi citado anteriormente, na explanação dos requisitos para a intervenção do *amicus curiae*, no qual se pode admiti-lo pela importância da causa, onde os interesses devem ir além das partes, com uma repercussão social, institucional.

Caberá ao Juiz ter o seu devido comportamento imparcial, observando o princípio da imparcialidade do juiz e se submetendo exclusivamente à lei e não a critérios particulares ou discriminadores. Dessa forma, o juiz terá que ser independente e decidir por meio de seu entendimento, ancorado no Direito, na lei e nas provas dos autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que se tenham decisões justas, democráticas e imparciais, a intervenção do *amicus curiae* no processo deve ser entendida como somente um auxílio ao juiz. Os interesses institucionais ora já citados devem ser, exclusivamente, para

expor os conhecimentos sobre o assunto, permitindo no processo melhores esclarecimentos sobre a lide e quais os elementos que a compõe.

A intenção do legislador nesse processo de intervenção foi permitir que o *amicus curiae* interfira no processo somente para dar sua opinião sobre a lide, ressaltando que, sem os subsídios que o mesmo cumulou ao processo, o litígio poderia não ter tido igual sucesso que obteve com uma decisão pautada e observada em suas contribuições.

O princípio da imparcialidade do juiz cabe, tão somente, em todas as decisões que esse profere. Nesse caso, se fará mais importante ainda, para não ficar do lado de uma determinada parte e, no caso, adotar os conhecimentos que o *amicus curiae* disponibilizou no processo, pendendo para a parte no qual o *amicus curiae* se mostrou mais afim, ou que o *amicus curiae* contribuiu mais para as provas da mesma ou, até mesmo, onde o *amicus curiae*, através dos interesses institucionais, deu a entender que tinha interesse na decisão favorável de um dos litigantes.

Por fim, a contribuição do *amicus curiae* no processo se mostra extremamente importante, pois além de decisões mais justas, ele acaba contribuindo para a agilidade do processo, uma vez que os subsídios fornecidos pelo *amicus curiae*, ajudam no cumprimento de uma das garantias constitucionais nos termos do art. 5, LXXVIII, que trata do Princípio da Duração Razoável do Processo e, portanto, garante a todos razoável duração do processo e meios que asseguram a rapidez de sua tramitação, onde caminham juntas a duração razoável, celeridade e eficiência processual.

REFERÊNCIAS

ABREU, Nylson Paim de . Princípio do juiz natural. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 17, n. 9, p. 15-33, set. 2005. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21174/princ%20adpicio_juiz_natural.pdf>. Acesso em: 01 set. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**: de 05 de outubro de 1988. In: *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 22ª. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. ed. 51. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento ordinário e sumário**. 4ª ed. rev., atual. e ampl.: São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

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

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. vol. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**, v. 29, jan./mar-1983.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - Volume Único**. 7ª ed. Brasil: Método/Forense, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Amicus curiae no CPC/15**, 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>>. Acesso em: 01 set. 2016.

UMA ANÁLISE CRÍTICA AO INSTITUTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC/15

Thiago Medeiros Caron¹
Frank Aguiar Rodrigues²

RESUMO

A tradição da *common law* surge inicialmente no direito inglês, que parte do direito consuetudinário como premissa principal para resolução de lides. Já o Brasil, adota a tradição da *civil law*, o que contribui para que o codificado, seja utilizado de forma primária. A aproximação destas tradições gera situação inusitada. Países da tradição da *civil law* passam a adotar o *case law* como instrumento primário enquanto que os da *common law*, passam a utilizar-se do *statute law*. Tal fato, percebido de forma suave à partir da Emenda Constitucional nº 45 (que inseriu o sistema de Súmulas Vinculantes) tomou relevo no CPC/73 com a previsão do incidente de julgamento de casos repetitivos. Porém, o maior impacto sofrido veio com a promulgação do CPC/15, que inseriu o precedente judicial vinculante, de observância obrigatória, aproximando ainda mais a tradição brasileira do *common law*, deixando de adotar qualquer critério para tanto. A partir método hipotético-dedutivo, analisar-se-á a incoerência do atual sistema de precedentes inseridos pelo CPC/15, principalmente ao considerar que judiciário, atualmente, sequer observa a normatização escrita existente. Para tanto, dentro dos limites do estudo, promover-se-á a análise do sistema de precedentes no direito inglês, atentando-se há alguns pontos

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM (2016); Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Obrigações, Contratos e Mecanismos Processuais pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, IMESA, unidade de ensino Fundação Educacional do Município de Assis, FEMA, em parceria com a Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Campus de Franca/SP (2011); Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina/PR, UEL (2010); Membro do Grupo de Pesquisa CODIP – Constitucionalização do Direito Processual e DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais, ambos cadastrados no diretório de grupos de pesquisa do CNPQ. thiagom.caron@gmail.com.

² Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM – Marília/SP); Especialista em Direito Processual do Trabalho pela UNIDERP; Bacharel em Direito e Docente na Faculdade do Vale do Itapecuru (CAXIAS – MA); Advogado. frankaguiarrodriques@hotmail.com.

do instituto julgados relevantes, para em momento posterior, analisar as alterações sobre a matéria introduzidas pelo CPC/15. Ainda, analisar-se-á alguns pontos que são criticados neste sistema, propondo, ao final, a necessidade de um aculturamento jurídico, para que haja uma maior coerência, integralidade e racionalidade nas decisões proferidas, buscando implementar a aplicabilidade do instituto.

PALAVRAS-CHAVE

Common law – *Civil Law* – Direito inglês – Precedentes – CPC/15.

RESUMÉN

La tradición del derecho común aparece por primera vez en el derecho inglés, que parte del derecho consuetudinario como el principal requisito previo para la resolución de litigios. Sin embargo, Brasil, adopta la tradición del derecho civil, lo que contribuye para que la codificada se utilice de forma primaria. El enfoque de estas tradiciones crea situación inusual. Los países de tradición de derecho civil comienzan a adoptar la jurisprudencia como el instrumento primario, mientras que la ley común, pasa a utilizar el derecho escrito. Este hecho, sin problemas percibidos a partir de la Enmienda Constitucional 45 (que entró en los precedentes vinculantes del sistema) tuvo una importancia en el CPC / 73 con la predicción del incidente del juzgamiento de casos incidentes. Sin embargo, el mayor impacto sufrido llegó con la promulgación de la CPC/15, que insirió el precedente judicial vinculante, de cumplimiento obligatorio, acercando aún más la tradición brasileña del derecho común, dejando de adoptar cualquier criterio para eso. Desde el método hipotético-deductivo, se examinará la incoherencia del actual sistema de precedentes introducido por el CPC / 15, especialmente cuando se considera que el poder judicial actualmente, ni siquiera observa las normas de escritura existentes. Por lo tanto, dentro de los límites del estudio, se habrá de promover el análisis del sistema anterior en el derecho Inglés, teniendo en cuenta que hay algunos puntos del instituto considerados como relevantes, para en un momento posterior, hacer un análisis de los cambios acerca de las materias introducidas por le CPC/15. Aun así, se analizará, algunos puntos que son objeto de críticas en este sistema, proponiendo para poner fin a la necesidad de una aculturación jurídica, de modo que haya una mayor coherencia, la integridad y racionalidad en las decisiones proferidas, tratando de implementar la aplicabilidad del instituto.

PALABRAS-CLAVE

Derecho común – Derecho Civil –Derecho Inglés – Precedente – CPC / 15.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, até o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) imperava a subjetividade ao juiz ao proferir o julgamento de determinado caso, ao passo que o mesmo era escudado pelo seu “livre convencimento”, ainda que motivado, mas que lhe permitia discordar ou dar a lei, interpretação divergente daquela firmada por Cortes superiores, no julgamento de casos semelhantes (excepcionando o regime de edição de Súmulas Vinculantes – SV estabelecido pela Constituição – CRFB, ou então, no julgamento de recursos repetitivos), não havendo qualquer obrigação de se seguir o entendimento firmado pela corte superior.

Porém, com a reforma do Código de Processo Civil, realizada no ano de 2015 (CPC/15) inseriu-se no ordenamento processual brasileiro, um “duvidoso” (diga-se de passagem) sistema de precedentes judiciais, instituto este oriundo do direito Inglês, arraigado nos preceitos da *common law*, que parte das premissas firmadas no *case law* para decidir os casos levados a julgamento. Ocorre que o Brasil, tem sua origem jurídica fundada na tradição da *civil law*, que possui por premissa em seus julgamentos a aplicação do *statute law*, que ao menos *in thesi* afastaria *a priori* a aplicação deste instituto decorrente da tradição anglo-saxã.

Ao voltar os olhos as alterações que foram inseridas no CPC/15, especificamente referente ao tema em comento, de se apontar que legislador pátrio não adotou qualquer critério para estabelecer a aplicabilidade de mencionado sistema no ordenamento brasileiro, que faz perceber então que o sistema de precedentes “à brasileira” estabelecido pelo *codex*, não trouxe ao ordenamento nacional a carga axiológica que se verifica ao promover-se a análise do instituto no direito inglês.

Nessa senda, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, com o presente estudo, buscar-se-á analisar a incoerência do atual sistema de precedentes inseridos no CPC/15, mormente pelo fato do judiciário do país, não observar sequer a normatização escrita para o julgamento dos casos que lhe são propostos, afastando-se de forma inequívoca da própria tradição que orienta o sistema jurídico nacional.

Para tanto, alguns caminhos deverão ser percorridos. No primeiro momento, considerando o restrito espaço do presente estudo, promover-se-á a análise dos principais pontos do precedente judicial, no direito inglês, que adota a tradição do *common law*. Nesse aspecto, promover-se-á a análise da formação da tradição inglesa, trazendo esclarecimentos sobre o instituto dos precedentes, além de fazer a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, ponto que gerará certamente profundos debates no país, tratando também de questões voltadas a excepcionar a regra da *stare decisis*, por meio da análise do *distinguish*, *overruling* e *undermining* a partir

de seus conceitos. Bem se sabe que o instituto em análise não se restringe a este ponto, porém trata-se de recorte metodológico adotado, inclusive pelo espaço no qual busca analisar mencionados pontos da questão, sendo que os demais pontos serão estudados por meio de artigos distintos.

No segundo momento, voltando os olhos para as alterações trazidas pelo CPC/15, promover-se-á uma análise dos dispositivos que inseriram no ordenamento nacional o sistema de precedentes judiciais. Para tanto, buscar-se-á apontar alguns fatores que levaram a inserção deste instituto no ordenamento nacional, como *vg.* a necessidade de fazer que as decisões proferidas pelo judiciário fossem dotadas de segurança jurídica, ao passo que o ordenamento padeceria de confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade.

Já em um terceiro momento, buscar-se-á trazer a lume alguns pontos que são criticados no que pertine ao citado sistema de precedentes, propondo ainda a necessidade de um aculturamento jurídico do próprio país, para que haja uma maior coerência e integralidade nas decisões proferidas em nosso ordenamento, bem como a necessidade de que estas sejam dotadas de racionalidade, para que o instituto em comento possa ser efetivado no país, a partir dos preceitos que orientam a aplicação do instituto em sua origem, o que certamente demandará algum tempo.

Por fim, apresentar-se-á as conclusões dos autores sobre o estudo.

Note-se, portanto, que a presente pesquisa partirá da análise de obras doutrinárias e de artigos de renomados articulistas, além da análise de normas do ordenamento jurídico nacional e internacional, porém sem deixar de apontar que a pesquisa se restringirá o plano técnico-jurídico.

1 OS PRECEDENTES NO DIREITO INGLÊS

Inicialmente, antes de adentrar as especificidades do precedente judicial no direito inglês, entende-se ser necessário promover, mesmo forma breve a distinção entre as tradições que serão tratadas no estudo, ou seja, de um lado a *common law*, o direito consuetudinário e de outro a *civil law* ou o direito escrito, eis que o instituto dos precedentes judiciais inseridos em nosso ordenamento é decorrente da primeira tradição, enquanto que no Brasil, o sistema jurídico funda-se na tradição do romano-germânica.

A distinção entre os países que fundaram seus ordenamentos em mencionadas tradições efetivou-se no século XVI, decorrente de um acordo que teria sido firmado no território francês e em decorrência deste negociado, o norte da França

teria adotado como base, o direito romano (*civil law*), enquanto que o norte não optou por seguir referenciada tradição (STRECK, 2013a, p. 18).

A partir de tal momento, os países que adotaram o direito romano (escrito) passaram a considerar seus costumes como *iuria propria*, o que clamava a sua aplicação de forma prioritária a partir de interpretação restritiva dos mesmos e não extensiva, enquanto que os países que se firmaram na tradição consuetudinária (*common law*), também adotaram o direito romano, porém, de forma subsidiária (*ratio scripta*), sendo este utilizado com o fito de suprimir lacunas que eventualmente surgissem da aplicação do *case law* (STRECK, 2013a, p. 18-19).

Não se pode olvidar que a *common law* do direito inglês, tem como nascedouro a invasão da Inglaterra pelos Normandos (1066) que, após terem conquistado o território, estabelecem as Cortes Reais que gradualmente substituíram o sistema jurídico feudal existente, estabelecendo desta feita o direito dos comuns (*ius commune* ou *common law*), estabelecendo-se a partir de então uma normatização rígida, que a todos se aplicava (BARBOZA, 2014, p. 41).

Quanto a este ponto, Streck (2013a, p. 20) aponta de forma expressa: “o período da conquista normanda é fundamental para a consolidação do *common law* inglês, porquanto foi nesse sistema que o direito foi utilizado como instrumento de governo”, contribuindo efetivamente ao incorporar ao “[...] direito local a sua nova produção jurídica”.

Após ter sido inserida em território inglês a *common law* passa por momentos de evolução, tendo contribuído efetivamente a esta evolução, a (a) concentração do poder jurisdicional na mão do rei; (b) a evolução da própria tradição jurídica do *common law* em detrimento aos costumes locais; (c) e a formação da *equity* “[...] por ser recurso voltado à autoridade real diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler [...]” encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão; e por fim, (d) o quarto período nesta evolução do *common law* fora a promulgação da *Judicature Act* (1873), que estabeleceu a organização judiciária a partir da fusão da *common law* com a *equity* (STRECK, 2013a, p. 19-23).

Neste último quadrante de evolução da tradição consuetudinária, Streck (2013a, p. 23-24), enfaticamente aponta que

[...] as reformas processuais foram fundamentais para o desenvolvimento do *common law*, na medida em que construíram a ponte entre o antigo direito processual (*old processual world*) e o novo sistema jurídico (*new substantive world*). No novo sistema, os juízes passavam a decidir lides, o que tornou possível a exis-

tência de erro judicial, concretizando a distinção entre fatos e o direito substancial.

Logo, a principal diferença entre tais tradições estabelece-se no fato de que um possui como fonte secundária o direito legislado (*jus commune*), e a outra, como fonte primária o direito a lei (*civil law*).

Inclusive, de salutar importância consignar aos mais desavisados que *common law* não é sinônimo de inexistência de legislação codificada. Com efeito, Streck (2013a, p. 25) bem aponta que

[...] não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo poder administrativo. Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *starturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal.

Traçadas estas breves linhas introdutórias, necessário passar a análise dos principais pontos para o presente estudo do instituto dos precedentes no direito inglês.

Porém, o que é precedente? Kelsen (1996, p. 278-279), tratando da matéria, esclarece que se trata da possibilidade de conferir-se a competência a tribunal superior, para criar norma a partir de decisão proferida em caso julgado e que posteriormente será aplicado no julgamento de casos semelhantes.

O doutrinador continua:

[...] Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão, dotada de força precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume caráter de norma geral. [...] (KELSEN, 1996, p. 278).

Logo, precedente judicial é o meio pelo qual o judiciário, no exercício de sua função típica, acaba por estabelecer diretrizes normativas vinculantes, dotadas de generalidade que lhe permita ser aplicada, posteriormente, na solução de casos

semelhantes que venham serem postos a julgamento.

Cediço é que o direito inglês tem por pedra angular a tradição da *common law*, que se funda na utilização do *case law* e tem por premissa básica, regras e princípios que são, em um primeiro momento, estabelecidas (de forma prévia), para posteriormente, serem seguidas pelos julgadores ao analisar casos semelhantes ao que fora julgado (CROSS; HARRIS, 2012, p. 24).

Esta decisão proferida em caráter antecedente recebe, no direito inglês, a definição de precedente. Contudo, a característica, por assim se dizer, possui classes diferentes, que devem ser observadas.

Cross e Harris (2012, p. 24) apontam que os precedentes podem ser obrigatórios ou vinculantes, por estabelecer a necessidade de estrita observância na resolução do caso subsequente a partir do que ficou decidido (*ratio decidendi*), ou então, persuasivo, quando o precedente serve simplesmente como material a ser considerado pelo juízo em sua fundamentação, sem força vinculativa.

Não se pode olvidar que, como o próprio *common law*, o sistema de precedentes sofreu profundas alterações durante os séculos em suas regras de aplicação, que pelo recorte metodológico do presente estudo não serão analisadas. Porém, no atual quadrante, devem ser observadas as seguintes regras de aplicação dos precedentes no direito inglês:

1) Se deben respetar, esto es, seguir y acatar las decisiones dictadas por los tribunales superiores; 2) las decisiones dictadas por los tribunales superiores constituyen un precedente persuasivo para los tribunales que tienen una mayor jerarquía respecto de aquéllos, y 3) una decisión constituye siempre un precedente vinculante para los tribunales de inferior jerarquía respecto de aquel que la dictó. [...] (CROSS; HARRIS, 2012, p. 26).

Tais regras de aplicação dos precedentes tornam-se inconcebíveis no ordenamento jurídico nacional vez que no judiciário brasileiro, há uma regra implícita que demonstra determinado grau de regionalização do entendimento das cortes, mesmo em detrimento ao entendimento firmado pelos tribunais de vértice do país.

Contudo, para melhor compreensão do tema, necessário aprofundar neste estudo, alguns assuntos que permeiam o tema.

Inicialmente, necessário promover a diferenciação entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Tem-se que, ao aplicar-se um precedente a caso semelhante, não é a integralidade da decisão deste precedente que vincula o julgamento posterior de

caso semelhante, mas sim e tão somente sua razão de decidir (*ratio decidendi*).

Cross e Harris (2012, p. 62-63) analisando referida diferença, deixam claro que não é toda e qualquer decisão proferida no âmbito de cortes superiores, que se transformará em precedente, vez que a decisão para ser considerada como precedente, deve ater-se a discussão de matéria de direito, limitando-se aos pontos essenciais à decisão judicial (razão de decidir), enquanto que o restante da decisão, ainda que se refira à matéria de direito, porém, que não seja essencial para chegar à solução dada ao caso, será considerado única e exclusivamente como *obiter dicta*, possuindo mera qualidade de argumento persuasivo, sem qualquer obrigatoriedade de observância.

Fazendo raciocínio inverso, se a *dicta* possui mera característica de argumento persuasivo não obrigatório, a *ratio decidendi*, mui pelo contrário, possui carga de obrigatoriedade, devendo ser seguida e aplicada, salvo tenha o julgador motivos suficientes para promover a distinção dos casos em julgamento ou demonstrar a superação do entendimento (CROSS; HARRIS, 2012, p. 63).

O estudo da própria razão de decidir e dos argumentos não vinculativos da decisão (*obiter dictum*) faz com que retomemos as premissas traçadas no julgamento proferido pelo juiz *Vaughan*, no caso *Bole v. Horton*, de onde se extraí:

Si se observa que la opinión expresada por un tribunal no es necesaria para decidir el caso concreto, y que el mismo bien hubiera podido decidirse de la misma manera incluso expresando lo contrario, debe concluirse que dicha manifestación no constituye una opinión judicial, sino que es un mero gratis dictum (CROSS; HARRIS, 2012, p. 63).

A *obiter dictum*, traduz-se no argumento utilizado na decisão, qual se faz mera referência, não possuindo a mesma carga valorativa que se atribui a razão de decisão para a solução do caso, por vezes divorciando-se completamente da *ratio decidendi*.

Assim, o julgador que promove a interpretação do precedente objetivando proceder sua aplicação no caso subsequente, deve

Tal fato faz com que a decisão precedente, seja posteriormente interpretada pelo julgador que vier invoca-la na análise de caso semelhante, interpretação esta que deve ser cautelosa, a fim de evitar a possibilidade de ocorrer “evolução jurídica” a partir da interpretação da norma (CROSS; HARRIS, 2012, p. 65), justamente para garantir integridade e coerência no sistema.

Porém, na prática, definir e identificar a *ratio decidendi* torna-se ao operador do direito, uma tarefa hercúlea. Buscando auxiliar nesta tarefa, lança-se mão do

método de *Goodhart*, resumido sinteticamente a seis proposições, que estabelecem (CROSS; HARRIS, 2012, p. 88-91):

(a) A razão que o juiz atribuiu para dar sua a decisão, não é o ponto vinculante do precedente, ao passo esta razão pode ser *“falsa”*, ou seja, não ter a carga jurídica necessária para se formar como precedente ao passo que se desconsiderada não retiraria a autoridade da decisão;

(b) A decisão proferida pode não vincular qualquer norma jurídica, ou então, em sua generalidade ser muito ampla ou estreita, não impedindo que após a devida análise seja extraído da decisão princípio que norteie os julgamentos semelhantes a partir daí;

(c) O princípio que vinculará a decisão dos demais casos, não seria necessariamente localizado a partir da contraposição dos fatos do paradigma e do paragonado;

(d) Quanto ao princípio que norteará as decisões posteriores, *Goodhart*, estabelece que estes possam ser extraídos a partir da análise dos fatos que a decisão proferida aponta como relevantes;

(e) Que como nem sempre o julgador deixa claro os fatos apontados tidos por relevantes, seria necessário à adoção de testes para definir, a partir da decisão proferida, os fatos considerados relevantes, para definir os motivos determinantes da conclusão a qual chegou ao julgamento; e

(f) A necessidade da conclusão do julgamento, não se fundar em fato hipotético.

Seguindo ainda nessa análise, Cross e Harris (2012, p. 96) trazem definição quanto à *ratio decidendi*, estabelecendo que a razão de decidir de um caso *“[...] es cualquier regla de Derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada [...]”*, ou então, *“[...] la parte correspondiente de las indicaciones dadas por él al jurado”*.

Desta feita, não há grande dificuldade em definir-se a *ratio decidendi*.

O problema, efetiva-se quando tratamos da *obiter dicta*. Para fins do presente estudo, adotar-se-á a definição de *Goodhart*, para qual o *dictum*, é *“[...] como una conclusión basada en un hecho cuya existencia no ha sido determinada por el tribunal”* (CROSS; HARRIS, 2012, p. 101).

Porém, no que concerne ao conceito acima, Cross e Harris (2012, p. 101) chamam a atenção para o fato de que existe diferença entre uma proposição que se projeta a partir de fato não provado e de fato cuja sua existência não tenha sido determinada por uma corte, uma vez que *“[...] esta ultima clase de proposiciones pue-*

den representar la ratio decidendi em certos casos, entre los cuales podemos incluir: 1) los casos tramitados bajo el procedimiento de demurrer [...] 2) los casos en los cuales participa un jurado [...]”.

Visto tais considerações sobre a *ratio decidendi* e a *obter dictum*, necessário analisar outros pontos sobre a questão, como *vg.* o *distinguish*, *overruling* e *undermining*.

Bustamante (2012, p. 470), quanto ao *distinguish* aponta:

A técnica do *distinguish* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tendo a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais frequente será seu emprego.

Como dito inicialmente, uma decisão precedente deve ser seguida como norma vinculante para decisão de casos posteriores semelhantes ao que fora julgado e que venham ser submetidos a juízo *a posteriori*. Trata-se da regra do *stare decisis* – “*es estare rationibus decidendi*” (CROSS; HARRIS, 2012, p. 128).

Porém, casos onde o julgador consegue distinguir as situações, tem-se que a regra da *stare decisis* pode ser afastada motivadamente, quando então, deixa o julgador de aplicar a decisão paradigmática ao caso *sub judice*.

Inclusive, cite-se trecho de sentença proferida pelo *Lord Reid* no caso *Elder Dempster & Co. Ltd. v. Paterson Zochonis & Co.*, onde conforme Cross e Harris (2012, p. 128) o julgador consigna: “[...] *las decisiones de las Cámaras de los Lores tienen autoridad para los casos en los cuales las circunstancias no son razonablemente distinguibles de aquellas que dieron origen a la decisión anterior*”.

Logo existe uma prévia obrigação do tribunal seguir a decisão proferida, contudo, havendo uma diferença que se demonstre juridicamente relevante (se considerar-se possível tratamento diverso atribuído a análise de fatos) entre ambos os casos esta poderá deixar de ser aplicada (CROSS; HARRIS, 2012, p. 128)

Necessário acautelar-se para não confundir o *disitinguish* com outras formas de superação do precedente (*vg.* o *overruling*), eis que na hipótese em questão, o fato de afastar a incidência do precedente naquele caso, não implica, necessariamente, em sua superação, mas unicamente que se criou uma exceção à aplicabilidade da norma, ou que o julgador procedeu a uma interpretação restritiva do paradigma, objetivando com tal procedimento que a inteligência da norma estabelecida não se aplique a casos que não os expressamente amoldem-se a incidência da norma (BUSTAMANTE, 2012, p. 470).

Bustamante (2012, p. 470-471) aponta que esta distinção pode ser levada a

efeito de duas formas: por meio da *direct exception* (exceção direta) ou pela *indirect exception* (exceção indireta), situando-se a distinção entre ambas justamente na “[...] premissa maior (ou normativa) [...]” e na “[...] premissa menor (ou fática) [...]”, enquanto que o efeito é idêntico, limitando-se a afastar a norma precedente, não discutindo sua validade.

Portanto,

[...] a técnica do *distinguish* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento a contrário para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido ao precedente (BUSTAMANTE, 2012, p. 473).

Tem-se assim, na primeira hipótese, uma “redução teleológica” extraindo o caso em julgamento da hipótese do precedente e no segundo, o “argumento a contrário” concluindo não inserir-se nas hipóteses de incidência da norma (BUSTAMANTE, 2012, p. 473).

Portanto, o precedente, em que pese vinculante, possui força limitada (já que possível deixar de aplica-lo), cabendo apontar ainda, que a tradição do *common law* faz com que mesmo não sendo observado o precedente, tenha o julgador que respeitá-lo (BARBOZA, 2014, p. 226-227).

Porém, mui diferente do acima observado é quando se procede à exceção a teoria da *stare decisis*, por meio da aplicação da técnica do *overruling*. De acordo com Nogueira ([?], 1992-1993), é por meio da utilização de tal técnica que “[...] o Tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui a velha regra de direito por uma que é fundamentalmente de natureza diversa”.

Bustamante (2012, p. 388) de forma profícua aponta a relevância do *overruling* como exceção à teoria da *stare decisis*, uma vez que este não se limita a nortear o caso para outra solução (*distinguish*), mas por meio da presente técnica, o tribunal ab-roga o precedente anteriormente editado, por questionar, por decisão fundamentada, sua legalidade no momento de sua superação.

A superação do precedente, no caso da incidência da presente técnica,

pode se dar de forma implícita ou explícita, sendo que sua superação faz com que o precedente não seja dotado de qualquer valor jurídico. Conforme Cross e Harris (2012, p. 156), na forma explícita,

[...] No hay nada particularmente nuevo que decir en relación con la invalidación explícita ya que, si un tribunal que tiene el poder para invalidar o derogar un caso A, manifestar en un caso B que ha decidido derogar o invalidar el caso A, entonces a *ratio decidendi* del caso A inmediatamente deja de tener autoridad alguna [...].

Por outro lado, quanto à forma implícita de superação do precedente, Cross e Harris (2012, p. 156) apontam que se trata de uma possibilidade recente, nos remetendo a passagem de julgado proferido por *Lord Goddard*, de onde se extraí:

Sin importar si un caso ha sido expresamente invalidado o no por una decisión posterior del tribunal que es la última instancia de recurso, si por la manera que dicho caso fue tratado o porque los hechos fueron mirados de una manera totalmente diferente por dicho tribunal, resulta evidente que el mismo considera que tal caso fue decidido equivocadamente, en mi opinión esta Cámara debe entender que dicho caso fue invalidado o derogado sin importar si dicho tribunal no dijo de manera explícita que dejaba sin valor dicho caso.

Já o *undermining*, trata-se este de um “enfraquecimento” do precedente anteriormente firmado em razão de uma decisão prolatada por corte superior em caso distinto, decisão esta que reflete incorreção na interpretação conferida pelo tribunal de apelação no caso que o mesmo utilizou como precedente (CROSS; HARRIS, 2012, p. 158).

Contudo, para ficar clara a situação, necessário o exemplo apresentado por Cross e Harris (2012, p. 158):

[...] el caso *Crackett v. Crackett*, que fue decidido en primera instancia por el Juez Hodson. [...] en dicho caso se invocó precedente establecido por el Tribunal de Apelaciones en *Cowen v. Cowen*, de acuerdo con lo cual el uso de preservativos y la práctica del coitus interruptus podían considerarse una negativa deliberada del esposo a consumar el matrimonio, basándose en un fragmento de la decisión dictada por el Juez Lushington en el caso *C. v. A.* Posteriormente, en el caso *Baxter v. Baxter* la Cámara de los Lores, con ponencia de Lord Jowitt, sostuvo que el uso de un condón no se consi-

deraba impeditivo de la consumación del matrimonio. [...] Lord Jowitt [...] se ocupó en demostrar que el Tribunal de Apelaciones había malinterpretado la sentencia dictada en el caso D. v. A. (en la cual se había basado al decidir el caso Cowen v. Cowen) debido a que no había tenido en cuenta que en dicho caso la falta de consumación del matrimonio era consecuencia de una malformación.

Desta feita, fica claramente demonstrado o enfraquecimento da decisão proferida no caso *Cowen v. Cowen*, uma vez que no julgamento deste, a partir do precedente estabelecido no caso *D. v. A.* procedeu-se a incorreta interpretação deste último, extrapolando o quadro semântico da norma estabelecida pela inobservância da diferença fática existente.

E aí remanesce uma questão: sendo precedente normativo, um juiz de primeira instância poderia deixar de aplicar a interpretação conferida ao caso *Cowen v. Cowen* pelo Tribunal de Apelações? Veja que a decisão que apontou o equívoco de interpretação na norma precedencial, não aplicou a técnica do *overruling*, retirando a força normativa do precedente.

Mesmo nessa hipótese, tem-se que a resposta é positiva. Não há como obrigar o juízo de primeira instância a aplicar tal precedente, que foi “debilitado” (por não ter sido ab-rogado ou derogado) pela Câmara dos Lordes, justamente pela incorreção no uso precedente; contudo, nada impede que o resultado do julgamento seja idêntico àquele proferido pela incorreta interpretação do precedente (CROSS; HARRIS, 2012, p. 158).

Portanto, ao menos para este estudo em razão do recorte metodológico adotado, esses são os principais pontos a serem considerados sobre a temática.

Assim, promover-se-á no próximo item a análise das alterações que foram introduzidas no CPC/15 que inseriu sistema de precedentes “parecido” na tradição do *civil law* arraigada no Brasil, objetivando demonstrar a ausência de qualquer critério pelo legislador para o fazê-lo.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CPC/15

Terrae brasilis (como diria Streck), recentemente passou por uma das mais profundas alterações em seu sistema processual. O código de processo que estava em vigor desde 1973, fora integralmente alterado com a edição do Código de Processo promulgado no ano de 2015.

Dentre várias alterações e inovações (como pex. a previsão expressa do negócio jurídico processual dentre outras) o legislador de forma inovadora apostou

na inserção neste texto, de um sistema de precedentes parecido com o originário da tradição anglo-saxã, quando se observa inequívoca aproximação destas tradições.

Nada que seja novidade, pois como já dito, tem-se observado que países do *civil law* passam a valorizar cada vez mais o *case law* em detrimento do *statute law*, ocorrendo justamente situação inversa com os países da *common law* (CALDAS, 2013, p. 48).

Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potência e múltiplas tendência convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de se confiar ao “terceiro poder”, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenómeno arriscado e aventureiro. Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenómeno no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, á distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica (CAPPELETTI, 1992, p. 133-134).

A aproximação destas tradições tem sido apontada como a abertura de um luminoso capítulo da história da civilização jurídica. Principalmente esta aproximação do *common law* que se dá no ordenamento brasileiro, que seria decorrente de uma “falência dos postulados do Estado de Direito Legatário”, o que ocasiona uma valoração exacerbada das decisões proferidas pelas cortes de vértice do país, por vezes em detrimento até mesmo ao que é previsto na lei (LEITE, 2007, p. 131)

Já com a EC nº 45 inseriu-se na CRFB a possibilidade do Supremo Federal editar no âmbito de sua atuação, disposições sumulares com carácter vinculante (CRFB, art. 103-A) sobre matéria constitucional, abrindo tal fato, largo caminho para que na reforma o CPC, se fizesse inserir no ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes judiciais, que é uma das características mais marcantes da *common law*.

Com efeito, o legislador ordinário ao promover a reelaboração da *novel* legislação processual, trouxe ao ordenamento nacional aquilo o que se denomina de sistema de precedentes judiciais normativos (havendo aqueles que falem, diante das peculiaridades deste, de um sistema de precedentes à brasileira).

Um dos *standards* levantados por sua implementação, fora a premente necessidade segurança jurídica, reclamo social antigo, diante da inobservância pelo judiciário da própria legislação pátria.

Ávila (2014, 279-29), bem aponta que o aspecto significativo da segurança jurídica, é efetivamente garantir a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade necessária ao ordenamento jurídico, características estas que não seriam vislumbradas na conjectura que se encontrava o ordenamento brasileiro.

Inaugura-se (*in thesi*) um momento processual, no qual a lei será devidamente interpretada e cumprida, eis que caberia ao STF de acordo com suas atribuições interpretar e zelar pelo cumprimento da CRFB e ao STJ pela legislação ordinária federal; as demais cortes do país, em matérias que estão sob a competência de mencionados tribunais, devem (ou ao menos deveriam), promover estrita observância aos julgados proferidos por estes, para garantir coesão à aplicação do ordenamento jurídico (salientando a ideia que será oportunamente tratada de que o precedente não é criado precedente).

E isto, pois o país não possuía até então, instrumento que determinasse que as decisões proferidas pelas cortes inferiores, observassem estritamente o fixado pelas superiores (com as exceções citadas da SV e do sistema de recursos repetitivos), prevalecendo em Pindorama (como diria Streck) o livre convencimento motivado do juízo.

Além disso, durante a vigência do CPC/73, padecia o jurisdicionado de dificuldade quanto à previsibilidade da aplicação da norma jurídica na solução da questão proposta, dado o fato de contribuir o livre convencimento para a total ausência de racionalidade, conferindo ao julgador uma carga exacerbada de subjetividade decisional, podendo, pautado nesta subjetividade, eximir-se de eventuais erros ou justificar a diretriz interpretativa adotada para solução da questão que lhe fora posta para julgamento, fator que contribuiu e muito para que os jurisdicionados clamassem por uma solução que retirasse este arbítrio judicial (MARIANONI, 2014, p. 65-69).

Alie-se a tal falta de previsibilidade, o descomprometimento do julgador com a necessidade de formar-se uma visão una do ordenamento, que necessitaria de uma conjugação de esforços convergente ao interesse geral da nação, porém, a “frouxidão do Poder Judiciário” (como denominado por Marinoni), contribuiu de forma contundente para que se formasse uma visão personalista da magistratura, surgindo à figura do juiz Hercules (mas não o mítico juiz descrito na obra de Dworkin), que quer fazer a todo custo prevalecer sua subjetividade sobre as normas do ordenamento e inclusive contra posicionamento já referendado por cortes

superiores (MARINONI, 2014, p. 76-90).

Tratava-se de falta de compromisso sem tamanho destes magistrados com o múnus público desempenhado. Inclusive há uma anedota antiga, que fora ouvida durante uma banca de defesa de dissertação de mestrado, realizada na Universidade Estadual Norte do Paraná – UENP, em Jacarezinho, contada pelo professor Gelson Amaro de Souza, onde há muito tempo, um juiz de primeira instância após ter recebido os autos do processo em retorno do tribunal, com acórdão proferido, teria despachado: “hoje sinto um desejo incomensurável de fazer justiça! Por isso, cumpra-se minha sentença”.

Se fato ou mito tem-se que esta visão individualista do “poder” judiciário efetivamente existe e em nada contribuía para a sustentação da ordem jurídica, impedindo que as leis do país fossem enxergadas de forma séria.

Cite-se, para exemplificar, marido e mulher que tem causas semelhantes (para não se dizer idênticas), submetidas ao mesmo julgador e que tem ao final resultados totalmente divergentes. Situações como a narrada vinham ocorrendo diuturnamente, mesmo tendo o magistrado o “[...] dever de tutelar casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade, para o que é imprescindível a racionalidade na distribuição da justiça [...]” (MARINONI, 2014, p. 91).

O sistema brasileiro, padecia de racionalidade. Inclusive Marinoni (2014, p. 91) nesse sentido aponta:

Um sistema de distribuição de justiça é tanto mais marcado pela vontade individual do juiz – e, portanto, irracional – quanto menos se respeita a autoridade das cortes de vértice. É claro que vários sistemas de *civil law*, marcados por outras culturas, conservam o poder de o juiz ordinário decidir em desacordo com as Cortes Supremas, mas é interessante perceber que, na nossa cultura, não apenas se afirma abertamente um direito de o juiz decidir de acordo com sua convicção, como ainda se tenta fortalecer o regionalismo [...] mediante uma suposta autonomia dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para interpretar o próprio direito federal.

A máxima “decido conforme minha consciência”, infelizmente é uma realidade marcante no judiciário brasileiro.

Streck (2013a, p. 24), em livro que busca esclarecer o termo, demonstra essa matiz subjetivista decisional adotada em “*terrae brasilis*”:

[...] Em discurso de posse de novos juízes estaduais em determinada Unidade Federada, a saudação não deixa dúvida acer-

ca do papel do juiz e do processo em *terrae brasilis*, não sendo difícil perceber, de igual modo, a confusão entre o positivismo exegético e o positivismo normativo: “o ‘processo’ não é senão o instrumento que o Estado entrega ao juiz para, ao aplicar a lei ao caso concreto, solucionar o litígio com justiça. Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo a letra fria da lei”.

Veja que o doutrinador deixa clara a situação do judiciário brasileiro. No CPC/73, a decisão proferida com tal fundamento fundamentava-se nos termos do art. 131. Tal argumento, inclusive, era utilizado para o absurdo de se justificar equívocos cometidos em sentenças que padeciam de *error in judicando*, sob o argumento de que o magistrado teria o arbítrio de julgar nos termos de sua consciência, nem sequer pressupondo a ocorrência do *error in procedendo* (STRECK, 2013a, p. 25).

Em razão disso, o “estar compromissado com sua consciência” passa a ser *conditio sine qua non* para o exercício da magistratura, muitas vezes em detrimento a provas factuais, ao passo que permitir-se-ia, *vg.* a valoração de provas de acordo com a consciência do juízo (STRECK, 2013a, p. 25-26).

Por isso, arquitetou-se com a reforma do CPC método que fosse capaz de servir como verdadeiro sistema de “freios e contrapesos” à subjetividade judicial.

Porém, a inserção deste sistema de precedentes no CPC/15 não fora realizada de forma consensual. No curso do projeto nº 8.046/2010 que alterava a codificação processual, a Câmara dos Deputados ofereceu substitutivo ao mesmo apresentando projeto que possuía um capítulo integralmente destinado ao assunto, denominado “do precedente judicial”, inserindo regramento próprio ao assunto, buscando aprimorar o tema, sendo contudo, extirpado ao retornar ao Senado, tornando-se os precedentes, assunto esparsamente tratado dentro do *códex* (BAHIA, 2015, p. 50-51) de forma pífia, eis que assim o assunto foi o assunto tratado de forma desconexa dentro do texto normativo, em alguns dispositivos que se limitaram a elencar em seu texto a palavra “precedentes”.

Na promulgação do texto, após alterações advindas da Lei nº 13.256/2016, ficou o assunto, reduzido à mera menção nos seguintes dispositivos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de

distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Em que pese haja uma aproximação entre as tradições com a promulgação da *novel* legislação, verifica-se que esta é um tanto quanto superficial, não tendo o legislador ordinário se atentado às nuances do sistema de precedentes existentes na tradição do direito inglês.

Assim, passar-se-á no próximo item a promover uma análise crítica da inserção destes sistema de precedentes no ordenamento brasileiro, para com isso demonstrar a sua inviabilidade se não aprimorado o instituto em *terrae brasílis*.

3 UMA CRÍTICA A SISTEMÁTICA ATUAL DOS PRECEDENTES NO CPC/15

Como dito, os precedentes judiciais foram inseridos no ordenamento jurídico processual objetivando de forma precípua solucionar a indeterminação do direito, causada por atos personalistas que demonstram total descompromisso do julgador com a própria lei, a fim de implementar a segurança jurídica.

A máxima do “decido conforme minha consciência” tornava-se justificativa para tudo, transformando-se em verdadeira “katchanga real” para solucionar qualquer tipo de caso, havendo ou não normas aplicáveis à espécie.

Partindo da ótica da tradição, coerência e integralidade do próprio ordenamento jurídico, justificar-se-ia a inserção em *terrae brasílis* de um sistema de precedentes judiciais, que até certo ponto, se tornaria viável em garantir o conhecimento do espectro de aplicação da norma jurídica a casos que se deram da forma “a” ou “b”.

Porém, tratando-se de instituto decorrente da *common law*, possui por pre-

missa básica a solução de casos a partir de norma não escrita. Desta feita, a aplicação de tal sistema decorre de uma tradição jurídica, estabelecida em um aculturamento processual, que parte de uma premissa maior: a relevância das decisões proferidas pelas cortes superiores em observância à segurança jurídica e coerência do sistema.

Este é o primeiro problema deste *novel* instituto no ordenamento brasileiro. Ao aportar em terras brasileiras, depara-se com uma ideologia personalista regionalizada (MARINONI, p. 76-91), que tem por premissa básica, justamente o inverso fazendo com que se implemente, verdadeira queda de braço entre as instâncias judiciais brasileiras.

Não é qualquer novidade para aquele que milita na advocacia o fato de que, por vezes, juízes de primeiro grau deixam de observar deliberadamente as decisões firmadas por instâncias superiores em casos antecedentes.

Com isso, inicialmente era necessário para que haja verdadeira implementação deste instituto no país, promover um aculturamento social para que se compreenda a importância de se estabelecer uma tradição pela coerência e integralidade do ordenamento. Se o ensino jurídico no país permanecer tal como está, jamais haverá a implementação dos preceitos de coerência e integralidade do ordenamento a partir da aplicação de uma teoria dos precedentes.

Necessário abrir um rápido parêntese, objetivando trazer a lume constatação realizada por Filippo (2012), justamente neste ponto, ou seja, na questão do ensino jurídico voltado para concretização de uma tradição jurídica, na formação de um ordenamento coeso e íntegro.

De acordo com o doutrinador, constata-se que no Brasil,

[...] Um aluno [...], em seu primeiro dia de aula no Curso de Direito, já estuda Direito Civil, por exemplo, iniciará seus estudos a partir da leitura da Lei de [Introdução às Normas de Direito Brasileiro], para adentrar, em três ou quatro aulas, no estudo pormenorizado dos artigos do Código. Irá estudar, portanto, normas gerais e, a partir delas, formará seu raciocínio jurídico. Portanto, ao elaborar uma peça, um parecer ou uma decisão, seu pensamento, na tradição do Civil Law, tende a ser sob forma de um silogismo: a premissa maior é a lei, a premissa menor o caso concreto e a conclusão é a solução almejada (FILIPPO, 2012, p. 102).

Já em um país que possui a tradição da *common law* (apontando que a pesquisa do doutrinador se deu por base no sistema norte-americano), o doutrinador aponta que:

[...] um aluno que inicia seus estudos em uma Faculdade de Direito dos EUA, por exemplo, em seu primeiro dia de aula dificilmente lerá algum artigo de lei Seu estudo dar-se-á a partir de um caso, interpretando-o e extraindo dele (ou de um conjunto de casos) a regra jurídica a ser aplicada. Portanto, quando ele for elaborar uma peça processual, um parecer ou uma decisão, seu pensamento estará voltado, precipuamente, para julgado sobre casos idênticos ou semelhantes, obtendo-se, pois, de uma situação análoga, a regra que pretende subsumir da determinada hipótese (FILIPPO, 2012, p. 102).

Assim, o problema se inicia na formação jurídica dos atores do direito, uma vez que a atual conjectura educacional do direito não faz com que o aluno, durante seu curso, construa o ideal de integralidade e coesão do ordenamento, fundado na observância de precedente judicial.

Porém a questão não se limita a este ponto.

O Brasil, antes da inserção deste sistema de precedentes judiciais, já possuía organizado (se é que assim possa se dizer) dentro de seu contexto jurídico, um sistema jurisprudencial, constituído por decisões reiteradas proferidas por uma corte em determinada matéria, além de um sistema de súmulas vinculantes, estabelecido constitucionalmente.

Ao inserir o sistema de precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, o legislador faz uma verdadeira “salada” com tais institutos, eis que nos dizeres de Porto (2016, p. 54), o legislador “[...] parece confundir os institutos do precedente e da jurisprudência hierarquizando estes institutos, conforme consta na exposição de motivos [...]”.

Streck (2013b), também trata (e muito bem) desta questão, ao apontar que há uma inequívoca confusão pelo legislador dos institutos do precedente judicial e da súmula vinculante.

Sabe-se que entre tais institutos existe uma diferença básica: o precedente não nasce precedente. O Brasil padece de uma grande dificuldade de compreender tal fato já que se possui a ideia que a decisão é proferida para dali por diante, orquestrar o julgamento de casos semelhantes, o que não se coaduna com o ideal traçado no direito inglês.

Streck (2013b, p. 80), bem analisa a questão:

Não esqueçamos: no *common law*, o precedente serve para resolver um caso passado; aqui as súmulas (ou os demais ementários jurisprudenciais) “servem” indevidamente para resolver uma

infinidade de casos futuros (novamente, mais um elemento que aponta para a não similitude entre precedente e súmula).

Além disso, há uma aplicação mecânica do enunciado sumular (seja vinculante ou não) para resolução de casos, enquanto que o que vincula a decisão é, efetivamente, a *ratio decidendi* extraída da decisão proferida em julgamento anterior; porém prática decisória brasileira faz com que se arrefeça “[...] hermeneuticamente ou em vista da subalterna subjugação aos textos legislados precisos ou ainda diante da precisão formulada pelos tribunais quando da regência das normas jurídicas indeterminadas” (STRECK, 2013b, p. 83).

Assim, além de um amadurecimento do ensino jurídico, necessário um amadurecimento na própria aplicação deste sistema de precedentes, para que não haja erros e confusões metodológicas com sua interpretação equivocada e confusão com os demais institutos que já existiam no direito brasileiro, o que resgata novamente a necessidade de um acultramento jurídico-social pela matéria em questão.

A doutrina deve promover este amadurecimento, ao aprofundar o estudo do tema. O ideal (que não se sabe se será alcançado, mantendo-se o Brasil na perspectiva da *civil law*), seria aproximar-se o quanto mais possível do sistema de precedentes anglo-saxão, principalmente no que pertine a força vinculante do precedente.

Outra questão que vem gerando certo debate (principalmente questionamentos de classe) seria a intervenção do legislativo no poder judiciário, ao passo que o judiciário estaria sendo “obrigado” a utilizar a *ratio decidendi* de um caso precedente para solução de casos subsequentes, por meio de lei ordinária (CPC/15), enquanto que a CRFB, firmaria o livre convencimento motivado do juiz para decidir questões que lhe sejam postas em julgamento.

Streck (2013c) aponta ainda uma violação inversa à citada, sendo que para este o legislativo teria cometido “[...] uma espécie de haraquiri. O suicídio de sua função normativa. E ele não se dá conta disso. O Parlamento foi envolvido pelo canto da sereia dos precedentes. Mal sabe ele que está abrindo mão de dizer o que é a lei”.

Não obstante, a inserção dos precedentes no CPC, colocou “[...] abaixo o princípio da legalidade na teoria da interpretação [...]” ao passo que o julgador não mais estaria, necessariamente (ao se utilizar de forma efetiva a técnica de precedentes, preconizada no direito inglês), obrigado a aplicar a letra da lei, promovendo inclusive, verdadeira “emenda constitucional”, alterando o disposto no inc. II do art. 5º, que passaria a ter a seguinte redação: “[...] os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes [...]” (STRECK, 2013c).

Silogismos a parte, o que na verdade se tem é uma situação completamente inusitada. Não pela aproximação das tradições, mas sim, pelo total despreparo que se tem no país em aplicar o instituto, despreparo este que se dá não pela ausência de seu conhecimento, mas sim pela ausência de conhecimento do próprio direito e da teoria do ordenamento jurídico.

Recorra-se a Bobbio (1999, p. 71-114) para compreender a definição de sistema jurídico estático e dinâmico, a fim de compreender que o sistema jurídico possui a obrigação de ser coerente não como condição de validação do ordenamento, mas sim como condição de efetivação de justiça.

Partindo de tal premissa, tem-se que somente a inserção deste sistema de precedentes não se demonstra suficiente para trazer ao ordenamento a coerência necessária. Habermas (2003, p. 246), bem aponta que não basta que o ordenamento jurídico baseie-se em casos precedentes para solver questões que são postas em julgamento, sendo necessário, ainda, haver racionalidade nas decisões proferidas.

Aponta o doutrinador:

De um lado o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações tem que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento (HABERMAS, 2003, p. 246)

E continua o alemão:

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção (HABERMAS, 2003, p. 247).

Assim, as decisões proferidas em nosso ordenamento não carecem somente de coerência e integralidade que desaguiariam na segurança jurídica suscitada em Habermas, mas também, na necessária correção, ao passo que devem ser

fundamentadas racionalmente com vistas serem efetivamente aceitas.

Logo, se faria necessário promover a análise da teoria da hermenêutica jurídica, do realismo e do positivismo jurídico (propostas inclusive por Habermas) para aprofundar o entendimento da afirmação que se faz de acordo com os ensinamentos do doutrinador alemão, porém, o espaço restrito do presente estudo não nos permite realizar tal análise.

Contudo para o momento, basta ter-se a compreensão de que o sistema de precedentes inserido pelo novo CPC/15, ainda não é adequado ao que se propõe, necessitando de grandes reflexões, de modo com que se aproxime da forma mais efetiva possível do existente na tradição do direito inglês. Em que pese louvável a ideia, os atores do judiciário ainda não estão aptos a trabalhar com a necessidade de recorrer a um “direito consuetudinário” para fundamentar suas decisões, com total desapego legalista, ao passo que sequer estão aptos a aplicar a própria lei de forma efetiva.

Logo o sistema de precedentes à brasileira criado no CPC/15, não está apto a implementar a segurança jurídica necessária, enquanto as decisões não forem proferidas de forma racional e partir da premissa da necessária vinculação da *ratio decidendi* e não meramente a vinculação do grau de autoridade que proferiu a decisão.

Portanto, tem-se a frente um longo e árduo caminho a ser percorrido no amadurecimento do instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com a alteração do CPC/73, entrou em vigência no Brasil o CPC/15, trazendo ao país uma das maiores características da *common law* ao ordenamento brasileiro, qual seja, o sistema de precedentes judiciais.

Ocorre que se tratando o sistema de precedentes que se funda na utilização do *case law*, tem por premissa básica a necessidade de se estabelecer regras e princípios em caso antecedente para que sejam posteriormente, após a análise da vinculatividade de seus argumentos, aplicadas em casos semelhantes.

Porém, o Brasil funda-se no sistema da *civil law*, que possui por premissa a aplicação do direito codificado como meio de solução dos casos em julgamento. Não bastasse, no judiciário brasileiro há uma regra implícita que demonstra determinado grau de regionalização do entendimento das cortes, mesmo em detrimento ao entendimento firmado pelos tribunais de vértice do país.

Com isso, ao haver a alteração do CPC, com a inserção do sistema de

precedentes, *terrae brasilis* passou por uma das mais profundas alterações em seu sistema processual.

Justifica esta alteração o fato do ordenamento brasileiro, padecer de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade, fator que decorre do excesso de subjetividade nas decisões judiciais, eis que a máxima do “decido conforme minha consciência” infelizmente é uma realidade marcante no judiciário brasileiro.

Por isso, arquitetou-se com a reforma do CPC método que fosse capaz de servir como verdadeiro sistema de “freios e contrapesos” à subjetividade judicial.

Porém a inserção de tal sistema no ordenamento jurídico nacional fora feito sem observância a qualquer critério, afastando-se e muito das premissas que o instituto possui no direito inglês que é a origem do sistema de precedentes, fato que faz o instituto ser (e muito) criticado, ao ponto de se falar em um sistema de precedentes à brasileira.

Para se falar na viabilidade de um sistema de precedentes em nosso ordenamento, é necessário promover amadurecimento jurídico-social, especialmente pela necessidade de se ter um ordenamento íntegro, coerente e calculável, bem como para própria aplicação deste sistema, para que não haja erros e confusões metodológicas com sua interpretação equivocada e confusão com os demais institutos que já existentes no direito brasileiro.

O ideal (que não se sabe se será alcançado, mantendo-se o Brasil na perspectiva da *civil law*), seria aproximar-se o quanto mais possível do sistema de precedentes anglo-saxão, principalmente no que pertine a sua força vinculante.

Contudo para o momento, basta ter-se a compreensão de que o sistema de precedentes inserido pelo novo CPC/15, ainda não é adequado ao que se propõe, necessitando de grandes reflexões, de modo com que se aproxime da forma mais efetiva possível do existente na tradição do direito inglês. Em que pese louvável a ideia, os atores do judiciário ainda não estão aptos a trabalhar com a necessidade de recorrer a um “direito consuetudinário” para fundamentar suas decisões, com total desapego legalista, ao passo que sequer estão aptos a aplicar a própria lei de forma efetiva.

Logo o sistema de precedentes à brasileira criado no CPC/15, não está apto a implementar a segurança jurídica necessária, enquanto as decisões não forem proferidas de forma racional e partir da premissa da necessária vinculação da *ratio decidendi* e não meramente a vinculação do grau de autoridade que proferiu a decisão.

Portanto, tem-se a frente um longo e árduo caminho a ser percorrido no amadurecimento do instituto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. In: **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 38-71, jan./jun. 2015. Disponível em: < <http://direitoestado.sociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=28>>. Acesso em: 02 set. 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes**: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado. 2013. 205f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CROSS; HARRIS, Rupert; HARRIS, J. W. **El precedente en el Derecho inglés**. Trad. Maria Angélica Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2012.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTO, Giovane Moraes. **Da hermenêutica aos precedentes judiciais**: legitimação da

forma jurídica e o poder disciplinar. 2016. 87f. Trabalho Conclusão de Curso em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília/SP, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Decido conforme minha consciência**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013a.

_____. **O que é isto** – o precedente judicial e a súmula vinculante? Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2013b.

_____. **Senso incomum**: Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o *common law*. 2013c. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. **Senso incomum**: STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC. 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>>. Acesso em: 06 set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes judiciais**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Os precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, [?].

NA CIVIL LAW HÁ ESPAÇO PARA A ADOÇÃO DE PRECEDENTES?

José Péricles de Oliveira¹

RESUMO

O presente ensaio pretende abordar a (im)possibilidade de utilização de precedente, nos julgamentos feitos pelo Judiciário brasileiro, em razão do instituto ser ínsito à *common law*, enquanto o Brasil, em razão de sua filiação jurídica ao sistema romano-germânico, adota a *civil law*, na construção do ordenamento jurídico pátrio. Esse debate é importante em razão do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) ter mencionado a necessidade de se observar os precedentes judiciais em vários dispositivos, quais sejam: art. 489, § 1º, V e VI; art. 926, § 2º; art. 927, § 5º; art. 988, IV; e art. 1.042, § 1º, II.

PALAVRAS-CHAVE

Precedente – Adoção – Civil law.

¹ (jpericles.oliveira@gmail.com) Advogado, Professor dos cursos de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e do Instituto Municipal de Ensino Superior de Catanduva (IMES). Mestre em Constituição e Processo.

INTRODUÇÃO

A reforma do processo civil, com a adoção do Estatuto processual aprovado pela Lei nº 13,105/2015 previu a adoção de precedentes judiciais nos julgamentos feitos pelo Poder Judiciário.

Não se pode negar que, a técnica de precedentes, que não está regulada de maneira concentrada no Código, representa um significativo avanço do sistema jurídico, apesar de não ter ficado imune às críticas de diversas ordens.

Por isso, este ensaio pretende enfrentar o assunto, abordando a possibilidade de adoção de precedentes por sistemas jurídicos vinculados ao *civil law*, como é o caso do Brasil, posto que, a adoção de precedentes tem origem nos ordenamentos ligados ao *common law*.

Para isso deve-se primeiro analisar ambos os sistemas jurídicos, estabelecendo o conceito e a dimensão do *common law* e do *civil law*, de modo a verificar se eles são sistemas completamente diferentes, ou se podem ter institutos comuns que possam ser adotados tanto em um como no outro.

Posteriormente deve-se estabelecer o conceito de precedente judicial, figura emblemática no direito, em razão de haver certa confusão quanto à sua definição para a perfeita identificação daquilo que se pode considerar como precedente no âmbito dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário.

Na sequência, será abordado o objeto desse trabalho, para enfrentar o problema da (in)aplicabilidade de precedentes judiciais no Brasil, em razão da tradição pátria em seguir o sistema romano-germânico adepto ao *civil law*.

Finalmente, serão apresentados alguns exemplos sobre a influência da teoria dos precedentes judiciais, nos julgamentos feitos pelo Poder Judiciário brasileiro, para depois concluir o ensaio.

1. Fontes do Direito - *Common Law* X *Civil Law*

É a partir da estrutura da hierarquia das fontes do direito que se destacam dois ordenamentos jurídicos: o de tradição romanística (*civil law*) e o de tradição anglo-americana (*common law*). Característica marcante do sistema romanístico, está no primado do processo legislativo na formação do direito, com atribuição de valor secundário às demais fontes. Essa prevalência justifica-se, historicamente, após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica do povo, enquanto instrumento que busca limitar a atividade soberana do Estado, evitando-se a tirania (REALE, 2005).

Da regência da lei, verifica-se que a *civil law* estrutura-se, basicamente,

sobre ditames de essência geral e abstrata, em postulados genéricos que terão suas arestas ajustadas ao caso concreto a partir das regras de hermenêutica jurídica.

Por outro vértice, há também o sistema anglo-americano (*common law*), através do qual o Direito revela-se mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que, pelo trabalho abstrato e genérico derivado do sistema legislativo.

Importante destacar que a prevalência desta ou daquela fonte do direito, de acordo com cada sistema, por certo, não ignora a importância dos demais instrumentos de extração do ordenamento jurídico. A estrutura de cada sistema organiza-se conforme a hierarquia adotada para as fontes jurídicas, onde certas estruturas terão supremacia sobre outras, mas jamais eliminarão, por completo, a importância das fontes subsidiárias, ou secundárias (MONTORO, 2000).

2. O que são Precedentes?

Se por um lado a definição de precedentes não seja tarefa árdua, por outro, não se pode dizer que seu conceito seja algo singelo de fácil descrição e compreensão. Especialmente porque o instituto não é próprio do sistema jurídico adotado no país.

MARINONI (2010, p. 165) afirma que “precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.

Os professores DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA (2009, p. 381) conceituaram precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Porém, MARINONI (2010, p. 164) alerta “precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula não são termos sinônimos”. Para ele até seria aceitável imaginar que toda decisão judicial fosse um precedente. Mas, os institutos não se confundem, pois o precedente é uma decisão qualificada, “dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados” (MARINONI: 2010, p.164), conquanto traz uma convicção robusta quanto à *ratio decidendi*.

Pode-se afirmar, assim, segundo as observações feitas pelo doutrinador em comento, “que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *common law*, de um *point of law*, e não de matéria de fato.

O mesmo doutrinador sustenta que, para constituir-se num precedente, não basta a uma decisão, ser a primeira a interpretar o assunto.

É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito, posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos. Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineada. (MARINONI: 2010, p.164)

A adoção de precedentes serve a dois propósitos distintos: (i) desafogar o Poder Judiciário que sofre com o crescente aumento das demandas judiciais - há dez anos, DINAMARCO (2001, p. 112) já alertava que a proporção de Juízes no Brasil é muito pequena se comparado a outros países, o que leva ao “acúmulo de processos à espera de julgamento”; (ii) garantir a isonomia de tratamento dispensada aos jurisdicionais, os quais devem ser tratados de maneira uniforme, pois se todos são iguais perante a lei, não é lícito ao Estado julgar conflitos de interesses idênticos, de maneira divergente.

É evidente a crescente valorização das decisões judiciais como fonte de criação do direito. Está se tornando o uso pelo legislador brasileiro de conceitos vagos ou abertos nos textos normativos, para que seja concedida maior flexibilidade ao julgador ao tomar suas decisões. A letra fria e inflexível das leis escritas há anos passados, já não é suficiente para a resolução dos conflitos modernos, devendo o magistrado não ser apenas um aplicador da lei, mas sim, um distribuidor do direito com fulcro nos anseios sociais.

Para aplicar um precedente, o magistrado deve verificar se o caso concreto em julgamento se aproxima do caso paradigma e, se a tese nele utilizada se aplica adequadamente aos fatos do novo caso para que a decisão seja tomada.

Todavia, se o caso concreto for distinto do paradigma, deve-se falar em *distinguish*, de modo que o precedente só será utilizado na decisão do caso concreto, em julgamento, após o confronto com o caso paradigma anterior, verificando se as teses jurídicas debatidas no precedente também se amoldam ao novo caso.

3. Civil Law e a Adoção de Precedentes como Fonte do Direito

É certo que, nas sociedades modernas, especialmente aquelas construídos sob a égide da *Civil Law*, a lei constitui a mais importante das fontes da ordem jurídica. Aliás, a própria redação do art. 5º, II, da Constituição Federal deixa claro que é a lei

quem fixa as linhas fundamentais no sistema jurídico e serve de fundamento para a solução da maior parte dos problemas do direito (MONTORO, 2000).

Por outro lado, não há como negar que a jurisdição, enquanto expressão do Poder Judiciário, fulcrada em uma situação concreta, constitui também fonte importante do direito, muito embora, em um sistema latino, de predominância legislativa, seu papel costuma ser menos significativo (MONTORO, 2000). Ainda assim, conforme já destacava Vicente Ráo, o modo de aplicar e interpretar a norma jurídica sempre lhe afeta a extensão e o alcance, “de tal sorte que, embora subsidiariamente, a jurisprudência não deixa de participar no fenômeno de produção do direito normativo” (*apud* MONTORO, 2000, p.356).

A adoção de precedentes como fonte do direito, mesmo que subsidiária, não é incompatível com o sistema da *civil law*. A utilização recorrente dos precedentes nos dias atuais vem, em verdade, demonstrar a importância desta fonte na construção do direito moderno, mormente para fins de se adequar as normas existentes à realidade vivida pela sociedade, de modo a atender suas necessidades. De caráter concreto e específico, a análise dos julgados mostra-se instrumento valioso para ter-se uma visão plena da adequação do sistema jurídico às características de cada sociedade, bem como verificar se a estrutura posta pelo legislador acompanha o ritmo de desenvolvimento das instituições (NUNES, 2003).

LIMA (2013, p. 32) sustenta que instrumentos normativos editados há mais de setenta anos, como é o caso do Código Penal, não podem disciplinar situações jurídicas distantes da realidade em que foram criados. Veja que em 1973, quando foi editado o Código de Processo Civil anterior, o legislador não poderia prever os acontecimentos do século atual, como a computação, informática, internet, smartphones, email, pesquisa virtual de jurisprudência, transmissão televisivada de julgamentos, processo eletrônico e tantos outros.

Por isso a utilização de precedentes vem se mostrando, nos últimos anos, como inspiração importante para o legislador, no processo de criação de novas leis e como instrumento de pesquisa para a solução dos casos futuros.

Colhendo-se os ensinamentos de MARINONI (2010, p. 164), pode-se afirmar que “é imperiosa a necessidade de reconhecimento da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais”. De acordo com o referido doutrinador é “imprescindível trabalhar no plano do precedente”.

A partir da análise de casos paradigmas, considerada a importância do tema tratado, além da repercussão social gerada, o direito encontra espaço para reestruturar seu ordenamento, trazendo questões que até então (dado o caráter geral e abstrato que impregna este sistema) não haviam sido suscitadas na letra da

lei, ou então a oportunidade para adequar regras e princípios a uma nova realidade social vivida no país (DINIZ, 2003, p. 296):

Quanto a importância das fontes do direito na supressão de lacunas das normas jurídicas, destaca-se ainda o pensamento de FERRAZ JÚNIOR (2001, p. 219), para quem “Se são admitidas lacunas, é porque se aceita que o sistema, a partir de um certo produtor unificado [leis, costumes, precedentes...] não cobre o universo dos comportamentos, exigindo-se outros centros produtores”.

MARINONI (2009, p. 172) defende a ideia de que a adoção de precedentes é necessária em qualquer sistema, como forma de se obter um julgamento coerente, que transmita aos jurisdicionados o sentimento de segurança, confiança e igualdade entre todos perante a lei.

Não há como negar, portanto, o papel decisivo das decisões judiciais na construção do direito, principalmente por se tratar a melhor forma de se enxergar, na prática, a aplicação, adequação, pertinência e eficácia das normas jurídicas, mormente em um sistema legislativo (*civil law*), cujos alicerces são, essencialmente, de caráter geral e abstrato.

DINIZ (2003, p. 296-297) destaca que a jurisprudência, em algumas matérias, chega a antecipar a tarefa legislativa, como aconteceu, por exemplo, com o *habeas corpus*, pois o Supremo Tribunal Federal impediu, por meio dele, durante o estado de sítio, o degredo para lugares desertos ou insalubres”.

Assim, o Poder Judiciário ganha importância ímpar na concretização da segurança jurídica, um dos pilares fundamentais do Estado de Direito. É ele que, em última análise, diz como as normas jurídicas devem ser aplicadas e, agora, é também quem inspira o legislador a criar novas leis, numa atuação dinâmica que impulsiona a evolução do direito conforme as transformações da sociedade (NUNES, 2003).

4. Exemplos da Influência da Teoria dos Precedentes no Direito Brasileiro

Como abordado anteriormente, há um crescente reconhecimento pelo próprio legislador do poder persuasivo do precedente, fazendo com que este sirva como fator de orientação para a solução de casos futuros levados ao Judiciário. São vários os exemplos de adoção da teoria dos precedentes ao longo da história do direito brasileiro.

As súmulas que tratam da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal foram as primeiras manifestações de reconhecimento dos precedentes no direito brasileiro, sendo introduzidas no regimento interno da Suprema Corte em 1964, e, agora constitucionalizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que

a inseriu no ordenamento jurídico por meio do art. 103-A, vinculando seus efeitos às demais instâncias do Poder Judiciário.

No início, as súmulas não emanavam seus efeitos jurídicos de forma vinculante, elas apenas concediam a possibilidade do relator não receber recursos ou indeferi-lo monocraticamente quando havia confronto com jurisprudência nela compreendida. Porém, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004 as súmulas da Corte Suprema passaram a ter efeitos vinculantes, e criou uma nova realidade que conferiu força aos precedentes no Brasil, país até então com forte influência da *civil law*.

Mas, apesar da característica vinculante atribuída às súmulas da mais importante Corte jurídica do país, deve-se observar que sua adoção não fez cair por terra toda a tradição da *civil law* no Brasil. A esse respeito afirma Mancuso (2008, p. 13-14), que “embora a ordem jurídica se presuma plena (a chamada completude do Direito), o ordenamento positivo não tem como ser preenchido tão somente pelas normas legais, e por isso o próprio Direito disponibiliza elementos ou subsídios voltados a preencher as lacunas, através das chamadas fontes secundárias ou meios de integração (analogia, costumes, princípios gerais, equidade, regras de experiência – L.I.C.Ci, art. 4.º; CPC, arts. 126, 127 e 335). Naquela relação não aparece a jurisprudência (como antes previa a nossa primeira Constituição Republicana de 1891 – art. 59, § 2.º, e, muito depois, viria a dispor o art. 8.º da CLT). Considerando-se a constante e gradativa valorização da jurisprudência, galgando patamares cada vez mais altos e vastos em nosso sistema jurídico (LC 35/79, § 2.º, do art. 90; Lei 8.038/90, art. 38; Lei 9.756/98 – CPC, parágrafo único do art. 120; parágrafo único do art. 481; art. 557 e § 1.º-A; Lei 10.352/2001 – § 3.º do art. 475; CLT, art. 896, alíneas a e b e § 4.º; Lei 11.276/2006 – § 1.º do art. 518), não há negar que a jurisprudência, em suas formas qualificadas – predominante e sumulada – deu um salto de qualidade, até atingir sua marca máxima, com a constitucionalização da súmula vinculante do STF (art. 103-A – EC 45/2004; Lei 11.417/2006).

Tal súmula apresenta atributos análogos aos da norma legal (geral, abstrata, impessoal, obrigatória, projetando efeitos diretos e também reflexos), mas vai ainda além, porque enquanto a norma vocaciona-se a ser interpretada, podendo levar a mais de um entendimento, já a súmula vinculante beneficia de uma sorte de interpretação presumida, implícita, autopoética, dado que ela já significa o extrato de muitos julgamentos consonantes sobre o tema afinal sumulado, antes exaustivamente debatido.

Deve-se registrar que, conforme ensina THEODORO JÚNIOR (2005, p. 28), a atribuição de efeito vinculante a julgados dos tribunais tem como objetivo “atribuir-lhes autoridade para funcionar com força normativa igual à lei, que a todos obriga e de cujo império não podem fugir os juízes, em suas decisões, a Ad-

ministração, em seus atos e processos, e os particulares, em sua vida negocial.”

LIMA (2013, p. 52) afirma que “o exame do procedimento de julgamento, tanto dos recursos repetitivos no âmbito do STJ como da repercussão geral no âmbito do STF, serve para demonstrar também a tendência de vinculação das instâncias inferiores aos precedentes judiciais”.

O revogado Código de Processo Civil de 1973 também já tratava de decisões judiciais dotadas de efeito vinculante, como *incidente de uniformização da jurisprudência*, os embargos de divergência, os chamados precedentes persuasivos, que autorizava o relator decidir monocraticamente o recurso, a dispensa do reexame necessários quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente, dentre outras.

Então, o novo Código de Processo Civil trilhou o mesmo caminho já ditado por seu antecessor e consagrado na Constituição Federal, contemplando a adoção de precedentes nos julgamentos feitos pelo Poder Judiciário.

Porém, conforme sustenta MARINONI (2010, p. 164), perdeu-se a oportunidade de explicitar a necessidade de respeito aos precedentes, de maneira direta, preferindo trabalhar com o assunto no “plano da jurisprudência”.

Mas, o citado autor reconhece que, mesmo assim, “dá um passo – o objetivo de promover o império do Direito entre nós, contudo, está bem mais além da passada e, certamente, em caminho algo diverso”.

Deste modo, pode-se anotar que a adoção de precedentes no Brasil da *civil law* ganhará sempre maior força e adeptos, afinal, a realidade do Poder Judiciário, atualmente, é completamente diferente de anos anteriores, sendo necessária a busca de meios para evitar uma sobrecarga de demandas nos tribunais e a consequente crise na prestação jurisdicional aos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de conclusão, pode-se dizer que a utilização de precedentes como fonte do direito não é uma situação exclusiva dos ordenamentos jurídicos integrantes da *common law*, podendo perfeitamente ser adotado, também, dentro do sistema da *civil law*. É que o precedente, como fonte do direito e critério de julgamento pode ser adotado em ambos os sistemas, sem problema algum. Na verdade trata-se de instituto presente nos dois sistemas, assim como tantos outros que lhes são comuns.

Ora, os sistemas jurídicos não estão dentro de uma redoma fechada, a impedir a exportação ou importação daquilo que utilizam na construção, interpre-

tação e aplicação do ordenamento jurídico.

Além disso, não se pode divergir que, nos sistemas normativos rígidos, uma determinada regra pode ficar obsoleta em razão do tempo em que foi editada e devido à evolução da sociedade, que reclama novas maneiras de solucionar os conflitos de interesses.

Se o sistema jurídico não acompanhou a evolução da sociedade, pois as leis editadas continuam a regular as regras de conduta social do mesmo modo que o fazia há mais de cinquenta anos atrás, é certo que se deve permitir ao exegeta e aplicador do direito a possibilidade de dar uma nova feição e roupagem a um determinado comportamento juridicamente regulado.

Não se pode perder de vista que o sistema de precedentes, além de dotar o ordenamento jurídico de regras aptas a regular a sociedade de maneira eficaz, satisfatória e atualizada com os anseios sociais, também serve como instrumento importante para a eliminação da possibilidade de haver decisões contraditórias no âmbito do Poder Judiciário.

É inadmissível e extremamente maléfico para a sociedade a possibilidade de existência de decisões divergentes no seio do Estado, pois não se pode admitir que dois ou mais órgãos jurisdicionais interpretam a mesma regra, de maneira oposta.

Além disso, o sistema de precedentes contribuirá para com a diminuição das ações judiciais, especialmente quando se tratar de demandas repetitivas, por conta da vinculação das instâncias inferiores às decisões superiores.

Por tudo isso, não há dúvidas de que a adoção de precedentes é compatível com sistema brasileiro, mesmo estando filiado à *civil law* do sistema romano-germânico, na medida em que não há nada que impeça sua adoção em *terrae brasilis*, ao contrário, todos os argumentos recomendam sua aplicação no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Muito embora deve-se registrar que o termo precedente, no novo Código de Processo Civil, não foi empregado no mesmo sentido daquele utilizado pela *Common Law*, na medida em que a Lei nº 13.105/2015, parece que usa a expressão para referir-se às decisões judiciais dotadas de efeito vinculante.

REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed., v. 2. Salvador: JusPodvim, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. Ed. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O precedente como fonte de Direito*. Porto Alegre: TRF - 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Processual Civil: módulo 7). Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_RODOLFO_MANCUSO.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013.

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 de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme *et all*. *O projeto do CPC: crítica e proposta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004 sobre o processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 30, n. 124, 2005

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

INVESTIGAÇÃO E ENFRENTAMENTO DOS DILEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO E DOS LIMITES JUDICIAIS

*Bruno Ferreira de Souza¹
Emily Garcia²*

RESUMO

O meio encontrado pelas sociedades do segundo pós-guerra para superar o positivismo legitimador dos regimes totalitários foi o resgate de valores e o instrumento utilizado foram as constituições contemporâneas, caracterizadas pelo alto grau axiológico, num fenômeno conhecido como pós-positivismo (neoconstitucionalismo), caracterizado pela institucionalização da moral ou moral constitucionalizada. Dado esse fator histórico, as consequências jurídicas aparecem de plano num agigantamento da jurisdição constitucional, reflexo dos diversos elementos que as constituições contemporâneas se propõem a realizar, num manifesto caráter mutante da realidade social, econômica e jurídica e a garantia dessas promessas passa pelo Poder Judiciário, especialmente em países com dificuldades de concretizar até mesmo os direitos de primeira geração, como é o caso do Brasil. A reaproximação entre Direito e Moral, com a institucionalização de valores, exige uma teoria da decisão que limite a atuação jurisdicional frente a onda de judicialização dos mais diversos temas da sociedade. Diversos jusfilósofos enfrentam esse tema, Alexy busca em Habermas elementos da linguagem para uma racional fundamentação das decisões; Dworkin confia numa interpretação principiológica e histórica do Direito que se sustenta a partir de um sistema coerente; a hermenêutica filosófica inter-relaciona texto e norma para superar a ruptura entre esses dois elementos para que a integração não seja realizada pelas concepções pessoais dos intérpretes.

PALAVRAS-CHAVE

Neoconstitucionalismo; Judicialização; Jurisdição Constitucional; Técnicas Antidiscricionárias

¹ Advogado. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo, UENP/IDCC. Graduado em Direito, UEM-PR.

² Advogada. cursando especialização em Filosofia Política e Jurídica, UEL-PR. Graduada em Direito, PUC-PR.

ABSTRACT

The means found by the companies of the second post-war to overcome the legitimizing positivism of totalitarian regimes, was the surrender values, and the instrument used was the contemporary constitutions, characterized by high degree axiological, a phenomenon known as post-positivism (neoconstitutionalism) characterized by the institutionalization of moral or moral constitutionalized. Given this historical factor, the legal consequences appear plan an aggrandizement of constitutional jurisdiction, reflecting the diverse elements that constitutions are proposed to be implemented, a manifest changing character of social, economic, legal, and securing these promises through the Judiciary especially in countries struggling to achieve even the first generation rights, with a deficit of public policies, as is the case in Brazil. The rapprochement between law and morals, with the institutionalization of values, requires a theory of the decision to limit the jurisdictional action front wave of legalization of the various issues of society. Several law philosopher face this theme, Alexy search Habermas language elements for rational reasons for decisions; Dworkin trust in a principled and historical interpretation of the law that is sustained from a coherent system; philosophical hermeneutics interrelates text and standard to overcome the split between these two elements so that integration is not performed by the personal views of the performers.

KEYWORDS

Neoconstitutionalism; Judicialization; Constitutional Jurisdiction;
Non-Discretionary Technicals

1. INTRODUÇÃO

O modelo de Estado de Direito visto contemporaneamente se materializa a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial. Até então, vigorou um Estado no qual a Constituição se tratava de normas políticas, sem aplicabilidade imediata. De fácil acentuação é que à época o Judiciário era enfraquecido perante a força do Legislativo. A mudança se dá com a crescente importância da Constituição como documento normativo, não apenas político. Arelado a isso está a Jurisdição Constitucional e a força do Poder Judiciário, pois este é o responsável direto pela justa aplicação e por fazer cumprir a Constituição.

O neoconstitucionalismo, apesar de o nome sugerir, não é uma continuidade do constitucionalismo (liberal), nem tampouco é simplesmente positivismo jurídico a fim de introduzir a moral ao sistema. O que é claro, sob todos os aspectos e teorias, é a tentativa de superação do modelo de regras em razão de sua incompletude, com base numa perspectiva normativa e considerando o mundo fático.

Em observação à experiência brasileira, existe uma grande dificuldade de, por um lado, garantir a efetividade da Constituição, e, por outro lado, realizar isso dentro duma realidade deficiente nas diversas ordens, política, jurídica, econômica e social. O vasto rol de direitos fundamentais e a característica analítica da Constituição, além da impossibilidade de previsão dos fatos pelo Legislativo por meio das leis (além da crise de representatividade pela qual passa tal Poder), inflaciona-se a jurisdição constitucional em busca da realização dos ditos direitos e, na mesma medida, o poder hermenêutico dos juízes deve ser limitado.

2. DA JUDICIALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

A judicialização da vida política, social e moral diz respeito à transferência das decisões acerca desses temas para os órgãos judiciais, retirando-as do domínio político exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os motivos para o fenômeno em questão passam por vários âmbitos, tanto políticos quanto de naturezas social e pragmática. Um dos relevantes motivos, pode ser citada a crise da representativa, em que se tornam desacreditadas as instituições executiva e legislativa, fazendo com que o povo jogue suas expectativas e anseios sociais no Judiciário; outro motivo, este de cunho eminentemente político, é o de que os representantes eleitos, conscientemente, se abstêm de certas questões polêmicas, as quais podem importar um desgaste dos políticos. Isso se reflete em temas como: união homoafetiva, interrupção de gestação, demarcação de terras

indígenas, dentro outros.

É bem verdade que, num primeiro vislumbre, se torna difícil fazer um juízo de valor frente a essas mudanças, pois não há necessariamente uma decisão melhor ou pior, mais democrática ou menos democrática, pelo simples fato de essas questões serem transferidas ao julgo das instâncias judiciais, no entanto, as regras do jogo democrático não comportam certas mudanças de competência, pelo fato de que a construção de cada Poder é realizada com suporte sobre bases elementares de características dos próprios Poderes; é de se advertir que, por vezes, a sociedade não está madura o suficiente para certos temas e, inclusive por isso, não são temas levantados no Congresso, o qual, deve ser lembrado, é o ambiente democrático legítimo a fim de decidir temas morais e sociais. Vale a referência à anotação realizada pelo Juiz Federal mineiro Dr. Fabiano Verli, no Processo 582-23.2015.4.01.3811, que afirmou: “sou do Poder Judiciário e não faço política pública. Isto é do Executivo e do Legislativo.”

No Brasil, acrescenta-se também uma Constituição analítica, a qual, portanto, demanda mais juízo político e mais pretensões judicializadas. Além, é claro, do amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face do controle de constitucionalidade.

Por esses motivos explanados, questões de relevância social e/ou moral chegam, invariavelmente, ao Judiciário. Luís Roberto Barroso, em seu sítio na rede mundial de computadores, analisa e disponibiliza seus votos em algumas das muitas ações decididas pelo STF: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP).

O Judiciário, a fim de se estabelecer no papel constitucional de concretizador de direitos, “começou a pressionar diferentes setores e instâncias da administração pública com objetivo de criar as condições necessárias para a implementação dos direitos econômicos e sociais assegurados pela Constituição de 88; ou, então, a

interpretá-la em perspectiva oposta aos interesses dos responsáveis pelas políticas de “ajuste fiscal” e estabilização monetária no âmbito do Executivo; ou, ainda, a tomar decisões com enormes custos para a “governabilidade”, como nas ações relativas à criação de novos tributos, desindexação de salários, privatização de empresas públicas, etc.” (FARIA, 2003, p. 10). Por outra via, para neutralizar retaliações, o Judiciário pode agir pragmaticamente e, em nome da estabilidade monetária, revogar atos juridicamente perfeitos e interferir em direito adquiridos.

O Judiciário poderia levar seus integrantes a assumir a perspectiva de juízes-executores ou, no máximo, de juízes delegados, conseguindo assim preservar a independência da instituição frente aos demais poderes. Mas, a eficácia da tutela judicial em parte ficaria comprometida, levando a Justiça a riscos, como de se tornar uma instituição irrelevante e de perder crédito perante à sociedade, afastando os cidadãos dos tribunais (SANTOS, 1993, p. 31).

O atual momento é de instabilidade monetária, inflação econômica descontrolada, e a solução dos Governos passa por uma desenfreada produção legislativa, o que gera a instabilidade legal e inflação jurídica. Pronto, a equação se estabelece dentro de um ciclo vicioso. O Legislativo acaba sendo refém do Executivo, considerando que não atua segundo a representação política, mas segundo as necessidades do Executivo. Já no Judiciário, as tensões levam à lides perante seus tribunais, responsáveis por assegurar coerência, unidade e integralidade a um sistema jurídico caótico. Daí chamarmos o fenômeno da intervenção dos tribunais na vida política e econômica de “judicialização”.

Segundo José Eduardo Faria, esse fenômeno não é atual.

Essas dificuldades do Executivo e do Legislativo e a “judicialização” da política e da economia daí advindas não são um fato novo no Brasil. Elas começaram a aparecer quando o legislador ordinário dos anos 80, ao modernizar a legislação processual com o objetivo de ampliar o alcance da tutela judicial para proteger os direitos difusos, passou a delegar competências para a magistratura, aumentando seus poderes cautelares, expandindo suas prerrogativas em matéria de apreciação de provas, etc. E se tornaram visíveis na Assembléia Constituinte, quando seus integrantes optaram por redigir uma Carta com “textura aberta” e normas programáticas nas matérias polêmicas, por causa da ausência de bancadas hegemônicas, capazes de propiciar um tratamento jurídico objetivo. Como nenhum partido dispunha, por si ou sob a forma de coalizões, de maioria qualificada para agir na conformidade de um projeto político capaz de dar um mínimo de unidade conceitual e coerência programática à nova ordem

constitucional, o recurso a normas programáticas e cláusulas indeterminadas, que poderiam ser reguladas posteriormente por leis complementares e ordinárias, em outras condições e outras configurações partidárias, foi a estratégia adotada para permitir a conclusão dos trabalhos (FARIA, 2003, p. 15).

E acrescenta: “o Judiciário teve sua discricionariedade ampliada na dinâmica do processo de redemocratização e reconstitucionalização do País, sendo levado a assumir o papel de revalidador, legitimador, legislador e até de instância recursal das próprias decisões do sistema político, formado pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Ministério Público.” (FARIA, 2003, p. 16).

Um raciocínio se mostra basilar para o apresentado, os Poderes Legislativo e Executivo, dentro de suas competências e independências constitucionais, têm a “discricionariedade” de atuar nos momentos oportunos, ou seja, existe a possibilidade de um agendamento ou melhor planejamento para como e quando agir de uma devida maneira. Diametralmente oposta é a situação do Judiciário, este não pode deixar de decidir, mesmo quando é subitamente provocado sobre questões das mais diversas e difíceis espécies. E esse trabalho se torna ainda mais árduo quando não há coerência e integridade na produção legislativa e jurisprudencial, pois a maciça produção legislativa e de precedentes obedece às sucessivas mudanças econômicas. E além, pois não há parâmetros claros de ação do Judiciário, já que à sua apreciação surgem, pelos motivos trabalhados, conflitos de natureza política, não podendo exigir, assim, decisões meramente técnicas e formais.

3. BREVE ANÁLISE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA VIDA SOCIAL, POLÍTICA E ECONÔMICA

Numa análise político-ideológica imediata, não há, nos membros do Poder Judiciário, a sabatina popular, ou seja, não são eleitos pelo povo, então suas investidas não possuem legitimidade para atuação dentro da moral social, além de ser afronta à política majoritária, considerando que é a maioria do povo quem escolhe seus representantes nos Legislativo e Executivo por meio das eleições.

Do ponto de vista da capacidade institucional, os Poderes instituídos devem fazer valer a Constituição e se basear nela para suas próprias atividades, o que inclui competência. O que tem ocorrido nas situações de divergência é a decisão final do Judiciário. Essa preferência acarreta um desequilíbrio entre os Poderes. Em benefício da democracia não se espera uma instância hegemônica, pois, além de respeitada as competências, nem sempre os juízes são aqueles mais capacitados

para uma melhor decisão.

Com base nisso, observa-se que as mais diversas questões relevantes, como exposto acima, são encaminhadas ao Judiciário, e é claro que o juiz não se faz experto em todas elas, nem se espera isso dele. O local de maior pluralidade, com técnicos e expertos nos mais diversos temas, é o Poder Legislativo, que tem a seu favor a vasta composição, e mais, tem um processo democrático de discussão acerca dos temas.

Outros aspectos a serem considerados são a questão orçamentária, os impactos socioeconômicos e outros, em que os juízes, por vocação e treinamento, não são preparados para eles.

O debate das questões, especialmente aquelas mais relevantes e com reflexos em toda sociedade, não pode ser aristocratizado, ou seja, não pode ser circunscrito a uma classe específica, no caso, a dos magistrados. O Judiciário vem se modernizando e se democratizando a fim de melhorar tais condições, por exemplo, por meio de audiências públicas, no entanto, ainda assim, a melhora nas condições democráticas do debate não é considerável.

O principal papel do Tribunal Constitucional é o de proteger e promover os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Em eventual posicionamento contramajoritário, deve haver a defesa dos elementos essenciais expostos na Constituição e se dar a favor da democracia (BARROSO, 2009, p. 89-90). Do contrário, o juiz tem o dever de aplicar a lei, ou seja, de aplicar aquilo que foi legitimado pelos legisladores através do devido processo democrático, bem como pelo exercício prudente de discricionariedade dos administradores. A análise realizada não se limita à legitimidade democrática para decidir acerca da vida política, mas também se deve estar atento às “capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias.” Por fim, e ainda na linha do Ministro Barroso, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único âmbito de debate e de reconhecimento da vontade constitucional, “A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.” (BARROSO, 2009, p. 91).

Entre os autores contemporâneos das mais diversas áreas, é comum a afirmação de que a Constituição é repleta de “cláusulas abertas”, como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, fato esse que pode insurgir construções

hermenêuticas opostas. Contudo, isso não é ou não deveria ser tolerado, busca-se segurança e integridade na jurisprudência, e não o contrário, como mais adiante se buscará deixar mais claro.

As colisões entre princípios, as contraposições de interesses, os antagônicos conteúdos dos direitos fundamentais, e uns com outros, causam tensões, por exemplo, entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, a liberdade individual e a segurança da ordem pública e a persecução penal para aplicação da lei penal. Dentro de um Estado estruturado com bases democráticas, legais, políticas e morais, não se pode permitir, especialmente nas questões penais que envolvem o precioso direito à liberdade, em nome de outro princípio, a unidade da Constituição, que o intérprete se valha de escolhas desvalidas de critérios objetivos para decidir (fundamentadamente) por um dos lados, que, reforça-se, ambivalentemente possuem proteção constitucional, daí a dificuldade maior e redobrada responsabilidade na decisão.

4. DIFERENÇAS ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS PARA UMA DEVIDA APLICAÇÃO DO DIREITO

Interessante iniciar o tópico com explanação realizada por Luís Roberto Barroso em “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito” que afirma: “há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).” (BARROSO, 2007, p. 10).

Humberto Ávila apresenta um panorama da evolução da distinção entre estes institutos, podendo resumir da seguinte forma seus estudos: para Josef Esser, o critério distintivo estaria na “função de fundamento normativo para a tomada de decisão”, ou seja, seria uma distinção qualitativa; para Karl Larenz, distinguem-se também em “função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo a qualidade decorrente do modo de formulação da prescrição normativa”, posto que os princípios “não são regras suscetíveis de aplicação”; já para Canaris a distinção se dá pelo fato de os princípios possuírem “conteúdo axiológico explícito” e necessitarem de regras para serem concretizados, além de serem precedidos de “processo dialético de complementação e limitação”; para Dworkin, a distinção “não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios”; e Alexy os distingue por entender que os princípios possuem “apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências nor-

mativas de forma direta, ao contrário das regras” (ÁVILA, 2009. p. 35 a 37).

Ronald Dworkin assevera que “a diferença entre princípio jurídico e regra é de natureza lógica. (...) as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada.” (DWORKIN, 2002. p. 39).

Na lição de Alexy, fator distintivo é o fato de os princípios “serem razões para regras ou serem eles mesmos regras”, ressaltando, ainda, a possibilidade de se constituírem “normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, 2008 p. 89).

Em sua mais conhecida obra, Alexy certifica

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Barroso faz um bom traçado dos critérios de distinção. Primeiramente, apresenta como parâmetro o conteúdo da norma. Nesse aspecto, os princípios são normas que expressam decisões políticas fundamentais, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética, ou fins públicos a serem seguidos. E as regras jurídicas não conduzem valores ou fins públicos porque são a concretização destes. Outro critério de diferenciação é quanto à estrutura normativa. Os princípios apontam para estados ideais a serem buscados, e as regras descrevem comportamentos. Assim, os princípios são normas finalísticas e as regras são normas descritivas. Outro critério observado por Barroso é o modo de aplicação. Esse último critério é, para o autor, a mais importante distinção: regras são aplicadas na modalidade do tudo ou nada, operada por subsunção; enquanto os princípios indicam uma direção, um valor ou um fim, assumindo dimensão de peso no caso concreto. E, por isso, é que “se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser rea-

lizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.” (BARROSO, 2008. p. 205-208).

A solução de conflitos entre regras não causa problemas teóricos, apesar de que na prática ocorrem distorções das mais diversas. Quanto à solução num caso de conflito de normas, afirma Ronald Dworkin que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (...) Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero” (DWORKIN, 2002. p. 43).

No mesmo enfoque, Robert Alexy define que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma delas for declarada inválida”. Conclui-se que a solução se encontra no plano da validade.

De maneira diversa, quando há embate entre princípios, ambos podem ser válidos e não totalmente excludentes. A questão passa, portanto, não pela análise da validade, mas pela perquirição de qual princípio, no caso concreto, tem maior peso (segundo a visão alexyana). Ocorre que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência. Alexy, em outras palavras, sintetiza que se dois princípios colidem, um dos princípios tem que ceder, sem, no entanto, ser declarado inválido ou introduzida cláusula de exceção (ALEXY, 2008. p. 93).

Por tais razões, na colisão entre princípios não há invalidação, mas há sopesamento entre os interesses inseridos nesses princípios colidentes. A partir do sopesamento se define qual o princípio prevalece (tem maior peso) no caso concreto. São essas as estruturas da lei de colisão de Alexy.

5. RACIONALIDADE DISCURSIVA COMO TENTATIVA DE COMBATE AO DECISIONISMO

A preocupação com o subjetivismo decorre da verificação, que muitos autores praticam, de que as cláusulas abertas da Constituição e as definições normativas de aspecto valorativo atribuíram ao magistrado uma margem de autonomia. Acresce-se a esse fator aquele de que tais normas não são mais entendidas como meramente programáticas, e sim de aplicabilidade imediata, o que atribuiria ao intérprete a tarefa de preencher e limitar esses dispositivos. O embargo da subjetividade é a maior meta do pós-positivismo, que se ocupa com apresentar uma res-

posta jurídica para situações antes entregues à discricionariedade do magistrado.

A partir da consciência de que “a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 59) nasce a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, que intenta minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica é, antes de tudo, um método que institui regras de interpretação para a interpretação de regras (as regras como componentes do ordenamento jurídico).

Os aspectos valorativos, que passaram a ser entendidos também como parte do Direito, inserem-se na teoria do jusfilósofo alemão através da pretensão de correção do discurso; constatada a necessidade de que as ações moralmente corretas sejam abarcadas pelo Direito, Alexy determina que o ordenamento seja erigido sobre uma pretensão de correção. Somada à pretensão de correção, que está prevista também na teoria habermasiana (HABERMAS, 1989), Alexy entende ser necessária a justificação da decisão tomada.

Habermas sustenta a ideia da verdade como consenso, pois a entende como aquilo que é socialmente difundido e aceito. Trata, ainda, de dois âmbitos da comunicação: a ação e o discurso. A primeira não porta a pretensão de validade, busca apenas a correspondência com a “realidade”, entretanto, quando se procura a justificação para os atos de fala, entra-se no âmbito do discurso. As experiências trazidas ao discurso advêm da ação, mas não são produzidos por ele. Assim, a possibilidade de se realizar um discurso é o que determina a existência de um fato, como afirma Alexy (ALEXY, 2005, p. 112): “Um fato é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente”.

Alexy parte da Teoria do Discurso Racional para propor a sua Teoria da Argumentação Jurídica. As regras sobre a carga de argumentação pretendem distribuir entre os falantes o ônus da fundamentação, e resultam conjuntamente do princípio da universalidade e da regra da fundamentação, cingindo-se no enunciado de que “quem pretende tratar uma pessoa “A” diferente de uma pessoa “B” está obrigado a fundamentá-lo” (Alexy, 2005, p. 197).

A submissão do discurso ao mundo jurídico não o exime de se relacionar com a Moral. Na verdade, o ponto de contato entre o Direito e a Moral torna a teoria de Alexy algo novo, distinto da Teoria Positivista. Superado o entendimento do Direito como ciência meramente procedimental, advoga-se em defesa da aplicabilidade dos aspectos valorativos no discurso jurídico. Contudo, para evitar que essa valoração acabe por levar à resolução das decisões do subjetivismo dos tribunais, busca-se realizar um mínimo racional.

5.1. O MODELO DE ALEXY: “Princípio” da Proporcionalidade

Humberto Ávila ensina que a ponderação se realiza por meio de três fases: a) fase preparatória, na qual se analisam argumentos e elementos; b) fase de realização da ponderação, na qual se fundamenta a relação entre os elementos objeto de sopesamento; c) fase da reconstrução da ponderação, na qual se formula regras para se definir os elementos que prevalecem no sopesamento, inclusive, com pretensão de validade para além daquele caso singular (ÁVILA, 2009, p. 144).

Para Robert Alexy, a aplicação do princípio da proporcionalidade é feita através da “máxima da proporcionalidade”, a qual se divide em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 116).

Em seguida, continua o autor alemão e explica cada máxima parcial. Meio adequado ou idôneo é aquele que concretiza o direito fundamental em questão. Trata-se de uma análise da possibilidade fática. Humberto Ávila, em razão de sua clareza, dá contribuição essencial ao tema: “A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim” (ÁVILA, 2009, p. 165).

Na análise da necessidade, observa-se que para a concretização de um dos direitos fundamentais em colisão deve ser utilizado o meio pelo qual seja menos gravoso para o direito fundamental submergido. Conclui-se que, se houver meio menos gravoso para o direito fundamental perdedor, não é legítimo tal meio, portanto não há necessidade. Trata-se, assim, de verificação de possibilidade fática, conforme doutrina de Alexy. Em outras palavras, para Ávila, trata-se de “verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido” (ÁVILA, 2009, p. 170).

Por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito é propriamente o “sopesamento”. Trata-se de análise jurídica. Deve ficar claro que essas três parciais dizem respeito à três níveis, ou seja, só se caminha para o nível seguindo-se perfeito o nível anterior. Outra afirmação importante é a de que o prejuízo de um princípio deve ser proporcional ao cumprimento do outro, ou seja, quanto maior o dano do princípio perdedor, maior deve ser a realização do princípio vencedor.

6. DWORKIN, INTEGRIDADE DO DIREITO E O JUIZ “HÉRCULES”

Antes de tudo, vale retificar algum entendimento equivocado das lições

de Dworkin que, apesar da realização por um protagonismo judicial, para o autor, não deve existir discricionariedade. Explica que a função de decidir cria o direito, entretanto, ao decidir um caso importante em que não há precedentes, deve-se decidir a partir “da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direitos” (DWORKIN, 2007, p. 9).

Em suas lições, Dworkin acentua que o mau juiz é aquele que é rígido e mecânico. O juiz deve fundamentar as decisões com base na observação da sociedade, pois o direito é mais que regras e princípios, é uma atividade interpretativa e reflexiva (DWORKIN, 2007, p. 19).

Assim Dworkin define princípio: “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2002, p. 36). Desse fragmento da obra de Dworkin vale dizer que as decisões judiciais e também as leis não se sustentam por si sós, devem respeito aos preceitos valorativos da Constituição e não apenas do princípios legalmente previstos.

Lênio Streck dá contribuição valerosa à questão, faz um breve comentário de Dworkin e propõe que a fuga do autor estadunidense para fora da Constituição a fim de busca fundamentos valorativos se encaixa de outro modo à realidade brasileira, pois esses valores já estão incluídos em Constituições analíticas como a brasileira.

(...) Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a co-originariedade – e nisso Habermas tem inteira razão – entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin parece buscar ‘fora’ do sistema, já está contemplado em Constituições fortemente compromissárias e sociais como a brasileira (STRECK, 2008, p. 315).

A integridade que se demanda no Direito pode ser subdividida: a) integridade na legislação, da qual se exige do legislador a coerência aos princípios; b) integridade no julgamento, na qual se espera ser cumprida a lei coordenadamente com todo o sistema legal e constitucional. Lênio Streck esclarece:

um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem

tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja visto como coerente nesse sentido”; (...) “o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto” (STRECK, 2008, p. 233).

Observando-se que o direito é criação e reflexo da sociedade, e vice-versa, a necessária integridade cria balizas aos juízes para identificação dos direitos e deveres legais, expressando coerência de justiça e equidade. As definições jurídicas só são legítimas se obtidas dos “princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

Para utilizar e aplicar a integridade, o autor criou a figura do Juiz Hércules “dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, considerando adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação; é um tipo ideal, metafórico, criado para demonstrar a tese da única resposta correta” (STRECK, 2008, p. 315).

Nesse sentido, a lei não é aquilo que o legislador deseja que seja, mas é resultado da integridade, considerando todo o caminhar histórico traçado até o momento decisório. O método de Hércules não permite significados e interpretações estáticas, mas feitas “não só do texto da lei, mas também da sua vida”, assim os significados variam historicamente (DWORKIN, 2007, p. 416). Aqui talvez se encaixe a briosa frase do ilustre autor Gadamer, em seu livro *Verdade e Método*: se quiseres dizer algo sobre um texto, deixe que o texto te diga algo (GADAMER, 2004).

7. HERMENÊUTICA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

O ilustre membro do Ministério Público e autor Álvaro Ricardo de Souza Cruz entende que o Judiciário, preocupado com os arbítrios cometidos pelo Estado, procura saná-los com decisões judiciais, mesmo que direitos fundamentais sejam violados. Essa atitude por parte das cortes constitucionais é adjetivada como postura “responsável”, ou seja, o Judiciário não “quebrou o Estado”, não fez a “inflação explodir”. Ao contrário, ele se coloca na posição de reparador dos erros do Exe-

cutivo e do Legislativo. Contudo, não se questiona o fato de essa postura do Judiciário vir a cancelar implicitamente os abusos dos governantes. “Ele não percebe que sua postura intransigente em favor de um ativismo do judiciário pode levar a distorções. Com isso não se fala em punição de governantes irresponsáveis e tudo continua como antes.” (SOUZA CRUZ, 2006, p. 143 e ss).

Talvez um interessante perfil a ser adotado pelo Estado brasileiro, diante do embate entre Estado Liberal e Estado Social, seja a de um Estado transformador (STRECK, 2008, p. 143). O Poder Judiciário, nesse ínterim, superaria, em definitivo, os entendimentos expostos até aqui neste trabalho a fim de se guiar por interpretações conforme à Constituição, não atuando nem com ativismos nem com restrições, mas dentro de uma hermenêutica concisa. Pode-se ilustrar, para melhor esclarecer, que não se espera filhos com dois pais ou duas mães (Judiciário criou tal hipótese), nem que direito, como à saúde, não seja garantido, mas, que neste caso, seja observado o caso concreto, a fim de dar uma resposta conforme a Constituição, sem o necessário uso, como na teoria de Alexy, do sopesamento, que pode, dentro dessa técnica, mais precisamente na terceira fase de sopesamento, ocasionar discricionariedades indesejadas. No primeiro exemplo (filho com múltiplas filiações), a semântica não permite interpretações a esse alcance; no segundo exemplo (concretização de direito à saúde), o intérprete não pode ficar aquém da vontade constitucional de prover a saúde, pois há comandos legais e constitucionais no sentido da proteção desse direito (art. 196, da Constituição).

Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. D’onde é possível dizer que não será a iniciativa privativa que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederem. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado, o Estado, hoje, pode – e deve – ser amigo dos direitos fundamentais. E esta é uma questão paradigmática (STRECK, 2008, p. 143)

Oras, mas no fim das contas, a jurisdição constitucional é responsável pela concretização dos direitos fundamentais? Sim, objetivamente todos os Poderes são legitimados para isso, e devem atuar à luz da Constituição. Há um caso emblemático que é trabalhado e congratulado por Souza Cruz e Streck. O Superior Tribunal

de Justiça (STJ) foi provocado a decidir sobre um caso em que uma mãe solicitava o levantamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) a fim de tratar um filho soropositivo. Na busca por uma resposta, não há previsão de levantamento do referido fundo para tal situação, pois existe um rol presente no art. 20, XI, da Lei nº 8.036/90. Dessa forma, numa visão legal, a resposta para o pedido haveria de ser negativa. Mas, quiçá a ausência de previsão legal para a hipótese do caso, o STJ fez uma leitura constitucional (e não meramente legal) e decidiu por conferir o pedido com base nos direitos fundamentais à saúde, vida e dignidade, estendendo essas garantias não só para a pessoa titular do FGTS, mas para seu filho também (STJ, REsp nº 249026/PR).

É perigosa a afirmação de que “o intérprete atribui sentido ao texto”, melhor seria a de que “o intérprete retira o sentido atribuído pelo texto”. Não se pode aceitar algo retirado do texto sem as devidas pré-compreensões atinentes ao texto, e nas palavras de Stein, citado por Streck, “o texto não é um lugar em que se produz a realidade objetiva; o texto não é uma coisa que espera que o compreendamos; o texto é o lugar produzido pela pré-compreensão” (STRECK, 2008, p. 215). O trabalho do juiz, afinal, é a adaptação da lei à vida prática.

Interessante a passagem de Lênio Streck acerca de sua proposta para a não discricionariedade:

Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de “decisionismo” ou “realismo”. Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo, reafirma o mestre de Tübingen, é admitir verdades absolutas, problemáticas, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e sequestra a temporalidade. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo (STRECK, 2008, p. 115).

O Estado Democrático de Direito não pode estar baseado na intersubjetividade. A interpretação do direito não cabe num sistema de respostas incertas e discricionárias. Comum a expressão “o tribunal X ‘entende’ de um jeito”, “o juiz Y ‘decide’ diferente do ‘entendimento’ de Z”. A hermenêutica filosófica, encontrada nas lições de Lênio Streck, busca uma resposta correta, nos termos também usado por Dworkin, não é a melhor nem a pior, mas é aquela adequada à Constituição.

Lênio Streck contribui para o profundo entendimento de como atua os subjetivismos ao afirmar que

(...) entre texto e sentido do texto (norma) não há uma cisão – o que abriria espaço para o subjetivismo (teorias axiológicas da interpretação) – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) – o que abriria espaço para o formalismo de cunho objetivista. Entre texto e sentido de texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.

E continua

Deixo claro – e isto tenho feito também em outros trabalhos – que a distinção entre tempo e norma, embora deite raízes de Friedrich Müller (retrabalhada principalmente por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui uma série de particularidades que tendem a afastar do original. A distinção texto-norma por mim adotada está baseada na fenomenologia hermenêutica e nos seus teoremas fundamentais, mormente naquele que sustenta a revolução copernicana produzida pela fenomenologia hermenêutica ao introduzir o mundo prático para a compreensão: a diferença ontológica (STRECK, 2008, p.286).

Entende-se dessa mensagem que o texto não está isolado da norma. Mas há algo além, o texto já vem carregado de pré-compreensão, ou seja, não se pode dizer o que se quer sobre o texto, pois há precedentes ao texto que devem ser respeitados, assim existe uma orientação pressuposta do texto que não pode ser negada, que, caso contrário, cai-se na vala da discricionariedade, possibilitando dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. O cerne da hermenêutica (fenomenológica) trabalhada por Streck, que a buscou em Gadamer e Heidegger, é que o texto só existe “normado” (significado). Nas palavras de Castanheira Neves, “a norma dá sentido ao texto” (STRECK, 2008, p. 289).

Afirma Gadamer, acompanhado por Streck, que a hermenêutica é filosófica (e não metodológica). Isso tem como consequência, juridicamente falando, a superação de um sistema não apenas baseado em regras, “fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os princípios, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o sistema de regras defendido por Kelsen e Hart).” (STRECK, p.4).

A verdade passa a ter um sentido prático, há, assim, condutas corretas e

incorretas, afirmações corretas e incorretas, e, em face da Constituição, interpretações corretas (constitucionais) e incorretas (inconstitucionais).

A fim de encontrar o equilíbrio no Estado Democrático de Direito, ou seja, a razão ótima entre democracia e constitucionalismo, em face do engrandecimento da jurisdição constitucional, necessário um controle das decisões judiciais para que o juiz não substitua o legislador.

Como já tratado neste trabalho, Robert Alexy propõe uma distinção estrutural entre as espécies de normas, regras e princípios, a qual tem grande aderência nacional. Em consequência dessa diferenciação, na colisão entre princípios de direitos fundamentais, em razão de seu caráter ampliativo e abstrato, a solução se dá pelo procedimento da ponderação. Por outro lado, as regras de direitos fundamentais, de caráter restrito e objetivo, são aplicadas pelo procedimento da subsunção.

Propõe-se, diferentemente, com base nas lições de Streck, que a norma não tenha esse caráter semântico de Alexy, mas que seja o produto da interpretação do texto, isto é, “produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Norma é produto da aplicação. Lênio Streck ensina que, opostamente ao sugerido pela hermenêutica e sua normatividade oriunda da aplicação do direito ao caso concreto, “para realizar essa distinção (entre regras e princípios), o jusfilósofo (Alexy) afirma um conceito de norma que é a priori e que leva até as regras e aos princípios o atributo da normatividade.” (STRECK, 2008, 504).

Conclui-se do exposto acima que não há, nesse contexto contrário à Alexy e conectado à hermenêutica, conceito prévio de norma, nem anterior ao caso concreto. Assim, não existe um abismo entre texto e norma a ser preenchido pelo intérprete, pois a normatividade é retirada do caso concreto, é o que Lênio Streck afirma ser “a normatividade como condição de possibilidade de regras e princípios”, e não o contrário. Deve-se aclarar que não se trata de mera conjectura temporal, mas de uma exigência da hermenêutica que trata esses elementos como cíclicos e inter-relacionados.

(...) não há um conceito a priori de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude. Essa realização não pode ser considerada uma singularidade existente por si só, mas, sim, como componente de uma cadeia que a transcende em direção à história institucional do direito. Nessa medida – e novamente com Dworkin – insisto em afirmar: a norma é um conceito interpretativo e não um conceito semântico (STRECK, p. 505)

A distinção feita por Alexy traz alguns problemas no nível prático pela apreensão de resolver os casos concretos. Percebe-se, desde logo, que opostamente à solução buscada pela hermenêutica, a argumentação jurídica acredita em respostas prontas (regras com mandamento definitivo), porém se o caso se trata de um *hard case* busca solução a partir do caso concreto, hierarquizando aprioristicamente os princípios envolvidos. Os princípios, em razão da distinção estrutural, ganham um poder olímpico no caso de não haver resposta definitiva no sistema, o que se observa com a tendência que existe na doutrina, jurisprudência e com o projeto de lei para incluir na Constituição o princípio da felicidade (se a questão é normatividade, qual a normatividade do princípio da felicidade?). Essa tendência é uma busca incessante de encontrar todas as respostas no sistema jurídico, o que se convém anotar como sistema autopoietico (LUHMANN, 2009), e, para tanto, a “criação” dos princípios é uma maneira simples, fácil, rápida e, aparentemente, aceitável para se decidir. Existe ainda outra mazela quando se percebe que os princípios, na teoria de Alexy, são aplicados por ponderação, realizada segundo o “convencimento do juiz”, ou seja, ponderação das vontades subjetivas. Deve se ter em definitivo: princípios não são valores. Acrescenta-se a nota de que o Novo Código de Processo Civil exclui o livre convencimento do juiz, por outro lado, contém dispositivo que permite a ponderação de normas.

Interessante observar, já tratado do tema anteriormente neste trabalho, que a diferenciação primeira entre regra e princípio dada por Alexy é a semântica, a fim de resolver a dogmática dos direitos fundamentais, eis que essa diferença se constitui da amplitude do dever-ser, ou seja, se o alcance (descritivo) da norma é restrito, trata-se de regra; já no caso de dever-ser ampliativo, trata-se de princípio.

Em interessante análise, contudo, infinitamente mais profunda do que aquela tentada neste trabalho, Lênio Streck, citando Friedrich Müller, afirma que “é necessário dar razão a Müller, quando entende superada a discussão entre ser e dever-ser no âmbito da ciência jurídica, a partir do momento em que se tomou consciência de que o problema é a concretização da norma e não da aplicação do texto da norma” (STRECK, 2008, p.517).

Lênio Streck tem contribuição importante ao tema anunciado. Para ele, o sentido da afirmação que princípios são normas, entende-se que

Os princípios possuem força normativa. Como todo princípio encontra sua realização em uma regra, é possível dizer que há uma espécie de sentido eficaz em um princípio. Desse modo, um possível “catálogo de princípio” seria em verdade reduzidíssimo.

Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para solucionar pseudo-problemas não são princípio porque, tanto quanto é correto dizer que os princípios só são concretamente – vale dizer, na applicatio – é também correta a afirmação de que princípios não existem sem a historicidade do direito. Se é certo que os princípios são a história institucional do direito, eles não cabem dentro de uma concepção instantaneísta de tempo; eles não podem ser “criados” a partir de graus zeros de sentido (STRECK, 2008, p. 537).

A força normativa dos princípios não é encarada como a leitura textual do enunciado (como propõe Alexy). Ou seja, a normatividade do princípio não é retirada da interpretação de um texto. O caráter de princípio não está na grafia, assim não basta chamar de “princípio”. A igualdade não é princípio porque o art. 5º, I, CF, diz que é. Antes disso foi desejado um Estado Democrático de Direito, do qual igualdade é pressuposto fundante. E aí está o princípio, “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim assumida” (STRECK, 2008, p. 537). Por serem os princípios instituidores, fundadores e estruturantes do sistema, as regras derivam desses princípios.

A hermenêutica fenomenológica tem a pretensão, juntamente com as preleções da teoria integrativa de Dworkin, no contexto do pós-positivismo, de proteger o sistema jurídico das interpretações que desvalidam substancialmente a normatividade constitucional. Isso quer dizer, a fenomenologia aplicada à hermenêutica almeja “substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.” (STRECK, 2008, p. 544).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação do modelo de regras leva ao ingresso dos princípios no ordenamento. Ocorre que o constitucionalismo compromissório (aquele que define programas e ideais a serem cumpridos, de cunho social), com a implantação de programas sociais a serem cumpridos, fazem com que a teoria das fontes mude juntamente, já que regras e princípios trazem diferenças substanciais, superando, assim, o modelo de regras e, conseqüentemente, o modelo de subsunção.

A introdução do mundo fático ao direito se deve a necessária análise do caso concreto para daí se buscar uma resposta no direito, sem que se pressuponha uma resposta pronta. Existe um componente integrador capital que une todos os elementos expostos nessa mudança paradigmática do neoconstitucionalismo: a mudança do caráter de Estado. O Estado não é mais apenas definidor de deveres e/ou promovedor de direitos, mas agente transformador da realidade. O Estado Democrático de Direito, por meio da jurisdição constitucional, se torna o protetor dos direitos fundamentais.

Não existe a possibilidade real de concordar texto e norma (sentido do texto). A cognição não permite abranger todas as hipóteses de aplicação dos textos. A melhor explicação é: não há como retirar do texto todas as normas. A solução proposta, a fim de impedir discricionariedades, é a busca por uma resposta correta, que é aquele adequada à Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 17/02/2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Direito e Justiça no século XXI: a crise da Justiça no Brasil**, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

LUHMANN, N. **Introdução à Teoria dos Sistemas** [trad. Ana Cristina Arantes Nasser]. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2009

SANTOS, Wanderley Guilherme. **As razões da desordem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SOUZA CRUZ, Álvaro. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

O ESTADO NO BANCO DOS RÉUS: SOBRE A DECISÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Camila Monelli Laver

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade e importância da fundamentação nas decisões judiciais imposta pela Constituição Federal e regulamentada pelo Novo Código de Processo Civil. Deste modo, cumpre verificar qual é o plano de fundo das motivações das decisões, mas com um enfoque direcionado ao Estado quando figura como Réu nas demandas judiciais. Para tanto investiga-se a relação do movimento direito e econômica e a sua influência nos vereditos quando a fazenda pública está presente no polo passivo, denunciando, assim, um direito marcado por traços pragmáticos voltado para a maximização de riquezas e a serviço do utilitarismo, em que resta demonstrado a natureza econômica dominante nas decisões.

INTRODUÇÃO

O novo código de processo civil, no artigo 489, impõe como um dos elementos essenciais de uma decisão judicial o dever de fundamentação, assim o legislador infraconstitucional seguiu a ordem principiológica prevista na Carta Magna em seu artigo 93, inciso IX¹.

Deste modo, o artigo 489, parágrafo primeiro do Novo Código de Processo Civil prescreve o que não seria uma decisão fundamentada, estabelecendo um núcleo essencial de conteúdo que deverá ser respeitado.

O dever de fundamentação nas decisões judiciais não é simples prescrição imposta pelo ordenamento, esta obrigação traduz como uma garantia do Estado Democrático de Direito. As fundamentações legitimam uma decisão, portanto a sua ausência implica como uma atuação do Poder Judiciário ilegítima.

A imposição das motivações se estende a qualquer ato jurisdicional, por conseguinte, deve ser observada de igual modo nas demandas em que o Estado figure no polo passivo. Entretanto, nota-se que as decisões em que, especificamente, a Fazenda Pública atua como Ré são motivadas com um fundo eminentemente econômico. A preocupação central é o impacto econômico que a condenação final irá causar, e não de fato com a concepção de justiça que aquela decisão irá carregar.

Esta interação entre direito e economia já foi abordada por Karl Marx, nas palavras de Godoy (2005, p. 1): “A economia ditaria comportamentos, formatações sociais, idiosincrasias, ideologias. Enquanto infra-estrutura a economia determinaria os nichos de superestrutura; o direito será mero reflexo da movimentação econômica.” Portanto, segundo o pensamento marxista, o direito está subordinado a economia. Deste modo, cumpre investigar as interações entre esses dois campos epistêmicos e de que maneira a economia influencia as decisões, notadamente, nos litígios em que o Estado é parte adversa e, por conseguinte, denuncia o caráter utilitário do direito.

DESENVOLVIMENTO

O movimento direito e economia desenvolveu nos Estados Unidos da América e teve como principal expoente Richard Posner, professor da Universi-

¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

dade de Chicago e juiz federal norte-americano. Este movimento ecoou em razão da insatisfação do direito para com um fundamentalismo jurídico que prevalecia desde a consagração do iluminismo. De acordo com Godoy (2005, p. 4):

Entre as ciências sociais, a economia se mostrava como a mais promissora candidata para oferecer respostas corretas para problemas jurídicos, imaginando-se o direito como traído pela filosofia, e traidor da sociologia, embora servo muito bem comportado da política.

A ideia central de Posner é alicerçada sob uma perspectiva de cunho utilitarista, em que o magistrado deve guiar-se por uma relação custo-benefício. Nota-se, portanto, o caráter pragmático da tese do professor norte-americano, em que o direito deve servir a um propósito instrumentalista e funcionalista, e nas palavras de Godoy: “O movimento direito e economia tornou-se a mais eloqüente porta-voz de um pragmatismo jurídico” (2005, p. 7)

Posner explica que o termo utilitarismo, em seu sentido comum, significa que:

o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade (*o superávit do prazer comparativamente à dor*), acumulada por todos os habitantes (todos os seres sencientes, em algumas versões do utilitarismo) da ‘sociedade’, a qual pode representar uma única nação ou o mundo inteiro (POSNER, 2010, p. 59)

Já sob o ponto de vista da economia normativa, o professor norte-americano indica que “uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem estar-social” (POSNER, 2010, p. 59), contudo Posner ressalva que o termo bem estar social normalmente tem seu conceito compreendido de forma ampla como sinônimo de felicidade utilitarista, em razão de a ciência econômica utilizar a expressão utilidade com o mesmo sentido de bem-estar, tanto que “muitos profissionais atuantes na área da ‘economia do bem-estar’ (o termo mais comum para economia normativa) descrevem sua atividade como utilitarismo aplicado” (POSNER, 2010, p. 60)

Deste modo, o termo utilitarismo deve ter sua acepção apreendida dentro da ciência da economia e não sob a ótica filosófica. Assim, a expressão compreende um vocabulário técnico e que deve ser entendida como “uma teoria tanto da moral individual como da justiça social” (POSNER, 2010, p. 63)

Posner acredita que o direito deve maximizar a economia, sendo esta entendida como a ciência por excelência das escolhas racionais, ampliando a riqueza e o bem estar-econômico. Para tanto, o professor defende a autonomia da argumen-

tação jurídica, por entender que as regras de direito são vagas, pois possuem vasto hiato de reserva de sentido, razão pela qual são contestáveis e inconstantes, por serem frequentemente alteradas. Logo, conclui que: “esse espaço de indeterminação pode ser colmatado por decisionismo que permita decisões judiciais tendentes a maximizar a ordem econômica” (GODOY, 2005, p. 4 e 5).

Aos olhos de Posner, a maximização da riqueza é um princípio moral, pois “fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça distributiva e correlativa.” (POSNER, 2010, p. 83). Assim, o princípio da maximização de riquezas propõe que inicialmente os direitos devem ser reconhecidos àqueles que seguramente valorizarão mais.

Sob a influência norte-americana, Posner explica que os juízes acompanham os precedentes devido à certeza e previsibilidade do direito, e não para alcançarem um direito justo e correto, tanto que chegou a afirmar que não há uma definição comum para interpretar o direito e, mais, que “a justificação de uma decisão, no sentido de que ela seria objetivamente correta, seria geralmente impossível.” (GODOY, p. 6)

O professor conclui que não existe um conceito final de justiça e que as decisões judiciais devem limitar-se em alcançar uma maximização da riqueza e expressar uma expectativa de utilidade. Conforme Godoy, “para Posner, a importância da toga, se não utilizada para realizar os objetivos econômicos da sociedade, reveste-se de um nada absoluto, e isso é muito mais do que mero oxímoro.” (GODOY, 2005, p. 6)

Destarte, Posner defende que o direito acompanhe as regras de economia e evidencia a teoria da maximização de riquezas na intenção de que o direito sirva de dispositivo para atingir fins sociais através da eficiência da economia.

Portanto, o magistrado deve pautar-se por critérios de eficiência ao julgar, neste sentido Posner esclarece que “um juiz é capaz de estimular com razoável precisão a forma de alocação de recursos que maximizaria a riqueza.” (POSNER, 2010, p. 75), afirmando inclusive que “as teorias dos direitos são, na verdade, importantes corolários do princípio de maximização de riquezas.” (2010, p. 87)

De acordo com os ensinamentos de Alexandre Morais da Rosa:

A Law and economics convoca o Poder Judiciário a uma missão reformulada. Ao invés de se basear na tradição do direito, ao Poder Judiciário cabe a função de maximização da riqueza, re- lendo, pois, o direito para o conceder a quem melhor puder fomentar ou prejudicar o mercado. Daí a importância de se controlar o critério da decisão. Por isso ganha importância o campo judicial, o qual precisa ser domesticado aos anseios do mercado,

sob pena de transformar – dizem- num obstáculo ao desenvolvimento econômico. (ROSA, 2011, p. 76)

Aliado ao movimento direito e economia, têm-se as crescentes diretrizes do neoliberalismo que se impõem à jurisprudência e à legislação, incorrendo em uma nova leitura do direito que exalta os imperativos da economia (mercado).

A influência do movimento direito e economia proclamado por Posner juntamente com a ordem mercadológico-neoliberal no Brasil é nítida ao verificar um sistema jurídico orientado por uma lógica de quantificação e eficiência.

Deste modo, o direito se apropriou dos conceitos de utilitarismo e maximização da riqueza, e inspirado pelas diretrizes neoliberais, desenvolveu uma corrente interpretativista marcada por conexões puramente econômicas.

Esse caráter de maximização da economia é evidente nas demandas que envolvem o Estado como Réu. Afim de ilustrar o tema, vejamos duas decisões de liminares em Mandado de Segurança que foram prolatadas pelo órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A primeira liminar foi requerida em sede de Mandado de Segurança (nº 1.361.703-5) impetrado por um grupo de 11 desembargadores aposentados do Tribunal de Justiça e a segunda corresponde a um Mandado de Segurança Coletivo (nº 1408856-3), também com pedido liminar, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimento de Ensino de Maringá - SINTEEMAR, ocasião em que atuou como substituto processual da categoria dos servidores aposentados e pensionistas da Universidade Estadual de Maringá

A celeuma de ambas as demandas diz respeito sobre os efeitos da Lei nº 18.370/2014 e do Decreto nº 578/2015 em que prevê a taxação da alíquota de 11% aos aposentados e pensionistas do regime próprio da previdência social do Estado do Paraná. A edição da referida lei acompanhou uma série de vícios que implicam na inconstitucionalidade formal e material do texto normativo, não devendo, portanto, prosperar os seus efeitos.

Nas duas liminares estavam presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ocorre que apenas no Mandado de Segurança impetrado pelos Desembargados a liminar foi concedida.

Por oportuno, vale transcrever os trechos da fundamentação da liminar do Mandado de Segurança nº 1.361.703-5:

A sociedade não pode ficar à mercê dos interesses financeiros e “gulosos” do Estado de forma tão desprotegida e até arbitrária.

O país como um todo, incluindo, portanto, e evidentemente, o Estado do Paraná, está vivendo um momento difícil, muito difícil e toda a população sabe disso. Contudo, eventuais aspectos relacionados a repasses, a arrecadação tributária ou a outra natureza qualquer, devem ser resolvidos em atenção aos ditames constitucionais. O Poder Judiciário deve estar atento, e bem atento, a qualquer tipo de atitude que possa violar direito líquido e certo da população, decorrente, inclusive, da má formação das leis que, por via obliqua, pretendam aumentar a arrecadação do Estado em detrimento, ilegalmente, de qualquer pessoa, natural ou jurídica.

[...]

4. Por essas razões, com fundamento no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, **defiro o pedido liminar aqui requerido**, para determinar à autoridade aqui apontada como coatora, que se abstenha de descontar dos impetrantes a contribuição previdenciária a que se refere o § 6º acrescido pela Lei Estadual nº 18.370/2014 ao art. 15 da Lei Estadual nº 17.435/2012. – grifos no original.

Já em relação ao Mandando de Segurança nº 1408856-3, em que a arrecadação do tributo seria um montante bem mais expressivo por representar uma categoria de aposentados da Universidade Estadual de Maringá, o argumento para apreciar a liminar foi outro, senão vejamos:

Em juízo de cognição sumária, extrai-se que estão presentes os requisitos objetivos de admissibilidade do mandado de segurança. A liminar em mandado de segurança pode ser concedida “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida” (art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09).

No caso, o tema discutido no presente writ não é inédito no Colendo Órgão Especial, cujos integrantes vêm majoritariamente entendendo que não há *fumus boni iuris*, tampouco *periculum in mora*, aptos a autorizar a concessão da liminar.

Isso porque, primeiro, não obstante a alegada alteração fática no momento de apreciação da ADI nº 3.105/DF, a princípio, houve a declaração de constitucionalidade da Emenda nº 41/2003, a qual autorizou a cobrança de contribuição previdenciária não somente para servidores atuais e futuros, como também para inativos e pensionistas.

Com a transcrição da fundamentação das liminares acima é possível observar justamente que o direito cede um grande espaço as implicações econômicas

que as decisões podem causar, especialmente quando a Fazenda Pública atua no polo passivo nos processos judiciais. No caso *sub judice* ficou evidente a ausência de fundamentos sólidos para indeferir a liminar para a categoria dos servidores aposentados da UEM, e que no fundo a preocupação central era com o montante que o Estado deixaria de arrecadar.

Não obstante, o Estado constantemente invoca a máxima da teoria reserva do possível a fim de se eximir de suas obrigações como garantidor social e de direitos fundamentais, entretanto utilizam a teoria alemã de forma distorcida, já que em solo pátrio foi recepcionada como teoria do financeiramente possível.

A capacidade financeira e a previsão orçamentária são os argumentos dessa distorção da teoria da reserva do possível. Ingo Sarlet, com precisão explica:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente ompetencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. (SARLET, 2003, p. 286)

Destarte, a disponibilidade dos gastos públicos, por fim, acaba nas mãos dos Magistrados, já que na ausência de uma atuação estatal tem que decidir pela implantação ou não de direitos fundamentais e sociais, o que implica necessariamente na análise econômica do caso concreto: se o Estado possui ou não condições de arcar com os custos da operação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento direito e economia liderado por Richard A. Posner teve forte influência nos Estados Unidos. Posner remontou um direito voltado para os aspectos econômicos, afirmando que o direito é eficiente quando promove a maximização das relações econômicas, e que aos decidir, o magistrado deve estar atento

a relações custo-benefício, demonstrando assim, um direito de cunho utilitarista. Godoy explica que:

“Para o movimento direito e economia a base para a decisão de um juiz deve ser a relação custo-benefício. O direito só é perspetivo quando promove a maximização das relações económicas. A maximização da riqueza (wealth maximization) deve orientar a atuação do magistrado” (GODOY, 2005, p. 4)

No Brasil, juntamente com a política neoliberal, o movimento teve aderência, principalmente quando a Fazenda Pública aparece como Ré nos processos judiciais. As decisões judiciais são confeccionadas no sentido de proteger o Estado sob a perspectiva económica, não importando que o conceito de justiça esteja presente no caso concreto.

REFERÊNCIAS

O dever de fundamentação no novo CPC. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-dever-de-fundamentacao-no-novo-cpc>> Acesso em 09.09.2016

Fundamentação das decisões judiciais no novo CPC: Vetar por quê? Disponível em: <<http://portalprocessual.com/fundamentacao-das-decisoes-judiciais-no-novo-cpc-vetar-por-que/>>. Acesso em 09.09.2016

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Rev. Jur., Brasília, v. 7, n. 73, p.01-10, junho/julho, 2005

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. 1ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Hermenêutica constitucional norte-americana: reflexões obre a Critical Legal Studies, a Law and Economics e a teoria da integridade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=848c4965359e617d>>. Acesso em 11.09.2016.

CAPÍTULO 2

CAPÍTULO 2

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

REFLEXÕES SOBRE ACESSO À JUSTIÇA, CRISE DA JURISDIÇÃO E A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA NO TRATAMENTO DE CONFLITOS E FORTALECIMENTO DA CULTURA DA PACIFICAÇÃO E DO CONSENSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Ancilla Caetano Galera Fuzishima¹
Larissa Satie Fuzishima Komuro²*

RESUMO

O presente artigo estuda a mediação como forma de solução para os conflitos que chegam cotidianamente ao Poder Judiciário. Trata-se de uma forma de garantir o direito constitucional de acesso à justiça, diminuir o grande volume de processos e chegar a uma solução efetiva para o conflito. Solucionar conflitos sempre foi uma das razões de ser do operador do Direito. Devido ao crescente volume de processos presentes no Poder Judiciário, que só tendem a aumentar, conforme pesquisas do Conselho Nacional de Justiça, faz-se urgente a utilização de formas autocompositivas, entre elas, a mediação, procedimento por meio do qual as partes em disputa são auxiliadas por um terceiro imparcial, com grande poder de compreensão e aceitação das partes envolvidas no conflito, que contribuirá e colaborará para com a solução da disputa, fazendo com que os sujeitos possam chegar, por si sós, a um bom termo.

PALAVRAS-CHAVE

Conflito, mediação, acesso à justiça.

¹ Mestre em Direito. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul/Três Lagoas.

² Mestre em Direito. Professora das Faculdades Integradas de Três Lagoas – AEMS e assessora jurídica da Autarquia Municipal de Saneamento Ambiental de Guaçuai – SAG.

ABSTRACT

This article studies the mediation as a way of solution to the conflicts that come daily to the courts . This is a way to ensure the constitutional right of access to justice, reduce the large volume of cases and reach an effective solution to the conflict . Resolve conflicts has always been one of the reasons being the law of the operator. Due to the increasing volume of these cases in the judiciary , which only tend to increase , according to research by the National Council of Justice , it is urgent to use autocompositivas forms , including the mediation procedure by which the parties in dispute they are aided by an impartial third party , with great power of understanding and acceptance of the parties to the conflict , which will contribute to and cooperate with the solution of the dispute , so that the subject can come alone to a successful conclusion.

KEYWORDS

Conflict, mediation , access to justice.

1 - GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA E SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

Desde sempre, os conflitos de interesses acompanham, *pari passu*, as relações humanas. É certo dizer que a interação humana não acontece tão-só em relações conflituosas, mas é fato que os conflitos de interesse entre indivíduos é uma constante na história da humanidade. Impensável, pois, falar sobre relações humanas destituídas do fenômeno conflituoso. A oposição de interesses continua a existir no seio da sociedade e só faz crescer. Conflitos das mais variadas matizes. E dizer que vivenciamos conflitos de interesses diuturnamente não quer dizer, tão-só, que vivemos frente ao caos e à inaptidão para seguir em frente, já que há, no conflito, um viés negativo (razão pela qual precisamos solucioná-lo), mas também um viés positivo que não se pode deixar de destacar. Salutar os ensinamentos de Ghisleni e Spengler (2011, p. 109-110):

Todas as relações (complexas e multifacetadas) da sociedade atual experimentam conflitos em determinado momento. Porém, o conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional. Ele é um fato da vida que existe quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos incompatíveis entre si. No entanto, se o conflito vai além do comportamento competitivo, delineando-se a intenção de infligir dano físico ou psicológico ao oponente, assume uma dinâmica negativa que deixa de conduzir ao crescimento, deflagrando a necessidade de procedimentos eficientes para tratá-lo.

Conflitos à vista, cumpre-nos a complexa tarefa de tratá-los.³

Solucionar conflitos sempre foi uma das razões de ser do operador do Direito. Mas, sabemos todos, que o processo judicial não é e nunca foi a única alternativa que se nos apresenta quando há disputa de interesses em jogo. Tratar os conflitos impõe escolhas. Escolhas a serem feitas pelos jurisdicionados, dentre os vários métodos de resolução de disputas, dentre as chamadas “formas clássicas de resolução de conflitos”, a saber: autodefesa, autocomposição (incluindo-se aqui a mediação e a conciliação), arbitragem e processo.

A pacificação social é a razão de ser da ciência processual e sempre foi a “pedra de toque” que determina, por exemplo, todo o funcionamento do Poder Judiciário que, em grande medida, sempre é instado a resolver, indistintamente, os dilemas con-

³ Nestes termos, o conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática), o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo, conforme os valores inseridos no contexto social analisado (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2009, p.01).

flituosos individuais (mais comezinhos) até os mais complexos e densos problemas que brotam diuturnamente no seio da sociedade contemporânea. Foram muitas as mudanças havidas no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. Naquilo que mais de perto se pode perceber junto ao Poder Judiciário, é público e notório que houve uma expansão crescente da judicialização dos conflitos em todas as esferas do Poder Judiciário, e isso se deu não somente por conta do crescente aumento da população brasileira.

A Constituição de 1988, na ânsia de enfrentar problemas e óbices acerca da garantia constitucional do acesso à justiça, concebeu instrumentos aptos a maximizar esse acesso a todos os cidadãos brasileiros, e é certo que tal tarefa fora cumprida com êxito – ninguém há de dizer que a sociedade brasileira não está apta a se socorrer do Judiciário, seja para resolver conflitos menores, seja para dar solução a conflitos complexos! Com isso, também é certo dizer que o volume de demandas multiplicou-se em demasia, e, segundo nos mostram os números, não param e só fazem crescer.

Segundo dados fornecidos pelo Relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, o volume de processos em tramitação na Justiça brasileira está próximo da cifra dos 100 milhões. Segundo os dados do levantamento anual Justiça em Números, e divulgado no dia 15 de setembro de 2015, em 2014 passaram pela jurisdição dos 90 tribunais brasileiros, 99,7 milhões de processos. Segundo CARDOSO, 2015:

O número do CNJ é o resultado da soma de 70,8 milhões de processos pendentes e 28,9 milhões de casos novos registrados no ano passado. Mantida a média de crescimento anual de 3,4%, registrada nos últimos cinco anos, vão tramitar em 2015, 103,1 milhões de processos judiciais no país. Na média, significa um processo para cada dois brasileiros. Como em cada processo, atuam pelo menos duas partes, pode-se dizer que há processos para toda a população brasileira participar.

Projeções feitas pelo CNJ apontam que esse número pode alcançar a marca de 114,5 milhões em 2020. Frente a essa imensidão de processos, não há como negar o *déficit* operacional do Poder Judiciário.

Se por um lado garantiu-se a todos, indistintamente, o Acesso à Justiça – os brasileiros passaram a ter noção esborçada dos direitos que lhe são afetos – é fato que agora cabe ao Poder Judiciário dar solução adequada a essa enormidade de conflitos de interesse instaurados ou por instaurarem-se.⁴

⁴ Deve-se também conceber o incremento no direito à informação e o maior conhecimento dos indivíduos sobre suas posições de vantagem como reafirmações dos direitos cívicos a que fazem jus. A verificação dessa verdadeira emancipação da cidadania tem gerado uma ampla disposição de não mais se resignar ante as injustiças, o que acarreta um maior acesso às cortes estatais para questionar atos lesivos; tal situação pode ser vista como uma “síndrome de litigiosidade”, sendo agravada pela redução da capacidade de dialogar verificada na sociedade contemporânea (TARTUCE, 2015, p. 10).

É claro que essa enormidade de demandas passou a ser um dos grandes problemas enfrentados pelo Poder Judiciário – não há como não registrar que a análise tradicional acerca do que vem a ser “acesso à justiça” estaria, em tese, resolvida, não fossem os novos contornos que atualmente a doutrina estabelece ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, qual seja, garantir **efetivamente** o acesso à ordem jurídica justa, valendo-se, para tanto, de um processo que **tutele de forma adequada e em tempo hábil** todos os interesses das partes em disputa. E, muito mais do que isso, é fato que o problema ainda maior é a **litigiosidade contida** - é inevitável afirmar que o Estado não consegue cumprir a contento a sua missão de garantir o chamado “descesso à justiça”⁵, ou seja, não cumpre sua missão constitucional de tutelar, em tempo hábil, os direitos substanciais de quem acorre ao Poder Judiciário de forma eficaz e célere.

O monopólio da jurisdição estatal - “conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e a manutenção do estado de direito” - já de há muito não se mostra suficiente o bastante para solucionar com celeridade e eficiência a enormidade de pleitos judiciais que chegam às portas do Poder Judiciário brasileiro.

Pública e notória a escassez de eficácia (e de eficiência) do processo judicial, com o conseqüente não-alcance dos escopos da jurisdição.⁶ Constata-se, portanto, que o mero exercício formal do direito de ação não é o suficiente para assegurar aos jurisdicionados a plena realização de seus direitos substanciais.⁷

Em outras, palavras, é certo dizer que a noção de Acesso à Justiça - a todos e indistintamente (um dos pilares do Estado Democrático de Direito) - já não pode se limitar ao ingresso no sistema oficial da chamada “solução adjudicada de conflitos”, ou seja, por intermédio da Jurisdição, de uma demanda judicial que possivelmente percorrerá todos os escaninhos e meandros do procedimento judicial (petição inicial, formas múltiplas de respostas, decisões, sentença, recursos, etc), redundando num processo lento e moroso, que, sabe-se, não produz, a contento, um tratamento razoável, célere e eficaz ao conflito que lhe é apresentado.

⁵ Expressão cunhada por Alvim (2003, p. 165/183).

⁶ O modelo judicial de resolução de demandas, que conhecemos, carrega consigo a marca da conflituosidade, ou seja, está centrado nas antíteses ganha/perde ou um contra o outro. Parece não haver lugar para a sensibilidade, a compaixão, a alteridade, num tal modelo. Não resta lugar para o diálogo num direito que busca legitimar-se tão-somente na força do normativismo (DIAS; CHAVE JR, 2009, p.139).

⁷ O desgaste da ideia de exclusividade estatal na resolução de conflitos é reforçado a cada dia, na medida em que se evidenciam os valores de métodos compositivos mais consensuais e menos adversariais para a resolução de conflitos (PINHO; PAUMGARTEN, 2015, p.3).

2 - A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO CONSENSUAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Acesso à justiça garantido, o que se vê, diuturnamente, é a “saga” dos indivíduos em conflito frente à Jurisdição, como se houvesse tão-só o monopólio estatal de dizer o Direito (aliás, de há muito, não cabe tão-somente à jurisdição “dizer” o direito). A *contrario sensu*, monopólio estatal que é, cabe ao Estado-juiz, assoberbado de processos- criar condições de tutelar adequada, célere e eficazmente os conflitos de interesses que lhe são apresentados.

De há muito afirmam-se como recorrentes os estudos conduzentes à afirmativa do desgaste da função pública estatal de conhecer, processar e julgar os litígios postos ao Estado-juiz, isto é, o exercício da jurisdição em moldes que nos remetem à indagação se ainda não estaríamos dependentes, no Brasil, de um aparato de resolução de controvérsias submetido a estruturas estatais ainda burocráticas, lentas, pesadas, complexas e que é resultante de decisões “tudo ou nada” para os Sujeitos do conflito, revelador de alto grau de insatisfação e de frustração por parte dos cidadãos, a re-ensejar a continuidade do conflito pela utilização indiscriminada, conquanto constitucional, de Recursos aos Tribunais. (TAVARES, 2013, p. 58).

O mesmo se pode aferir da leitura atenta do Manual de Mediação Judicial- 2015, do Conselho Nacional de Justiça, onde se lê , *in verbis*, p 25 :

“Um dos grandes desafios do Poder Judiciário, no século XXI, consiste em combater a posição singularista de que para cada conflito de interesse só pode haver uma solução correta – a do magistrado, que, sendo mantida ou reformada em grau recursal, se torna a “verdadeira solução” para o caso. A ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz na ânsia de receber a solução de um terceiro para suas questões, vem progressivamente sendo alterada para uma visão de Estado que orienta as partes a resolverem, de forma mais consensual e amigável, seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, como última hipótese, se decidirá em substituição às partes. Nesse sentido, tem se trabalhado a noção de que o Estado precisa preparar o jurisdicionado para utiliza, adequadamente, o sistema público de resolução de disputas, bem como, quando possível, resolver seus próprios conflitos.”

Não há mais como negar o fato de que é premente e necessário um sistema de tratamento adequado dessa convulsão de controvérsias que já existem e que inexoravelmente ainda hão de surgir.

A Mediação, portanto, (res) surge no cenário processual como um dos meios consensuais de tratamento de controvérsias que têm como características a celeridade, satisfação, adequação, economia e cumprimento voluntário de pactos (TARTUCE, 2015, p. 520).

A mediação aparece no cenário jurídico desde os primórdios da civilização, mas, hodiernamente, pode-se dizer que as práticas de solução consensuada junto do Poder Judiciário tiveram origem, na década de 1970, nos Estados Unidos sob o nome de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*⁸, a partir da proposta do professor Frank Sander, denominada *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas), que proporcionava ao Poder Judiciário a escolha do método mais adequado, dentre os vários métodos de resolução de conflitos. Ao invés, portanto, de uma única porta – o processo judicial – o Fórum de Múltiplas Portas “abria” variadas portas, possibilitando às partes a escolha dentre vários tipos distintos de métodos, a fim de que a disputa fosse solucionada de forma mais adequada.

Segundo nos ensina Tartuce (2013, p.751), “*Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.*”

Ou como atesta o Manual de Mediação Judicial- 2015, do Conselho Nacional de Justiça, 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 seja 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.*”

Ainda que não seja de todo razoável valermos-nos do fomento da mediação somente sob o argumento de que seria um lenitivo para com o desafogo das demandas em trâmite no Poder Judiciário – não se pode perder de vista que, indiretamente, este meio autocompositivo de tratamento de conflitos colaborará sobremaneira para com a crise do aparelho estatal jurisdicional que não se pode mais negar.⁹

⁸ Essa expressão foi cunhada a todos os procedimentos de resolução de disputas em que não houvesse a participação de uma autoridade judicial.

⁹ A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Ao contrário, na mediação, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos (MORAIS, 1999. p. 146).

Quer-se com isso dizer que a Mediação, inclusive a judicial, precisa ser integrada ao Poder Judiciário como método capaz de solucionar conflitos, como método efetivo e concreto de solução para o acesso e realização da justiça. Não pode, pois, ser encarada como técnica avessa ou imprópria à atividade jurisdicional. A *contrario sensu*, é método autocompositivo de resolução de disputas apropriada a determinadas causas (e não a todo e qualquer tipo de conflito), altamente produtiva, eficiente, por intermédio de um terceiro imparcial que, qualificado para tanto, conduz bem e fielmente à resolução do conflito instaurado entre as partes.

Disponibilizar aos jurisdicionados mediadores aptos, profissionais treinados e capacitados para tal mister implica dizer que a mediação colaborará, de forma eficiente, para desafogar o Poder Judiciário, e solucionará disputas de forma coerente, eficiente e em tempo hábil.

O Mediador aparece como figura emblemática para a realização da justiça. Sua intenção consiste em contribuir na melhoria da qualidade de vida das pessoas, pela transformação das relações interpessoais. O Mediador não pretende apenas levar à solução do conflito, por meio de um acordo final, mas revaloriza o potencial de cada uma das partes para que estabeleçam relações mais satisfatórias, fundamentadas nas necessidades, desejos, sentimentos e opções de cada um. Procura conhecer os motivos do conflito e as significações a ele atribuídas pelas partes, bem como ajuda os conflitantes a encontrarem saídas alternativas. A Mediação constitui, assim, uma experiência terapêutico-pedagógica, em que as partes aprendem a fazer concessões mútuas, a reconhecer diferenças, a compreender seus interesses, desejos e afetos, a fazer opções, tomar decisões e assumir responsabilidades (DIAS; CHAVE JR, 2009, p.129).

Alentador, portanto, que o legislador brasileiro, atento aos problemas da atual jurisdição e às vantagens dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, tenha dado especial atenção à Mediação, (seja no Novo Código de Processo Civil, seja na atualíssima Lei de Mediação), privilegiando a cultura do diálogo e a pacificação social por intermédio desse fecundo método alternativo de resolução de disputas.

Não é necessário nenhum esforço para concluir ser impossível ao Judiciário, por si só, prestar a tutela jurisdicional aos milhões de brasileiros que estão em conflito. Tal problema só se agrava a cada ano. A partir da Resolução 125 do CNJ, estabeleceram-se as bases de implantação de uma Política Nacional de Conciliação.

Para tanto, imperioso que os operadores do direito acabem por compreender que é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios do que ter de recorrer sempre ao Judiciário, cada vez mais sobrecarregado pelo excessivo número de processos. A oferta de instrumentos de apoio aos tribunais para instalação de Núcleos de Conciliação e Mediação se impõem, na medida em que colaborarão enormemente para a solução de conflitos dos cidadãos brasileiros. Eis a razão pela qual – dentre as várias propostas para o enfrentamento desta situação – a solução consensual dos conflitos mereceu especial atenção do novel legislador, a ponto de constar referida alternativa no capítulo das “Normas Fundamentais do Processo”. Passa a ser uma obrigação, e uma prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance das finalidades salientadas. Além disto, o legislador, ainda no capítulo das “Normas Fundamentais”, orienta os principais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a estimular a solução consensual através da conciliação e da mediação. (CARNEIRO, 2015, p.63-64).

Impossível negar que a solução consensual de litígios é uma das melhores formas de pacificação social, já que combina ágil solução aos conflitos instaurados, com custo diminuído e satisfação para os jurisdicionados. Não há como negar, por consequência, que os métodos autocompositivos de resolução de disputas colaborarão, direta ou indiretamente, para com o esvaziamento da cultura do litígio, tão arraigada na sociedade brasileira.

3 - A ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO A DETERMINADOS TIPOS DE CONFLITOS

É certo que há os mais variados tipos de conflitos – dos mais simples aos mais complexos, e a mais adequada solução a cada qual deles demanda conhecimento acerca das características próprias que, por óbvio, os distinguem.

Uma dessas características, por exemplo, reside no fato de que há conflitos que nada dizem acerca da manutenção do relacionamento entre as partes envolvidas na contenda; há outros conflitos, entretanto, que, a despeito da solução encontrada para o caso concreto, subsistem as relações interpessoais. As relações intersubjetivas permanecem, não se esvaem, continuam no tempo e no espaço.

Para estas “relações continuadas”, é equivocada a utilização da Jurisdição como forma de solução de conflitos. A “lógica processual” da jurisdição estatal em

que há, sempre, um ganhador e um perdedor, ignora fundamentalmente a manutenção desse vínculo entre as partes - a despeito da sentença judicial havida, o vínculo está lá, muita das vezes intacto, e é correto dizer que a jurisdição, por si só, não tem o condão de “tratar” esse elo que, inevitavelmente, permanecerá, preocupando-se tão só com a decisão judicial a ser proferida (como se uma “sentença” resolvesse, por si só, todo o “entorno” conflituoso, e como se ambas as partes - inclusive a “vitoriosa” - após havida a decisão judicial, “deixassem” o Poder Judiciário plenamente satisfeitos com o resultado).¹⁰

Infelizmente, nos tais conflitos de relações continuadas, partes “vencedoras” (parcial ou totalmente) numa demanda permanecem insatisfeitas ao final do processo, e é certo que essa insatisfação precisa, no mínimo, ser questionada.

Por intermédio da Jurisdição, razoavelmente rara a resolução “completa” do conflito, já que não se eliminam as causas, as tensões e as opiniões contrastantes que deram origem à controvérsia. Não há, portanto, a acomodação das forças conflituosas, já que “decide” sobre conflitos sociais sem dar a devida atenção ao seu real conteúdo.

O monopólio da jurisdição pelo Estado, por intermédio dos seus juízes, decide o conflito que lhe é trazido sob a forma de uma demanda, mas é certo dizer que a jurisdição não suprime a possibilidade de que eventuais novos conflitos de interesses possam surgir, notadamente em razão de que permanecem as relações sociais e interpessoais entre as pessoas envolvidas.

(...) o Judiciário funcionaliza (no sentido de que institucionaliza) ou processa conflitos sociais, mas suas decisões não eliminam relações sociais. Na verdade, ele decide sobre aquela relação social especificamente demandada, o que não impede, todavia, que outras tantas, com novas características, se manifestem ou que continue existindo a própria relação social enquanto tal. O ato do Poder Judiciário interrompe apenas aquela relação conflitiva, mas não impede o desenvolvimento de outras tantas. Não cabe ao Judiciário eliminar o próprio manancial de conflitos sociais, mas sobre eles decidir, se lhe for demandado. Assim, ele funcionaliza os conflitos sociais, mas não a própria vida (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 31).

O Manual de Mediação Judicial, op. cit, p. 17, nos dá alguns parâmetros

¹⁰ No acesso à justiça no modelo tradicional, a busca da solução final acaba se resumindo a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto impasses de outras naturezas; como estes não costumam ser conjuntamente dirimidos, a tendência é que retornem em um momento futuro “porventura até recrudescidas (TARTUCE, 2015, p 10).

para a escolha do método mais consentâneo a esta ou aquela disputa. “A escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade.”

Por esta razão, e amparados que estamos na melhor doutrina, é certo dizer que a Mediação é o método mais adequado de resolução de conflitos em que as relações interpessoais subsistem no tempo e no espaço. É certo que a mediação propõe o tratamento das relações interpessoais continuadas de forma mais construtiva, já que proporciona a que se veja a controvérsia de forma “positiva” (em oposição à ideia corrente da Jurisdição, que sempre enxerga o conflito como um litígio, sempre por um viés negativo). Enxergar e encarar a disputa dessa forma permite a que não se analise a situação das partes na condição de “vencedores e vencidos”, mas sim de pessoas que terão a responsabilidade de serem autônomos e, por si sós, resolverem os seus próprios dilemas. Ambos saem vitoriosos, e essa percepção, nitidamente cidadã, é pedagógica e altamente curativa.

Tartuce (2012, p.29), *in verbis*: “Diferentemente, na mediação costuma-se trabalhar relacionamentos de meses, anos ou mesmo décadas, razão pela qual o terceiro deve ter um conhecimento mais profundo sobre a relação das partes”.

Segundo PINHO (2010, p.09), não se deve utilizar a Mediação para todo e qualquer tipo de conflito. Pela natureza e peculiaridades do instituto, melhor que seja utilizada para os relacionamentos interpessoais continuados.

BACELLAR (2005, p.174), *in verbis*: “Mediação é uma técnica lato sensu que destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”

Os conflitos interpessoais, de cunho notadamente subjetivo, adquirem as mais variadas nuances, seja lá em razão da natureza do seu objeto, das partes envolvidas, do tipo de relação intersubjetiva havida, etc. Para conflitos diversos, métodos de solução diferentes, ou, quando muito, ao menos uma combinação de métodos de resolução de conflitos.

Aproveitemos o exemplo de PINHO (2015, p.03):

Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Pode ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriundo de um ato ilícito qualquer, como, por exemplo, num acidente de automóvel), ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as

partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados). É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente.

Ainda que não se possa restringir a este ou aquele tipo de conflito, pode-se evidenciar, da leitura atenta da melhor doutrina, que o instituto da Mediação é mais consentâneo àqueles conflitos oriundos de relações continuadas ou cuja continuação seja de evidente importância, como as relações familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, porque permitirá a manutenção – aprimorada! – das mesmas.¹¹

5 - ESCOPOS DA MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Movimento pela Conciliação, criado no ano de 2006, e posteriormente a Resolução nº 125, de 29/11/2010, que dispôs sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário “deu ensejo a uma política pública que tem como pilar de sustentação uma mudança de paradigma e uma profunda alteração na cultura de solução de litígios perante a sociedade brasileira”.

Alterar paradigmas culturais tão arraigados na sociedade brasileira, com a adoção de uma política pública que prestigia a resolução consensuada de conflitos, criando-se ambientes não adversariais de resolução de disputas talvez seja um dos maiores desafios do Poder Judiciário, que conta, hoje, com a promulgação de duas importantes legislações acerca do assunto: o Novo Código de Processo Civil (que tem

¹¹ Paralelamente às formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de disputas, nas quais se atribui legalidade à voz de um conciliador/mediador, que auxilia os conflitantes a compor o litígio. Não se quer aqui negar o valor do Poder Judiciário, o que se pretende é discutir uma outra maneira de tratamento dos conflitos, buscando uma nova racionalidade de composição dos mesmos, convencionalizada entre as partes litigantes. Esse novo modelo de composição dos conflitos possui base no direito fraterno, centrado na criação de regras de compartilhamento e de convivência mútua que vão além dos litígios judiciais, determinando formas de inclusão de proteção dos direitos fundamentais. Existem outros mecanismos de tratamento das demandas, podendo-se citar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Tratam-se de elementos que possuem como ponto comum o fato de serem diferentes, porém não estranhos à jurisdição, operando na busca da “face” perdida dos litigantes numa relação de cooperação pactuada e convencionalizada, definindo uma “justiça de proximidade e, sobretudo, uma filosofia de justiça do tipo restaurativo que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios (MORAIS; SPENGLER, 2007, p. 314).

como um de seus pilares a conciliação e a mediação como grandes trunfos do contemporâneo direito processual civil brasileiro) e a Lei de Mediação, abaixo retratadas.

Temos hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, uma novel legislação acerca de métodos consensuais de resolução de disputas, regulamentando a mediação judicial e a extrajudicial, (Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e a Lei de Mediação – Lei 13.140/2015), que contribuirão sobremaneira para o fomento dessa política pública do Poder Judiciário brasileiro.¹²

O Novo Código de Processo Civil, promulgado em 16/03/2015, entrou em vigor em março de 2016. A Lei de mediação, promulgada em 29/06/2015, entrou em vigor ainda em dezembro de 2015. Naquilo que mais de perto nos interessa – a Mediação – podemos afirmar que há no ordenamento jurídico brasileiro, duas importantes legislações que tratam sobre a Mediação. Não é pouca coisa.

Não é de hoje que se faz urgente e necessário a adoção, pelo Poder Judiciário, de novas práticas para uso adequado e eficaz dos seus recursos materiais e humanos. Para tanto, era preciso impingir uma quebra de paradigmas acerca do acesso à Justiça e o estabelecimento de uma nova cultura, com o estabelecimento de novas ações e políticas institucionais voltadas aos métodos consensuais de resolução de conflitos. Oportunidade única que já estamos a vivenciar.

A mediação – espécie do gênero justiça consensual – almeja a construção de um acordo entre as partes, através do assessoramento do mediador; é relevante ferramenta capaz de organizar as relações sociais, auxiliando os conflitantes a tratarem os seus problemas com autonomia, reduzindo a dependência de um terceiro (juiz) e possibilitando o entendimento mútuo e o consenso. Ela permite que os conflitantes se comuniquem de forma ampla na tentativa de resolver adequadamente o litígio existente, sem a imposição de uma decisão por terceira pessoa, como ocorre no processo judicial. (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p.111).

Importante frisar que o mediador é um facilitador da comunicação entre as partes (RODOALHO, 2015), e a participação desse terceiro- mediador – só se justifica porque, entre as partes, há um problema de comunicação que as impede de, por si sós, chegar a um bom termo acerca do conflito havido. O consenso, quando ocorre, só se dá porque as partes, auxiliadas pelo mediador, o constroem em conjunto. Chegam lá, com o “auxílio luxuoso” do bom mediador. Não há, pois, nenhu-

¹² A mediação aparece de forma pioneira no Novo Código; no CPC de 1973 havia previsões apenas sobre a conciliação, meio consensual tradicional entre nós. Também é novidade a inclusão, no regramento dos auxiliares da justiça, de uma seção destinada a mediadores e conciliadores judiciais. Tal iniciativa é coerente com o grande fomento dado pela legislação aos meios consensuais, vistos como importantes mecanismos de gestão de controvérsias (TARTUCE, 2015, p.520).

ma imposição (adjudicação) de acordo, mas um trabalho que, com a colaboração do mediador, é construído, erigido, pelas próprias partes.¹³

Precisamos, mais do que nunca, compreender que os meios consensuais de resolução de conflitos vieram para ficar. Fechar os olhos a tal afirmação é fechar os olhos para o que já se vislumbra num futuro muito próximo. A Mediação, portanto, estará presente no cotidiano das pessoas, e é importante que se frise que, mais do que uma “cultura da sentença” (na feliz expressão do professor Kazuo Watanabe), passemos a vivenciar a “cultura da pacificação”. Mais do que números de processos decididos, tenhamos relações interpessoais estabilizadas e bem resolvidas.

Destaque-se abordagem atualíssima de Nunes e Nóbrega (2015),

Premissa a merecer atenção é o fato de que o estímulo à auto-composição pelo CPC/2015 tem no desafoamento da Justiça ou na celeridade jurisdicional mera consequência. O que se visa, mais, é a que as partes – auxiliadas por seus advogados, que devem se fazer presentes – assumam a tarefa de resolver seus enteveros, participando ativamente da solução que, por isso mesmo, tenderá a ser “mais legítima.

Não se pode olvidar que a Mediação é um instrumento merecedor de especial admiração, já que possibilita a participação efetiva dos sujeitos em conflito. Ao promover o comprometimento das partes para com suas próprias decisões, restabelece o diálogo, fazendo com que os mesmos cheguem à compreensão exata do conflito instaurado e, conseqüentemente, à solução mais adequada e justa.

Segundo nos ensina Spengler e Spengler Neto (2009, p.07):

As práticas de ADR possuem inúmeros pontos positivos, dentre os quais aliviar o congestionamento do Judiciário, diminuindo os custos e a demora no trâmite dos casos, facilitando o acesso à justiça; incentivando o desenvolvimento da comunidade no tratamento de conflitos e disputas (BONAFÉ-SCHIMITT, 1992, p. 16-17 e BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 107); sendo que, principalmente, elas possibilitam um tratamento qualitativamente melhor dos conflitos, no qual reside a sua importância. Essas estratégias (que fogem do código binário ganhar/perder) permitem aumentar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir possibilidades de ações coordenadas – mes-

¹³Explicita-se a Mediação pela ação profissional de um terceiro em uma situação de conflito, com a intenção de levar as pessoas, ou sujeitos conflitantes, a um processo de reflexão que lhes permita compreender a si mesmos, ao outro e à situação objetiva de conflito. Constitui-se num projeto de caráter político-pedagógico que tem por objetivo a realização da autonomia, da cidadania e dos direitos humanos. Desse modo, revela-se como uma alternativa de superar a crise em que se encontra o Estado na realização da jurisdição e da justiça (DIAS; CHAVE JR, 2009, 128).

mo que na diferença -, incrementar diálogos e a capacidade de pessoas e comunidades que possam/queiram comprometer-se responsabilmente para com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão.

A mediação é método não adversarial de resolução de disputas e vale-se do diálogo como superação do conflito, sem que para isso haja a necessidade de uma decisão externa, que não a decisão proferida pelas próprias pessoas envolvidas na controvérsia. O mediador não é, portanto, juiz (pois não profere nenhuma sentença judicial); não é árbitro (não outorga nenhum parecer) e muito menos um conciliador (já que não sugere eventual solução à controvérsia que lhe é apresentada). É um terceiro de fato, que, ao prestigiar o diálogo, colabora de forma eficiente a que as partes possam reavaliar seus sentimentos, interesses e , com isso, cheguem a um consenso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como negar que a Constituição Cidadã promoveu uma revolução acerca do acesso à justiça no Brasil. Negar a crescente expansão do número de processos no Brasil é negar números oficiais que só demonstram o agigantamento do número de processos e o conseqüente crescimento do número de conflitos de interesses a serem resolvidos pela Justiça Brasileira.

O monopólio da jurisdição pelo Estado já não se mostra suficiente para resolver com destreza, celeridade e eficiência essa numerosa gama de feitos que só fazem crescer.

Constata-se, portanto, que o mero exercício formal do direito de ação não é o suficiente para assegurar aos jurisdicionados a plena realização de seus direitos substanciais.

O Poder Judiciário enfrenta cotidianamente esse agigantamento do número de demandas, sem perspectiva de resposta pronta e eficiente para tamanho desiderato. Essa expansão de novos processos, novas demandas, que geram o grande volume de processos contabilizados, ameaça a eficácia do funcionamento dessa mesma Justiça, que, num estado democrático de direito, não pode viver em descrédito.

Acesso à justiça, de há muito, não pode ficar limitado ao mero ingresso ao Poder Judiciário, ao sistema oficial de resolução de conflitos. Combater o bom combate, permitir e disponibilizar outros meios de resolução de controvérsias é, sem dúvida, uma das hipóteses a que tenhamos resoluções adequadas aos embates que são apresentados em juízo ou, em maior medida, que possam ser resolvidos

fora do Poder Judiciário.

Privilegiar os meios consensuais de disputas, mais do que nunca, se faz premente e necessário. A mediação, processo autocompositivo por meio do qual as partes em disputa são auxiliadas por um terceiro imparcial, com grande poder de compreensão e aceitação das partes envolvidas no conflito, contribuirá e colaborará para com a solução da disputa, fazendo com que os sujeitos possam chegar, por si sós, a um bom termo. Supera e transcende o que conhecemos por resolução adversarial de resolução de disputas. É método adequado a resolver a enormidade de conflitos de relações continuadas que chegam até o Poder Judiciário (conflitos familiares, de vizinhança, consumidor, empresarial, etc) e por certo alavancará a solução mais correta e eficiente a quem costumava tão só a resolver suas disputas por intermédio da solução adjudicada.

Privilegiar e festejar a cultura da pacificação e do consenso é uma oportunidade única que não podemos perder. Ganham as partes envolvidas no conflito, que passam a ter participação direta e efetiva na resolução de seus próprios problemas; ganham as famílias, ganham as relações pessoais continuadas e, por certo, ganha o Poder Judiciário, que pacifica, satisfaz verdadeiramente as partes e, de fato, dá tratamento adequado à controvérsia.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descenso*. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. v.21. n. 73. jan/jun.2003. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal, *Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

CARDOSO, Mauricio. *Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em: 15/09/2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro – *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier...(et al) , coordenadores– São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; CHAVE JR, Airto. *Mediação: Uma terceira de caráter político-pedagógico*. In NEJ – vol. 14- n.2 – p 139/- 2º Quadrimestre 2009.

DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*. In <http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>. Acesso em: 18/08/2015.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *A busca pela cultura da paz por meio da mediação: o projeto de extensão existente em Santa Cruz do Sul como política pública no tratamento de conflitos*. Revista Direito & Sensibilidade, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. *O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”*. Revista Sequência, nº 55, dez. 2007.

NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *A audiência de conciliação e de mediação no CPC/2015*. Coluna Processo e Procedimento, in <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI225789,41046-A+audiencia+de+conciliacao+e+de+mediacao+no+CPC2015>. Acesso em: 25/08/2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; PAUMGARTEN, Michele. *Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a Justiça brasileira?* In *A Mediação no Novo Código de Processo Civil* Coordenação Diogo Assunção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samantha Pelajo – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação no Direito Brasileiro: evolução, Atualidades e Possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ, Volume V, 2010.

RODOVALHO, Thiago. *Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *A natureza do conflito e o seu tratamento: entre o tradicional e o inovador*. Diritto & Diritti, v. 490, 2009.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. Ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. Comentários ao art 165 do NCPC, in *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim Wambier...(et al) , coordenadores. RT, 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: Questionamentos reflexivos*. in “Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil”. Organizadores : Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr, José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo, Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Editora Método, 2012.

TAVARES, Fernando Horta. *Mediação, Processo e Constituição: Considerações sobre a auto-composição de conflitos no novo Código de Processo Civil*, in “Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil”. Organizadores : Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr, José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo, Pedro Miranda de Oliveira. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

MEDIAÇÃO SEGUNDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Aline Christina Carvalho*¹

RESUMO

A mediação tem sido um importante recurso no uso das práticas de resolução de conflitos na contemporaneidade em virtude de seu caráter conciliatório que prevê o incentivo à manutenção das relações continuadas entre as partes. O presente trabalho tem por objetivo expor como a Mediação está sendo aplicada e disciplinada no direito brasileiro, tendo como enfoque o Novo Código de Processo Civil, que regulamentou e incentivou essa prática no país. Para o desenvolvimento do estudo, foram realizadas pesquisas sobre contexto histórico do direito, da organização do homem em sociedade e da crise da justiça, além de abordar o contexto histórico e o conceito da mediação, e explanar sua aplicação segundo o novo CPC, valendo-se, para isso, de revisão bibliográfica descritiva e exploratória que possibilitou a constatação de que a mediação é uma ferramenta complementar ao poder judiciário não substituindo sua função, mas auxiliando quando necessário, e evidenciando sua regulamentação.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação. Solução consensual. Medida extrajudicial. Regulamentação. Novo CPC.

ABSTRACT

Mediation has been an important feature in the use of practices of conflict resolution in contemporary times because of its conciliatory character that provides

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Marília/SP. Advogada.

the incentive to maintain the ongoing relationship between the parties. This study aimed to expose as mediation is being applied and disciplined in Brazilian law, with the approach the New Civil Procedure Code, which regulated and encouraged this practice in the country. To develop the study, surveys were conducted on the historical context of law, human organization in society and the justice of the crisis, in addition to addressing the historical context and the concept of mediation, and explain its application under the new CPC, valendo-if, for this, descriptive and exploratory literature review that led to the finding that mediation is a complementary tool to the judiciary not replacing its function, but helping when needed and showing its regulation.

KEYWORDS

Mediation. Consensual solution. Extrajudicial measure. Regulation. New CPC.

INTRODUÇÃO

Desde o princípio de sua existência o homem vive situações de conflito, inicialmente por instinto de sobrevivência e já nas sociedades organizadas pela falta de capacidade empática. A princípio, esses conflitos eram resolvidos em detrimento da força, venciam aqueles que exerciam maior poder físico sobre seu adversário, todavia a sociedade civil implantou a figura do soberano “Estado” no sentido de garantir a ordem social e manter o caráter civilizatório conquistado pelo homem socializado, a partir de então prevaleceu o senso de justiça baseado na razão e no mérito daquele que era considerado o autêntico detentor do direito subjetivo, estando resguardado assim o cidadão.

Ocorre que as contendas jamais deixarão de existir e as pessoas tem recorrido ao poder judiciário cada vez mais para resolverem suas lides. Nessa perspectiva, observa-se que no Brasil segue essa máxima e o número crescente de processos judiciais tem acarretado um cenário de descontentamento da população em geral com o Poder Judiciário no tocante a resolução de lides, as pessoas manifestam insatisfação com relação à dificuldade de acesso à justiça, morosidade e altos custos, fatores esses que comprometem a efetividade e confiança na ferramenta jurídica.

As leis e o Poder Judiciário foram criados objetivando a manutenção da paz social, todavia os fatores supracitados acabam gerando um entrave a esse objetivo. pensando nisso, foram desenvolvidos meios para auxiliar o judiciário nas questões que não demandam necessariamente de um processo judicial para solução do conflito, ou que este não seja o meio adequado para pacificação da questão controvertida, nesse contexto surgiu a prática de mediação.

A mediação configura-se como uma prática extremamente viável e resolutiva por seu caráter conciliatório que possibilita o diálogo entre as partes, tornando-as ativas dentro do processo. Quando o demandante e o demandado condicionam-se a decisão do juiz, tornam-se sujeitos passivos no processo judicial, seus destinos ficam à mercê do entendimento e conclusões do magistrado, já a mediação permite que haja diálogo entre eles para que assim, auxiliados pela figura do mediador, decidam qual o melhor caminho a seguir o que os faz senhores de suas causas e os tornam cidadãos efetivos e cientes de sua obrigação.

Para tanto se faz indispensável debater sobre a função da mediação, o desenrolar dessa prática e sua regulamentação. O presente trabalho buscará de forma sucinta levantar dados inerentes ao conceito de mediação, abordando os avanços do homem na sociedade civilizada e organizada por meio das leis, trazendo um contexto histórico do direito, das relações de poder, da mediação enquanto prática ao longo da história das civilizações e por fim de sua implantação, regulamentação

e aplicabilidade, além de abordar a figura do mediador e suas características.

Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa serão bibliográficos e documentais.

1 O DIREITO E A SOCIEDADE

Antes de abordar a importância da mediação como meio de pacificação social e trazer alguns aspectos da evolução histórica desse instituto, bem como explicar sua regulamentação de acordo com o Novo Código de Processo Civil, faz-se imperioso conhecer de forma breve a história do direito e da sociedade.

O autor Benvenuto Donati (1929) apud Nascimento (2009, p. 16) aduz que o direito deve ser visto como uma obra necessária à vida do homem em sociedade, acerca dessa afirmação compreende-se que o direito é o fator que disciplina as relações entre os indivíduos e sem ele a própria estrutura social estaria comprometida.

Em sua obra “Fundamentos da História do Direito” o autor Antônio Carlos Wolknem (2008, p. 3) narra a evolução do direito e explica que este originou-se no seio familiar. Conhecido como direito arcaico, ele nasceu espontaneamente dos antigos princípios que constituíam a família, ou seja, as crenças. Posteriormente, ante a inexistência de documentos escritos foi sendo transmitido oralmente às pessoas e marcado por revelações sagradas e divinas. Devido a esse ritualismo religioso que a grande maioria dos legisladores eram sacerdotes.

De acordo com Moraes (2009) há registros de textos legais somente a partir de 4000 a.C. pelos sumérios da antiga Mesopotâmia. O registro mais antigo que se tem conhecimento é o código de Ur-nammu, escrito por esse monarca homônimo sumério que viveu por volta de 2100 a.C. Todavia, o mais famoso é o código de Hamurabi, o qual foi gravado em uma rocha por Hamurabi, um monarca do Antigo Império Babilônico. O texto foi criado no intuito de promover a justiça e poder do rei.

Moraes (2009) narra que Hamurabi pregava que havia recebido uma missão dos deuses para promover a justiça na terra e a partir dessa inspiração criou o aludido código. Tal afirmação é confirmada no trecho do Código de Hamurabi², em que Hamurabi declama o seguinte prólogo:

² O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas pelo rei Hamurabi da primeira dinastia babilônica, escrito por volta do século XVIII a.C, é a legislação mais antiga que se tem conhecimento. O referido código foi encontrado pela expedição de Jacques de Morgan, na região do atual Irã, no ano de 1901. (KERSTEN, 2007)

Por esse tempo Anu e Abel me chamaram, a mim Hamurabi, o excelso príncipe, o adorador de deuses, para implantar justiça na terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte, para iluminar o mundo e proporcionar o bem estar do povo.

A partir daí, foram surgindo diversos textos legais, os quais disciplinavam a conduta de cada povo, segundo sua cultura e localidade. Surgiu, também, a figura do soberano, pessoa que detinha o poder de interpretar a lei e executá-la segundo as escrituras sagradas. Ao abordar aspectos deste período histórico, Nascimento (2009, p. 29) explica que “nas primitivas formações comunitárias, religião e poder se confundiam para dar a um chefe a autoridade indispensável para o exercício do sacerdócio, do governo e da justiça” assim, a autoridade calcava-se nesse trinômio, ficando a seu encargo a aplicação das normas de conduta daquele povo.

Entretanto, no decorrer do tempo esse modelo em que religião, governo e direito se confundiam foi sendo modificado se adaptando aos costumes das pessoas e as mudanças sociais, até chegar ao sistema atual. Ao analisar essa evolução histórica, Wolknem (2008, p. 4) afirma que o direito primitivo de matriz sagrada e revelado pelos religiosos-legisladores avançou para um modelo de imposição de força e costume até chegar à supremacia da lei.

Observando a aplicação do direito em diferentes momentos sociais, Bavaresco (2003, p. 135) afirma:

O conceito político-jurídico de soberania indica o poder de mando, em última instância, numa sociedade política. Ela é a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. São diferentes as suas formas de caracterização, porque são diferentes as formas de organização do poder que ocorrem na história humana. Porém, em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, embora esta autoridade se exerça de modos bastante diferentes.

A partir afirmação de Bavaresco (2003, p. 135) é possível identificar que embora tenha ocorrido mudanças nas formas de governo, a figura do soberano permanece, de modo que em lugares onde se entende que o trinômio: sacerdócio, governo e justiça, são coisas distintas não cabendo a uma autoridade ditar regras de condutas pautadas nesses três pilares concomitantemente, há a figura do Estado que desempenha a função do soberano garantindo a supremacia da lei.

A importância desse monopólio jurisdicional é indiscutível, assim como explica Bacellar (2012, p. 13), pois assegura aos cidadãos a despreocupação de pre-

cisar agir com violência para ver seus direitos satisfeitos.

Ainda segundo Bacellar (2012, p. 13), cabe ressaltar entretanto, que no início ao assumir a posição de soberano o Estado apenas definia os direitos das pessoas, ou seja, estabelecia as leis não se comprometendo a solucionar os conflitos que ocorriam, somente com o passar do tempo visando evitar a prevalência da “lei do mais forte” foi que o Estado passou a solucionar situações conflituosas.

Desta feita, observa-se que o Estado além de criar as leis tem o monopólio de punir aqueles que não as cumprem. Outrossim, ele ainda busca soluções para os conflitos naturais inerentes das relações humanas. Segundo Calmon (2013, p. 34) esse poder que o Estado tem de aplicar o direito a um caso concreto a fim de solucionar um conflito existente e resguardar a ordem jurídica e a supremacia da lei, é norteado por alguns princípios que foram elevados a posição de garantias constitucionais e tem como clausula geral o devido processo legal.

O devido processo legal, nas palavras do aludido autor (CALMON, 2013, p. 34), é o conjunto das seguintes garantias: “de independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões, da iniciativa (demanda) por um sujeito diverso do órgão julgador, da paridade de armas, do contraditório, da ampla defesa e da definição das decisões”, assim pode-se compreender que o devido processo legal embora esteja sujeito às alternâncias advindas de fatores subjetivos, deve conter todas essas garantias para ser considerado válido.

O referido autor (CALMON, 2013, p. 34) explica ainda que é a convicção de que tais garantias serão asseguradas em sua totalidade que faz com que as pessoas recorram à jurisdição estatal para solucionar seus conflitos. A partir dessa constatação, percebe-se o porquê das pessoas, por muitas vezes, não estabelecerem, entre si, um diálogo afim de solucionar as controvérsias existentes e acabarem procurando o judiciário, pois possuem a sensação de que somente a sentença judicial garantirá que seus direitos serão respeitados.

Entretanto, para aplicabilidade de todas as garantias citadas acima é necessária uma estrutura de atos complexos, na qual deve haver possibilidade de participação de todos os juridicamente interessados. Calmon (2013, p. 34) conclui que essa estrutura desenvolvida pelo Estado para garantir o devido processo legal denomina-se processo.

Portanto, processo é o meio formal, pelo qual a jurisdição atinge sua finalidade de pacificação social e tem resguardado os direitos das partes. Para Calmon (2013, p. 38) essa complexidade de atos e formalismo faz com que a relação jurídico-processual se mantenha longa, contrapondo-se ao desejo das partes que é solucionar a controvérsia o mais rápido possível. Além disso, há um custo elevado

para realização de todos os atos do processo, fazendo com que além de morosa a jurisdição seja cara.

A análise de Calmon (2013, p. 38) leva ao entendimento do quão nociva é a morosidade da jurisdição, visto que a lentidão e elevado custo são fatores que obstam a eficácia da justiça e dificultam seu acesso a muitas pessoas. Assim, o que antes era a solução agora vem encontrando diversos problemas, uma vez que o atual sistema não está conseguindo satisfazer os anseios sociais, solucionando os conflitos da forma eficaz com que as pessoas esperavam; e estas, por sua vez, também não buscam outros meios para resolver suas controvérsias.

Analisando esse contexto, Calmon (2013, p. 38) constata:

A efetividade do processo desaparece quando ele é caro e moroso, quando não há possibilidade efetiva de buscar a solução judicial, ou quando o tempo decorrido até a decisão é de tal monta que a torna obsoleta, desnecessária ou de qualquer outro modo ultrapassada. Justiça lenta é “*denegata giustizia*”.

Ante esse cenário, outro fator que, segundo o autor, torna-se multiplicador dos problemas citados é a “inflação processual”, ou seja, o grande número de processos a serem apreciados pelo poder judiciário, uma vez que tal fator aumenta a delonga processual e conseqüentemente os custos para manutenção do processo.

Ademais, além dos aludidos problemas, Calmon (2013, p. 39) relata que os juristas em geral apontam a falta de informação dos interessados, a burocratização da Justiça e a mentalidade dos juízes como sendo fatores que agravam a situação do judiciário, criando um ciclo vicioso, de modo que um problema majora o outro e dá ensejo a chamada “crise da justiça”.

Nesse sentido Calmon (2013, p. 3) aduz:

A sociedade, em muitos países, demonstra estar insatisfeita com o serviço público de justiça, que não atende adequadamente as suas necessidades, tanto na área cível como na penal. Queixase da ausência de justiça ou da sua morosidade, bem como da ineficiência das decisões judiciais, resolver esse problema é um desafio a ser vencido de forma complexa e coordenada, não sendo sábio esperar que uma só iniciativa venha servir de panaceia para males tão fortemente enraizados. Não há consenso ao explicar as causas e muito menos ao indicar soluções para a crise na justiça, mas é unanime a constatação da desproporção entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver.

É notório os sintomas da “crise da justiça”, porém não há consenso geral dos meios que possam solucionar tais problemas. Para tentar vencer essas dificuldades, o Brasil

vem ampliando seu sistema processual, por exemplo, desde 1984, tem instituído no país os Juizados de Pequenas Causas que visam tratamentos específicos para determinadas demandas, bem como abrir as portas do judiciário às pessoas comuns, conforme explica Bacellar (2012, p. 23) em sua obra *Mediação e Arbitragem*.

Com o surgimento dos juizados especiais, regulamentados pela Lei nº. 7.244 de 1984, de acordo com Bacellar (2012, p. 23) também “foi reconhecido o sucesso dos experimentais Conselhos de Conciliação e Arbitragem, [...] com processo e procedimento regulamentados nacionalmente”.

Esses sistemas estão ganhando cada vez mais ênfase, quando se fala em soluções para a crise da justiça, uma vez que seus procedimentos simplificados são mais céleres e ainda preservam a garantia do devido processo legal em todas as suas fases. Nesse sentido, ressalta-se o instituto da mediação que com o advento do Novo Código de Processo Civil vem se tornando imprescindível no acesso a justiça.

2 MEDIAÇÃO: CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS

Os meios alternativos de solução de conflito citados no tópico anterior são, em síntese, uma forma legal de solucionar controvérsias sem a necessidade de um processo judicial, por isso são reconhecidos como mecanismos facilitadores do acesso à justiça, dentre as espécies de meios extrajudiciais utilizados para solução de contendas, o presente artigo visa destacar a mediação.

Segundo Moraes e Spengler (2012, p. 145) o termo mediação provem do latim *mediare*, e significa mediar, intervir, dividir ao meio. Essa palavra traz o sentido de equilíbrio, no qual um terceiro intervém em uma relação conflituosa a fim auxiliar na busca de uma solução.

Conforme explica Calmon (2013, p. 48) a mediação consiste em uma forma de autocomposição, ou seja, a solução do conflito é encontrada pelas próprias partes envolvidas na lide, não há, nesse caso, a presença de um terceiro imparcial que dita o desencadear da demanda, mas sim, de um mediador que auxilia na comunicação entre as partes. Dessa forma, a autocomposição é fruto do consenso, um acordo caracterizado pela concessão.

Esse meio de solução de conflito pode ser unilateral ou bilateral, nas palavras de Calmon (2013, p. 48, grifo do autor) “a autocomposição pode ser *unilateral*, quando a atitude altruísta é proveniente de apenas um dos envolvidos; ou *bilateral*, quando o altruísmo caracteriza a atitude de ambos”.

Essa atitude altruísta mencionada pelo autor, nada mais é do que a disponibilidade de renúncia ou submissão, ou seja, quando a parte abdica totalmente

de sua pretensão ou deixa de resistir a fim de chegar a um acordo e solucionar o conflito. Outrossim, outra forma de altruísmo, na mediação, é a transação; essa consiste na desistência parcial da pretensão, neste caso há concessões mútuas entre as partes. Nesse sentido, aduz Calmon (2013, p. 48-49, grifo do autor):

Renúncia é o abandono da pretensão. Submissão é o abandono da resistência. Ambas são atitudes unilaterais, sem qualquer compromisso de reciprocidade da parte contrária, mas põem fim ao conflito, solucionando-o. *Transação* é o abandono parcial da pretensão e da resistência. É o ato por meio do qual os envolvidos evitam ou põem fim ao conflito espontaneamente, *mediante concessões mútuas*, renunciando um à parte de sua pretensão enquanto o outro se submete apenas à restante pretensão.

Ressalta-se que essa forma de solução de conflito é um fenômeno natural da conduta humana, pois o homem naturalmente busca a harmonia social e a convivência pacífica, evitando problemas e/ou solucionando os existentes. A solução amigável é, na maioria das vezes, tentada, contudo nem sempre as partes logram êxito, por isso acabam recorrendo ao Poder Judiciário.

De acordo com Moraes e Spengler (2012, p. 145) isso ocorre, porque, em diversos momentos as partes não conseguem estabelecer um diálogo que possibilite a solução do litígio, por isso a mediação é realizada com a figura de um terceiro denominado mediador, este possui um poder de decisão limitado e não autoritário, sua função é ajudar as partes a chegarem voluntariamente a um acordo. Ele visa estabelecer a comunicação entre os envolvidos no imbróglio, contudo permanece neutro não apontando nenhuma solução a demanda, apenas orientando as partes a fazerem isso.

Os autores ainda explicam que o mediador auxilia as partes a perceberem as fraquezas e fortalezas de seus problemas, de modo a quererem encontrar uma solução satisfatória para ambos (MORAES; SPENGLER, 2012, p. 146). O mediador pode ser qualquer pessoa indicada pelas partes ou órgão estatal ou privado, Calmon (2013, p. 117) define seu papel na mediação da seguinte forma:

O papel de mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador que ajuda a clarear questões, identificar e manejar sentimentos, gerar opções e, assim se espera, chegar a um acordo sem a necessidade de uma batalha adversarial nos tribunais.

Dentre as inúmeras responsabilidades do mediador, Calmon (2013, p. 117) cita: favorecer o elo de comunicação entre as partes, auxiliar as partes a com-

preender a visão do outro sobre o problema em tela; mostrar para ambos que eles são compreendidos; ter um nível produtivo de expressão emocional; manejar os interesses das partes; analisar a situação e buscar possibilidades de solução para o conflito; gerar flexibilidade nas partes; fazer com que os conflitantes passem a visar o futuro e não o passado; procurar soluções que satisfaçam os interesses de todos a fim de que com o acordo todos saem satisfeitos.

Vale ressaltar, conforme ponderam Moraes e Spengler (2012, p. 158), que essa função exige muita seriedade, portanto, para exercer esse papel, o mediador tem que ser alguém que possua conhecimento jurídico e técnico necessários ao bom desenvolvimento do processo. Esse profissional deve utilizar “técnicas de manejo comportamental” a fim de auxiliar as partes a modificarem seu comportamento de resistência.

A pessoa que realiza essa tarefa deve gostar do que faz, pois isso influencia diretamente no êxito do processo. A maneira como mediador se porta durante as negociações é fundamental para obtenção de comunicação entre as partes. Os autores Moraes e Spengler (2012, p. 158) relatam que “a identidade do mediador não é uma identidade inata, mas adquirida”, ou seja, tais atributos não necessariamente nascem com a pessoa, mas são frutos de preparação e estudo.

Moraes e Spengler (2012, p. 162) salientam que o mediador deve sempre se utilizar de uma lógica “dialética”, deve ser uma pessoa sempre aberta à uma terceira possibilidade:

Olhar o “3”, tarefa de todo mediador, é perceber a terceira dimensão e valorizá-la onde se tem a tendência de aplainar o real e de demonstrar o mundo e os seres em duas dimensões. Fazer o “3” é provocar as pessoas e situações para que elas não se deem aprisionar no preto e branco, no maniqueísmo.

Portanto, é função do mediador conduzir o processo de maneira a garantir que todos os princípios da mediação sejam respeitados, para tanto é necessário que o mediador tenha conhecimentos interdisciplinares e específicos, como o direito material relativo ao mérito da questão em discussão, e noções de comunicação, sociologia, psicologia, filosofia e etc. Ressalta-se que a mediação não é um método novo de solução de conflito pois, conforme já abordado, o desejo de solucionar as controvérsias é inerente da natureza humana e, desde os primórdios os homens se auxiliam nessa tarefa árdua. Contudo, ante as atuais críticas ao sistema judiciário esse meio está sendo redescoberto.

Conforme narra Vianna (2009), há relatos da prática da mediação como meio necessário para resolução das lides há mais de 3000 a.C. em diversas nações

como: Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, O autor ainda explica que esse método pode ser encontrado em diversas culturas como por exemplo: a judaica, a cristã, a islâmica, a hinduísta, a budista e etc.

Miranda (2012, p. 3), entretanto, aduz que a prática da mediação foi sistematizada na China, em meados de 450 a.C., segundo o autor ela foi fundamentada nos pensamentos de Confúcio, professor e posteriormente ministro da justiça do estado de Lu. Há informações históricas de que este pensador viveu em uma época de guerra sendo, inclusive, preso. Ele era um transmissor de crenças antigas, entre elas a mediação, que era realizada nas comunidades chinesas em que predominava a convivência familiar.

Miranda (2012, p. 4) explica que Confúcio acreditava que a melhor forma de solucionar um conflito era utilizando a sabedoria, graças a essência de seu pensamento os chineses sempre buscaram a harmonia social através do equilíbrio das relações e da felicidade. No entanto, à medida em que as cidades forem crescendo essa pratica foi dando lugar ao tradicional sistema Judiciário, que ao invés de solucionar os problemas procurando obter ganhos mútuos, como na mediação; aplicava um sistema de ganhas e perdas, acabando com a possibilidade de acordos.

Moore (1998, p. 32-34), por sua vez, explica que há relatos bíblicos em que se percebe a figura da mediação na cultura judaica e que esta foi transmitida às comunidades cristãs em desenvolvimento que viam na figura de Jesus um mediador supremo. Nos versículos 5 e 6, do capítulo II, do livro do novo testamento da Bíblia sagrada cristã, denominado: "I Carta de Timóteo", da editora Paulus, está explícita esta constatação:

Porque há um só Deus, e um só Mediador entre Deus e os homens, Cristo Jesus, homem, o qual se deu a si mesmo em resgate por todos, para servir de testemunho a seu tempo (BÍBLIA, 1990, p. 1530).

Assim, percebe-se que essa prática está enraizada na história da humanidade e com o passar do tempo foi sendo aprimorada e corporificada as diversas culturas existentes no mundo.

Miranda (2012, p. 13), ao analisar a prática da Mediação no mundo contemporâneo, explica que atualmente a China possui as chamadas Comissões Populares de Mediação, que tem por finalidade resolver litígios pré-judiciais. No Japão, por sua vez, o autor narra que existe o Chotei, uma espécie de conciliação prévia obrigatória, realizada principalmente em litígios familiares, em específico nos divórcios.

Na África, assevera o referido autor que são realizadas convocações de assembleias ou Juntas de Vizinhança, responsáveis pela mediação. Nos Estados Unidos a mediação surgiu, principalmente, devido ao desejo da sociedade de solu-

cionar seus conflitos de forma amigável. Lá, no Canadá e na Europa a mediação recebeu inúmeros investimentos de acadêmicos, teóricos e profissionais a partir dos anos 90, e desde então vem ganhando maior visibilidade. (MIRANDA, 2012, p. 13)

Na América Latina, Miranda (2012, p. 13) aponta o México e a Colômbia, que adotam a mediação com uma visão interdisciplinar, e cita que a Argentina instituiu a mediação de forma legal pela Lei nº 24.573, em 1992.

Miranda (2012, p. 14) explica, ainda, que a busca por meios extrajudiciais de solução de conflito, como a mediação, cresceu a partir de 1940 pois, foi desde então que as pessoas começaram a manifestar sua insatisfação com o sistema judicial, o autor ainda pondera que no Brasil a mediação foi instituída justamente devido a essa insatisfação citada.

Miranda (2012, p. 14) pontua que no Estado brasileiro, a mediação foi instituída na última década do século XX, para solucionar litígios trabalhistas, sendo posteriormente expandida para os conflitos familiares e negociais.

Muito embora tenha surgido com ênfase em 1990 há relatos históricos dessa prática em Constituições anteriores no país. A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, nos artigos 160 e 161, fazia referência aos juízes árbitros:

Art. 160 - Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.

Art. 161 - Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum (BRASIL, 1824).

A atual Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, dispõe sobre a criação de juizados especiais e juízes de paz, sendo:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. (BRASIL, 1988, p. 39)

Nota-se, portanto, que o instituto da mediação já era praticado, citado e por fim reconhecido no ordenamento jurídico pátrio, conforme se observa no aludido texto constitucional e nas práticas dos Juizados Especiais, contudo foi com o advento do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março deste ano que essa prática ganhou maior visibilidade e regulamentação.

3 O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO SEGUNDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Embora a prática da mediação seja conhecida e utilizada no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 90, o Código de Processo Civil de 1973 não fazia menção a esse instituto, todavia, o Novo CPC (2016) que foi elaborado com a proposta de proporcionar maior celeridade ao processo, atualização das normas disciplinadas pelo antigo CPC e regulamentação de institutos, aborda em sua “Seção V” a conciliação e a mediação judicial.

Mendes e Ávila (2015) ao discorrerem sobre o Novo CPC, apontaram como pontos principais deste novo diploma legal a “simplificação procedimental”; a notoriedade do contraditório; a uniformização das jurisprudências, pareceres e orientação doutrinárias; e, a sistematização de institutos como, por exemplo, a mediação.

Tierling Neto (2012, p. 96) ao tecer algumas considerações sobre o novo código de processo civil, quando este ainda era apenas um projeto, frisou a importância da criação de setores de conciliação e mediação e aduziu ser sábia essa iniciativa do legislador, tendo em vista a relevância desse instituto; essa possibilidade, segundo o autor, favorecerá a autocomposição dos conflitos. Em seu artigo 165 o Novo CPC disciplina a questão:

Art. 165 – Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (BRASIL, 2015)

De acordo com a mencionada legislação, a composição e organização desses centros é definidas pelos tribunais, sempre observando as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça. O CEJUSC (Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos), oferece serviços gratuitos de orientação e solução de conflitos.

Tierling Neto (2012, p. 96) esclarece ainda que o CPC faz uma mescla dos princípios da lei dos Juizados Especiais Cíveis com os da Arbitragem, e isso fica

evidente ao se observar o artigo 166 e seus parágrafos que dispõe sobre os princípios norteadores dos institutos da conciliação e mediação sendo eles: princípios da independência, autonomia da vontade, neutralidade, confidencialidade, oralidade e informalidade durante o procedimento.

Ao abordar este tema Morais e Spengler (2012, p. 132-136) explicam, de forma sucinta, alguns dos princípios elencados no mencionado artigo e acrescentam outros que, para os aludidos autores, são de extrema importância para a mediação:

- a) Oralidade: é a oportunidade que as partes têm de debater os problemas que lhes envolvem oralmente, buscando assim uma solução à controversa;
- b) Informalidade: é um processo informal, não necessita seguir todos os ritos e procedimentos inerentes ao processo judicial;
- c) Isonomia: compete somente as partes chegarem a uma decisão sobre o imbróglio;
- d) Autonomia das decisões: as decisões tomadas independem de homologação do Poder Judiciário;
- e) Imparcialidade do mediador: afirma às partes um direito de um método justo e equitativo, pois contam com mediadores que se abstenham de todo prejuízo ou favoritismo;
- f) Confidencialidade: é a segurança que as partes possuem de que toda as informações obtidas pelo mediador ou por elas se manterão dentro do programa de mediação ;
- g) Busca pelo consenso: faz referência ao objetivo principal da mediação, que é o entendimento entre as partes (acordo), trazer harmonia a relação;
- h) Boa-fé: é agir conforme estabelecido, seguindo as regras impostas pelas próprias partes.

Além das aludidas características, é imperioso destacar a economia financeira e temporal, uma vez que em média o tempo gasto para resolução do conflito é muito menor na mediação do que no processo judicial, e isso acarreta, consequentemente, menos custos financeiros às partes.

Ao observar essas características, nota-se que todas elas são necessárias para que a mediação alcance seu objetivo principal que é o (re) estabelecimento da comunicação entre as partes, por isso a mediação deve ser um ato voluntário. Ressalta-se, que esse meio é possível sempre que o objeto do litígio se tratar de direito disponível ou indisponível que admita transação, conforme disciplinado no artigo 3º da Lei nº. 13.140/2015.

Morais e Spengler (2012, p. 132-136) ainda aduzem que a garantia de tais princípios é essencial para que as partes se sintam seguras e confiantes durante o

processo de mediação, pois isso facilitará o diálogo e conseqüentemente o acordo. Por outro lado, os autores ressaltam que as partes devem sentirem-se livres para abandonar o processo de mediação a qualquer tempo, uma vez que este, para surtir efeito, deve ser voluntário.

Oportuno esclarecer que existe a mediação extrajudicial e a judicial, aquela é realizada voluntariamente pelas partes, ou seja, os conflitantes buscam espontaneamente o auxílio de um terceiro imparcial para mediar à solução do conflito existente, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. A judicial, no entanto, é realizada após as partes terem ingressado com a demanda judicial, mas optaram ou acolheram o procedimento da mediação para solucionar o impasse, nesse sentido, Tierling Neto (2012, p. 96), explica que o CPC disciplina esse tipo de mediação e que tal deve ser estimulado pelos magistrados e operadores do direito conforme prevê o artigo 3º, parágrafos 2º e 3º do mencionado dispositivo legal:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive do processo judicial. (BRASIL, 2015)

Assim, a mediação, com o advento do novo CPC, passou ser um mecanismo de auxílio ao Judiciário no tocante a solução de litígios. No entanto, para que a mediação consiga alcançar o êxito esperado na solução de conflitos é necessário que o mediador esteja preparado para desempenhar essa função.

Sobre o assunto, Tierling Neto (2012, p. 96) explica que o Novo Código traz a figura do conciliador estabelecida pela Lei nº. 9.099/95 e inova inserindo a figura do mediador no parágrafo 3º do artigo 165. O referido parágrafo dispõe que o mediador deverá atuar preferencialmente em conflitos em que as partes possuam um vínculo anterior, como nos casos de relações familiares ou de vizinhança, por exemplo, pois a finalidade deste, segundo a norma em questão, é reestabelecer o diálogo e proporcionar solução consensual ao litígio, conforme se verifica:

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015)

William E. Simkin (1986) apud Moraes e Spengler (2012, p. 161), ao analisar a função do mediador, realizou um interessante estudo e elencou dezesseis características fundamentais a este profissional:

- a) A paciência de Jó;
- b) A sinceridade e as características do bulldog de um inglês;
- c) A presença de espírito de um irlandês;
- d) A resistência física de um maratonista;
- e) A habilidade de um halfback de esquivar-se ao avançar no campo;
- f) A astúcia de Machiavelli;
- g) A habilidade de um bom psiquiatra de sondar a personalidade;
- h) A característica de manter confidência de um mudo;
- i) A pele de um rinoceronte;
- j) A sabedoria de Salomão;
- k) Demonstrada integridade e imparcialidade;
- l) Conhecimento básico e crença no processo de negociação;
- m) Firme crença no voluntarismo em contraste com ao ditatorialismo;
- n) Crença fundamental nos valores humanos e potencial, temperado pela habilidade, para avaliar fraquezas e firmezas pessoais;
- o) Docilidade tanto quanto vigor;
- p) Desenvolvido o fato para analisar o que é disponível em contraste com o que possa ser desejável suficiente capacidade de conduzir-se e ego pessoal, qualificado pela humildade.

Há que se ressaltar também as pontuações de Moraes e Spengler (2012, p. 163-165), acerca dos princípios que norteiam tal atividade, são eles: autodeterminação (a solução para o conflito tem que ser encontrada pelas partes, o mediador, em hipótese alguma pode impor uma solução); imparcialidade (o mediador deve se manter equidistante; deve ter um posicionamento idôneo); conflitos de interesse (o mediador deve esclarecer qualquer conflito de interesse que o envolva, ressalta-se que é vedado ao mediador manter relações profissionais com as partes possam causar dúvidas quanto a integridade do processo, mesmo após o término da mediação); competência (o mediador deve estar preparado para tal tarefa, deve ser uma pessoa com qualificações e conhecimento específico); confidencialidade (é vedado ao mediador transmitir informações as quais as partes solicitaram confidência, o processo de mediação é sigiloso); qualidade do processo (o mediador deve agir com justiça e dedicação); anúncios ou solicitações (ao fazer qualquer tipo de anúncio sobre seus serviços, o mediador deve ser fiel à sua qualificação, sendo-lhe

proibido garantir resultados que não podem ser obtidos); custos (antes de iniciar a mediação, o mediador deve comunicar as partes os custos inerentes ao processo) e obrigações para com a mediação (os mediadores devem desenvolver a mediação respeitando os princípios desta e buscando educar as pessoas a utilizarem suas habilidades de comunicação).

Para que os mediadores consigam realizar sua tarefa observando tudo que foi mencionado acima, o legislador estipulou a obrigatoriedade de capacitação a este profissional. A capacitação dos mediadores será realizada por meio de entidades credenciadas, cujo parâmetro curricular será definido conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça e o Ministério de Justiça. Para tanto, o artigo 167 do novo CPC dispõe que os tribunais de justiça estaduais e os tribunais regionais federais deverão manter um registro atualizado destes profissionais, especificando inclusive a área de atuação de cada um deles, e traz, em seus parágrafos, os procedimentos necessários para o devido cadastro e credenciamento dos mediadores, prevendo até a possibilidade dos tribunais realizarem concursos públicos para preencherem as vagas destinadas a esses profissionais. (BRASIL, 2015)

Tierling Neto (2012, p. 96) ressalta que as partes devem ter autonomia para escolherem, dentre aqueles com cadastro no tribunal, o mediador que os auxiliará no processo, posição essa também entendida pelos legisladores que previram essa possibilidade no artigo 168 do Código: “art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação”. (BRASIL, 2015) Contudo, essa escolha deve seguir os trâmites disciplinados nos parágrafos do referido artigo.

Além de regulamentar o procedimento da mediação no processo judicial, o Novo Código de Processo Civil ainda dispõe sobre as câmaras privadas de mediação, que podem ser pagas ou não. Já os artigos 170 e seguintes abordam sobre os impedimentos e impossibilidades de atuação dos mediadores e suas consequências, ainda sobre esse prisma, o artigo 173 disciplina sobre a exclusão dos conciliadores e mediadores e penalidades impostas por suas ações irregulares, dispondo:

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

Desta forma, verifica-se que o Novo Código de Processo Civil buscou abordar de forma abrangente a composição consensual de conflitos, trazendo o procedimento da mediação para o judiciário com a finalidade de solução de questões complexas e de relações continuadas.

Nesse sentido, ao tecer suas considerações sobre o novo Código de Processo Civil Tierling Neto (2012, p. 96) finaliza alegando que o regramento instituído (mediação) é bastante complexo, pois buscou prever todas as hipóteses que acarretariam dúvidas acerca do assunto, desde sua criação até exclusão e penalidade aos mediadores por agirem em desacordo com a lei. O autor ainda acrescenta que essa inovação além de progressista deve ser encarada como adequada e necessária devendo ser estimulada a utilização desses meios para busca por solução de conflitos, ressaltando que além de tuteladas pelo poder jurisdicional passarão a ser dotadas do mesmo respeito e confiabilidade conferidos ao Poder Judiciário. (TIERLING NETO, 2012, p. 96)

Em síntese, com base nas explicações do autor e análise da referida lei, o que se percebe é que o legislador buscou disciplinar o instituto da mediação de forma ampla, tutelando desde os mecanismos de criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, até as hipóteses de exclusão e penalidades dos mediadores que deixarem de cumprir os preceitos legais do instituto. Tudo isso, no intuito de propagar tal meio e conferir-lhe credibilidade, para que ao receber a devida tutela estatal as pessoas passem a utilizá-lo com maior frequência para solucionar questões que envolvam conflitos complexos, já que comprovadamente este meio proporciona soluções eficazes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a complexidade do tema abordado, ainda há muito que se debater acerca do assunto Mediação, entretanto, este trabalho possibilitou a compreensão do quão essencial tem sido essa prática na resolução desses conflitos, bem como seus benefícios e aspectos processuais.

Conforme abordado no presente trabalho, a mediação trata-se de um procedimento extrajudicial de solução de conflitos no qual, por intermédio de um terceiro denominado mediador as partes conflitantes desenvolvem o diálogo e buscam uma solução para a contenda. Embora seja um procedimento célere, informal e flexível, a mediação assegura às partes todas as garantias do devido processo legal como sigilo, imparcialidade, ampla defesa, contraditório, entre outros, o que transmite segurança na busca pela solução aos impasses instaurados.

É muito usual na solução de conflitos que as partes possuam uma relação continuada, ou seja, em que haja um vínculo pré-existente o qual provavelmente permanecerá após resolvida a demanda, sendo-o muito eficaz na resolução destes conflitos por incentivar a busca do consenso.

O presente trabalho abordou os procedimentos utilizados na mediação e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, frisando sua aplicação segundo o Novo Código de Processo Civil, demonstrando que esse instituto está ganhando maior visibilidade e reconhecimento a cada dia sem buscar exaurir esse tema, tendo em vista sua complexidade. No entanto, ainda restam questionamentos passíveis de análise, principalmente no tocante a postura da sociedade e do Poder Judiciário após a entrada em vigor do Novo CPC que prevê a criação de centros de mediação, que somente com o decorrer do tempo poderão ter sua eficácia avaliada.

Portanto, a mediação é um meio hábil para promoção da pacificação social e uma autêntica ferramenta da prática do direito, uma vez que a principal função dos juristas é promover justiça por meio de seu ofício, indo essa função além da aplicação das leis a fim de proporcionar a resolução das contendas. A finalidade da mediação é reestabelecer o diálogo entre as partes, garantindo-lhes autonomia para solucionar de forma consensual seus conflitos, transformando o indivíduo em um sujeito ativo na busca pela resolução dos impasses legais e trazendo-lhe noção de seu papel fundamental na construção de uma sociedade mais justa, fazendo isso sem a pretensão de substituir o Poder judiciário ou solucionar seus problemas, pelo contrário, mostra-se como um mecanismo autônomo e complementar, utilizado em demandas cuja a sentença judicial não é a solução mais adequada. Ressalta-se, que a devida regulamentação dessa prática é o reconhecimento desse instituto no Ordenamento Jurídico.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAVARESCO, Agemir. A crise do estado-nação e a teoria da soberania de Hegel. In: ROSENFELD, Denis Lerrer. **Estado e política**: a filosofia de Hegel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 134-145. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=swruiGkjba8C&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Editora Paulus, 1990. Edição Pastoral.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: VADE MECUM COMPACTO. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 7-92.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: Promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 29 ago. 2015.

_____. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. ed. 51. Seção 1. p. 1. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/03/2015&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=128>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

_____. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 jan. 1973. ed. 12. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 29 ago. 2015.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Quem Somos**. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_modmed>. Acesso em: 29 ago. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini-Aurélio século XXI escolar**: o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família - de acordo com a Lei 12.874/2013. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.

KERSTEN, Vinicius Mendez. **O código de Hamurabi através de uma visão humanitária**, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4113>. Acesso em: 25 ago. 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique. Algumas das principais alterações do novo código de processo civil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 01 out. 2015.

MENEGHIN, Laís; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. Meios alternativos de pacificação de conflitos – mediação, conciliação e arbitragem. **Revista Intertemas**, Presidente Prudente, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2442/1966>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**, [s.l.], v. 6, n. 02, 2012. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

MORAES, Alcemir da Silva. **Direito e justiça da pré-história à contemporaneidade**, 2009. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/direito-e-justica-da-pre-historia-a-contemporaneidade/28704/>. Acesso em: 18 ago. 2015.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 3. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 15. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Rio de Janeiro). Câmara de Conciliação e Mediação. **O que é mediação?** 2012. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_mediacao.pdf>. Acesso em: 01 out. 2015.

TIERLING NETO, Walter. Artigos 112 a 153. In: MACEDO, Elaine Harzheim. **Comentários ao projeto de lei n. 8.046/2010: Proposta de um novo código de processo civil**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. p. 82-97. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0300-5.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

VIANNA, Maurício dos Santos. Mediação de conflitos: um novo paradigma na administração da justiça. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 12, n. 71, dez. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6991>. Acesso em: 11 ago. 2015.

WOLKNEM, Antonio Carlos. **Fundamentos da história do direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO ÀS SOLUÇÕES PACÍFICAS DE CONFLITO

*Rafael de Oliveira Cita
Lara Bianca Stefano*

RESUMO

O presente estudo bibliográfico possui como cerne o novo Código de Processo Civil, à luz da Constituição da República de 1988, quanto às formas de soluções pacíficas de conflitos previstas por ela, expondo a efetivação que o novo estatuto processual concedeu à conciliação e mediação, bem como ressaltar as inovações e benefícios aos litigantes que buscam soluções consensuais para a resolução de seus conflitos, que não seja somente por meio de uma decisão de um magistrado. A Constituição da República de 1988 assegura a solução pacífica de conflitos, e, sendo assim, o novel diploma processual civil, em razão da constitucionalização do direito, isto é, os mandamentos contidos na Lei Maior, devem ser previstos nas demais legislações infraconstitucionais, assegurou de forma mais efetivada os métodos de conciliação e mediação como instrumento de solução pacífica para os litigantes colocarem fim ao conflito do que o Código anterior, visando, ainda, solucionar a crise numérica de processos do Poder Judiciário atualmente. Por fim, restará confirmado que os métodos pacíficos de solução de conflitos, na maioria dos casos, consistem na melhor forma para os litigantes estabelecerem fim à lide, pois, ao contrário da cultura da sentença já enraizada na comunidade brasileira, não é tão somente o Juiz apto a julgar a lide, mas as próprias partes envolvidas devem ter este poder. Deste modo, o novo Código de Processo Civil vai de encontro com os mandamentos que a Constituição previu, ao melhor efetivar as soluções consensuais de conflitos aos litigantes.

PALAVRAS-CHAVE

Solução pacífica. Conflitos. Cultura da sentença.

ABSTRACT

This bibliographical study has as its core the new Civil Procedure Code, in the light of the Constitution of the Republic of 1988, on ways of peaceful resolution of conflict provided by it, exposing the realization that the new procedural status granted to conciliation and mediation, as well to highlight the innovations and benefits to litigants who seek consensual solutions to resolve their conflicts, it is not only through a decision of a magistrate. The Constitution of 1988 guarantees the peaceful settlement of conflicts, and thus the novel civil procedural law, due to the constitutionalization no flaw, that is, the commandments contained in the highest law must be provided in the infraconstitutional legislation, assured more effective methods of conciliation and mediation as a peaceful tool for litigants put an end to the conflict than the previous code, aiming also solve the numerical crisis of the judiciary processes currently. Finally, remain confirmed that peaceful methods of conflict resolution, in most cases, consist of the best way for litigants establish order to deal, because unlike the ruling culture already rooted in the Brazilian community, is not that only the judge able to judge the deal, but the parties themselves involved should have this power. Thus, the new Civil Procedure Code goes against the commandments that the Constitution provided, to bet the effect consensual solutions to conflicts litigants.

KEYWORDS

Peaceful solution. Conflicts. Sentence of culture.

INTRODUÇÃO

Sendo o primeiro estatuto processual a ser promulgado em um regime democrático de direito, isto é, pós Constituição de 1988, o novo Código de Processo Civil há muito já estava em discussão na Câmara dos Deputados. Felizmente, após inúmeras discussões e alterações com o decorrer do tempo, em 16 de março de 2015 foi finalmente promulgado, deixando para trás o antigo CPC/73.

Inúmeras alterações foram trazidas por ele, outras de muito grato pelos operadores do Direito, e outras não muito bem vindas, ao menos até o momento.

Todavia, entre tantas mudanças, o que não se discute é que o novo Código de Processo Civil trouxe uma maior atenção aos meios consensuais para solução de conflitos, os quais podemos lembrar os institutos da mediação e conciliação. É claro que tais institutos já estavam sendo adotados nos processos judiciais antes mesmo de o novo estatuto entrar em vigor, contudo, há novas disposições e novos trâmites a serem seguidos, especialmente quanto a sua obrigatoriedade.

Entendemos que essa necessidade de oferecer uma determinada autonomia aos litigantes chegarem a um consenso, deriva-se também de um número assustador de processos em andamento atualmente no país, muito em razão de uma cultura litigiosa já então enraizada.

É fato indiscutível que os conflitos são inerentes da sociedade; todo ser humano é movido de sentimentos e opiniões, as quais acabam esbarrando em outras pessoas que possuem sentimentos e opiniões diversas, causando, assim, o conflito. Ou seja, por mais que se busque uma sociedade totalmente pacífica, trata-se, infelizmente, de um sonho inexecutável. Portanto, logicamente que os conflitos surgirão das mais variadas causas possíveis.

Em razão disso, e cumulado com a necessidade de se resolver o conflito existente, o método até então mais utilizado para sanar tais discórdias, era por meio do processo judicial, no qual uma terceira pessoa decide pelos outros. Em outras palavras, em razão da discórdia envolvendo as partes, evita-se qualquer tipo de contato ou diálogo, concedendo, porém, o poder de decisão a uma terceira pessoa, qual seja, o Juiz. Tal situação foi aumentando cada vez mais, até chegar ao atual quadro, onde há um Poder Judiciário cada vez mais afogado numa quantidade excessiva de processos.

Oportuno ressaltar que, atualmente, muito se fala em constitucionalização do direito, isto é, que os diplomas materiais e processuais estejam em perfeita consonância com o que determina a Constituição.

A Constituição Federal, por sua vez, prevê acerca das soluções pacíficas

de conflito, bem como um prazo razoável para a decisão dos conflitos. Desta forma, o Código de Processo Civil, sendo uma legislação infraconstitucional que é, deve dispor de métodos que ofereçam soluções pacíficas para a solução de conflitos, bem como garantir uma decisão aos litigantes em um prazo razoável.

Assim, tratando-se o novo Código de Processo Civil de um estatuto processual totalmente moderno, com olhares voltados para o presente, e, sobretudo para o futuro, sendo escrito à luz da Constituição de 1988, não resta dúvida de que deu sim uma maior efetivação aos métodos consensuais de conflito, muito em razão da constitucionalização do direito e da necessidade de reverter o quadro numérico de processos em andamento.

Em razão de uma interpretação mais aprofundada que se dará ao tema, certamente se chegará a conclusão de que não há outra forma mais benéfica para as partes, que elas próprias possam, em conjunto, coloquem fim ao conflito que elas mesmo iniciaram. Ora, nada mais convincente que, as pessoas envolvidas que deram início ao conflito, sejam terminado por elas próprias.

Deixando as peculiaridades e diferenças entre conciliação e mediação de lado, ao menos neste momento, o que vale salientar é que ambos os institutos - conciliação e mediação - buscam que ambas as partes colocam fim ao conflito existente, sem necessidade de percorrer, na maioria dos casos, anos e anos de um processo, para que seja finalmente resolvida a situação, que, eventualmente, pode vir a não satisfazer qualquer das partes envolvidas.

Temos, portanto, que o objetivo do presente trabalho, utilizando-se como metodologia a revisão bibliográfica e legislativa, é estudar a influência que a Constituição Federal possui no novo Código de Processo Civil, especialmente quanto à efetivação dos métodos consensuais de conflito, além de ressaltar que, os métodos de conciliação e mediação constituem a melhor forma de solução de conflitos entre os litigantes.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS POR MEIO DO PROCESSO CIVIL

Atualmente, um tema cada vez mais lembrado é a influência da Constituição em relação aos demais diplomas de direito material e processual. Tal fato decorre de que a Constituição é o ápice das demais legislações, devendo elas estarem em consonância com os ditames da Lei Maior. Isso ocorre, por exemplo, em relação ao Direito Civil, ao Direito Processual Penal, Direito Tributário, entre tantos outros.

Em síntese, temos que se a Constituição dita algum mandamento, não

pode outra legislação abaixo dela, dispor algo diverso ou que a contrarie, sob pena de se tornar inconstitucional. Por isso a necessidade de todas as legislações infra-constitucionais obedecerem seus mandamentos.

Como bem preceitua Silva (2011, p. 38), “quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”.

No magistério do constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso (2005), a constitucionalização do direito, em uma forma geral, preceitua que

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

Antes, muito se discutia a constitucionalidade de alguns dispositivos no Código de Processo Civil de 1973, tanto assim é que passou por inúmeras reformas com a decorrência dos anos. Todavia, mesmo com as alterações, o espírito de um código anterior à Constituição era o mesmo.

Por 42 (quarenta e dois) anos, o sistema processual civil foi regido por um estatuto de origem não democrática. Podemos dizer, ainda, que o então Código de Processo Civil de 1973 já estava ultrapassado em razão das mais variadas formas de conflito e em razão da digitalização dos processos judiciais.

Em razão disso, é que se faz necessário termos uma legislação processual em sintonia com a Constituição Federal. A respeito, Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 24) asseveram que:

Hoje, acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Felizmente, após tanto tempo, temos um novo Código de Processo Civil, redigido sob as normas e ditames constitucionais.

Como dito anteriormente, se a Constituição preceitua determinada conduta, cabe as demais legislações infraconstitucionais, observar e regrar por tais determinações. É o que ocorre, no caso em estudo, com a resolução pacífica de conflitos.

Pois bem. A Constituição da República de 1988, prevê a solução pacífica de conflitos em dois momentos: no preâmbulo, ressalta a busca comprometida pela solução pacífica das controvérsias. Posteriormente, no inciso VII, do artigo 4º, prevê a solução pacífica dos conflitos como princípio nas relações internacionais.

A interpretação a ser tirada é que, malgrado o surgimento dos conflitos no seio da sociedade, o Brasil buscará que tais dissensos sejam submetidos a uma solução de forma pacífica.

É neste ponto que a constitucionalização do direito toma forma, a ponto de que, um Código de Processo Civil regule e efetive tais ditames constitucionais por meio do processo civil.

Nesse sentido, importante trazer a contribuição de Barbosa e Silva (2015):

A Constituição brasileira de 1988, já no seu preâmbulo, destacou a Justiça como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada no comprometimento com a solução pacífica dos conflitos, salvaguardando o exercício dos direitos individuais e coletivos e suas garantias. A República Federativa brasileira, constituída em Estado Democrático de Direito, erigiu, dentre seus pilares fundamentais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Verificamos que o aludido Diploma Constitucional deu um passo marcante na história do Judiciário, ao traçar e imprimir as balizas de instrumentos eficientes e eficazes para o exercício democrático da cidadania – Os Meios Alternativos de Solução de Litígios, os quais foram consolidados, no âmago do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) numa nova realidade jurídica.

Outrossim, ao efetivar a conciliação e mediação como formas de resolução de conflitos, outro princípio constitucional está sendo efetivado: a duração razoável do processo.

Isto porque, quando as partes resolvem seu conflito por meio da conciliação ou mediação, a lide é resolvida com uma duração muito menor do que se deixassem o processo correr, até a decisão de um magistrado.

Por fim, é perfeitamente possível dizer que o novo Código de Processo Civil é um importante exemplo quanto à constitucionalização do direito proces-

sual, pois efetiva, de forma muito clara, as soluções pacíficas de conflito, por meio dos institutos da conciliação e da mediação, e, conseqüentemente, havendo uma duração ainda mais razoável para o fim da lide.

1.2 BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AOS INSTITUTOS DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Muito embora grande parcela da comunidade lidarem com a ideia de que a figura do magistrado é a única solução para resolver seus conflitos, o novo Código de Processo Civil tenta demonstrar o contrário.

Os institutos da conciliação e mediação é muito bem enfatizado no novo estatuto processual em comparação ao anterior, a ponto de prever que todos os operadores do direito envolvidos no processo, busquem a solução dos conflitos pacificamente.

A propósito, é o que determina o estatuto processual (Brasil, 2015):

Art. 3 Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1 É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2 O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3 A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Ora, tal disposição mostra a importância que o novo Código dá às soluções consensuais de conflitos, a ponto de determinar a todos os atores envolvidos, tanto no processo judicial quanto fora dele, o incentivo a sua prática.

Ademais, o Código de Processo Civil não trouxe apenas ordens principiológicas, mas destinou um capítulo inteiro para regular os institutos da conciliação e mediação.

Nesse sentido, é o posicionamento do processualista Neves (2016, p. 4) sobre o assunto:

(...) o diploma processual é inovador e sai da abstração do “conciliar é legal” para a criação de uma estrutura e de um procedimento que realmente possa incrementar a conciliação e a mediação como forma de solução do conflito e por consequência a extinção do processo por sentença homologatória da autocomposição.

Portanto, a fim de discorrer um pouco mais sobre os institutos da conciliação e da mediação, necessário se faz diferenciá-los.

Em síntese, a conciliação é uma forma em que as partes podem, entre si, resolverem seus próprios conflitos com a orientação de um conciliador, o qual irá auxiliá-las a terem uma melhor comunicação entre si, sem a necessidade de passar por um extenso e demorado processo judicial, visando, portanto, um método consensual. No magistério de Bacellar (2012, p. 66) a conciliação pode ser definida como:

(...) um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial.

Desta forma, temos que um terceiro imparcial irá ajudar as partes buscarem uma solução para o conflito existente, ensejando um acordo para que as mesmas, em conjunto, possam resolver seus conflitos e não batalhar uma contra a outra do decorrer do processo judicial.

Outrossim, vale ressaltar que, muitas vezes, um acordo entre os litigantes poderá ser muito mais saudável e valoroso, pois as partes poderão, elas próprias, decidirem o que é justo para cada uma delas, a ponto de que ambas saem satisfeitas no final; o que com uma sentença judicial é bem mais difícil, podendo não agradar nenhuma das partes.

A propósito, é comum ver que, após a sentença do magistrado, ambas as partes no processo saem descontentes, o que não ocorrerá se utilizarem a conciliação ou mesmo a mediação para a resolução do conflito.

O instituto da mediação, por sua vez, vem a ser também um método de solução de conflitos, mas, vai além; soluciona uma relação continuada em que ambas as partes tinham, mas que de algum modo deixaram de ter em vista do conflito que se formou.

Por esse motivo, também há a participação de um terceiro, denominado mediador, o qual terá por objetivo fortalecer, unir e até mesmo preservar os laços de confiança existente entre ambas as partes.

A propósito, é que salienta Vasconcelos (2014, p.56):

As mediações direcionadas à relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformativa supõe uma mu-

dança de atitude em relação ao conflito. Em vez de se acomodar a contradição para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar os medianos em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas, primeiramente, à transformação do conflito ou restauração da relação e, só depois, à construção de um acordo.

Aqui, o principal foco é restabelecer uma comunicação rompida, uma amizade e um convívio anterior. A mediação, ao contrário da conciliação, é realizada extrajudicialmente ocorrendo de forma mais sigilosa, sendo assim é ressaltado o princípio da confiabilidade.

No entanto, a conciliação de acordo com Bacellar (2012, p. 91) incide sobre uma causa ajuizada no ambiente do poder judiciário.

Em vista disso é realizada no tempo em que a pauta permitir, gerando, portanto, um pouco mais de limitação no tempo, diferente da mediação, que poderá ser realizada com mais atenção, pois não estará limitada ao tempo do judiciário.

Deste modo, temos que, apesar de certas particularidades de cada instituto, tanto a conciliação quanto a mediação, possuem como objetivos o acordo entre as partes, a ponto de deixá-las ambas satisfeitas com a decisão tomada, sem a necessidade de se esticar um longo processo judicial, com a decisão de uma pessoa outorgada pelo Estado.

2 O INCENTIVO À CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO FIM DA CULTURA DA SENTENÇA

Atualmente, não se discute que vivemos em uma sociedade altamente complexa, com pessoas movidas por conflitos interpessoais. Viver em uma sociedade completamente harmoniosa é até difícil de se imaginar. Imaginar todas as pessoas vivendo em paz, como disse John Lennon, é algo que não passa de uma letra musical.

Isso ocorre em razão de que somos seres humanos, por isso, somos movidos pelo sentimento, e quando isso esbarra em algo diverso do que nós pensamos ou sentimos, queremos impor nossa vontade sobre o outrem, gerando, assim, o conflito.

É como salienta Vasconcelos (2012, p. 21), ao afirmar que “...o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns”.

É um erro sonhar com uma sociedade completamente pacífica, porém, é um acerto resolver os conflitos de forma pacificada.

É claro que a atual sociedade complexa em que vivemos hoje muito colabora para o alto número de processos que o Poder Judiciário tem que lidar. Atualmente e infelizmente, o simples fato de ter sua opinião ser contrariada, é motivo para um processo judicial.

Imagine a seguinte situação: determinada pessoa, ao expor sua opinião sobre determinado assunto, acaba por ofender determinada pessoa, a qual, por sua vez, realmente se sentiu ofendida. Para a pessoa ofendida, com um sentimento de raiva, lhe ingressa uma ação judicial para se ver indenizada pelo dano.

Pois bem. Agora imagine isso ocorrer centenas de vezes por dias durante todos os anos. É essa a situação que nos deparamos atualmente, que, logicamente, não se resume só na situação apresentada, mas havendo também conflitos de todas as naturezas possíveis.

Nascido o conflito, as partes envolvidas nele não possuem o interesse de, por meio do diálogo, resolverem o problema. Para elas, a única forma de resolverem a questão, é com a sentença do Juiz.

Essa é a chamada cultura da sentença, onde a única forma de solução dos conflitos é por meio do processo judicial, e, conseqüentemente, com a sentença.

A cultura da sentença, ou também denominada como cultura do litígio, é muito bem conceituada por Santanna (2013), no Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa:

A sociedade brasileira busca na maior parte das vezes o Judiciário para solucionar os conflitos, apesar da crise da morosidade da prestação jurisdicional. Nesse ambiente cultural, a sociedade depende do Estado para resolver seus problemas, como rixas entre vizinhos, conflitos familiares e controvérsias no âmbito escolar.

Ou seja, por todos os tipos de conflitos, das mais variadas áreas possíveis, busca-se o processo judicial. Para muitos, a sentença é a única e melhor forma para se resolver o conflito. Todavia, nem sempre é a melhor solução, como bem lembra Oliveira (2014, p. 63):

Infelizmente, a sentença por si só não é suficiente para pôr fim à situação conflituosa, uma vez que sempre permanece a ideia de vencedor e vencido e, conseqüentemente, de insatisfação de uma das partes. Afigura-se, pois, indispensável o trabalho do conflito, de modo a garantir de forma efetiva a pacificação das partes, afastando-se da “cultura da sentença” e aproximando-se da “cultura da pacificação” (...).

Ocorre que, devido a demanda excessivamente alta de processos, o Poder Judiciário acaba não conseguindo lidar com tantos processos, vindo, conseqüentemente, a violar o princípio constitucional da duração razoável do processo. Infelizmente, a situação acaba se tornando normal, pois são tantos processos, que acaba se tornando impossível julgá-los com certa celeridade.

Por isso, a busca por uma diminuição do número de processos judiciais é tamanha, que o Conselho Nacional de Justiça promove semanas nacionais de conciliação, sendo adotadas por diversos Tribunais de Justiça do país. Tudo, é claro, para solucionar nos conflitos sem a necessidade de uma sentença judicial.

Em complemento à essa ideia, é o que discorre Bacellar (2012, p. 46):

Entretanto, para dar vazão ao volume de litígios familiares, empresariais, de vizinhança, ambientais, condominiais, previdenciários, comerciais, trabalhistas, eleitorais, criminais, dentre outros que afloram diariamente pelo País, há que se complementar a atividade jurídica típica.

Destaca-se aqui a necessidade de se trabalhar com meios complementares e consensuais para a solução desse grande número de controvérsias. Essas alternativas que melhor se ajustam à ideia de complementos à atividade jurisdicional podem ser exercitadas mediante métodos consensuais praticados dentro e ou fora do processo.

Em razão de tudo isso, o novo Código de Processo Civil, preocupado com esse excessivo número de processos em andamento, intensificou a utilização das soluções pacíficas de conflito, por meio dos institutos já lembrados da conciliação e mediação.

Primeiramente, como bem lembra Nóbrega (2015), a nova regra trazida pela legislação supra é que a audiência de conciliação ou mediação ocorrerá antes de o réu apresentar sua contestação.

Desta forma, nota-se que a lei traz uma versatilidade, uma vez que o réu ainda não apresentou a sua defesa, ficando mais propício propor um acordo. É em razão disso que há uma persistência da realização de audiência de conciliação ou mediação.

Neste ponto, vale trazer a doutrina de Gonçalves (2015, p. 342):

É a fase indispensável nos processos de procedimento comum. A sua designação no começo funda-se na ideia de que, após o oferecimento da resposta, o conflito poderá recrudescer, tornando mais difícil a conciliação das partes. A busca pela solução consensual dos con-

flitos vem prevista como norma fundamental no processo civil, no art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC. A eventual conciliação nessa fase ainda inicial do processo se ajusta ao princípio econômico, já que o poupará de avançar a fases mais adiantadas.

Ressalta-se que a busca pela conciliação ou mediação é tão nítida, que embora uma das partes não concorde com sua realização, apenas será cancelada caso ambas as partes demonstrem o desinteresse. Vejamos o que é disposto sobre isso (Brasil, 2015):

Art 334 - Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - Se ambas, as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

Ora, é nítido que a lei é severa ao disciplinar acerca da audiência de conciliação ou mediação, deixando claro que se uma das partes demonstrar interesse, mas não comparecer injustificadamente, será aplicado uma multa de até 2% (dois por cento) sobre o valor da causa. Isto demonstra ainda mais que a legislação tem o interesse no acordo e de que as partes estejam presentes, pois se não houver uma rigidez o costume brasileiro de estar sempre litigando não se findará.

Quanto à essa obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação ou mediação, entendemos como uma forma de haver o acordo entre as partes, sem a necessidade de apresentação da contestação, podemos verificar desde já o incentivo ao fim da cultura a cultura da sentença, onde, como já anteriormente discutido, as partes não conseguem resolver seus conflitos apenas com uma conversa, necessitam levar seu problema para um magistrado e sentirem o prazer de ver uma sentença favorável para terem uma comprovação de que estavam corretos.

Há tempos essa ideia é vista e colocada em prática no Brasil, porém não podemos deixar que as pessoas continuem com esses pensamentos, mas demonstrar que o acordo é o mais benéfico para ambas as partes.

Contudo, uma conversa onde as partes entram em um consenso poderá ser mais vantajosa, diminuindo raiva, ódio, dentre outros sentimentos que as partes carregam consigo, pois apresentada as negociações propostas as partes é quem decidem o que acreditam ser a melhor solução para seus conflitos, trazendo assim

uma maior satisfação ao final do acordo.

Oportuno ressaltar que a realização de acordos, colabora para a diminuição do tempo de duração de uma lide – vindo de encontro com o princípio da celeridade processual - e reduz significativamente o número de processos do Poder Judiciário. A questão econômica também possui grande interferência, pois quanto mais demorado o processo for, mais custoso ele será.

De qualquer forma, interessante é a ideia trazida por Didier (2015, p. 273) a respeito do assunto. Vejamos:

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

Ora, faz todo o sentido o que discorre o mais conceituado doutrinador processual, pois, a partir do momento em que as pessoas envolvidas no conflito, passam elas mesmas decidirem, resolverem, pactuarem a solução da questão, estão exercendo o fundamento constitucional da cidadania, ao invés de colocar o seu poder de decisão nas mãos do Estado.

Vale alertar, entretanto, que em determinadas situações a autocomposição é incabível, muito em razão da natureza do direito que se discute, como em casos de direitos indisponíveis.

Os benefícios aos litigantes que entrarem em um acordo, seja por meio da conciliação ou mediação, são inúmeros, quais sejam, rápida solução da controvérsia, grande possibilidade de ambas as partes saírem satisfeitas, maior margem de liberdade para as partes, custo relativamente menor, entre outros.

Vejamos a doutrina de Tartuce (2008, p. 201) quanto aos benefícios dos métodos consensuais de solução de conflitos:

As vantagens da adoção de tais mecanismos são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria diversas oportunidades de tratamento de conflito; aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal, tendo em vista a redução do número de processos em curso. Além disso, tais téc-

nicas, se administradas de maneira eficiente, podem ensejar o estabelecimento de uma relação saudável entre os indivíduos, compondo aquela controvérsia já instalada e prevenindo a verificação de outras demandas.

Portanto, temos que a conciliação e a mediação muito favorece para a diminuição do alto número de processos judiciais em andamento no país, e, conseqüentemente, para a mudança da cultura da sentença.

Com a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação imposta pelo novo *códex*, muitos processos se encerraram ali, com o acordo. E não somente, com o devido incentivo que será dado, por todos os envolvidos no processo, o acordo poderá acontecer, sem a necessidade de se dar continuidade no processo.

Entendemos, por fim, que a necessidade de uma sentença só deverá ocorrer quando se esgotar todos os meios possíveis para a solução pacífica do conflito, isto é, quando o acordo realmente não for possível, pois, somente nessas situações, é que o Estado-Juiz deverá se pronunciar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão de todo o exposto, temos que o novo Código de Processo Civil conseguiu cumprir o que buscou o constituinte originário, quanto as formas de solução pacífica das controvérsias, ao efetivar os institutos da conciliação e da mediação.

O novo estatuto processual visou, sobretudo, a celeridade processual. Ao prever a audiência de conciliação e mediação demonstra ser a primeira tentativa do judiciário como proposta de acordo e especialmente quanto a sua obrigatoriedade. Visando, portanto, a solução de conflitos existentes de maneira mais pacífica, expondo métodos consensuais para que as partes entre si resolvam seus próprios conflitos.

O incentivo de propostas de acordos tem como objetivo a retirada da cultura do litígio no Brasil, onde a sociedade tem se tornado totalmente dependente do Estado para resolver seus conflitos, afogando cada vez mais o Poder Judiciário nos processos ajuizados.

É neste momento em que os métodos consensuais, quais sejam, a conciliação e a mediação, tornam-se as soluções pacíficas para ambas as partes, promovendo a ideia de que o acordo é a melhor opção.

Vários são os benefícios em que o acordo proporciona, seja a celeridade processual, obtendo uma diminuição do tempo da duração em que a lide pode ter, seja a questão econômica, pois, quanto mais rápido um processo se encerra menos

oneroso será aos litigantes.

O acordo é a forma mais benéfica para as partes resolverem seus conflitos, pois, em conjunto tomam as decisões e colocam fim ao litígio existente. Ora, já que a sociedade não consegue ser completamente pacífica, possamos pelo menos resolver os conflitos nela existentes de forma pacífica.

A opção pelo acordo é muito positiva para todos os lados, seja por meio da conciliação ou mediação, tanto para as partes quanto para o Estado. Isto porque, para as partes, elas poderão ter um acordo rápido, menos custoso do que em relação ao término do processo, além de ambas as partes poderem sair satisfeitas, o que não ocorre com a sentença do magistrado. Já para o Estado haverá menos um processo para julgamento e menos tempo a ser utilizado pelo Juiz e seus servidores.

Os métodos consensuais de conflitos, como a conciliação e a mediação, são garantidos pela Constituição Federal, e efetivados pelo Código de Processo Civil, sendo assim, algo que deve ser utilizado pelas partes, deixando de lado os ressentimentos devidos em razão do conflito, a fim que ambas as partes possam chegar no melhor acordo possível para elas.

Portanto na maioria dos casos a melhor forma para a solução de conflitos é a conciliação e mediação, não somente por se tratar de um método pacífico, mas também por ser a única forma de satisfazer ambas as partes, e, aos poucos tornar a sociedade como um todo menos dependente do Estado-Juiz para a solução de seus problemas, deixando a ele, somente questões que sejam realmente necessárias, as quais não caibam autocomposição.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. **Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos No Âmbito do Novo Código De Processo Civil Brasileiro (Lei N° 13.105/15)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Distrito Federal. 2015. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf. Acesso em: 11/08/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 08.ago.2016.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13.ago.2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo, SP: Malheiros, 1999.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. I. - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. 6ª Ed. - São Paulo: Saraiva. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil - Volume único**. 8ª Ed. 2016. Editora Juspodvm.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **A audiência de conciliação e mediação no CPC/2015**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,-MI225789,41046-A+audiencia+de+conciliacao+e+de+mediacao+no+CPC2015>>. Acesso em: 09. ago. 2016.

OLIVEIRA, Glauca Fontes de. **A valorização das formas paraestatais de resolução de conflitos: um novo enfoque do acesso à justiça**. 1ª Ed. - São Paulo: Baraúna. 2014.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **A cultura da sentença**. Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa. Universidade de Santa Cruz do Sul. 2013. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10862/1393> Acesso em: 14/08/2016.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito - Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª Ed. 2011. Editora Malheiros.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2008.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Ana Paula de Rosso Aguiar¹
Tatiane Bagagi Faria²*

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar os diferentes meios existentes de solução de conflitos interpessoais, sendo eles: autotutela, autocomposição e heterocomposição, com enfoque principal na autocomposição na qual estão inseridas a conciliação e a mediação, e também na heterocomposição na qual está inserida a arbitragem. Este trabalho também analisará o incentivo dado pelo Novo Código de Processo Civil (2015) para aplicação destes meios, bem como os benefícios trazidos para as partes ao se utilizarem destes mecanismos. Para tanto, serão feitos comentários a respeito do acesso à justiça e da busca pela paz social em conformidade com a realidade do sistema Judiciário nacional atual.

PALAVRAS-CHAVE

Resolução de Conflitos, Conciliação, Mediação, Arbitragem, Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

The present work has the objective to present the different existing resources of interpersonal conflict resolutions: autotutela, auto composition and hetero-composition, with main focus on auto composition, in which are inserted the conciliation and mediation and also on hetero-composition, in which is inserted the arbitration. The work will also review the encouragement given by the New Civil

1 Graduada em Direito pela Univem – Centro Universitário Eurípedes de Marília. E-mail: anapaula_16aguiar@hotmail.com

2 Graduada em Direito pela Univem – Centro Universitário Eurípedes de Marília. E-mail: tatib.faria@hotmail.com

Procedure Code (2015), for the application of those measures, as well as the benefits brought for the stakeholders when using these mechanisms. Therefore, comments will be made about the access to justice and the search for the social peace complying with the current reality of the national System Judiciary.

KEYWORDS

Conflict Resolutions, Conciliation, Mediation, Arbitration, New Civil Procedure Code.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é traçar algumas considerações a respeito dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, em especial no âmbito do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.015/15), em vigor desde 18 de março de 2016, que trouxe em sua estrutura formas de utilização da mediação, arbitragem e conciliação como forma de solução de conflitos.

O cenário do Judiciário é encarado, nos dias atuais, como um sistema falho, incapaz de atender de forma satisfatória as demandas presentes, em razão, principalmente, da morosidade nos trâmites processuais.

Diante desta crise no Judiciário, os meios alternativos surgiram como uma forma de atender às necessidades sociais na busca pela resolução de conflitos, buscando a rapidez e simplicidade, de modo a considerar os interesses das partes envolvidas e buscar uma solução que seja mais justa para ambas as partes.

Neste contexto, a abordagem deste assunto se torna muito interessante em razão de ser uma nova realidade encarada pelos operadores do direito, em especial no momento em que vivemos, com o advento do novo Código de Processo Civil, que abriu espaço para a manifestação destes métodos alternativos.

A presença de métodos consensuais de solução de conflitos visa facilitar o acesso à Justiça por meio da conciliação, mediação e arbitragem, dando a oportunidade de resolver a questão de maneira amigável, sem a morosidade e formalismo processual. A presença de uma terceira pessoa intermediando o diálogo, através de métodos de comunicação próprios, é capaz de demonstrar às partes a importância da solução de problema de forma amigável e eficiente, demonstrando que a celebração de um acordo, por exemplo, pode ser eficaz para ambos as partes.

Para a elaboração do presente trabalho, adotou-se a abordagem por meio do método dedutivo e de procedimento histórico e comparativo, através de pesquisa bibliográfica, com suporte no Manual de Mediação Judicial, Novo Código de Processo Civil e artigos concernentes ao assunto abordado. Por fim, a relevância do tema versado se encontra presente nas discussões jurídicas da atualidade, uma vez que, por se tratar uma nova vertente do processo civil, é um assunto muito debatido e passível de várias interpretações no âmbito jurídico.

1. OS CONFLITOS SOCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

O homem, por sua natureza, vive de forma a estabelecer relações com outros indivíduos, que no início tendem a ser amistosas e pacíficas. Porém, com a convivência diária, os interesses de um particular se sobrepõem ao interesse do outro,

causando uma divergência de valores e, conseqüentemente, gerando um conflito.

Como se não bastasse a divergência de vontades entre as partes que se relacionam, a falta de comunicação também é um fator primordial na geração de impasses interpessoais, uma vez que as pessoas tendem a não dialogar sobre o conflito gerado, optando por recorrer à soluções extremas, como, por exemplo, buscar o Judiciário. Na sociedade em que vivemos a existência do conflito é inevitável, visto também como uma questão inerente a qualquer situação de mudança. No intuito de conceituar conflito, Luchiarì (2012, p. 67) explica que:

Conflito é um choque de posições divergentes, ou seja, de intenções, condutas diferentes, que aparecem num momento de mudança na vida de uma ou ambas as partes. E, de forma, simplista, pode-se dizer que o conflito é o resultado normas das diferenças humanas e da insatisfação de suas necessidades.

Para se obter uma análise mais precisa do conflito, é necessário proceder a um estudo de várias questões, como características interpessoais das partes, a natureza da questão que deu origem ao conflito, o ambiente social em que o problema surgiu e as conseqüências que o conflito traz para as partes, bem como para terceiros interessados. Todos estes fatores são fundamentais para se apurar o tipo de conflito, sua proporção e qual a melhor forma de solucioná-lo.

Todo conflito gera efeitos construtivos e destrutivos para as partes e terceiros interessados, logo é importante analisar cada problema sob sua ótica particular, a fim de buscar soluções que atendam necessariamente os interesses almejados. Sobre os efeitos de um conflito perante os envolvidos, Deutsch (2004, p.41) disserta:

(...) um conflito claramente tem conseqüências destrutivas se seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem conseqüências produtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. Também, na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros.

Os conflitos podem surgir de situações diversas, podendo ser divididos em quatro espécies, de acordo com Vasconcelos (2014, p. 25):

- 1) conflitos de valores, que são as diferenças morais, ideológicas e religiosas existentes entre as pessoas;
- 2) conflitos de informação, por serem incompletas, distorcidas ou com conotação negativa;

- 3) conflitos estruturais, por diferenças de posições sociais, políticas e econômicas dos envolvidos;
- 4) conflitos de interesses, que podem ser entendidos como a reivindicação de bens e direitos de interesse comum e contraditório.

Como vimos, a existência de conflitos é inevitável e é inerente ao comportamento humano, estando presente em todas as sociedades, desde a época primitiva até a modernidade. No mesmo passo, a presença de mecanismos de solução de conflitos não é novidade da sociedade moderna, uma vez que sempre houve a necessidade de solucionar e trazer a paz social às relações interpessoais.

1.1 O acesso à Justiça e a busca pela paz social

A garantia constitucional do acesso à Justiça é um instituto jurídico muito significado e que foi adquirido no decorrer de uma longa evolução histórica. Antigamente, não havia a figura do Judiciário como meio para resolver os conflitos de interesses, onde as partes deviam resolver o problema entre si da forma que entendiam justa, utilizando até mesmo a força física como meio solucionador de conflitos.

Com o passar do tempo, o Estado passou a ser o detentor do poder de aplicar o Direito, regulando as relações sociais através do Poder Judiciário. Sobre o assunto, o ministro Luiz Fux ensina:

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto (...) (FUX, 2004, p.41).

A importância do acesso à justiça é tanta que foi elencada dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXV, com a seguinte redação:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 2000).

Não obstante, o acesso à justiça também consta da 1ª Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, elevando este direito ao patamar de prerrogativa de Direitos Humanos. Logo, colocar em prática essa garantia é algo fundamental para o Estado, que deve não só promover este acesso, mais sim facilitá-lo a todos os indivíduos, que muitas

vezes vivem em realidades desiguais.

Além de buscar alcançar estes resultados, há outro fator muito determinante quando se fala de acesso à justiça: a efetividade. Não basta o indivíduo ter acesso ao Judiciário, mas sim as decisões devem buscar produzir efeitos práticos na vida social. A respeito da efetividade, Marinoni e Mitidiero (2008, p. 97):

(...) Restou claro que hoje interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que sua simples declaração pela sentença de mérito. Daí, pois, a necessidade de compreender a ação como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, como direito à ação adequada, e não mais como simples direito ao processo e um julgamento de mérito.

Todavia, a realidade encontrada no Judiciário brasileiro é diversa do que se almeja com a garantia do acesso à justiça de forma efetiva. Há muita morosidade nos processos judiciais e ao final, com a sentença com análise de mérito, muitas vezes não se encontra a efetividade almejada. Com esta demora nos trâmites processuais, muitas pessoas enxergam o Judiciário como um meio que trará mais prejuízos do que benefícios.

Diante deste grande impasse que se encontra enraizado em nosso sistema Judiciário, operadores do direito se viram na necessidade de buscar formas alternativas na busca pela paz social. Desta maneira, diante de um conflito de interesses, as partes devem buscar de forma efetiva restabelecer a paz social ameaçada pelo conflito criado, objetivando, em primeiro lugar, o convívio harmônico entre os indivíduos. O processo judicial é encarado, por muitos, como um meio de discussões entre as partes, onde ninguém abre mão de seus interesses e valores pessoais em detrimento de um resultado que seja adequado para ambas as partes. Todavia, o Judiciário já vem trabalhando formas de pacificação de litígios na busca pela paz social, com formas alternativas de resolução de conflitos antes do ingresso de uma ação judicial.

Neste sentido, Calmon (2013, p.20, 21) explica que a ausência de harmonia no cumprimento espontânea da lei gera o conflito e conseqüentemente a figura da jurisdição estatal como o meio ordinário para a solução do litígio. Todavia, este não é o único e exclusivo meio conveniente para a solução de conflitos, existindo métodos alternativos para se buscar uma solução amigável e efetivação do direito e da paz social entre os indivíduos envolvidos em um litígio.

Na tentativa de desafogar o sistema Judiciário, os meios de resolução de conflitos surgiram como forma alternativa ao processo judicial, atuando de forma mais célere e mais amistosa. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, estas ferramentas se viram efetivados em um texto normativo que tende a trazer as

soluções amigáveis como regra para o trâmite processual, visando, além de tudo, restabelecer a paz social e tornar efetiva a decisão alcançada.

2. MEIOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Existem diversos meios pelos quais podem ser solucionados os conflitos interpessoais, esses meios são divididos universalmente em três grandes grupos, sendo eles a autotutela, autocomposição e heterocomposição.

A principal diferença entre os meios pertencentes a esses três grupos é muito bem explicada por Vicente Greco Filho:

Simultaneamente ao nascimento do direito, que tem por fim a solução justa dos conflitos ou convergências de interesses, surgem os mecanismos, previstos pelo próprio direito, de efetivação das soluções por ele impostas. Costuma-se dividir o sistema de efetivação de direitos em três fases distintas: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição. Na primeira, em virtude da inexistência de um Estado suficientemente forte para superar as vontades individuais, os litígios eram solucionados pelas próprias forças, imperando a lei do mais forte. Na segunda, as partes abriam mão de seu interesse ou parte dele, de forma que, por meio de concessões recíprocas, seria possível chegar à solução dos conflitos. Na terceira, própria de um estado de direito, o Estado matéria órgãos distintos e independentes, desvinculados e livres da vontade das partes, os quais, imparcialmente, deteriam o poder de dizer o direito e constranger o inconformado a submeter-se à vontade da lei. Essas três fases, que podemos aceitar como logicamente existentes, não existiram em termos cronológicos, isto é, não são fases históricas propriamente ditas, mas princípios lógicos e de justiça que se digladiaram em todos os momentos históricos e ainda hoje se digladiam, prevalecendo ora um, ora outro. (FILHO, 1989, p.28).

Mais importantes do que a diferenciação das diferentes formas para resolução dos conflitos é entender que o objetivo de qualquer uma das modalidades utilizadas atualmente deve ser sempre o de resolver o impasse de maneira justa, sem prejudicar nenhum dos oponentes.

2.1 Autotutela

A autotutela se caracteriza como uma forma de vingança privada, onde o que impera é a vontade do mais forte perante o mais fraco, por isso é vista como uma forma primitiva para se resolver os conflitos, o Estado não tem qualquer participação nessa forma de solução.

Nesse sentido ressalta Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 13):

Nas fases primitivas da civilização dos povos, quando ainda inexistiam leis gerais e abstratas ou um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Tratava-se da autotutela, naturalmente precária e aleatória, que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto ou ousado.

Dois traços são fundamentais para a caracterização da autotutela segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, sendo eles: "a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição da decisão de uma das partes à outra." A partir desse entendimento fica claro que a autotutela não é a forma melhor forma para a resolução dos conflitos interpessoais na sociedade moderna, pois uma decisão que é imposta pelo mais forte ao mais fraco não pode ser considerada justa.

Em um país de dimensões continentais como é o Brasil, onde as grandes riquezas estão concentradas em poder de uma pequena parte da população, seria absurdo pensar que a autotutela poderia ser a melhor opção para se resolver os conflitos interpessoais, pois devido a grande desigualdade social existente no país fica claro que os detentores de poder sempre se valeriam dessa condição para a imposição de sua vontade perante os mais fracos, que não teriam como se opor as injustiças cometidas.

2.2 Autocomposição

A autocomposição se configura quando as partes entram em um consenso para a resolução do conflito que se instalou entre elas, isso pode acontecer de três formas, a primeira se apresenta quando uma das partes, unilateralmente abre mão do seu interesse, que é o objeto do conflito, a segunda ocorre quando as duas conjuntamente entram em um acordo, fazendo concessões recíprocas, por último, mas não menos importante se caracteriza quando um terceiro se coloca no meio do conflito, visando facilitar a comunicação entre os envolvidos, para que com isso possam chegar a uma solução.

Petronio Calmon esclarece a respeito de que nem todos os bens jurídicos podem ser objeto da autocomposição na resolução dos conflitos que os envolvam:

Autocomposição é o acordo caracterizado pela concessão e, em tese, poderia versar sobre qualquer bem da vida. Ao titular de um

bem, com poderes para disposição, é conferido, por via de consequência, o direito de desistir dessa titularidade, dela abrindo mão total ou parcialmente. A regra até mesmo óbvia, é considerar que só pode transigir sobre um bem do qual se tenha direito ou poder de dispor, total ou parcialmente. (CALMON, 2013, p. 9)

A autocomposição é um grupo do qual a mediação e a conciliação fazem parte, elas visam à composição do conflito por intermédio de um terceiro, que se insere na situação conflituosa objetivando a facilitação do diálogo entre as partes para que elas possam chegar a uma resolução para o conflito existente entre elas.

A autocomposição é vista por muitos na doutrina como uma forma evoluída para se resolver os conflitos interpessoais, pois nela não se faz necessário que um terceiro (juiz ou árbitro) imponha uma solução para o conflito, nela as próprias partes, sozinhas ou com a ajuda de um intermediador conversam e chegam a um acordo que resolve em definitivo o conflito.

2.3 Heterocomposição

A heterocomposição é a forma de resolução do conflito onde um terceiro alheio ao conflito se insere entre as partes para estabelecer uma resolução para o conflito, essa resolução é impositiva, ou seja, a decisão do terceiro vincula as partes, que devem cumprir com o que foi decidido.

Esse mecanismo é encontrado de duas maneiras, a primeira delas na resolução dos conflitos de forma arbitral, onde um terceiro (a quem se é dado o nome de árbitro), que está revestido da confiança das partes, sendo indicado pelas mesmas para o julgamento da demanda, a outra é a prestação jurisdicional, que se caracteriza pela prestação dada pelo Estado, por meio dos seus juízes, na decisão dos conflitos que são levados para seu julgamento.

Para Delgado (2011, pp.1371-1372) se caracteriza a heterocomposição da seguinte maneira:

[...] ocorre quando conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. Em vez de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo unilateralmente uma delas, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida. Na heterocomposição também não há exercício de coerção pelos sujeitos envolvidos. Entretanto pode haver, sim, exercício coercitivo pelo agente exterior ao conflito original – como se passa no caso da jurisdição.

A heterocomposição diferentemente da autotutela, onde se impõe a vontade do mais forte perante o mais fraco, se caracteriza pela imposição da decisão do terceiro que vai resolver o conflito, decisão essa que deve ser cumprida pelas partes envolvidas no conflito.

Esse mecanismo para resolução dos conflitos afasta a vingança privada da autotutela, pois não vai se impor a vontade do mais forte perante o mais fraco, o terceiro deve ser imparcial e decidir de maneira justa, sem favorecer ou prejudicar nenhuma das partes.

3. O INCENTIVO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, muitas mudanças foram apresentadas ao Poder Judiciário, no intuito de facilitar e acelerar os trâmites processuais. Dentre as que mais se destacaram, estão os meios alternativos de solução de conflitos. Esta efetivação no texto de lei se deu, especialmente, ao anseio da sociedade por um Judiciário mais célere e ao estímulo dado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a edição de resoluções que traziam a figura de mecanismos consensuais como válvula de escape para a efetivação dos direitos buscados pelos indivíduos.

Diante deste cenário, o Novo Código de Processo Civil recepcionou os meios alternativos de solução de conflitos, adotando a “Cultura da Paz” e implantando um novo comportamento por parte dos operadores de direito. Este novo paradigma serviu de base para a construção de uma nova era dentro do sistema jurisdicional brasileiro, uma vez que a tendência é que as pessoas se conscientizem que a adoção de práticas alternativas de solução de conflitos pode sim ser algo realmente eficaz, não precisando aguardar um longo processo para obter uma sentença em seu favor, que talvez, em razão da morosidade, não se mostre tão efetiva como deveria.

Além disso, os operadores do direito passaram a enxergar com outros olhos a adoção de tais práticas, reconhecendo a importância da figura do conciliador, do mediador e do árbitro, visto anteriormente com certo receio. Hoje, necessário se faz o incentivo e o aprimoramento destas pessoas que, baseados no Novo Código de Processo Civil, ajudarão muito o Judiciário brasileiro, diminuindo a quantidade de ações e trazendo efetividade para muitas demandas.

3.1 Conciliação

A conciliação é uma forma de resolução dos conflitos que se utiliza da autocomposição para sua efetivação, ou seja, são as próprias partes que entram em

um acordo a respeito da sua demanda, elas são aproximadas por um conciliador, para que assim possam dialogar e posteriormente firmar um acordo.

No site do Conselho Nacional de Justiça é apresentada a seguinte definição sobre a conciliação:

É um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

O conciliador é peça fundamental para que se chegue ao acordo, por isso deve ser uma pessoa preparada, que estudou para essa finalidade, que saiba a melhor maneira de abordar um problema, de criar uma linha de diálogo entre as partes.

Para Bacellar (2012, p. 69) é recomendado ao conciliador que descreva as etapas de um processo judicial, deixando claro para as partes os riscos que vão correr se decidirem seguir por esse caminho e as conseqüências a que o litígio pode levar, sendo eles:

- a) a demora e a possibilidade de recurso das decisões;
- b) o risco de ganhar ou perder, que é ínsito a qualquer demanda;
- c) a imprevisibilidade do resultado e de seu alcance;
- d) dificuldade na produção e o subjetivismo na interpretação das provas;;
- e) os ônus da eventual perda (despesas, honorários advocatícios, sucumbência).

Para o referido autor, depois que o conciliador enfatizar os riscos que advém do litígio, deve ainda destacar algumas das muitas vantagens que a conciliação proporciona, por exemplo:

- a) propiciar, no ato, a extinção do processo, sem recursos e sem demora;
- b) total independência e autonomia das partes em relação ao mérito do acordo;
- c) possibilidade de prever, discutir suas conseqüências e seus resultados;
- d) desnecessidade de provar fatos, embora a parte até possa ter condições de produzir a prova;
- e) ausência de ônus ou minoração das custas em relação à continuidade do processo pela forma heterocompositiva e método adversarial.

A partir destas explicações resta claro que a conciliação é um meio que pode proporcionar muitas vantagens para as partes e que por isso deve ser cada dia mais incentivado no ordenamento jurídico nacional.

4.2 Mediação

A mediação surge como uma alternativa para a resolução dos conflitos de forma autocompositiva, que visa que as partes entrem em um acordo, sempre precisar recorrer a jurisdição, que na maioria dos casos é demorada e não fornece garantias de uma decisão que vai deixar as partes satisfeitas.

Conforme ensina o professor Carlos Eduardo de Vasconcelos a mediação é:

[...] o método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, seqüenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumo do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagonicas 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. (VASCONCELOS, 2014, p. 54).

A principal ferramenta utilizada pela mediação é o diálogo entre os envolvidos e quem tem a tarefa de conduzir esse diálogo é o mediador, que ao decorrer da mediação deve sempre buscar facilitar o estabelecimento de uma linha de diálogo que leve a concretização do acordo.

Sussekind (2002, p. 1189) conceitua que:

A mediação é o processo dinâmico de convergência induzida ao entendimento. Visa à progressiva redução do espaço faltante para o atingimento do ponto de equilíbrio em torno do qual o consenso das partes se perfaz, livrando-as do impasse ou retirando-as da posição de conflito.

As partes muitas vezes entram em conflito e declaram guerra entre si, o interesse é somente ganhar, não importando as consequências que possam ser geradas pelo estabelecimento do litígio entre elas, é nessa hora que cabe ao mediador tirar elas da posição conflitante, para que assim possam vir a dialogar e posteriormente encontrar a melhor solução para o impasse vivenciado por elas.

Fica claro que a mediação é uma importante ferramenta para o restabele-

cimento da paz social, e que ela é uma ótima alternativa para que se resolva os conflitos de forma mais célere e eficaz, onde é possível que se alcance um acordo que mantenha a relação entre os conflitantes e que seja bom para todos os envolvidos, e por essa razão se torna mais fácil o seu cumprimento.

3.3 Arbitragem

No Novo Código de Processo Civil a arbitragem foi confirmada como um Instituto Jurisdicional, garantindo às partes optarem por este tipo de jurisdição. Embora já seja regulamentado por lei própria (Lei nº 9.307/96), agora está inserido no §1º do artigo 3º do Código de Processo Civil vigente, que autoriza o uso da arbitragem na forma da lei.

Conceitua-se arbitragem, de acordo com Gundel e Godoi (2015, p.10) como “sendo uma forma de resolução de conflitos onde as partes envolvidas reúnem suas vontades, com o objetivo de escolher um terceiro dissemelhante, para que ele aprecie a demanda e pronuncie uma decisão”.

A jurisdição da arbitragem se assemelha a um processo judicial, onde, ao final, é proferida uma sentença arbitral que vincula as partes. O árbitro escolhido para apreciar a demanda atua como se juízes fosse, analisando os fatos e o direito e, de acordo com sua convicção, profere uma decisão. No caso da arbitragem, não cabe recurso da decisão final, diferentemente dos processos judiciais, que possuem segundo grau de jurisdição. Utiliza-se a arbitragem especialmente em conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como forma de evitar a morosidade e os gastos judiciais. A importância da negociação é destacada por Sonia Valesca Menezes Monteiro:

Em uma sociedade exigente, que evolui de acordo com a cultura e os costumes, à medida que a informação é disseminada, ela cobra os resultados de forma rápida e eficaz, disposta a experimentar tais alternativas visando garantir o sucesso final, tanto econômico como satisfatório. Daí, não somente o Poder Público como também, a iniciativa privada, conseguem investir em sistemas de administração alternativa de conflitos, sendo que poucos, conseguem chegar à conclusão de seus resultados, em razão da ausência mínima de condições necessárias à implementação desses novos métodos e habilidades para negociar. (...) Mas hoje, as organizações inseridas no ambiente econômico e tecnológico – no mundo empresarial, passam por grandes transformações e tentam se sustentar na busca de novas parcerias, em um cenário não só de extrema competitividade, como amplo e dinâmico, necessitando constantemente de reestruturação nas relações entre os indivíduos com o propósito de serem avaliadas (MONTEIRO, 2009, p.55-56).

Como se vê, a arbitragem também é um meio muito promissor de resolução de conflitos, já existente em nosso ordenamento jurídico há muitos anos, porém vista com mais clareza após o advento do Novo Código de Processo Civil, que trouxe vários artigos tratando sobre o tema. Além da celeridade, outra característica fundamental desta jurisdição é a evitar a burocracia judicial, em especial os gastos tidos com o trâmite processual, principalmente em lides que versam sobre direitos patrimoniais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução da humanidade as relações interpessoais se tornaram cada dia mais necessárias, pois o convívio social teve que ser ampliado para atender as exigências de viver na sociedade moderna, que se tornou cada vez mais globalizada. O fato das relações serem cada vez mais próximas gerou como consequência o surgimento de muitos conflitos entre os indivíduos e por isso a prestação jurisdicional se fez necessária, porém não é sempre que a jurisdição atende de forma eficaz as necessidades das pessoas, pois, muitas vezes, a resposta do Judiciário é demorada, a produção de provas não é fácil e pode acontecer dos envolvidos no litígio não saírem satisfeitos com o resultado da demanda.

A partir desse entendimento se torna mais fácil compreender a necessidade de existirem outros meios alternativos que solucionem os conflitos interpessoais que venham a surgir na sociedade moderna. Os mais conhecidos e utilizados no ordenamento jurídico pátrio são a Conciliação, Mediação e Arbitragem.

Essas ferramentas são fundamentais para o restabelecimento da paz social de uma maneira eficaz e muito vantajosa para todos os envolvidos, pois a sua resposta é mais rápida, as partes não têm necessidade de se preocupar com a produção de provas (nos casos da conciliação e da mediação), que por vezes são difíceis de produzir.

No caso da conciliação e da mediação, além das vantagens já destacadas, cumpre salientar que por ser método autocompositivo, onde as partes entram em um acordo, faz com que se torne possível que as relações previamente existentes entre os envolvidos possam permanecer, ou ser restabelecidas depois que elas cheguem ao acordo. Também é muito mais fácil que o acordo possa ser cumprido pelas partes. A arbitragem se apresenta como uma solução eficaz, que se utilizando da heterocomposição, resolve diversos conflitos, sem que para isso se recorra à prestação jurisdicional, que é um processo demorado, e que em alguns casos pode prejudicar a eficácia da decisão de acordo com o interesse das partes. Ainda é possível que se escolha um árbitro de confiança das partes, o que não acontece na jurisdição, onde o juiz é escolhido de acordo com critérios de distribuição, sem que

haja participação dos litigantes.

O Novo Código de Processo Civil veio muito promissor no sentido de estabelecer estes meios alternativos como uma regra processual, recebendo um enfoque maior no texto legal, ao ser comparado com a lei antiga. Esta concepção se deu em virtude da necessidade de mudança da atuação no nosso Judiciário, que se encontra cada vez mais sobrecarregado de processos que tramitam por muitos anos. Além disso, promover a “Cultura da Paz” é algo de muita valia, pois as pessoas possuem um ponto de vista muito distorcido sobre os acordos judiciais e, até mesmo sobre os trâmites processuais. Todavia, com o grande incentivo dado pela lei vigente, isto tende a mudar, implantando um novo comportamento frente à necessidade de resolver conflitos.

Por todo o exposto fica claro que os meios alternativos para a resolução de conflitos devem ser incentivados no nosso ordenamento jurídico, uma vez que oferecem muitas vantagens decorrentes de sua utilização. Logo, se faz necessário que eles sejam amplamente divulgados, para que as pessoas possam conhecer as suas peculiaridades e a partir disso possam escolher conscientemente a melhor forma para resolver os conflitos que vivenciam.

REFERÊNCIAS

BACELAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem** - São Paulo: Saraiva, 2012. - (Coleção Saberes do direito; 53).

BARBOSA, Oriana Piske de Azevedo Barbosa; SILVA, Cristiano Alves. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15)**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf>. Acesso em 22/08/2016.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CALMON, Petronio, 1958, **Fundamentos da mediação e conciliação** - 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER. Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DEUTSCH, Morton. **A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos**. New Haven (CT) Yale University Press, 1977 – traduzido e parcialmente publicado em AZEVEDO, André Gomma de (Org). Estudos em arbitragem, mediação e negociação, v.3- Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO FILHO, Vicente, 1943. **Direito processual civil brasileiro**. v.1 – São Paulo: Saraiva: 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 10, p. 13-19, jul./dez. 2007. Disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf. Acesso em 10.08.2016.

GUNDEL, Priscila Lutz; GODOI, João Adelar Mallmann. **Eficácia dos meios alternativos na resolução dos conflitos: mediação, arbitragem e práticas restaurativas frente ao novo Código de Processo Civil**. 9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso do Direito da FAMES. 2015.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Conflito, conciliação e mediação**. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais. v.2, nº 1, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MONTEIRO, Sonia Valesca Menezes. **A arte da negociação no mundo globalizado**. Revista Justitex, ano VII, Nº 76, 2009.

Movimento pela Conciliação- Conselho Nacional de Justiça- CNJ. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-numeracao-unica/documentos/356-geral/125-conciliacao>>. Acesso em 15/08/2016.

PEREIRA, Clóvis Brasil. **Conciliação e Mediação no Novo CPC**. Disponível em:< <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>>. Acesso em 22/08/2016

SANDOVAL, Ana Flávia Magno. **A cláusula arbitral e as normas do novo CPC**. Disponível em:< <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>. Acesso em 22/08/2016.

SUNSSEKIND, Arnaldo Lopes *at AL*. **Instituições do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, v. 2.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas – 3ª Ed. rev., atual. e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BREVES COMENTÁRIOS AO ENFOQUE DADO À CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PELO CNJ¹

BRIEF COMMENTARIES ON THE APPROACH GIVEN TO THE CONCILIA-
TION AND MEDIATION IN THE CODE OF CIVIL ACTION AND FOR THE CNJ

Cristina Akemi Myaki Grosskopf²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, constituição cidadã, para fazer jus a esta denominação precisou fazer uma mudança de enfoque em relação ao Código de Processo Civil datado de 1973. O mundo mudou e o direito e a prestação jurisdicional precisam de uma sintonia fina para equilibrar as relações e prevenir o aumento de lides buscando uma sociedade mais pacífica, não sem conflitos mas que estes existindo possam se resolver de forma mais célere e efetiva, deixando para o juízo apenas os casos de difícil solução. Através de uma releitura de textos pretende-se relatar no presente resumo como tem sido visto a conciliação e a mediação neste novo cenário em que vige o Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição, eficácia, jurisdição, teorias.

SUMMARY

The Federal Constitution of 1988, citizen constitution, to live up to that name had to make a change of approach in relation to the Code of Civil Procedure dated 1973. The world has changed and the law and the judicial assistance need fine-tuning to balance relations and prevent the increase in litigations seeking

¹ Trabalho desenvolvido sob a orientação do professor Nery dos Santos de Assis.

² Pós-graduada em Educação Especial Inclusiva pela UNICERP, Graduação em LETRAS pela FAFI de Patrocínio, Graduação em Fonoaudiologia pela USC de Bauru, aluna do 10º período da graduação do curso de Direito da UNICERP, aluna da Pós-graduação no Novo Código de Processo Civil pela UNICERP.

a more peaceful society, not without conflicts but that they exist can be solved more quickly and effectively, leaving only the judgment cases difficult to solve. Through a rereading of texts intended to report in this summary as has been seen conciliation and mediation in this new scenario in which prevails the New Code of Civil Procedure.

KEYWORDS

Constitution, effectiveness, jurisdiction, theories.

INTRODUÇÃO

Após vigor por 43 anos o Código de Processo Civil de 1973, também conhecido por código Buzaid, em homenagem ao então ministro da justiça e posteriormente membro do Supremo Tribunal Federal, Alfredo Buzaid que foi um dos seus principais elaboradores, dá lugar a um novo momento processual trazido à luz do século XXI pela Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), que passou a vigorar a partir 18 de março de 2016.

Na visão de Nelson Nery Jr. (2015) o processo civil antes de tudo deve ser ordenado pelo texto normativo do Código de Processo Civil e este deve se subordinar aos valores e princípios constitucionais, preconizados pela República Federativa do Brasil, fundado no Estado democrático de direito, entre os quais podemos citar o princípio da soberania, cidadania, da dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, de forma a confirmar a democracia e resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesta ótica devemos nos questionar: se toda lei infraconstitucional do ordenamento jurídico pátrio deve seguir a sua Carta Magna, então dentro de uma visão estritamente legalista e positivista do direito quais as mudanças ocorreram para esta mudança de paradigma? O que havia e o que vem a tona agora com o novo código corresponderão aos anseios da sociedade?

Ao discorrer sobre este tema pretende-se de forma suscinta e objetiva proporcionar uma leitura ao mesmo tempo informativa e reflexiva sobre a questão dos métodos alternativos da solução de conflitos e a sua contextualização no Novo Código de Processo Civil.

A valorização dos princípios constitucionalistas voltam ao foco como vem trazer os novos legisladores, não sem antes ter sido objeto de pesquisa e estudo pelo Conselho Nacional de Justiça quanto a esta nova abordagem e a necessidade de sua implementação de forma responsável, célere e eficiente.

DESENVOLVIMENTO

Breve retrospectiva histórica

A sociedade passa por constantes transformações ao longo dos séculos, o que evidencia a necessidade de inovações em todos os ramos que perfazem a totalidade do ser humano e atender a essa peculiaridade da diversidade nem sempre é tarefa fácil, neste sentido vemos o que acontece no ramo do direito.

Numa leitura esquemática da visão Aristotélica o homem se une a mulher para constituir uma família, mas não bastava a família para superar as adversidades da época para se ter uma vida confortável por isso houve a união de famílias em comunhão de esforços visando o bem comum. Mais tarde, esta união de famílias, dá origem às cidades.

Desde então a complexidade das cidades não param de crescer em número e em população. Viver em sociedade demanda uma extrema organização, regras de convivência são necessárias para estabelecer e manter o equilíbrio nas relações humanas, já que conflitos (individuais ou coletivos) são inerentes a natureza humana. O homem embora seja um ser social necessita de limites para que a sua individualidade seja preservada e não ultrapasse os limites do outro e, a fim de manter a sua segurança, surge o Estado, devendo este entre outros promover a defesa de interesses individuais frente a outros indivíduos ou mesmo em face de uma coletividade.

Essa diversidade de classes sociais e culturais são o resultado da evolução própria do desenvolvimento humano, as grandes navegações, a exploração de novas rotas comerciais, a conquista de novos territórios tudo isto parece coisa do passado, mas na verdade também fazem parte do nosso cotidiano. Podemos perceber isso através do intenso processo de globalização no qual estamos inseridos, tudo pode estar tão distante e tão próximo ao mesmo tempo, bastando para tanto um simples toque no teclado para que uma multiplicidade de possibilidades se descortinem frente a nossos olhos.

O homem ao mesmo tempo se sente poderoso por ter acesso a tantas ferramentas do mundo virtual, mas por outro lado muito inseguro e ansioso quando estas possibilidades não se transferem automaticamente para o mundo real.

Porém um detalhe relevante deve sempre ser recordado, onde há mais de um ser humano deve haver normas de convivência de forma a garantir a cada um seu espaço, sendo uma das prioridades do Estado a pacificação social, do contrário corre-se o risco de voltar ao tempo das cavernas onde vale a lei do mais forte ou mesmo da justiça feita pelas próprias mãos. Isto já não cabe nos dias atuais embora ainda aconteçam. A cada barbárie testemunhada hodiernamente observa-se a decadência de um sistema ineficaz, incapaz de garantir um dos objetivos principais da República que é a de construir uma sociedade justa e solidária, conforme o previsto no artigo 3º, I da Constituição Federal.

Preocupados com esta questão e visando justamente a eficácia de um sistema judiciário mais moderno e que possa garantir os preceitos preconizados pela última constituição, qual seja a de 1988, Constituição Cidadã, é que os legisladores

sentiram a necessidade de sintonizar mais uma vez com a sociedade, tendo em vista a morosidade e o abalroamento de processos que se acumulam vertiginosamente no atual sistema judiciário.

Na atualidade, com a modernização de tecnologias, mais do que nunca o que se busca é uma maior celeridade e eficácia em tudo que fazemos e pretendemos. Não há como conceber neste contexto uma prestação jurisdicional lenta e ineficaz, como a que tem sido oferecida pelos moldes do último Código de Processo Civil (CPC) de 1973. Ele foi positivo na época em que foi introduzido, mas de lá até hoje mais de quarenta anos se passaram e as transformações não são mais abrangidas pelo mesmo.

Há várias dissonâncias do Código de Processo Civil de 1973 em relação aos objetivos da Constituição de 1988 que não se comunicam. O que se pretendia com o primeiro era uma prestação jurisdicional o mais adequada possível, não havia maiores preocupações com o direito material a ser garantido e sim com a formalidade processual que deveria ser cumprido para desse modo conferir 'segurança jurídica' e mantendo a jurisdição a salvo que quaisquer questionamentos ou equívocos.

Para a época em que foi promulgado o Código de 1973, e em que o acesso a justiça não era para todos, o código atendeu muito bem, porém, com a nova visão constitucional proporcionada pela Carta Magna de 1988, mudanças deveriam ser implementadas para com isso assegurar a todos garantia de acesso à justiça e também de preservação do direito material, sob pena de não ter resultados úteis em detrimento da garantia processual.

O processo então passa a servir para garantir os direitos materiais, devendo-se desta forma impor uma nova ótica, a da primazia do mérito, para que a prestação jurisdicional seja adequada a cada caso em concreto.

Portanto, mais do nunca a tão necessária e aguardada atualização e modernização do processo civil, de forma a conferir celeridade, eficácia e protagonismo à prestação jurisdicional, objetivando a pacificação social tendo como referência os princípios constitucionais.

A inovação da possibilidade da conciliação a qualquer tempo do processo

Uma das inovações mais relevantes trazidas pelo CPC de 2015 é em relação a valorização dos meios de resolução de conflitos, com ênfase na conciliação e mediação, formas estas vistas como meios alternativos de resolução de conflitos ganharam destaque legal nesta nova roupagem do CPC, perdem a característica de meio e passam a ser formas cruciais a serem incentivadas durante todas as etapas processuais para se dirimir o conflito, seja pré ou mesmo pós intervenção judicial. Conforme já preconizado pela doutrina a conciliação e a mediação são ferramentas preciosas para

a autocomposição, visam desta forma dar maior celeridade ao processo e também inculcar nas partes o poder que tem em solucionar as próprias demandas.

A divergência de pensamentos e valores é comum em todas as relações humanas e faz parte da natureza humana a cultura da litigância, todos querem ter razão e vão buscar esta razão no judiciário e essa talvez tenha sido uma forma equivocada de se interpretar a gratuidade e o livre acesso à justiça trazidas pela Constituição de 1988. Nem tudo precisa ser resolvido pelo juízo as pessoas também devem ser encorajadas a buscar a solução através do diálogo, mesmo que para tal necessite de interlocutores, por exemplo, conciliadores, mediadores, porém, não necessariamente juízes.

As decisões proferidas pelo juízo (imparcial, impessoal) são em sua maioria tecnicamente perfeitas, logicamente bem fundamentadas, contudo, nem por isso irão satisfazer às partes, na maioria das vezes não satisfaz nenhuma delas, por diversos fatores, a começar pela duração razoável do processo até a sentença, seja por perda do objeto ou mesmo da perda do interesse em agir, entre outras razões, então de que terá adiantado a prestação jurisdicional? Neste sentido é que o Novo Código de Processo Civil traz a proposta de mudança a fim de se efetivar a garantia de acesso e prestação jurisdicional conforme a constituição.

No capítulo V que trata da audiência de conciliação ou de mediação, conforme artigo 334 do Código de Processo Civil, mediante a petição inicial tendo esta preenchido todos os requisitos formais e não sendo caso de improcedência de pedido, o juiz desde logo designará audiência de conciliação ou mediação, conforme for o caso, com antecedência mínima de trinta dias, devendo o réu ser citado com pelo menos vinte dias de antecedência.

O Conselho Nacional de Justiça há tempos tem se preocupado com estas questões e através de pesquisas de dados chegou a essa conclusão de que novas alternativas devem ser ofertadas e incentivadas aos cidadãos. Para tanto já vem aparelhando o judiciário para atuar com estas novas formas de resolução de conflitos, um exemplo disso são os chamados CEJUS (Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania), em ampla difusão por todo o estado.

O artigo 165 do Código de Processo Civil traz a previsão expressa da determinação de que cabe aos tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Neste sentido Fredie Didier Jr (2016, p. 271) pontua a mediação e a conciliação como uma política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, ou

seja, o princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição:

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo a autocomposição pode ser entendido como um esforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. FREDIE DIDIER JR. 2016.

São novos tempos, novos desafios e há uma necessidade de que todos estejam afinados e engajados neste processo. Desta forma a utilização da conciliação e mediação poderão ser utilizadas como pré-postulatórias, no caso em que se resolverem nem necessitarão de postular em juízo bastando apenas o pedido de homologação de decisão extrajudicial. Porém, nada disso impede que em fase posterior se recorra ao juízo.

Observemos a conduta expressa no artigo 3º, § 3º do Código de Processo Civil:

§3º a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados e defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Independentemente das partes terem ou não tido oportunidade de conciliarem, o juízo deve incentivar durante todo o processo a conciliação, podendo o mesmo ocorrer mesmo após ser dada a decisão pelo juízo. Eis a grande inovação do novo Código de Processo Civil que inaugura uma nova era, a do empoderamento pessoal, ou seja, a possibilidade das pessoas exercerem seu poder de encontrar soluções que melhor atendam as suas necessidades sem que com isso necessitem ingressar em juízo, como se essa fosse a única e a mais correta fonte de justiça.

Durante sua vida e em suas obras Rudolph Von Jhering (2012), procurou evidenciar a importância da função social das leis, ou seja, não cabe ao Estado a função de dirimir os conflitos mas sim criar mecanismos (leis) que possam levar os indivíduos a solucionarem por si próprios. (...) o Estado, do seu ponto de vista, não pode ser considerado uma obstrução biológica. (...) E agora, na Idade Moderna, quando o Estado procura fazer justiça entre as partes, os problemas de litígio se tornaram ainda mais complexos.

Em seu tempo já havia a preocupação e questionamentos em relação a interferência do Estado nas lides, sendo este talvez um entrave e não uma solução para as mesmas. Foi Jhering um dos pioneiros a pensar num 'método legal que estabelece a jurisprudência dos fatos contra a jurisprudência dos conceitos', sendo esta uma das

três fases do positivismo jurídico considerado pela hermenêutica jurídica.

A imutabilidade das decisões judiciais

Ao contrário das decisões que possam emanar de forma administrativa pelos poderes legislativos e executivo, as decisões jurisdicionadas não são passíveis de intervenção por meio de outro poderes. A imutabilidade é uma característica inerente a ela, nem mesmo a própria jurisdição poderá alcançá-la.

Na visão de Theodoro Jr. (2015), “a jurisdição é função do Estado de fazer atuar a regra jurídica ao caso concreto. Tal função é atribuída a um terceiro imparcial (o juiz) encarregado de disciplinar (reconhecer, efetivar ou proteger) situações jurídicas concretamente deduzidas por meio de decisões aptas a tornarem-se imutáveis e insuscetíveis de controle externo.”

Consiste esta imutabilidade no conhecido jargão de produzir coisa julgada material, tendo em vista alcançar um de seus pilares que é a segurança jurídica, a coisa julgada material impede inclusive que a própria jurisdição reavalie e decida a mesma relação jurídica (autocontrole da jurisdição).

A inovação do estímulo à autocomposição durante toda a fase processual visa atuar de forma preventiva e proativa para que não se eternizem as lides. Por exemplo, no caso de haver conciliação extrajudicial, estas decisões podem ser homologadas judicialmente tornando-se títulos executivos e também nada impede que não se chegando a um consenso que se o faça de forma judicial, porém em nome da celeridade, economia processual e eficácia da decisão, a conciliação e a mediação serão instrumentos sempre colocados a tona para verem prosperar e superar a lide formada.

Teoria dos jogos X Ética no discurso de Habermas

As técnicas de conciliação e mediação propostas pelo Conselho Nacional de Justiça e desenvolvidas nos curso de formação de conciliadores e mediadores são baseadas em formas de se fazer acordos chegando-se a um consenso. A proposta visa oferecer às partes a compreensão entre o que significa barganhar por interesses e barganha por posições, sendo a segunda sempre prejudicial a ambos. É importante que as partes tenham discernimento do que realmente desejam, não basta querer e dizer o quanto tem razão.

Trata-se efetivamente de um jogo onde a negociação é a mola mestra. Há o pressuposto de que as negociações fazem parte do cotidiano das pessoas, contudo, nem sempre as negociações progridem de forma positiva devido a deficiência da comunicação entre as partes. Podem as sessões ser acompanhadas pelos defenso-

res das partes, porém estes devem se abster de falar neste momento cabendo aos mesmos dar sua contribuição final quando necessário em relação as formalidades que sejam necessárias ao ato. Nem sempre o que se busca é o direito material em si, muitas vezes numa lide o que realmente se pretende não está sequer expresso na petição inicial. Tomemos o caso, por exemplo, de alguém que pleiteia na justiça a indenização por danos materiais e morais por ter tido seu nome inscrito indevidamente no Serviço de Proteção ao Crédito.

A indignação de não ter sido vista como um ser digno de respeito ou ser atendida na agência para resolver a questão, leva a pessoa a buscar na justiça seus direitos de cidadão e ao final da lide, mesmo tendo tido seu direito reconhecido pelo juízo, de nada adiantará tendo em vista que o sofrimento pode perdurar, pois o que se pretendia era o reconhecimento da parte demandada de seu erro e o evidente pedido de desculpas, mas como não foi exposto na petição inicial ninguém se atreve a mencioná-lo em juízo. São regras de urbanidade que talvez prescindam da prestação jurisdicional e sejam mais efetivas na prática daquilo que se espera.

Constitucionalmente é dar a liberdade ao cidadão de agir em prol de si mesmo com o respaldo da jurisdição. A conciliação e a mediação são alternativas trazidas para o Código de Processo Civil para implementar e superar as falhas jurisdicionais a partir de sua entrada em vigor.

A teoria dos jogos que a princípio é possível ser visualizada no Novo Código de Processo Civil que abre as portas para o uso da conciliação e mediação como meios de solucionar conflitos, baseia-se naquilo que a doutrina considera como sendo o equilíbrio de NASH, que em seu artigo Gustavo de Carvalho (2016) considera-o como consistente não somente na adoção de manobras considerando as opções racionais dos demais envolvidos, mas considerando primordialmente, qual das manobras retorna o maior benefício à luz da estratégia dos outros participantes do jogo. É como traçar o *modus operandi* de forma racional³ da parte adversa e daí optar pelas formas que melhor se enquadrem ou satisfaçam as partes de modo a estabelecer o denominado *payoff*.

As maiores resistências que se firmam neste sentido são em relação aos advogados que acreditam que com isso serão preteridos em detrimento de outros atores que poderão atuar como conciliadores, mediadores e árbitros e mesmo em

³ Mas, na perspectiva do CNJ, a racionalidade deve ser utilizada numa perspectiva de Razão Meio-Fim com ênfase nos Fins, em substituição à Razão Meio-Fim com ênfase nos Meios, esta última que estava pulverizada na lógica procedimental de atuação o CPC de 1973, neste sentido, não haverá qualquer ruptura com específica com o modelo de Racionalidade Instrumental (HORKHEIMER) ou Meio-Fim (WEBER), portanto, muda-se mas sem romper com este parâmetro de racionalidade.

relação aos juízes, os mais tradicionais acreditam que com isso estarão perdendo “poderes”. Frente ao “novo”, a única e maior pretensão que se tem com essa mudança de paradigma é que a prestação jurisdicional venha a ter sentido e eficácia em tempo real, garantindo com isso a satisfação individual e a pacificação de conflitos, além de ser garantia de acesso à justiça, são anseios pretendidos através da aplicação dessa técnica.

Por outro lado os fundamentos poderiam ter sido estabelecidos a partir da teoria da ação comunicativa de Habermas (1996), mais especificamente no que se refere a ética do discurso, assim como na perspectiva consistente na coesão interna entre Estado de direito e democracia, para dar maior sustentabilidade a essa nova técnica de conciliação e mediação. Ao passo que a Teoria dos jogos baseia-se em passos previsíveis racionalmente calculados, ou seja, há ainda um certo controle por parte do Estado, e, no limite, em razão de ser uma teoria de matriz matemática, confere alto grau de positivismo ao seu fundamento. De outro lado, a Teoria de Habermas teria como substrato a racionalidade comunicativa, desta forma, promovendo uma real mudança de paradigma (ao substituir a racionalidade instrumental e técnica por uma racionalidade comunicativa e voltada ao entendimento), e assim, contribuindo para a busca um efetivo Estado de Direito por meio o exercício do exercício de uma efetiva autonomia privada ao mesmo tempo sem ofender a autonomia pública e sem perder o ponto de vista moral já que são complementares e não excludentes.

A este mecanismo Habermas dá o nome de coesão interna do direito que ao mesmo tempo possibilita a democracia, ou seja, pela autonomia privada o cidadão pode expressar suas vontades e os legisladores ao exercerem seu papel como representantes do povo, em seu papel de autonomia pública devem ir de encontro a estes anseios. Às pessoas de autonomia privada é livre a opção de seguir ou não a norma reguladora já aos entes públicos não cabe esta liberdade a este só caberá o que estiver expressamente contido na norma.

De outro lado ainda manifestaria uma melhor adequação teórica ao fugir do paradigma das ciências exatas e da natureza para promover as explicações da vida em sociedade, um dos principais problemas do positivismo, que acabavam por naturalizar os conflitos e problemas sociais que na realidade são contingentes.

Caso fosse esta a teoria adotada talvez tivéssemos um efetivo maior em termos de hermenêutica jurídica já que esta busca uma maior compreensão do estado das coisas, dentro do que é possível e não um número maior de argumentação que é de se esperar com a Teoria dos jogos onde tenta se convencer a outra parte sobre qual interesse deve preponderar.

Independente da teoria adotada, a liberdade sempre tão defendida está

aqui posta a todos os cidadãos, basta para tanto que estejam a altura de conviver com estratégias como estas que demandam de um certo grau de urbanidade combinado com bom senso. Tudo isto cumulado com grande criatividade que é a principal característica do povo brasileiro, temos os ingredientes para dar seguimento a uma nova era processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso coragem para praticar esta nova proposta, deixar o ceticismo de lado e sair do comodismo que o antigo processo civil proporcionava. Não há mais sentido, tendo como referencia a nova ordem constitucional dar prioridade à formalidade processual em detrimento a garantia do direito material. Isto sim é uma grande injustiça e não pode o próprio Código ser um empecilho a efetiva prestação jurisdicional.

Várias mudanças foram impetradas ao longo das fases postulatória, de instrução e decisão, porém, todas visam a efetiva prestação jurisdicional assegurando a todos os cidadãos o acesso e a prestação adequada a seus direitos. E mais, visando cercar a todo o tempo as manobras protelatórias e negativas que influenciavam os resultados úteis ao processo, diminuindo a formalidade mas não infringindo a segurança jurídica.

A implementação da possibilidade de conciliação e mediação ao longo de todo o processo foi a principal das medidas a tutelar os princípios constitucionais. Devemos pois agir com consciência e contribuir através do estudo e da dedicação aos trabalhos cotidianos para que possamos colher com êxito os frutos desta nova perspectiva apresentada pelos legisladores, mesmo que no futuro tenhamos que evoluir para outras e novas formas de prestação jurisdicional, tudo isto são características inerentes a evolução humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL - CNJ Curso básico de conciliação, disponível em <<http://pt.slideshare.net/xadcamomila/curso-conciliacaocurtocnjsrj2012>>, último acesso em 30/ago/2016.

BRASIL - CNJ Curso básico de mediação, disponível em <<http://pt.slideshare.net/xadcamomila/curso-mediao-judicial-cnj>>, último acesso em 30/ago/2016.

BRASIL, Código de Processo Civil/2015.

BRASIL, Constituição Federal.

CARVALHO, Gustavo Oliveira Dias de. O equilíbrio de Nash e o novo código de processo civil. Disponível em < <http://www.portugalvilela.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Artigo-Mestrado-Equilibrio-de-Nash-e-o-NCPC.pdf>>, último acesso em 30/ ago/2016.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – 18. Ed. – Salvador : Ed. Jus Podvim, 2016.
FISHER, Roger, Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução Ricardo Vasques Vieira – 1ª Ed. – Rio de Janeiro; Solomon, 2014.

HABERMASS, Jünger. A inclusão do outro, estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 1996.

JHERING, Rudolph Von. A luta pelo direito. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JR, Humberto. Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.) coordenação Humberto Theodoro Junior, Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira, Ester Camila Gomes Norato Rezende. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

EVOLUÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL: O MODELO TECNOLÓGICO USADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Paulo Cesar da Silva

RESUMO

O presente artigo descreve brevemente a evolução do processo judicial, sobretudo, dando enfoque ao surgimento do Estado que tomou para si o poder jurisdicional e passou a oferecer o processo como instrumento a disposição do cidadão para resolver os conflitos e por fim a autotutela. De modo que se fez análise histórica até o advento da lei nº 11.419/2006 (Processo Judicial Eletrônico e Informatização do Judiciário). Para desenvolver esse trabalho se adotou o método dedutivo e delimitou-se a pesquisa a evolução específica do modelo tecnológico utilizado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, as suas vantagens, desvantagens, falhas sistêmicas e aperfeiçoamentos a serem alcançados, bem como a validade jurídica do documento eletrônico assinado digitalmente, demonstrando ao final, que a inovação é benéfica tanto para os operadores do direito, quanto para o Poder Judiciário, os serventuários da justiça e os seus jurisdicionados. Ademais, percebe-se que essa informatização do processo é uma resposta do Estado ao cidadão que tem direito fundamental a uma razoável duração do processo nos termos do artigo 5º - LXXVIII da CF/88. De modo que percebeu-se ao longo da pesquisa que avanços são significativos mas que é preciso que se adéque o software para que possa garantir segurança ao jurisdicionado.

PALAVRAS-CHAVE

Estado. Processo. Direito Fundamental.

ABSTRACT

This article briefly describes the evolution of the judicial process, especially by focusing on the emergence of the state that took upon itself the jurisdiction and began offering the procedure as a tool at the disposal of citizens to resolve conflicts and finally autotutela. So that became historical analysis until the advent of

law nº. 11.419/2006 (Judicial Process Electronic and Information Technology of the judiciary). To develop this work was adopted the deductive method and identified to survey the evolution of specific technological model used by the Court of Mato Grosso do Sul , its advantages , disadvantages , systemic failures and improvements to be achieved , and the validity legal electronic document digitally signed, demonstrating the end , that innovation is beneficial both for the operators of law, and for the judiciary , the clerks of justice and its jurisdictional. Moreover , it is clear that the computerization of the process is a response from the state to the citizen has a fundamental right to a reasonable duration of proceedings under Article 5 - LXXVIII of CF/88 . So that was realized during the research that advances are significant but it takes that suits the software so you can ensure security to claimants .

KEYWORDS

State. Process. Fundamental right.

INTRODUÇÃO

O fato do homem ser um animal social e gregário, faz que ele conviva em grupo com os demais seres de sua espécie, surgindo o que se chama de sociedade. Esta pode ser compreendida sob dois aspectos: sociológico e jurídico.

Sob o aspecto sociológico, [...] a sociedade é o complexo das relações humanas e das ações dos homens que se desenvolvem dentro de um sistema de valores e símbolos e sujeitas a variados meios de constrangimentos, para obtenção de fins que transcendem o indivíduo embora com eles se relacionem[...] (FRANCO, Curso de direito constitucional brasileiro, 1958, p. 09).

Quanto ao aspecto jurídico, “[...] a sociedade é a comunidade humana organizada dentro ou por meio de instituições de vários tipos, por sua vez, são discriminadas, mais ou menos diretamente pelas normas de direito” (AMARAL, Prova Testemunhal: Depoimento on-line. 2002, p. 29).

O Estado é um desdobramento de uma sociedade política e juridicamente organizada que, segundo Celso Ribeiro Bastos, classifica-se em Estado - sociedade e Estado - governo. A primeira compreende toda sua comunidade e não só o órgão governamental, que, por sua vez, é o que determina o sentido e as diretrizes desta, estabelecendo assim, o Estado - governo o qual pode ser denominado de instituição, por consequência, uma instituição jurídica que, através dos organismos de que dispõe, manifesta-se o seu poder: o denominado poder político.

O exercício do poder político dá margem ao surgimento do poder constituinte, seja através das revoluções dos povos, criando-se um novo Estado, ou com o aparecimento de novas forças políticas e sociais durante a existência deste, Por sua vez, a atuação das forças políticas e sociais revela o mecanismo da soberania popular na fundamentação e estruturação do Estado, face à participação do povo nas decisões político - governamentais, Com o surgimento do Estado, este pode ser conceituado, conforme ensina José Joaquim Gomes Canotilho: “[...] O Estado é assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder’ [...]”

Um Estado constituído de poderes, os quais formam atribuídos e organizados pela vontade popular, nada mais é do que o Estado constitucional de direito e Estado democrático.

O Estado constitucional de direito estabelece que o governo é sempre um governo subordinado às leis. Estas leis são ordenadas e legitimadas pelo povo, o que faz que o Estado, antes de ser um Estado de direito, seja um Estado democrático.

Visto que o poder é legitimado pelo exercício da democracia, esta subs-

tancia-se em alguns princípios, como o da representatividade, das eleições periódicas, da participação nos processos de decisão, do aprendizado democrático além da organização e titularidade do exercício de poder. Esta organização e a titularidade do exercício de poder só se concretizam através dos direitos fundamentais que são um elemento básico para a realização do princípio democrático.

O Estado, sujeito desta relação, é a República Federativa do Brasil, de acordo com a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988.

De acordo com a citada Constituição, o Estado democrático de direito, está fundado nos princípios constitucionais que salvaguardam os direitos e garantias fundamentais. Dentre os princípios destacam-se: o princípio da tripartição de funções e princípio da isonomia. O primeiro estabelece a função judiciária, e o segundo estende o tratamento igualitário da lei e do exercício jurisdicional a todos que estejam sob a soberania deste Estado.

Para o cumprimento destes princípios, tem-se a tutela jurisdicional que atua com a finalidade de aplicar e fazer respeitar o ordenamento jurídico, resguardando os direitos e garantias individuais, quando ameaçados ou lesados, buscando manter a pacificação social.

As garantias constitucionais do processo são direitos fundamentais do cidadão, pois no Estado democrático de direito a eficácia concreta de tais direitos depende da instituição de um sistema de garantias. O processo justo, fundado na ideia de legitimação pelo procedimento, busca assegurar a inviolabilidade do conteúdo mínimo dessas garantias, através dos postulados do garantismo e da efetividade.

A satisfação social deve ser oportunizada de maneira ágil e precisa, onde se usufrui de meios tecnológicos que proporcionem agilidade e efetividade para que ela ocorra. Dentre estes meios tecnológicos, o último em evidência, é a informática, destacando-se a internet e o peticionamento eletrônico.

A internet, apesar de já fazer parte da rotina da sociedade brasileira, ainda se mantém desconhecida, ignorada e temida por muitos, causando resistência a sua aplicação no direito processual civil, principalmente agora no tocante ao seu uso como meio de utilização para peticionamento eletrônico é um dos preconizados pela lei do processo eletrônico (11.419 de 2006) que tem se configurado como principal benefício imediato capaz de propiciar conforto e gerar considerável economia tanto para os operadores do direito, quanto para o Poder Judiciário, os serventuários da justiça e os seus jurisdicionados. Embora já esteja sendo usado em alguns tribunais causando controvérsias quanto a admissão após o período de atendimento presencial.

O presente trabalho mostra que o peticionamento acaba sendo didático,

porque a forma de apresentação do programa [passo a passo] faz com que ele lembre os documentos que devem ser juntados, as hipóteses que o Supremo aceita em razão da legislação e da sua própria jurisprudência.

É importante que todo esse processo evolutivo seja participativo, que os usuários internos e externos sejam chamados a dar sugestões, opiniões. Aqueles que estão no dia a dia dos problemas devem participar não só da apresentação dos problemas, mas também da apresentação das soluções deles.

1. ESTADO, AUTOTUTELA E PROCESSO

O professor Paulo Bonavides pondera que “o emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quando este inaugurou O Príncipe com a frase célebre: “Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados [...]” (BONAVIDES, 2010, p. 66). Ademais a definição de Estado requer a análise de três posições predominantes, quais sejam, a filosófica, a jurídica, e a sociológica. Dessa maneira a acepção filosófica

Aos primeiros pertence Hegel, que definiu o Estado como a “realidade da ideia moral”, a “substância ética consciente de si mesma”, a “manifestação visível da divindade”, colocando-o na rotação de seu princípio dialético da Ideia como a síntese do espírito objetivo, o valor social mais alto que concilia a contradição Família e Sociedade, como instituição acima da qual sobre paira tão somente o absoluto, em exteriorizações dialéticas, que abrangem a arte, a religião e a filosofia (BONAVIDES, 2010, p. 66).

Entender o Estado como o valor social mais alto é bastante coerente, pois é justamente esta estrutura que põe a sociedade em um ambiente de consciência comunitária. Ter o Estado como algo maior é crucial para que o homem tema algo e então aceite mais facilmente a vida em sociedade racional, longe da distante da barbárie.

A acepção jurídica de Estado encontra várias definições entre os filósofos que trataram do tema, dentre eles Kant formulou a seguinte definição “a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito”. Deveras essa definição de genial Kant se mostra por demais genérica podendo ser entendida para um município, província ou mesmo um presídio (BONAVIDES, 2010, p. 67).

Por último temos a concepção sociológica que também conta com uma vasta gama de definições dentre as quais destaca-se a de Oswaldo Spengler para quem o Estado é “instituição social, que um grupo vitorioso impôs a um grupo vencido, com o único fim de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguar-

dar-se contra rebeliões intestinas e agressões estrangeiras” (BONAVIDES, 2010, p. 68). Nesta seara não se pode deixar de trazer a definição trazida por Marx e Engels.

[...] explicam o Estado como fenômeno histórico passageiro, oriundo da aparição da luta de classes na Sociedade, desde que, da propriedade coletiva se passou à apropriação individual dos meios de produção. Instituição portanto que nem sempre existiu e que nem sempre existirá. Fadado a desaparecer, o poder político, como Marx o definiu, é ‘o poder organizado de uma classe para opressão de outra’. Da mesma forma, assinala Engels que a Sociedade, enquanto Sociedade de classes, não pode dispensar o Estado, isto é, ‘uma organização da respectiva classe exploradora para manutenção de suas condições externas de produção, a saber, para opressão das classes exploradas’ (BONAVIDES, 2010, p. 69).

Sabe-se agora o que é mais afinal, qual é a função do Estado? Para que foi criado? A resposta é simples, sabe-se qual foi o motivo da criação de tal ente, porém isto é esquecido no momento da implementação de políticas públicas para o cidadão. Ademais o Estado afasta o indivíduo da vida no estado de barbárie, onde nenhum homem é tão forte que não possa ser abatido, e nem tão fraco que não possa abater, afinal seria o homem o lobo do homem (HOBBS, 2001).

Além disso, para Dalmo de Abreu (DALLARI, 2009) existe uma classificação inicial, mais geral, que divide os fins do Estado em dois ramos, os fins objetivos estão ligados ao papel representado pelo Estado no desenvolvimento da história da humanidade e apresentam uma subclassificação que os separa em fins universais objetivos que são fins comuns a todos os estados em todos os tempos (DALLARI, 2009).

A outra subclassificação são os fins particulares objetivos; que segundo estes cada estado possui uma missão particular que por muitas vezes decorre do modo como nasceu o Estado, a maneira como ele se desenvolveu, enfim, as características que de alguma forma o toram diferente dos demais faz com que este Estado almeje fins específicos (DALLARI, 2009).

Já os fins subjetivos estão diretamente ligados ao fato de o Estado estar alinhado aos fins individuais dos cidadãos, nas palavras de Dalmo de Abreu “o que importa é o encontro da relação entre os Estados e os fins individuais” (DALLARI, 2009).

Com o seu nascimento o Estado tomou para si o poder jurisdicional, com isso não poderá mais o homem pautar-se na autotutela para a resolução de seus conflitos. Sendo assim, como é peculiar a existência de conflitos dentro de uma so-

cidade o Estado disponibilizou para o indivíduo o processo como meio de resolução de conflitos. Dessa forma no item seguinte será estabelecida linha cronológica do processo, isto num período recente da história.

2. A EVOLUÇÃO DO PROCESSO

A abordagem do processo civil requer do operador do direito uma análise sob uma ótica menos técnica e mais ideológica, política e social. E nesta direção o autor Mauro Cappelletti assevera (2008, p. 364).

Na verdade, o processo civil tem sido, tradicionalmente, considerado um ramo extremamente técnico do direito, o ramo técnico por excelência; e como mera técnica o processo civil tem sido, geralmente, estudado e ensinado. Só mui raramente são analisados os seus fundamentos ideológicos, as suas premissas filosóficas, e seus reflexos político-sociais. Mas para uma análise semelhante, é indispensável que o processualista tome consciência do fato de que nenhuma técnica jurídica é um fim em si mesmo; e que nenhuma é ideologicamente neutra.

De fato, entender o processo como finalidade e não como instrumento de justiça promove uma disfunção. Isto porque, o processo nasceu de uma necessidade de substituir a autotutela e dar ao Estado um instrumento capaz de resolver conflitos e com isso pacificar a sociedade. E isto é uma situação política, filosófica, e por isso retirar o processo desta análise é ir contra sua própria natureza.

O que pode-se perceber é que no Brasil, assim como em outros lugares, a análise do processo passou por uma trajetória histórico-filosófica definindo momentos diferentes de interpretação do processo. Pontua Gregório Assagra que até os idos de 1868 vigorou a fase sincretista, ou privatista do processo (ALMEIDA, 2007).

Dizia-se sincretista porque havia uma confusão de cunho metodológico que fazia com que o processo fosse sempre analisado como parte de direito material e também processual. Entendia-se que o direito processual seria uma decorrência do direito material. Também era denominado de privatista porque os estudos acerca do processo partiam da ótica do direito privado. Isso era claro na doutrina francesa onde Pothier sustentava uma análise do processo como contrato entre as partes (ALMEIDA, 2007).

Essa fase sincretista é definida por Antonio Carlos de Araújo Cintra como sendo uma fase em que o direito processual não gozava de independência do direito material (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p. 42).

A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

Dessa forma, ainda no ano de 1868 o jurista alemão Oskar Von Bülow lançou obra denominada “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais” onde o autor demonstrou de maneira sistematizada que a existência de uma relação processual não necessariamente, implica na existência de uma relação jurídica material (ALMEIDA, 2007).

Após este avanço advindo da Alemanha inaugura-se uma nova fase na história do processo civil, pois, a partir de então nasce a etapa denominada autonomista do processo. Percebe-se que neste momento foi importante separar o processo do direito material.

Porém, neste período a análise do direito processual, agora apartado, passou a se tornar um tanto quanto formalista demais o que gerou problemas com relação a sua própria utilidade, chegando-se ao ponto de se entender que o processo seria um fim em si mesmo, o que nada tem a ver com o motivo que fez nascer o processo, assim, assevera Gregório Assagra (ALMEIDA, 2007, p. 6).

A visão do sistema processual era introspectiva, fechada como se o direito processual tivesse um fim em si mesmo. Com efeito, não havia preocupação com questões relativas ao acesso à justiça, à efetividade do processo. Na fase autonomista, também conhecida como fase do procedimentalismo científico, os pobres e a coletividade massificada, essa na sua condição de titular dos direitos ou interesses transindividuais, ficavam fora da preocupação e dos estudos dos processualistas.

Dessa maneira, a concepção autonomista não seria capaz de garantir tutela a coletividade massificada, o que se mostra um grave problema, pois, como se defendeu no primeiro capítulo do presente trabalho, numa estrutura do atual capitalismo de massas os danos ao consumidor se dão de forma massificada e por isso o processo tem que se adequar a essa realidade, garantindo uma tutela que também

ocorra em massa.

Essa fase do estudo do processo é definida por alguns doutrinadores como sendo a fase em que de fato se percebeu avanço do ponto de vista do estudo puro do processo, porém, faltou uma postura mais crítica que atribui-se utilidade a esse avanço científico (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p. 42/43).

Faltou, na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer.

Esse afastamento demasiado entre a realidade processual e a necessidade do cidadão, receptor da prestação, fez nascer uma nova concepção para analisar o processo. Isso nasceu principalmente pelo fato de na prática, no cotidiano dos tribunais, os juristas perceberem que o direito material estava sendo prejudicado pelo demasiado formalismo.

Sendo assim, nasceu a fase conhecida como instrumentalista do processo ou fase do processo de resultados. Ainda é denominada de fase da efetividade do processo, do acesso à justiça. Pode-se dizer que esta fase inaugura a fase do processo coerente, voltado a surtir um efeito útil ao cidadão (ALMEIDA, 2007).

O momento instrumentalista é a fase que se vive hoje. Operadores do direito têm entendido que o processo que não atinge o objetivo pelo qual existe é precursor de injustiça. Isso faz com que toda a estrutura do judiciário seja usada de maneira pouco racional, o processo não é e nunca será um fim em si mesmo, ainda que se tente afastar o processo de seu objetivo. De forma que ensina Antonio Carlos de Araújo (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2004, p. 43).

A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária.

A fase instrumentalista é uma fase processual que marca uma nova maneira de interpretar o processo, que agora não pode mais ser analisado sem o crivo do texto constitucional, em especial os direitos fundamentais. Nesta direção como bem pontua Fredie Didier Junior (2008, p. 27/28).

O estudo do Direito Processual sofreu a influência desta renovação do pensamento jurídico. O processo volta a ser estudado a partir de uma perspectiva constitucional (o que não é novidade), mas agora seguindo esse novo repertório, que exige dos sujeitos processuais uma preparação técnica que lhes permita operar com cláusulas gerais, princípio da proporcionalidade, controle difuso de constitucionalidade de uma lei etc. Já se fala, neste contexto, de um Neoprocessualismo: o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico. Já há significativa bibliografia nacional sobre o tema. [...] Não há como estudar o processo (civil, penal, trabalhista etc.), ignorando que boa parte dos seus princípios está hoje consagrada no texto constitucional, na parte dedicada aos direitos fundamentais. Para além de princípios processuais constitucionais, hoje se fala em direitos fundamentais processuais.

Essa nova concepção do direito processual é fundamental para que se possa propiciar ao cidadão uma adequada prestação jurisdicional, principalmente, quando esta é um monopólio do Estado. Nesta fase dita instrumentalista desenvolveram-se as denominadas ondas renovatórias do acesso à justiça.

Nesta direção aponta Gregório Assagra de Almeida (2007) a existência de três ondas bem delimitadas. A primeira onda renovatória de acesso a justiça é a que diz respeito à gratuidade de justiça aos pobres; a segunda está relacionada a representação em juízo dos interesses difusos (ALMEIDA, 2007).

A terceira onda de renovação do acesso a justiça se divide em três dimensões. Sendo a primeira a que abrange as outras duas ondas anteriores; a segunda dimensão é a que entende como acesso à justiça o acesso a uma ordem jurídica justa; e a terceira dimensão representa um conjunto de reformas processuais que se concretiza por (ALMEIDA, 2007, p. 8).

a) da criação de meios alternativos de solução de conflitos (substitutivos e equivalentes jurisdicionais), tais como alguns já implantados no Brasil (arbitragem, a tomada pelos órgãos públicos legitimados às ações coletivas do compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, etc.); b) da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (podemos citar no Brasil, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida; os juizados

especiais; o procedimento monitorio, etc.); c) de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo. Aponta-se aqui, dentro do sistema processual brasileiro, como manifestação dessa diretriz, a fungibilidade entre cautelares e antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final pretendida, art. 273, §7º do CPC (Lei 10.444/2002); também a dispensa da execução como processo autônomo em relação às obrigações de fazer ou de não fazer ou de dar coisa certa ou incerta fixadas judicialmente (arts. 461 e 461-A, ambos do CPC, alterados pela Lei 10.444/2002, o que agora se estende às obrigações de dar quantia fixadas judicialmente, conforme Lei 11.232 de 22.12.2005).

Então, ao se analisar a atual fase instrumentalista, que se pautou em parte na garantia do acesso à justiça, e na efetividade da prestação processual. O que constata-se ainda foi que hoje existe uma tendência em se analisar o processo a luz dos direitos fundamentais o que sem dúvida imprime uma maior “humanização do processo”.

Dentro desta humanização não se deve esquecer que toda esta evolução do processo redundou na inserção do inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sendo assim, a consolidação do direito fundamental tem feito com que o Estado invista em tecnologias capazes de garantir celeridade a tramitação processual de modo a encurtar o tempo entre o pedido e o gozo do direito. O aspecto tecnológico será abordado no item seguinte.

3. O PARADIGMA TECNOLÓGICO PANTANEIRO

Para o levantamento dos dados deste tópico foi realizada uma pesquisa de campo junto ao Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul para a obtenção de informações. Sendo assim, constatou-se que foi no dia 29 de Fevereiro de 2000 a data na qual o Tribunal de Justiça do MS implantou na comarca de Dourados a primeira versão do SAJ, que tinha apenas a finalidade de cadastrar os processos físicos e gerenciá-los dentro da própria comarca.

Com o objetivo de modernizar os serviços de informática prestados no campo jurisdicional, a administração do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul decidiu implantar o Sistema de Automação do Judiciário - SAJ. O SAJ é uma solução informatizada baseada na tecnologia cliente-servidor que atende à demanda do Tribunal de Justiça e de todos foros e varas da capital e do interior, automatizando diligências e rotinas de documentação e comunicação dos atos processuais - ativi-

dades fins do Judiciário.

A empresa detentora da patente e responsável pela manutenção e implantação do sistema é a Softplan Poligraph, localizada na rodovia José Carlos Daux, km 01, nº 10, ParqTec Alfa João Paulo, CEP 88030-000, Florianópolis/SC.

Em dezembro de 2004, foi implantado o processo digital na Vara de Execução Fiscal Municipal de Campo Grande. Já em Janeiro de 2005 foi promovida a instalação da 1ª vara 100% digital do país, a 10ª Vara do Juizado Especial de Campo Grande; Em Fevereiro de 2007 iniciou-se a digitalização das demais varas dos Juizados Especiais do Mato Grosso do Sul. De modo que hoje apenas uma vara de Juizado Especial está sem o processo eletrônico: a 7ª Vara do Juizado Especial da comarca de Campo Grande, quadro que em breve será alterado.

Ainda nesta cronologia da informatização em Julho de 2009 aconteceu a instalação das quatro primeiras varas 100% digitais da Justiça Comum, quais, a 17ª, 18ª, 19ª e 20ª Varas Cíveis de Competência Especial de Campo Grande. E em Abril de 2010 aconteceu a instalação da 1ª comarca digital de Mato Grosso do Sul, que é a comarca da cidade de Dois Irmãos do Buriti/MS.

O Estado do Pantanal está de fato promovendo sensíveis avanços neste processo de informatização do processo. Seguindo as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça que estabeleceu meta para a informatização total do processo até ano de 2014, prazo este que foi cumprido. De forma que hoje no Mato Grosso do Sul são vinte e duas comarcas que 22 comarcas com processo eletrônico em todas as varas.

Na esfera estadual, o sistema eletrônico de tramitação de processos judiciais foi instituído pelo Provimento nº 148, de 16 de abril de 2008, do Conselho Superior da Magistratura, que regulamentou a Lei Federal 11.419. Foi, por outro lado, com a edição da Resolução nº 9, de 19 de novembro de 2008, que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que acrescentando a alínea "d-A" ao artigo 2º da Resolução nº 221, de 1º de setembro de 1994, criou as quatro novas varas cíveis de competência especial, com tramitação totalmente digital, as quais tiveram sua instalação autorizada pelo Provimento nº 164, de 20 de novembro de 2008, do Conselho Superior da Magistratura.

Além do aspecto da celeridade praticidade e segurança o processo eletrônico possui vantagens dentre as quais cite-se a celeridade, redução de custos administrativos e operacionais (Impressões, construções ou aluguéis de prédios para arquivamentos, capas, etiquetas, transporte, etc.), transparência, serviços eletrônicos ao cidadão, integração eletrônica entre todas as comarcas e foco nas atividades intelectuais.

Quanto a responsabilidade é inteiramente do remetente de petições com

assinatura digital é imputada a responsabilidade pelo sigilo da chave privada de sua identidade digital, pela autenticidade dos dados informados no formulário eletrônico de envio, pela confecção das peças processuais e anexos de acordo com as normas estabelecidas, bem como pelo adequado envio das petições e tempestividade dos atos.

É incabível a alegação, pelo remetente, de uso indevido da sua assinatura digital. Não poderá ser atribuído ao Poder Judiciário eventual erro ou demora resultantes da incorreta utilização do serviço. Todavia, se o sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema, (Lei Federal Nº 11.419 -19/12/2006, Capítulo III, art. 10, § 2).

O dever de guarda segundo a legislação vigente, (Lei Federal Nº 11.419 -19/12/2006, Capítulo III, art. 11 § 3), os originais dos documentos digitalizados, que serão devolvidos às partes, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado ou, quando admitida ação rescisória, até o final do prazo para sua interposição. As referidas comarcas são: Amambai, Anastácio, Aparecida do Taboado, Aquidauana, Bandeirantes, Batayporã, Bataguassu, Bonito, Brasilândia, Cassilândia, Camapuã, Caarapó, Chapadão do Sul, Coxim, Dois Irmãos do Buriti, Dourados, Maracaju, Miranda, Paranaíba, Ponta Porã, Rio Verde de Mato Grosso, São Gabriel do Oeste.

Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável, pelo volume ou por ilegibilidade, por sua vez, deverão ser apresentados ao cartório no prazo de 10 dias, contados da data do envio da petição eletrônica comunicando o fato. Neste caso, os documentos permanecerão sob a guarda da serventia e serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

As desvantagens do peticionamento eletrônico estão ligadas a falta de informação e suporte adequado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que dispõe de apenas um telefone para suporte em todo o estado e com uma pessoa responsável, e há reclamações dos advogados conforme pesquisa de campo, onde reclamam não só do suporte como do acesso ao processo digital e aos autos, que só pode ser feita com o leitor de scanner com o respectivo cartão com a assinatura digital.

Porém, essa condição é necessária para trazer mais segurança ao sistema, que tem como identificar quem está consultando o banco de dados, mas torna o advogado totalmente dependente da ferramenta tecnológica e tudo que a envolve, principalmente da internet.

Outra reclamação, que possui fundamento, é com relação aos tamanhos dos arquivos que podem ser digitalizados e enviados, pois o limite hoje é de no

máximo de 100k por página digitalizada, no contato mantido com a Secretaria de Tecnologia da Informação, foi informado, no que lhe compete, que tem buscado minimizar os impactos do novo paradigma que é o peticionamento eletrônico, tem solicitado constantemente melhorias no sistema e em seu ambiente web. Isso implica em ampliação do tamanho do arquivo a ser enviado eletronicamente.

No início do peticionamento eletrônico, no ano de 2008, o limite de envio por arquivo era de 3MB. Atualmente é possível enviar arquivos maiores de 5 MB, pois o sistema propicia uma compactação dos mesmos no envio, isto no que se refere a soma total dos arquivos anexados nos autos da petição, que ainda assim considera-se pequeno. Segundo dados encontrados no site do TJMS, os arquivos devem estar disponibilizados da seguinte forma (TJMS, 2011):

1 - O arquivo a ser encaminhado deve estar no formato PDF, gerado pelo "PDF Creator" na mesma versão disponibilizada no portal do TJMS. 2 - O arquivo deve ter o tamanho de no máximo 1MB, sendo que cada página pode ter o tamanho máximo de 100 KB. Caso o tamanho do arquivo a ser encaminhado seja maior, poderá o advogado inserir quantos arquivos forem necessários, sendo que a soma total dos arquivos a serem anexados deverá ter no máximo 5MB. 3 - É importante a seleção correta do tipo do documento a ser anexado, pois isso definirá o índice do processo, além de tratar a disponibilidade ou não desses documentos na internet. 4 - Para assinar os documentos, o advogado deve possuir um certificado digital válido, da cadeia ICP-Brasil - conforme art. 154 do Código de Processo Civil. Caso ainda não o tenha, procure a seccional da OAB ou qualquer entidade certificadora da raiz ICP-Brasil.

Segundo informações prestadas em conjunto pela Softplan Poligraph e pelo TJMS, o Mato Grosso do Sul é o Estado que possui maior capacidade de recepção de arquivos do Brasil, capacidade que hoje é de 5MB ao passo que em outros estados e no próprio Conselho Nacional de Justiça- CNJ as capacidades são inferiores. Cite-se os seguintes exemplos: CNJ - 3MB (Prov. 52/2010); Sergipe - 2 MB; Ceará - 3 MB; São Paulo - 3 MB; Amazonas - 3 MB. O Estado do Pantanal ainda possui capacidade maior do que a utilizada em Portugal - 3MB.

E outra reclamação que emana dos advogados é o fato do sistema só salvar o cadastro da petição inicial que incluem apenas os dados básicos da petição inicial e após feito o cadastro das partes e a inclusão dos documentos que serão anexados (Petição, Procuração, Justiça Gratuita, etc.) e demais arquivos a serem anexados ao processo, não há como salvar os dados para se continuar incluindo

posteriormente e nenhuma segurança com relação a ocorrer um erro de travamento do computador ou queda da internet, perde-se tudo voltando a necessidade de serem incluídos novamente.

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, possui papel central no tocante ao momento “eletrônico” do processo, de modo que os advogados são muito importantes no auxílio a melhoras no próprio software utilizado pelo TJMS, daí a importância de ter ouvido os Advogados para o desenvolver do presente trabalho.

Além disso, fundamental é ressaltar o pioneirismo, o arrojo com que o Mato Grosso do Sul tem implantado tais mudanças na forma de prestar o serviço de pacificação social, pois é este o seu papel. O que não pode perder de foco é que com isso o Mato Grosso do Sul apenas cumpre os ditames constitucionais em prol do bem comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há em quase todo mundo uma tendência natural de rejeição ao novo. Naturalmente essa reação é cultural. Como regra, as coisas novas, de plano, são rejeitadas. As justificativas são as mais diversas possíveis. No campo jurídico, a tendência é a rejeição do novo sob o argumento de que é inconstitucional.

Acontece, entretanto, que o mundo é dinâmico. A lida com os fatos e suas interpretações deve seguir essa mesma dinâmica sob pena de não se encontrarem soluções plausíveis para esse contexto, sobretudo para reger e encaminhar as controvérsias humanas. Logo, não há como não lidar com o novo, ainda que os céticos do progresso insistam em se opor. O cético atrapalha, mas não é o dono da História!

A História do processo como se viu é reflexo da vida em sociedade, com o nascimento do próprio Estado. Este que agora disponibiliza o processo para a resolução dos desentendimentos sociais. Este processo por ser criação humana deve acompanhar as mudanças sociais, mesmo porque não é um fim e sim um meio de proporcionar justiça ao cidadão.

Com o passar do tempo o processo tem sido bastante moroso e improdutivo e neste caso quem sofre é a população. Sendo assim, não basta mais ao cidadão ter acesso ao Poder Judiciário é preciso que esse acesso exista e seja cercado de racionalidade, o que hoje representa tempestividade, pois a celeridade processual é direito fundamental.

Sendo assim, o Estado de Mato Grosso do Sul tem dado respostas rápidas a essa necessidade de adequação do processo a seus fins precípuos, quais sejam, proporcionar justiça tempestiva do indivíduo. E neste contexto pode-se concluir

que o Estado de Mato Grosso do Sul está embuído em garantir ao cidadão os seus direitos fundamentais de acesso a justiça, e de celeridade da prestação jurisdicional. O Estado do Pantanal é modelo de informatização que deve ser seguido não só no Brasil, mas no mundo!

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

AMARAL, Vilma Aparecida do. **Prova Testemunhal: Depoimento on-line**. /Vilma Aparecida do Amaral./ Curitiba:Juruá, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo:Saraiva, 1994.

_____. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile**. Rivista di diritto processuale, Padova: Cedam, v. 3, p. 398, 1975.

_____. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Trad. Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2008. V.I.

_____. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo** /Marcos Orione Gonçalves Correia - 5 ed. - São Paulo:Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol. 1. 9 ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2008.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. São Paulo:Revista forense, 1958.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

_____. Lei Federal nº 11.419, de 19/12/2006. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 25.08.2016.

_____. Provimento do TJMS nº 148/08, de 16/04/2008. **Sobre a tramitação de processos judiciais**. Disponível em: <http://www.defensoria.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/79/2015/06/PROVIMENTO_TJMS_n_148_2008.pdf>. Acesso em 26.08.2016.

_____. Provimento do TJMS nº 212/10, de 31/08/2010. **Estabelece a implantação do processo eletrônico nas Comarca do Estado**. <http://tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?lei=26758&original=1>. Acesso em 26.08.2016.

_____. **Provimento-CSM do TJMS nº 222/11, de 08/02/2011**. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/provimentos.pdf>>. Acesso em 26.08.2016.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o Princípio da duração razoável do processo**./ Carlos Henrique Ramos./ Curitiba: Juruá, 2008.

TJMS - Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Manual de peticionamento eletrônico**. Disponível em <http://www.tjms.jus.br/webfiles/producao/GP/arquivos/manual_peticionamento_eletronico_iniciais.pdf>. Acesso em 01.09.2016.

_____. **Varas digitais**. Disponível em <http://www.tjms.jus.br/varas_digitais.php>. Acesso em 02.09.2016.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: INOVAÇÕES EM BUSCA DA CELERIDADE PROCESSUAL

*Paula Medina Prieto
Thainan Carlos de Oliveira*

RESUMO

O objetivo do presente artigo científico é o estudo de alguns meios alternativos de resolução de conflitos, notadamente a conciliação e a mediação à luz do Novo Código de Processo Civil. É sabido que atualmente o Poder Judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado de processos, o que faz com que a haja uma enorme morosidade processual. A conciliação e a mediação têm como objetivo resolver os conflitos da sociedade de forma autocompositiva, sendo um método eficaz e alternativo ao judiciário, proporcionando uma enorme economia de tempo e dinheiro. Por meio de conceitos, diferenciações e uma breve comparação entre o atual Diploma Processual Civil e seu antecessor, este artigo mostrará mais a fundo estes institutos e indicará a importância deles para que o Poder Judiciário não seja mais visto como o único solucionador dos conflitos e possa, cada vez mais, atender os anseios da população, que deseja uma Justiça célere, segura e confiável, tendo a seu dispor métodos alternativos de solução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação; Conciliação; Código de Processo Civil; Celeridade Processual.

ABSTRACT

The objective of the present scientific paper is to study some alternative ways of conflict resolution, principally conciliation and mediation methods, according to the New Code of Civil Procedure. It is known that the currently Brazilian Judicial Power is overloaded with processes, which causes an enormous procedural slowdown. The conciliation and mediation methods have as objective solving the society's conflicts in an Alternative dispute resolution (ADR), being an effective and alternative method to the Judiciary, providing an huge time and money saver. Using concepts, differentiations and a brief comparison between the current Civil Procedural Law and its antecessor, this paper will show more deeply about these institutes and will indicate their importance, so that the Judicial Power

will be no longer seen as the only conflict solver and may, more and more, meet the population's aspirations, who desires a speedy, safe and trustworthy Justice, having at their disposal alternative methods for conflict solving.

KEYWORDS

Mediation; Conciliation; Code of Civil Procedure, Procedural haste;

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico objetiva comparar o Instituto da Mediação e da Conciliação sob a égide do novo diploma Processual Civil e o antigo Código Processual Civil, de 1973, e também destacar a importância dos Institutos e diferenciá-los acerca de suas matérias e objetivos.

Além disso, busca-se demonstrar a preocupação do legislador, acerca da questão “Celeridade Processual”, na elaboração do novel diploma Processual Civil, Lei n. 13.105, de 16/03/2015, que trouxe inovações referentes aos métodos alternativos para solucionar os conflitos. É sabido que atualmente no Judiciário Brasileiro, existem muitos processos que praticamente se arrastam por longos anos sem que haja alguma solução ou decisão, causando aflição entre as partes, e trazendo diversos problemas relativos à economia processual, sobrecarregando, cada vez mais, o Judiciário com questões que rapidamente poderiam ser resolvidas.

Por causa de lides que estão há muito tempo no Judiciário causando estes transtornos acima citados, o Legislador, na elaboração do Novo Código Processual Civil institucionalizou a Mediação e implementou as Audiências de Conciliação, como forma de aliviar o Judiciário e resolver demandas de maneira ágil e eficaz, pois assim, o Judiciário ficará responsável apenas por resolver os conflitos mais graves, aqueles sem possibilidade de acordo entre as partes. Isso é muito importante, uma vez que o número de processos mais simples e muitas vezes desnecessários é muito grande, e os problemas que realmente necessitam do judiciário para serem resolvidos, acabam demorando mais do que normalmente demorariam.

Além de aliviar o Judiciário, as novas regras relacionadas aos métodos alternativos para solucionar os conflitos são importantes, pois eles se mostram muitas vezes mais satisfatórios para as partes do que uma Decisão Judicial, uma vez que a efetiva e mais rápida solução satisfará os anseios de ambas.

1. MOROSIDADE E O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Para melhor ilustrar o objetivo do presente artigo científico importante se faz o uso de uma notícia disposta no site do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que mostra a insatisfação da população com a demora do Poder Judiciário:

A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). (...), dos 5.070 atendimentos realizados pela Ouvidoria, 2.306 foram relacionados à demora no julgamento de ações judiciais e 98% desse total foram reclamações. (CNJ,2016-A)

O pequeno trecho supracitado mostra a realidade de nosso Judiciário, que cotidianamente é buscado para o ajuizamento de novas demandas, porém, por inúmeros problemas estruturais e funcionais, o órgão jurisdicional acaba não satisfazendo os anseios da sociedade, ocasionando longas demoras processuais.

Cabe ressaltar que as “demoras processuais” vão de frente ao Princípio Constitucional da “Duração Razoável do Processo”, incluído na Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, no Artigo 5º, inciso LXXVIII, que aponta: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Também se faz necessário dizer que as demoras na solução dos processos trazidos ao Judiciário, não são em toda sua parcela culpa do órgão julgador. É sabido que no Brasil grande parte da sociedade criou uma imagem de que a Justiça existe para resolver toda e qualquer desavença, sendo assim, os Fóruns estão abarrotados de pequenas causas e outros litígios ínfimos para os quais o Judiciário deveria ser a “ultima ratio”, porém, conforme já dito anteriormente, o nosso Judiciário ainda é visto como “resolvedor de todos os problemas”.

Para colaborar negativamente com o grave problema da demora processual, tem-se o comportamento protelatório das partes, que agindo de má-fé e buscando prejudicar o alcance do resultado da Justiça, constantemente utilizam de recursos protelatórios que emperram o Judiciário e, conseqüentemente fazem com que processos demorem longos anos.

O Princípio da Duração Razoável do Processo, que está estampado em nossa Constituição Federal, não é absoluto, ou seja, não adianta estar exposto em nosso Diploma Maior se não houver a compreensão e o entendimento acerca de outras variáveis que se fazem importantes para a consolidação deste princípio.

Essas variáveis a serem consideradas, são, conforme Bacellar:

[...] um rol de variáveis relativamente à complexidade ou simplicidade da causa, valor da causa, número de intervenientes (partes, autores, réus, assistentes, Ministério Público), lealdade ou deslealdade no comportamento processual (das partes e dos advogados), atuação do juiz, adequada condução dos trabalhos decorrentes da serventia (servidores públicos e auxiliares da justiça), recursos interpostos, dentre outras [...] (2012, p. 44)

Com tudo isto acima exposto, necessário e útil se faz qualquer esforço para a criação e implementação de “Meios Alternativos para a Solução de Conflitos”, visando desafogar o Judiciário, trazer celeridade processual e tratar de causas que não necessitam da atuação da máquina Judiciária, visto sua complexidade,

valor ou assunto. Preocupado com este assunto, que é recorrente em noticiários, o Conselho Nacional de Justiça versou e criou pela Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, a “Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”, observando-se que o seu Artigo Primeiro dispõe que: “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Em continuação ao mesmo artigo da Resolução nº. 125, o seu Parágrafo Único explicita a observância dos órgãos judiciais à possibilidade de outros meios de solução de conflitos, sendo eles a mediação ou conciliação, conforme o exposto no enunciado normativo:

Art. 1º - § Único – Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Com base nestas diretrizes do CNJ, a maioria dos tribunais brasileiros buscou se aperfeiçoar e atingir metas e soluções para promover uma “boa saída” de casos antigos, ainda em andamento, e se preparar para o bom andamento dos novos casos, que deverão ser norteados pela Resolução acima descrita.

Convém ressaltar que os esforços para alcançar a celeridade processual não são tão recentes, visto que desde a década de 80, alguns estados da Federação foram “abrindo suas portas” para o cidadão comum que procurava resolver seu litígio de forma rápida e desembaraçada.

O implemento de soluções alternativas surgiu por intermédio de associações de magistrados que contavam com o apoio dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Paraná e da Bahia, sendo pioneiros em todo o Brasil a aplicação de “Conselhos de Conciliação e Arbitragem” (BACELLAR, 2012, p. 23).

O advento e a posterior aplicação desses métodos, não foi resultado de nenhuma lei, diretriz ou resolução, mas sim, a partir da vivência dos operadores do Direito, que analisaram e projetaram uma forma eficiente para “acelerar o Judiciário” de forma competente, segura e que promovia a garantia constitucional do devido processo legal.

Mesmo sendo operado pelo Poder Judiciário, atualmente, como uma forma alternativa de resolução de conflitos, tem institucionalizado os Juizados Espe-

ciais Cíveis que conforme relatado anteriormente, foram fruto do desenvolvimento e boa aceitação dos Juizados de Pequenas Causas.

O esforço em querer “abrir” o Judiciário para pessoas carentes, e torná-lo célere e eficaz em suas resoluções, porém sem perder seu brilhantismo e sua seriedade, tornou-se oficial com o advento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que logo em seus primeiros artigos demonstra seu objetivo.

Art. 1º - Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

O Estado, ao formular e posteriormente fazer vigorar a Lei acima referida, se preocupou em escapar da burocracia, sendo essa uma das causas de demoras processuais no Judiciário.

No próprio artigo 2º da Lei 9.099/95, aponta-se que “o processo orientar-se-á pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou transação”. (Grifos nossos)

É importante esclarecer que a opção pela conciliação, mediação ou a composição por outro Meio Alternativo de Solução de Conflito, advém da autonomia das partes, ou seja, as partes envolvidas na lide têm a liberdade de optar se querem resolver seus conflitos por intermédio dos Institutos abordados neste trabalho, ou se desejam buscar o auxílio do Poder Judiciário.

2. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Busca-se agora, discorrer um pouco mais a respeito dos contornos da conciliação e mediação.

2.1 Conceitos e diferenciações

Tanto a Conciliação, quanto a Mediação, foram trazidas no novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2016. Logo no início da referida lei, em seu artigo 3º, o legislador já cita estas formas alternativas de resolução de litígios:

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (Lei 13.105, 2015).

Com isto, já se pode ter uma noção da importância que foi dada a estes institutos na elaboração do novo CPC. Além disto, há uma seção inteira da nova Lei Processual Civil tratando apenas sobre a Conciliação e a Mediação e isto é uma novidade. A Conciliação e a Mediação são chamadas de Meios Alternativos de Solução de Conflitos ou Equivalentes Jurisdicionais, pois estes não se resolvem com uma sentença proferida por um juiz, mas sim com um acordo feito entre as partes conflitantes. Eles são, portanto, uma alternativa à solução judicial e podem acontecer tanto durante um processo já iniciado quanto de forma extrajudicial, ou seja, antes de se iniciar um processo.

Ainda na época do Império, nos artigos 161 e 162 da Constituição de 1824, já havia a possibilidade de conciliação. O primeiro código processual do Brasil, de 1850, em seu artigo 23 também regulamentou a conciliação, assim como fazia o Código de Processo Civil de 1973, vigente até o início de 2016. Porém, apesar de estar prevista, de alguma forma, em todos estes diplomas legais, nunca houve um estímulo para a Resolução Alternativa dos Conflitos. “Tanto assim que a conciliação foi abolida na fase republicana (como fase preliminar obrigatória) por ser considerada onerosa e inútil na composição de litígios” (BACELLAR, 2012, p. 65).

Contudo, em 2010, este quadro começou a mudar. Isto se deu com a elaboração da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. A referida Resolução estimulou a opção pelos Meios Consensuais de Resolução de Litígios, qual sejam a Mediação e a Conciliação, trazendo algumas regras e diretrizes para que estes institutos fossem feitos de forma correta e buscando assim, com que cada vez mais pessoas optassem por eles ao resolver seus conflitos de interesse.

Em 2015, ainda com o objetivo de estimular as Equivalentes Jurisdicionais, foi sancionada a Lei nº 13.140, conhecida como “Lei da Mediação”, que estabeleceu diretrizes a serem observadas na realização da Mediação. Pode-se observar, portanto, que com o passar do tempo, a visão dos legisladores brasileiros sobre os referidos institutos, foi mudando. Tanto a Conciliação quanto a Mediação passaram a ser estimulados pelos nossos legisladores.

Pode-se justificar esta mudança com o fato de que os legisladores observaram como já dito, que o Poder Judiciário, atualmente, se encontra em uma situação complicada, pois o número de processos existentes é muito grande, o que faz com que eles durem um tempo bem maior do que deveriam. Foi preciso, então, buscar novas formas de se resolver os futuros conflitos, para que assim, o Judiciário pudesse cumprir seu papel de forma mais eficaz.

A Conciliação é um dos métodos alternativos para solucionar um conflito. Nela, além das partes, há um terceiro imparcial, que irá ajudá-las a chegarem a um

consenso e ficarem satisfeitas. É o chamado Conciliador, que atua de forma presente na resolução do conflito, uma vez que ele tem a função de sugerir alternativas às partes conflitantes, após ouvi-las, tendo, então, uma postura ativa em relação à elaboração do acordo. Porém, deve-se esclarecer que apesar das sugestões do conciliador, a decisão final de como será o acordo, fica a cargo das partes.

O principal objetivo do Conciliador é, portanto, ajudar na elaboração do acordo, não se atentando muito ao reestabelecimento da comunicação entre as partes, diferentemente do mediador, que veremos a seguir. Sendo assim, a Conciliação é normalmente usada para resolver litígios entre partes que não tinham um vínculo anterior, ou seja, que não se conheciam, como por exemplo, pessoas que se envolveram em um acidente de trânsito. Isto fica claro ao observar o parágrafo 2º, do artigo 165 do novo CPC:

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (Lei 13.105, 2015).

Há desta forma, na Conciliação, a autocomposição do litígio, pois as partes chegam a um acordo, não sendo necessária a imposição de uma solução por alguém, uma vez que ele pode ser aceito ou não pelas partes- o consenso é necessário.

O foco e a finalidade da conciliação é o alcance de um acordo que possa ensejar a extinção do processo, e para isso foca-se no objeto da controvérsia materializado na lide processual. Na nossa posição, a verdadeira justiça só se encontra no consenso. (BACELLAR, 2012, p. 67).

No entanto, é importante que o Conciliador seja alguém capacitado e treinado para isto, para que, assim, possa-se obter êxito na conciliação. Isto se explica porque o Conciliador não pode impor uma decisão às partes e deve dar sugestões de forma adequada, pertinente e que deixe todos satisfeitos, pois do contrário, a Conciliação não poderá atingir seu objetivo, podendo gerar futuros desentendimentos e complicações entre as partes, fazendo com que o acordo não seja cumprido.

Na Mediação, que assim como a Conciliação, busca solucionar os litígios de forma alternativa ao Judiciário, também há um terceiro imparcial, chamado de Mediador. Porém este, diferentemente do conciliador, não propõe alternativas de acordo entre as partes. Seu papel é ajudar no diálogo entre elas, uma vez que na maioria das vezes, estas já se conhecem e não estão dialogando, o que faz do acordo algo quase impossível de se conseguir. O Mediador então esclarecerá os fatos

para as partes e recuperará o diálogo entre elas, fazendo assim, com cheguem sozinhas a um acordo. A função do Mediador é mais ativa em relação à comunicação entre as partes.

Como uma primeira noção de mediação, pode-se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam (BACELLAR, 2003).

Assim como na Conciliação, na Mediação, há a autocomposição do litígio. Como o foco principal do Mediador é reestabelecer a comunicação entre as partes litigantes, a Mediação é mais adequada para resolver as lides existentes entre pessoas com múltiplos vínculos, ou seja, entre pessoas que já tinham uma relação preexistente ao conflito. Isto é trazido pelo artigo 165, parágrafo 3º do Código de Processo Civil:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (Lei 13.105, 2015).

É importante enfatizar a felicidade do legislador ao elaborar os parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do novo Código de Processo Civil, uma vez que eles conceituam e diferenciam de forma excepcional os institutos da Mediação e Conciliação, não deixando dúvidas em relação a qual dos dois deverá ser usado, preferencialmente, em cada caso. Porém, segundo Wambier et al. (p. 555, 2016):

Vale destacar que a previsão foi feliz ao destacar o termo “preferencialmente”: mesmo em relações episódicas pode-se utilizar a mediação e deixar que os próprios envolvidos elaborem a saída consensual sem que o terceiro imparcial faça sugestões quanto ao mérito, preservando a autoria e a maior chance de cumprimento espontâneo da avença.

Partindo desta lógica, as partes que já tinham vínculos anteriores ao conflito, podem, também, optar por realizar a Conciliação, e não a Mediação. Ainda sobre este assunto:

Nesse cenário, é interessante que as partes, por seus advogados, manifestem sua visão sobre a pertinência de se valer da media-

ção ou da conciliação ao manifestarem o interesse em sua realização; não o fazendo, caberá ao Tribunal apreciar adequadamente os elementos pertinentes para encaminhar o caso ao meio consensual apropriado. (WAMBIER et al., p 555. 2016)

Com a Conciliação e a Mediação, as chances de cumprimento do acordo são muito maiores do que nos casos em que o juiz impõe uma decisão. Isto se dá porque nestes Métodos Alternativos de Resolução de Conflito, não há vencedores e vencidos, uma vez que nos acordos, há satisfações para ambas as partes e estas participam da elaboração do acordo e consentem com ele, e estão, portanto, comprometidas a cumpri-lo.

2.2 Princípios que regem a Conciliação e a Mediação

Ao elaborar o novo CPC, o legislador deixou claro quais Princípios devem ser observados ao optar pela realização da Conciliação ou da Mediação: “Art. 166 A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (Lei 13.105, 2015).

Estes princípios, como quaisquer outros que regem as leis, são de extrema importância, pois limitam a atuação dos envolvidos na Conciliação ou Mediação, uma vez que estes litigantes terão que respeitar os princípios, não podendo fazer o que e como bem entendem.

O Princípio da Independência diz respeito à liberdade dos Conciliadores e Mediadores, pois estes não podem ser subordinados a nenhum órgão ou pessoa. Isto se dá porque o terceiro imparcial precisa satisfazer as partes e para isso, deve ter uma maior liberdade de ações, desde que estas nunca prejudiquem os interesses dos acordantes. A Imparcialidade significa dizer que o Conciliador ou Mediador não pode buscar favorecer uma parte em detrimento da outra. É preciso que ele seja imparcial para que o acordo seja benéfico para ambas as partes.

Nos termos da Res. CNJ 125/2010, imparcialidade é o dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente (WAMBIER et al., p 558. 2016).

Com o Princípio da Autonomia da Vontade, tem-se a ideia de que a vontade das partes deve ser ouvida e respeitada. Além disso, elas devem ter autonomia ao realizar o acordo, ou seja, podem aceitar ou não sua realização, sem que haja coerção.

Outro princípio trazido pelo referido artigo é o da Confidencialidade. Ele implica dizer que terceiros não terão conhecimento do que foi debatido nas Audiências de Conciliação e Mediação. Isto se dá porque as partes, para que cheguem a um acordo, não devem faltar com a verdade, e só o farão se tiverem uma segurança de que o que dizem é confidencial.

Para que os participantes da sessão consensual possam negociar com abertura e transparência, é essencial que se sintam protegidos em suas manifestações e contem com a garantia de que o que disserem não será usado contra si em outras oportunidades – especialmente em eventual julgamento caso a situação seja encaminhada à via litigiosa (WAMBIER et al., p 558. 2016).

Ainda sobre o Princípio da Confidencialidade, WAMBIER (2016) deixa claro que, se caso a Conciliação ou Mediação não seja frutífera e haja um futuro processo judicial, o advogado das partes jamais deve usar informações obtidas durante a conciliação ou mediação, como provas de algo. Se o fizer, a prova será dada como ilícita, pois fere o referido princípio. A respeito disto, o parágrafo 1º do artigo 166 deixa claro que:

“A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”. (Lei 13.105, 2015).

Tanto o terceiro imparcial (Conciliador ou Mediador) quanto as partes, devem, portanto, guardar sigilo em relação ao que foi apresentado nas audiências, salvo se as partes autorizarem expressamente o contrário. O Princípio da Oralidade significa dizer que durante a Conciliação e Mediação, as partes e o Mediador ou Conciliador, conduzirão as audiências por meio da conversa e do diálogo. Porém, em complemento ao Princípio da Oralidade, o Princípio da Informalidade traz a necessidade de que o resultado obtido com a Conciliação ou Mediação deve ser informado e registrado de forma escrita, buscando ter uma maior segurança de que ele será cumprido.

O último princípio trazido é o da Decisão Informada. Sua finalidade é evitar surpresas, pois ele exige que o Conciliador ou Mediador exponha e explique às partes, exatamente, as consequências de suas decisões.

2.3 Vantagens da Conciliação, Mediação ou Outro Meio Alternativo de Solução de Conflitos

O cidadão que buscar o auxílio dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, tais como a Conciliação, Mediação ou outro meio alternativo, terá inú-

meros benefícios e vantagens, dentre eles: a obtenção de resultados rápidos, econômicos, confiáveis e seguros, pois todo o processo de Mediação e Conciliação está de acordo com o Princípio Constitucional do Devido Processo Legal.

A Mediação e Conciliação proporcionam ao cidadão envolvido na lide, a participação interativa na solução do conflito, expondo suas ideias, reunindo e empenhando esforços para alcançar o resultado satisfatório.

Outra vantagem buscada pela Conciliação e que se mostra muito útil à sociedade e também às partes que estão envolvidas no conflito é a possibilidade do restabelecimento da relação saudável e amistosa entre as mesmas, encerrando qualquer desavença entre elas.

Salienta-se que a resolução de demandas por intermédio da Conciliação ou Mediação é gratuita e sem ônus aos que nela participam, pois os métodos utilizados para o fim do litígio são desprovidos de burocracia, ao contrário do Judiciário, em que as partes muitas vezes têm o encargo de recolher custas ao Estado e demais despesas aos Serventuários que nela participam.

As vantagens das soluções alternativas, segundo Cândido Rangel Dinamarco, consistem principalmente em evitar as dificuldades que empecem e dificultam a tutela jurisdicional: o custo financeiro do processo, a excessiva duração dos trâmites processuais e o necessário cumprimento de formas processuais. (TAR TUCE, 2008, p. 202).

Porém, conforme dito anteriormente cabe ao Autor da demanda analisar e escolher se os Métodos Alternativos da Solução de Conflitos são os meios adequados para a sua situação.

2.4 Desvantagens da Conciliação, Mediação ou Outro Meio Alternativo de Solução de Conflitos

Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos também são passíveis de desvantagens a quem o utiliza, sendo elencadas como:

...deletéria privatização da justiça (retirando do Estado, a ponto de enfraquecê-lo, uma de suas funções essenciais e naturais, a administração do sistema de justiça); falta de controle e confiabilidade dos procedimentos e das decisões (em procedimentos sem transparência ou lisura); exclusão de certos cidadãos e sua relegação ao contexto de uma “justiça de segunda classe”; frustração do jurisdicionado e enfraquecimento do direito e das leis (TARTUCE, 2008, p. 203).

As críticas feitas aos mecanismos de Mediação e Conciliação pairam sobre o fato do Estado ser enfraquecido em razão da “privatização” da Justiça, que está sob sua tutela, pois ela não consegue atender os cidadãos, conforme está exposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

O Estado se demonstra enfraquecido por não conseguir administrar corretamente a Justiça, tendo que propor uma alternativa para saciar os anseios da sociedade, que vê um modelo burocrático e demorado de auxílio jurisdicional.

Outro fator negativo seria que o emprego da Mediação, Conciliação ou outro meio alternativo estaria excluindo da prestação do Judiciário, pessoas consideradas “pobres”, que não possuem condição econômica para arcar com custas e despesas processuais. Com isto, se estaria criando uma Justiça alternativa para os “hipossuficientes”, ou seja, denotaria que a Justiça Comum, administrada pelo Estado, não ampararia as pessoas mais necessitadas.

Todavia, convém ponderar que as vantagens dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos são muito mais intensas que as desvantagens acima apontadas e mais do que justificam sejam adotadas no dia-a-dia, para a composição de litígios.

2. 5 Outros Meios de Resolução de Conflitos: ADR, MASCS, RAC

Na teoria e na prática vemos muitas siglas que designam as técnicas empregadas no tratamento de conflitos, como uma alternativa extrajudicial, ou seja, métodos que são empregados sem a interferência do Estado-juiz. A ADR – Alternative Dispute Resolution está difundida neste tema, sendo que expressa a negociação, mediação e arbitragem fora do âmbito do sistema oficial do Poder Judiciário. Assim, a ADR indica um método de resolução alternativo de disputas.

Importante salientar que a ADR ou RAD (Resolução Alternativa de Disputas) tornou-se consolidado devido à sua eficácia no mundo dos negócios comerciais e políticos (TARTUCE, 2008, p. 180).

Os Métodos Alternativos da Solução de Conflitos ou Controvérsias foram primeiramente aplicados em questões de direito privado, onde as partes poderiam se envolver por iniciativa própria, tendo um terceiro isento da discussão e imparcial como solucionador da lide. Com o êxito obtido nas negociações, mediações e conciliações no âmbito do direito privado, os métodos alternativos de solução de controvérsias foram largamente se estendendo para outras áreas maiores que englobam interesses de caráter patrimonial, familiar.

A sigla MASC que indica Meios/Métodos Alternativos de Solução de Conflitos tem o mesmo caráter compreendido na ADR/RAD utilizando a negociação, mediação e Conciliação, sendo esses métodos extrajudiciais. Porém, os MASCS

se concentram em resolver os litígios de forma harmônica, ou seja, “fogem” da velha e clássica concepção de “Autor e Réu” que paira no Judiciário.

Os métodos utilizados nos MASCs se voltam a solucionar os conflitos de forma pacífica e harmônica, e neles as partes cooperativamente empregariam esforços para chegar a um senso comum.

É de suma importância esclarecer que os métodos aqui abordados são todos alternativos, ou seja, são métodos que se desenvolvem extrajudicialmente, fora do ambiente do Poder Judiciário, e que mesmo distante do poder do Estado-juiz, a solução encontrada é revestida de licitude, obedecendo ao princípio constitucional do Devido Processo Legal.

Como já fora dita anteriormente, a opção pela solução de conflitos e controvérsias é puramente das partes envolvidas, que devem analisar se o acesso ao Judiciário ou a resolução por métodos alternativos é o mais correto e útil para o alcance dos objetivos.

3- Comparações acerca da Mediação e Conciliação - Código de Processo Civil de 1973 e Novel Diploma Processual (2015)

A Conciliação estava instituída pelo antigo Código de Processo Civil, Lei n. 5.896, de 11 de janeiro de 1973, no artigo 331 que consagrava:

Art. 331 - Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas secções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará a audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º - Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº. 8.952, de 13.12.1994) (Grifo Nosso)

§ 2º - Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Como pode ser visto, no antigo Diploma Processual Civil, não havia uma seção específica que tratasse acerca da Conciliação ou Mediação, sendo que a primeira ocorria na chamada “Audiência Preliminar” sendo ela presidida, em via de regra, por um Juiz e não por um Conciliador, sujeito necessário à condução do processo de Conciliação.

No antigo CPC, o legislador não especificou a Conciliação em seus procedimentos, porém, na prática o Juiz buscava a autocomposição da lide momentos antes das audiências costumeiras, conforme demonstra Costa (apud Didier Junior, p.475):

[...] há um tripé normativo em favor da conciliação: o art. 125, IV (que estabelece o dever do magistrado conciliar as partes a qualquer tempo), o art. 331 (que introduz no procedimento ordinário uma audiência preliminar à fase de instrução probatória) e o art. 447 (que prevê uma tentativa de conciliação no início da audiência de instrução). (COSTA, 2016)

No Código Processualista antecessor, o Juiz privilegiava o saneamento do processo, ao invés de despender maior atenção à Conciliação, pois a autocomposição era realizada no mesmo instante processual, sendo assim, o Juiz priorizava o saneamento e a instrução processual que são medidas práticas que incentivavam o processo determinado pelo Juiz.

A inovação trazida pelo Novo CPC acerca da Conciliação – e mediação– está ligada, principalmente, ao momento em que esta é realizada. De acordo com o artigo 334 do referido código, logo após o autor apresentar petição inicial, antes mesmo da resposta do réu, já é designada uma audiência de Conciliação ou Mediação.

Art. 334: Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (Lei nº 13.105, 2015).

É preciso destacar a importância desta mudança relacionada ao momento das referidas Audiências. O réu, antes de realizada a Audiências, nem será citado para se manifestar em relação ao processo. Sua citação, neste primeiro momento, será apenas para que compareça à Audiência designada pelo juiz. Apesar de parecer um mero detalhe, esta mudança é muito importante, pois, como o réu não se manifestou no processo, ainda não há a ideia das partes de que um deve vencer e o outro perder, o que contribui para o sucesso das Audiências de Conciliação e Mediação.

Porém, deve-se destacar que mesmo após iniciado o processo e ambas as partes terem se manifestado, é preciso haver, ainda, estímulos para que estas resolvam o conflito de forma alternativa e autocompositiva, visto seus benefícios já citados. O artigo 3º, parágrafo 3º do novo CPC dispõe a este respeito: “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”.

Este estímulo crescente aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos está ligado com o princípio da dignidade humana, trazido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1.º, III, conforme Wambier et al.:

O postulado constitucional da dignidade humana, como valor-fonte que inspira o ordenamento jurídico brasileiro (art. 1.º, III, da CF), representa significativo vetor hermenêutico, reconhecido expressamente pelo NCPC (art. 8.º), a impor a previsão de mecanismos não apenas formais de acesso à justiça, mas de métodos eficientes da solução de controvérsias. Isso significa reconhecer que, por detrás de em cada processo, existe um drama humano, uma pessoa de carne e osso, que sofre com a ineficiência do sistema judicial e, para manter a esperança na justiça e realmente acreditar no Poder Judiciário, deve ter assegurado uma tutela jurisdicional de qualidade. (p. 924, 2016)

Portanto, pode-se perceber que, com as regras trazidas pelo Novo CPC acerca da Conciliação e Mediação, há um grande estímulo para que estas ocorram e isto se dá, como já visto, pelo fato de que foi necessário pensar em alternativas que pudessem melhorar a situação do Poder Judiciário brasileiro, que se encontra sobrecarregado e por este motivo, não consegue atender as demandas da sociedade da forma que deveria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da elaboração do presente artigo científico, os autores puderam observar que a visão dos legisladores brasileiros em relação aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos foi mudando com o passar dos anos. Estes Meios, que anteriormente já foram vistos como “perda de tempo” passaram a ser, cada vez mais, incentivados ao se elaborar leis brasileiras. Isto se deu, pois, como estudado, o Poder Judiciário se encontra sobrecarregado e precisou-se pensar em formas de reverter essa situação.

A atual situação do Poder Judiciário brasileiro é fruto da mentalidade dos cidadãos de que ele é o único solucionador dos conflitos existentes. Esta forma de pensar faz com que as pessoas levem todos os seus conflitos à apreciação do Judiciário. Portanto, além de ser um dos meios mais eficazes de aliviar o Poder Judiciário, a Conciliação e a Mediação têm papel importante na mudança da visão dos brasileiros. Pelo estabelecimento das Audiências de Conciliação e Mediação antes da resposta do réu, o legislador do Novo CPC buscou, além de diminuir o número de processos, fazer com que a população veja que há outras formas de resolver seus conflitos.

Além disso, ao resolver os conflitos por intermédio da Conciliação ou Me-

dição, mostra-se à sociedade que estas formas podem ser mais eficientes do que uma decisão Judicial, pois são mais rápidas, econômicas e mais eficazes do que decisões impostas por juízes, já que as partes litigantes participam ativamente da elaboração do acordo, satisfazendo assim, os interesses de ambas.

A principal diferença entre os Meios Alternativos de Solução de Conflitos (como a Conciliação e Mediação) e a Decisão Judicial, está no fato de que aquelas solucionam os litígios de forma autocompositiva, ou seja, as partes litigantes participam ativamente na elaboração da solução, que se dá através de um acordo. Não há, portanto, uma decisão imposta por alguém. Já a Decisão Judicial é uma forma de solução heterocompositiva, pois um terceiro (juiz) impõe a decisão e as partes devem aceitá-la e respeitá-la. Portanto, ao se resolver conflitos através da autocomposição, a probabilidade de que o acordo seja cumprido é maior, pois as partes que o elaboraram.

Sendo assim, pode-se concluir que a Conciliação e Mediação são institutos muito importantes e devem ser cada vez mais estimuladas e utilizadas na resolução de conflitos, por trazer muitos benefícios às partes conflitantes, além de ser uma das principais formas de mudar a situação do Poder Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 167p. 2012.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 05 de outubro de 1988.

_____. Carta de Lei de 25 de março de 1824. **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 23.08.2016)

_____. Decreto Nº 737. **Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial**. 1850 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm> Acesso em: 23.08.2016)

_____. Lei 5.869. **Código de Processo Civil**. 1973 (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em 24.08.2016)

_____. Lei 13.105. **Novo Código de Processo Civil**. 2015 (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 24.08.2016)

____ Lei nº 13.140. **Lei da Mediação**. 2015. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 26.08.2016)

____ Resolução nº 125. **Conselho Nacional de Justiça**. 2010 (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 26.08.2016).

____ CNJ (**Conselho Nacional de Justiça**). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>> Acesso em: 19.08.2016. – A.

____ CNJ (**Conselho Nacional de Justiça**). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 22.08.2016 – B.

COSTA, Helena Dias Leão. **O instituto da conciliação no Código de Processo Civil brasileiro e no anteprojeto do novo Código em discussão no Congresso Nacional**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudo-juridico.com.br/?artigos&ver=2.43759&seo=1>>. Acesso em: 30.08.2016

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos**. Barueri: Manole, 146p. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1152p. 2ª edição. 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 1ª ed. São Paulo, Método, 318p. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2528p. 2ª edição. 2016.

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Allana Ceará

RESUMO

Este artigo tem por objetivo apresentar as mudanças decorrentes com a vigência do novo Código de Processo Civil no que concerne aos meios alternativos de solução de conflitos, principalmente no tocante a conciliação e a mediação. Diante de uma sociedade civil repleta de anseios e perspectivas, o novo código busca atender essa nova realidade, ao privilegiar a opção por conciliar/mediar os conflitos de interesse levados até a demanda judicial, inovando ainda mais ao propor que as partes tenham a oportunidade de encontrarem a melhor solução sem que um terceiro decida por elas, ou seja, deste modo democratizando as decisões, tornando-se um vetor essencial para melhor aplicabilidade e acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Novo Código de Processo Civil, Conciliação, Mediação.

ABSTRACT

This article aims to present the changes brought about with the term of the new Civil Procedure Code with regard to alternative means of conflict resolution, particularly with regard to conciliation and mediation. Facing a civil society fraught with concerns and perspectives, the new code seeks to meet this new reality, privileging the option to reconcile / mediate conflicts of interest led to the lawsuit, innovating further to propose that the parties have the opportunity to find the best solution without a third party to decide for them, that is, thereby democratizing decisions, making it an essential vector for better applicability and access to justice.

KEYWORDS

New Civil Procedure Code, Conciliation, Mediation.

INTRODUÇÃO

A história é um fluxo constante que a cada ano transforma as sociedades, criando novas necessidades e realidades que fazem com que o direito tente se adequar ao mais próximo possível daquela realidade no qual será aplicada. E justamente da palavra mudança que veio o Novo Código de Processo Civil, o primeiro código no ordenamento jurídico brasileiro que teve seu projeto totalmente discutido, analisado e finalmente finalizado na era democrática, respeitando o Estado Democrático de Direito.

Dentre as diversas modificações em comparação ao Código de Processo Civil de 1973, um dos temas que trouxeram impactos para o cotidiano jurídico está nos Meios Alternativos de Solução de Conflitos, principalmente em dois de seus mecanismos de atuação, a conciliação e a mediação, que foram incluídos na nova redação civil processual.

E é nesses dois mecanismos que este artigo ficará restrito, buscando analisar as principais mudanças sobre o certame e esclarecer que optar por tais métodos significa uma nova dinâmica na conjuntura processual, uma vez que ao privilegiar que as próprias partes tenham a chance de resolver seu litígio sem a interferência de um terceiro, acarreta em uma nova roupagem que não deixa mais esse tema restrito apenas a Resolução n.125 do Conselho Nacional de Justiça e demais âmbitos.

A perspectiva de que conciliar/mediar é preciso beneficia não apenas os envolvidos diretos como também os indiretos, uma vez que proporciona a democratização das decisões em âmbito jurisdicional. A sociedade civil se torna parte integrante do processo, podendo encontrar novos caminhos para a solução propostos pelos mesmos, garantindo maior acesso à justiça e agilidade processual, tendo em vista que a grande demanda nos tribunais só torna a justiça mais morosa e a conciliação e a mediação tem papel de auxiliar e ajudar a mudar este quadro.

O ponto de partida ocorre com os conflitos de interesse que são em grande maioria inevitáveis, contudo passíveis de uma rápida solução, desde que as partes encontrem na justiça um ambiente que ampare e estimule a cultura de conciliar ao invés de privilegiar a cultura do processo, e este é o intuito do novo Código de processo Civil ao abordar e adotar a conciliação e a mediação.

1. AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O conflito passou a ser constante na vida do ser humano a partir do momento que a figura da vida em grupo tomou forma e deu uma nova dinâmica para as relações interpessoais, e foi o fator determinante para o surgimento de sociedades e Estados. O homem por ser um ser complexo, o Estado encontrou na norma uma saída para regular a vida em sociedade, uma vez que o maior perigo do homem é o próprio homem, tendo em vista que Hobbes já apontava que “O homem é o lobo do homem”, e deste modo sem regras o Estado jamais poderia intervir na relação de vencedores e vencidos.

Sob a perspectiva de evolução das sociedades, a solução dos conflitos ficara a cargo de um terceiro alheio as partes, essa figura de intervir já teve várias facetas dentro da história do direito que passou desde a presença do sacerdote/ ancião que resolvia os conflitos com base nos costumes locais, bem como a exemplo do que as primeiras civilizações utilizavam como Código de Manu, Código de Hamurabi; no direito romano com a presença do pretor, absorvendo Lei das XII Tábuas e demais institutos que estão presentes e serviram de inspiração ao que temos atualmente em nosso ordenamento jurídico. Tanto assim o é, que, na história do Brasil até o surgimento de sua primeira Constituição em 1824, o que imperava era a legislação portuguesa através do seu rol de ordenações, portanto apesar da CF/1824 ter tido influência principalmente das ordenações filipinas, os Meios Alternativos de Solução de Conflitos se fizeram presentes com a figura do juiz de paz.

Historicamente, é sabido que é muito antigo, em nosso país, o uso de meios consensuais para a composição de litígios. Logo em seguida à Independência do nosso país, na Constituição Imperial, que é de 1824, ficou afirmada a obrigatoriedade de prévia tentativa de conciliação para se ter acesso à justiça. Seu art. 161 dispunha expressamente que, “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”. E o art. 162 completava: “para esse fim haverá juiz de paz”. (WATANABE, 2012, p. 89-90).

Desde então, eis que os Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs) estiveram sobre diferentes prismas no curso da história, e acompanharam a evolução do ordenamento jurídico brasileiro que está em constante transformação devido aos diferentes cenários que a sociedade civil convive, precisando deste modo, de normas e regras para evitar os conflitos de interesse. Contudo, nem sempre é possível evitá-los, principalmente porque não é a todo o momento que o direito consegue acompanhar na mesma velocidade a evolução da sociedade que possui usos e costumes cada vez mais mutáveis em um curto espaço de tempo. Esse fenômeno é impulsionado pelo acesso à informação e do processo de aprendizagem cada vez mais dinâmico em um mundo globalizado.

E diante deste mundo globalizado que trás tanto benefícios quanto desvantagens, inserindo o ser humano como um ser social que está cercado por relacionamentos a sorte de condições que podem vir a ser desiguais, que quando ocorre o conflito de interesse é fundamental o Estado intervir com a finalidade de conceder um parâmetro de igualdade ao buscar resolver a relação litigiosa, pois a igualdade é um direito fundamental para a organização de um Estado.

Os destinatários do direito fundamental da igualdade, em uma primeira linha, são os órgãos estatais, pois a igualdade perante a lei dá ensejo em um dever de aplicação igual deste direito

a todos os órgãos jurisdicionais e administrativos e ainda uma igualdade na lei, que por sua vez, através desta vincula os órgãos legislativos. Portanto, o direito fundamental da igualdade vincula todos os órgãos, funções e ações estatais, que desta forma passam a possuir plena eficácia e aplicabilidade. (BORCAT; NETO, 2015, p. 113).

Nesse contexto que o poder judiciário se vê cada vez mais requisitado, qualquer motivo, por menor que seja faz os cidadãos buscarem a jurisdição para por fim ao seu conflito de interesse, gerando uma demanda muito maior que o nosso sistema pode suportar, sendo que a solução não vem em tempo hábil, e por consequência abarrotada de processos os tribunais tornando a justiça morosa.

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15) vem com uma nova roupagem acerca dos meios alternativos de solução de conflitos, em especial a que se refere à autocomposição (mediação/conciliação), no sentido de privilegiar que esses dois mecanismos se façam presentes no processo judicial, de modo que dê um caráter de democratizar as decisões. Há um grande incentivo para que as partes encontrem uma solução sem precisar que um terceiro decida por elas, e se essa cooperação acontece significa que ambas as partes conseguiram optar por um caminho mais ágil e que trouxe ao resultado final uma relação de ganha-ganha, no qual ambos tiveram que ceder em determinados pontos para encontrar um denominador comum e por fim ao litígio.

E se faz fundamental que ocorra um processo de cultura por conciliar/mediar com as novas medidas do CPC do que a já tradicional cultura do processo, é preciso que haja um novo ciclo que atenda à justiça, as partes e que principalmente seja o lema dos operadores do direito para propagar um novo comportamento no cotidiano jurídico. Note-se que mesmo quando se discutia sobre a proposta do Novo CPC, um dos debates girava em torno justamente do papel dos operadores de direito que deveriam ser as “molas propulsoras” pela opção da conciliação e mediação, respeitando sempre a vontade das partes, pois nada que é obrigatório nesse tema é válido.

A proposta do Projeto do Novo Código de Processo Civil não torna obrigatória a mediação ou conciliação, mas a estimula. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores de direito, mesmo já ajuizada a ação judicial. Ou seja, tem-se por determinante a busca pela solução composta, sem torná-la obrigatória. (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 201).

Nesse viés compreende-se que no intuito do novo CPC de trazer a sociedade civil como um ator ativo para a resolução do conflito, dentre as opções que há nos métodos alternativos de resolução de conflitos a conciliação e mediação são os melhores mecanismos escolhidos para a atual frente de atuação do CPC. Não que ambos sejam novos no meio jurisdicional, muito pelo contrário, nesse âmbito

já tínhamos a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, a Lei 9.099/95 que versa sobre os Juizados Especiais que já se utilizam dos meios alternativos, contudo com a vigência do novo CPC significa que o tema não fica mais circunscrito apenas nessas esferas, há uma ampliação que objetiva encontrar a melhor solução no processo judicial utilizando como ferramenta principal as partes interessadas. O novo CPC leva em consideração a Lei de Mediação Lei n.13.140/15.

Isto posto, é devido esclarecer qual é o papel da conciliação e da mediação como método alternativo de resolução de conflitos. Dentro das diversas classificações e abordagens da terminologia que cerca o assunto, pode-se dizer que ambos pertencem a autocomposição, no qual as partes irão compor para juntos chegarem ao consenso, além desta há a autotutela (que é expressamente vetada pelo ordenamento jurídico brasileiro) de onde o resultado do litígio é determinado por apenas uma das partes e a heterocomposição que o resultado advém de um terceiro alheio às partes, como pode ser visto na tabela abaixo.

	RESPONSÁVEL PELA SOLUÇÃO	MÉTODO UTILIZADO
AUTOTUTELA	um dos envolvidos	imposição
AUTOCOMPOSIÇÃO	os dois envolvidos	consenso
HETEROCOMPOSIÇÃO	um terceiro imparcial	imposição

Fonte: CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da conciliação. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 28.

Conforme visto acima a conciliação é uma das formas de autocomposição que conta com a presença das partes que depositam credibilidade em um terceiro imparcial, no caso será o conciliador, que ficará responsável por aproximá-los e ajudá-los a encontrar um consenso que satisfaça a materialização de um acordo, ou seja, terá uma participação conjunta as partes, podendo sugerir opções que fomentem a interação entre as mesmas.

Consiste no desenrolar de um diálogo entre as partes e conciliador, com vistas para encontrar uma posição final para o conflito, que seja aceitável e factível de *civil Law*, o juiz é orientado a propor ou indagar sobre a possibilidade de acordo em diversas fases do processo judicial. (CALMON, 2013, p. 99).

Já a mediação, que também contempla o rol da autocomposição, segundo o artigo 1º, em seu parágrafo único da Lei 13.140/15 (Lei da mediação) conceitua que é “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”, ou seja, o mediador é um auxiliador as partes sem interferir no valor de juízo trazido por elas, de modo que “apenas assis-

te as partes, facilitando sua comunicação, com o objetivo de favorecer a identificação de um acordo de recíproca satisfação” (CALMON, 2013, p. 105).

A partir dessa distinção, com o novo CPC inicia-se uma nova etapa na história da conciliação e mediação, pois no CPC/73 não havia previsão legal como veremos a seguir com o CPC/2015. Já é notória a mudança se observarmos que o Capítulo III Dos auxiliares de Justiça consta uma nova Seção a V Dos Conciliares e Mediadores Judiciais, fato que não havia antes, isto porque a esses foram concedidos o status de auxiliares da justiça, conforme aponta art. 149 CPC, e sendo assim estão sob as mesmas hipóteses que os juízes estão submetidos no tocante ao impedimento e suspeição.

Cada um atuará de forma e com técnicas diferentes, conforme abaixo:

Os §§ 2º e 3º do art. 165 traçam o perfil básico do conciliador e do mediador respectivamente, apresentando, outrossim, as principais diferenças na atuação de um e de outro e nas técnicas disponíveis para obtenção da autocomposição, em absoluta harmonia com o precitado parágrafo único do art. 1º da Lei n. 13.140/15. O conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes; o mediador, nos casos em que existir este vínculo. Ademais, o mediador, consorte o § 1º do art. 4º da Lei n. 13.140/15, a Lei da Mediação, “conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito”. (BUENO, 2016, p. 195).

Uma das mudanças que mexe diretamente com as atividades do advogado está na petição inicial art. 319, VII, sendo requisito dizer em peça se opta ou não pela realização de audiência de conciliação/mediação, caso ambas as partes desejem tal ato o juiz designará dia para que ocorra a autocomposição, em caso de uma das partes não requisitar deve ser respeitado o que disciplina o art. 334, § 4º, inciso I que deixa claro que não será realizada neste caso, em seu inciso II também não será possível nos casos que não permitir a autocomposição. Caso as partes silenciem sobre audiência na peça, o juiz poderá designá-la por entender que ambas a querem.

É muito importante que nada seja imposto ao longo do processo, as partes precisam sentir que não são meras peças do ato processual e sim que fazem parte de tal forma que podem definir o contorno de seu litígio mesmo depois de ajuizada a ação. E esse raciocínio vem de acordo com os princípios da mediação e da conciliação, “princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (art. 166 CPC).

A questão dos princípios vai além das novas medidas do CPC, uma vez que ultrapassa o campo do processo civil; respeitar e fazer imperar a aplicabilidade dos princípios significa o real acesso à justiça pelas partes, sem contar que sua vigência regulará durante a audiência as condições das partes, uma vez que ambos serão colocados em pé de igualdade – tanto de condições como de atuação – onde se faz ideal que fique claro que nesse momento não há àquele que está errado e o outro que está correto, o momento pede celeridade para que ambos encontrem uma solução e a norma reguladora vem com a finalidade de propiciar o melhor ce-

nário para que isto ocorra, já que é a responsável por trabalhar e garantir condições de igualdade dentro de um ato processual.

[...] exige um tratamento igual em situações iguais e um tratamento desigual em situações desiguais, em prol de evitar-se discriminações arbitrárias. Desta forma, uma intervenção no direito da igualdade somente será necessária quando se estiver diante de um tratamento igual de situações desiguais ou de um tratamento desigual de situações que deveriam ser iguais. (BORCAT; NETO, 2015, p. 112).

Por mais que o momento da audiência seja um momento que deve observar a celeridade, o ambiente não deve ser tão formal e nem rígido, as partes precisam se sentir a vontade para aquele momento. Contudo nem por isso as partes podem agir como bem lhe convierem, por exemplo, no art. 334, § 8º deixa claro que se alguma das partes não comparece, a audiência de conciliação ou mediação será aplicado uma multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômico pretendido, visto que o CPC entende a desídia injustificada de comparecimento uma afronta porque é considerado como um ato atentatório à dignidade da justiça. Caso da audiência se obtenha um acordo – que é a grande expectativa deste CPC para que isto ocorra – esse será homologado por sentença, e, desde modo tornando-se um título executivo judicial, se o acordo não acontecer o processo terá o seu segmento e será aberto prazo para a contestação de 15 dias, conforme aponta o art. 335, inciso I CPC.

No que concerne sobre a escolha do conciliador ou mediador, da possibilidade de remuneração a esses profissionais, bem como de sua posterior atuação, e regulamentação, o código aponta que:

Art. 168 trata da possibilidade de escolha do conciliador ou mediadores. Como regra, ele será escolhido de comum acordo pelas partes, inclusive fora dos profissionais cadastrados junto ao Tribunal. [...] O art. 169 trata da remuneração dos conciliadores ou mediadores, que será fixada por tabela a ser editada pelos tribunais, observando os parâmetros estabelecidos pelo CNJ. [...]. O art. 172 estabelece prazo de um ano como “quarentena” aos conciliadores ou mediadores, contado do término da última audiência em que atuaram, para assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, regra repedita pelo art. 6º da Lei n. 13.140/15. O art. 173 lida com as situações que justificam a exclusão do conciliador ou do mediador do cadastro a que se refere o art. 167, observando, sempre, o prévio (e indispensável, na perspectiva do modelo constitucional) processo administrativo (§1º). O § 2º do dispositivo prevê a possibilidade de afastamento temporário das funções por até cento e oitenta dias quando for constatada atuação inadequada do mediador ou conciliador. O art. 174 quer espriar para a Administração Pública os benefícios da mediação e da conciliação no âmbito administrativo, determinando que ele crie câmaras de mediação e conciliação. (BUENO, 2016, p. 196-197).

A seguir, tabela comparativa do CPC/73 e CPC/15 sobre conciliação e mediação.

CPC/1973	CPC/2015
	Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão à direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
Art. 139 São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.	Art. 149 São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial , o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.
Art. 125 O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV- tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.	Art. 139 O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V- promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.
O capítulo V Dos auxiliares de justiça termina na Seção IV Do Intérprete.	O capítulo III Dos auxiliares de justiça incluiu a Seção V Dos conciliadores e mediadores judiciais.
Art. 282 A petição inicial indicará nos requisitos da petição inicial não consta inciso sobre opção de audiência de conciliação ou mediação.	Art. 319 A petição inicial indicará: VII- a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação e mediação.
Nada consta	Inclusão do Capítulo V Da audiência de conciliação ou mediação
Art. 285 Estando em termos a petição inicial, o juiz despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor.	Art. 334 Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
Art. 448 Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.	Art. 359 Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

Fonte: Tabela formulada pela autora a partir dos artigos dispostos no CPC/73 e CPC/15.

Essas são algumas mudanças que ocorreram de um código para o outro, e além desses, e dos já citados ao longo do texto, há mais uma questão embutida aos meios alternativos – conciliação/mediação – que se trata do uso do sistema multiportas, ao qual o próprio código faz menção em seu art. 175¹.

O art. 175, o último da Seção destinada a disciplinar os conciliadores e os mediadores judiciais, ressalva a possibilidade de serem empregados outros meios extrajudiciais para resolução de conflitos. É o que os especialistas da matéria chamam de sistema multiportas, no sentido de deverem coexistir variadas soluções para viabilizar, além da conciliação, da mediação e da arbitragem, referidas pelo CPC de 2015 desde os §§ 2º e 3º de seu art. 3º, a solução extrajudicial (ou as soluções, a serem empregadas escalonadamente) mais *adequada* possível de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto. O art. 41 da Lei n. 13.140/2015, a propósito, dispõe que a Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, bem como manter relação de mediadores e de instituições de mediação. (BUENO, 2016, p.197).

Com essa medida o código não exclui nenhuma possibilidade de outros meios alternativos de serem utilizados, ao contrário agrega a seu rol mais essa opção, ou seja, um sistema multiportas que proporciona uma gama de possibilidades legais que por mais que não estejam especificadas no CPC serão válidas por atender a finalidade pretendida, afinal a ideia é conciliar/mediar, todavia se houver outro meio alternativo que atenda melhor a solução do conflito fora do CPC não deve ser descartada e sim dela retirar o melhor.

Ao tocar no sistema multiportas, há uma ampliação que se estende as ferramentas de trabalho da conciliação e da mediação, pois se trata de novas possibilidades legais, amparada pelo CPC e pela Lei de Mediação 13.140/15, com a mesma finalidade de encontrar a melhor solução para o litígio. E o novo CPC reconhece a importância desse sistema multiportas que só vem a crescer aos seus propósitos de democratizar as decisões, tornar as partes mais presentes e atuantes em seus próprios conflitos de interesse, objetivando encontrar este tipo de raciocínio:

Ao invés da postura de litigantes que buscam vencer a disputa, como ocorre em alguns casos em que determinada demanda judicial se torna a causa da existência, exige-se do indivíduo que se

¹ Art. 175 As disposições desta seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

coloque no lugar do outro, alargue o pensamento e vá além. Ampliar o pensamento até a perspectiva do outro, permite buscar a solução para determinado conflito que é elemento constitutivo do humano. O conflito não apenas ocorre na esfera individual entre partes, mas é também elemento da vida em sociedade, isto é, dos grupos. É importante ressaltar que o conflito em si não é nem positivo nem negativo. (CENCI, 2014, p. 26).

E se faz notória essa necessidade ao verificar sua ligação com o Tribunal Multiportas, termo idealizado pela primeira vez por Frank Sander, em 1976, e que tem por objetivo abrir a melhor porta utilizando o melhor método para cada conflito.

A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e “med-arb” (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos. [...] O tribunal é o lugar onde os casos estão, portanto nada mais natural do que fazer do tribunal uma das portas do Tribunal Multiportas – a ideia é essa. Mas pode acontecer de o tribunal estar aqui, e os outros processos [arbitragem, mediação etc.] estarem lá; não existe nada [no método] que possa evitar esse fato. (CRESPO, 2012, p. 32-33)².

Portanto há aqui mais um universo criado a partir dos meios alternativos e que atende aos propósitos do novo CPC e que se encaixa ao sistema multiportas. É como se as partes chegassem com seu conflito a uma grande sala com diversas portas, e em uma delas há uma opção que é a melhor para seu caso concreto, podendo ter neste fim o objetivo alcançado.

Assim os meios alternativos de solução de conflitos fazem jus à atenção dedicada pelo código de processo civil, em decorrência de sua importância para os meandros não apenas da atividade jurídica como também estabelece um novo padrão esperado de comportamento de todos que venham a participar desse universo porque a pretensão é de evoluir para atender tanto nos preceitos filosóficos quanto nos práticos; e para isso a preocupação do código em regulamentar a profissão de conciliador e de mediador se preocupando com cursos de capacitação e profissionalização demonstra o nível de comprometimento estabelecido para acontecer nas demandas judiciais.

Logo, as mudanças desse tema conspiram para que o andamento processual nesse cenário obtenha um saldo de aspectos mais positivos do que negativos e que confirme às expectativas do legislador em disseminar o conhecimento de que

² Entrevista de Frank Sander cedido à Mariana Hernandez Crespo.

a melhor opção mesmo quando não pareça ser a melhor é primeiro tentar uma audiência de conciliação e mediação – dar a oportunidade da chance – saindo da zona de conforto da teoria para a prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios alternativos de solução de conflitos são facilitadores para buscar um caminho mais ágil, prático e com participação ativa das partes em todo o seu processo, e diante das novas disposições do novo código de processo civil acerca da conciliação e da mediação, fica claro delinear a praticidade desses dois mecanismos ao sistema jurídico.

É devido reforçar que o novo código privilegia e orienta os operadores do direito a usá-los, mas jamais obrigar nenhuma das partes a fazer uso desse sistema ou até mesmo rejeitá-lo contra sua vontade; além da consideração que quando uma das partes não quiser a conciliação ou mediação, estes também não serão utilizados; tudo tem que ser acordado pelos interessados. Trazer esses meios alternativos de solução de conflitos garante o acesso à justiça pelas partes, amplia as possibilidades de trabalho, fornece igualdade nas relações interpessoais diante da jurisdição, assim como na lei e nas instituições.

O novo código de processo civil concedeu com essas medidas uma nova dinâmica que busca o acordo como matéria fundamental, e que deve ser divulgada e exercida no sistema jurídico sempre que for possível e permitido, viabilizando ao cidadão a percepção de que ele pode ser parte integrante e fundamental para a solução direta do seu litígio, ou seja, nesse tema além de do viés processual o novo código conseguiu ensejo para democratizar as decisões com a junção da conciliação e da mediação a partir da colaboração da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

BORCAT, Juliana Cristina; NETO, Chade Rezek. **O direito fundamental da igualdade: hipótese de atuação material da dignidade da pessoa humana**. In: AMARAL, Sérgio Tibiriçá; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. (Org). Democracia, liberdade e justiça: fundamentos para uma teoria jurídica do reconhecimento. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2 ed. ver. e ampl – São Paulo: Saraiva, 2016.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2d. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CENCI, Elve Miguel. **Considerações jusfilosóficas acerca dos meios alternativos para a resolução de conflitos: uma perspectiva Kantiana.** In: MUNIZ, Tânia Lobo; JUNIOR, Miguel Etinger de Araujo. (Org). Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Adv. Editora, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos.** In: ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org). Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

O DIREITO FUNDAMENTAL A PACIFICAÇÃO SOCIAL PELA CORRESPONSABILIDADE. A MEDIAÇÃO PENAL E A PREVENÇÃO PRIMÁRIA NOVA ORDEM PROCESSUAL

*Pablo Rodrigo França¹
Walmir Geralde²*

RESUMO

O presente trabalho visa abordar método alternativo de resolução dos conflitos e a justiça restaurativa na seara penal, através da mediação. Não apenas no preâmbulo, mas, em toda a Carta Magna e nos considerados direitos super-constitucionais, destacadamente os direitos fundamentais, a solução pacífica dos conflitos, o desenvolvimento dos cidadãos, os valores supremos da sociedade fraterna e harmônica, livre, justa, solidária, com a promoção do bem estar de todos, da cidadania e da dignidade da pessoa humana estão entre os fundamentos e objetivos da nação. Essas premissas possibilitam o entendimento claro de que a hodierna banalização da judicialização para a resolução das pretensões resistidas devesse ser encarada como medida excepcional ou ao menos subsidiária, salvo nos casos de grande lesividade ou na defesa de direitos indisponíveis. Neste cenário parece caminhar a evolução do Estado de Direito com as alterações legislativas e técnicas empíricas bem sucedidas em projetos pilotos. A mediação passou a ser obrigatória no novo Código de Processo Civil e, ao que nos parece pela exegese da norma, possibilitou a homologação (e posterior execução) de qualquer acordo extrajudicial permitindo a mediação penal e as transformações sociais nos casos de menor potencial ofensivo ou exclusivamente privados de pouca nocividade.

¹ Pablo Rodrigo França, Mestrando em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípedes de Marília” – Univem (2016). Especialista na área de concentração Direito Constitucional e Administrativo – EPD – Delegado de Polícia do Estado de São Paulo (2001) e Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade do Oeste Paulista-SP.
Endereço eletrônico: p.r.franca@hotmail.com

² Mestrando em Direito, no Programa de Estudo Pós Graduação em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Pós-graduado na área de Educação pelas Faculdades Integradas de Urubupungá (2000); Bacharel em Direito UNITOLEDO de Araçatuba - SP (1982); Bacharel em Ciências Econômicas pelas Faculdades Integradas Rui Barbosa de Andradina (1977). Atualmente é delegado de polícia do Estado de São Paulo e professor universitário na UNIESP de Presidente Prudente-SP. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Internacional Público e Privado, Direito Processual Penal. E-mail: wgeralde@hotmail.com / wgeralde@sp.gov.br .

PALAVRAS-CHAVE

Mediação. Pacificação. Transformação. Restauração.

ABSTRACT

This study aims to address alternative method of conflict resolution and restorative justice in the criminal harvest through mediation. Not only in the preamble, but throughout the Constitution and considered super-constitutional rights, notably fundamental rights, the peaceful resolution of conflicts, the development of citizens, the supreme values of fraternal and harmonious society, free, fair, caring with the promotion of the welfare of all, citizenship and human dignity are among the foundations and the nation's goals. These assumptions allow the clear understanding that today's trivialization of legalization for resolving resisted claims should be regarded as an exceptional measure or at least subsidiary, except in cases of great harmfulness or the defense of inalienable rights. In this scenario seems to walk the evolution of law with legislative changes and successful empirical techniques in pilot projects. Mediation has become compulsory under the new Code of Civil Procedure and, apparently in the exegesis of the standard, possible approval (and subsequent implementation) of any court settlement allowing for mediation and social change in cases of minor offensive potential or exclusively private little harmfulness.

KEYWORDS

Mediation. Pacification. Transformation. Restoration.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, através da pesquisa bibliográfica-documental, se valendo de doutrinas, jurisprudências e de conhecimento empírico através da atividade profissional, tem por objetivo destacar a necessidade de uma nova leitura sobre a atuação dos órgãos repressores do direito penal e a sua responsabilidade na prevenção primária.

Está expresso na Lei Maior brasileira um imenso rol, com cláusula aberta para mais interpretações extensivas, de direitos humanistas consagrados e métodos garantistas que possam encaminhar ao processo de solução pacífica dos conflitos com o objetivo do aperfeiçoamento da cidadania e a restauração das relações.

Neste aspecto há intensos estudos dedicados visando salvaguardar tais direitos e corrigir o caminho traçado até aqui pelo Poder Judiciário e ordenamento processual. Há uma impressionante defasagem entre os métodos do processo judicializado, até sentença final, com o resultado almejado pelas partes em conflito. Depois de longo, lento e burocrático procedimento, com a atuação imparcial, mas objetiva e distante do juiz de direito, a decisão é lançada com total desapego a sua consequência coletiva.

O temor vivenciado pós ditadura levou a crença absoluta de que para qualquer problema há um processo judicial e que apenas o magistrado pode dizer quem tem ou não a razão. Em verdade, confundem com a interpretação objetiva da lei. Desta maneira, o descompasso entre os direitos fundamentais e a ausência de celeridade judicial, aliada ao exacerbado número de litigiosidade, nega a sociedade o valor supremo da justiça, da fraternidade e do desenvolvimento do cidadão. Pior quando tratamos da seara penal onde a ausência do Estado e métodos de combate, em verdade, ao invés de protagonizar bons frutos causa reluzente temor e sensação de insegurança.

Entre todas essas críticas, sem abandono ao direito penal simbólico e atuação enérgica contra os profissionais e violentos malfeitores da sociedade, surgem os novos métodos alternativos de resolução dos conflitos.

O diagnóstico apontado por cientistas políticos e jurídicos, já comprovado e uma tendência mundial, é a adoção de um direito penal transformador, humanista, preocupado com as relações dos seres, não apenas das partes envolvidas, como também das consequências da coletividade afetada indiretamente com o delito cometido. Um direito e procedimento extrajudicial voltado à eficácia e justiça pura, baseado na ética comum, no diálogo, na simplicidade, curando a ferida da conduta ilegal, ouvindo ambas as percepções e, no compartilhamento da corres-

ponsabilidade, transformando e restaurando relações, em defesa da ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana e a harmonia social.

Nesta linha evolutiva e de tratamento dos processos judiciais como última ou extremada situação, dedicada especialmente aos direitos indisponíveis ou de grande lesividade social, exalta-se o novo estatuto processual civil que condicionou como obrigatória, antes da audiência, o encontro das partes para a tentativa de conciliação ou mediação. É cogente a tentativa da medida alternativa e os acordos elaborados, mesmo que extrajudiciais “e de qualquer natureza”, tornam títulos executivos. Interpreta-se, deste modo, a aplicação das mediações penais com a apresentação ao Poder Judiciário para possível homologação e transformação em títulos executivos.

Em único método, com sucesso já auferido nos projetos implantados, haverá a presença do Estado, célere, eficiente, restaurador e de reflexos positivos para toda a coletividade. A presente abordagem busca justificar o instituto da mediação penal, fundamentado na Constituição Federal e com subsídio do novo estatuto processual civil, como forma de resolução de conflitos, na busca da paz entre os que seriam jurisdicionados, garantindo o exercício da cidadania e promovendo o bem estar e desenvolvimento das partes.

DIREITO FUNDAMENTAL A CÉLERE SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS

Desde o início dos estudos jurídicos os acadêmicos das instituições de direito, independentemente de uma discussão ou aplicação contemporânea, graficamente aprendem com sucesso a ideia abstrata da pirâmide de Hans Kelsen (2003) que consagrou a verticalidade hierárquica das normas de onde a mais importante subordina todas as demais, ou seja, haveria uma norma-hipotética fundamental de onde todas as demais retiram o seu fundamento de validade.

Nada obstante a intelecção do autor, mais recente, de que esta norma fundamental seria encontrada no direito internacional (e os seus pactos) o que se verificou, em verdade, foi à apropriação bem intencionada dos constitucionalistas anunciando em técnica de hermenêutica que a “pirâmide kelsiana” consagrou como norma fundamental a constituição (federal) de onde se extrai todo o conceito de rigidez e primazia.

Neste diapasão e corroborando suas premissas é desta maneira que predominantemente nosso ordenamento brasileiro fincou as suas raízes. As normas constitucionais, executáveis ou não, são consideradas normas superiores às quais

todas as demais do ordenamento jurídico devem seguir, estabelecendo limites de ação (deveres), seja do Estado ou do indivíduo, como também declarando e assegurando direitos e garantias para a realização de direitos fundamentais, individuais ou coletivos, através de instrumentos de retenção ou de conformação.

Entre tantas possibilidades conceituais defini-se constituição como:

[...] uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político. (CANOTILHO, 1993, p. 14)

A Constituição de um País é a lei fundamental da nação anota Ferdinand Lassale (2001, p. 8), encontrando-se “[...] no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e mais imóvel que uma lei comum”. E complementa o mesmo autor “[...] uma força ativa que faz, por uma exigência de necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são”. (idem, p. 10)

A afamada Constituição Cidadã desde o seu preâmbulo, expressa de maneira cristalina o seu compromisso:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].(BRASIL, 1988)

Desta maneira, parece inconteste, conforme facilmente verificado, que a decisão de uma lide verificada justamente pela resistência a uma pretensão, de qualquer natureza (civil ou penal), apenas deva ser decidida verticalmente e com imposição, na figura de um magistrado absoluto quando, sem sucesso, não foi possível uma solução pacífica entre as partes e nunca inversamente.

Nesse sentido, concordamos com o anunciado por Carla Zamith Boin Aguiar quando defende que:

[...] o compromisso constitucional com a solução pacífica das controvérsias oferece-nos a maravilhosa oportunidade de reflexão sobre as novas formas de resolução de conflitos, notadamente a mediação e a justiça restaurativa, como modelos jurídicos a

serem utilizados pelo Poder Judiciário, com potencial incrível de promoção de grandes mudanças na forma de pensar e, conseqüentemente, de agir os operadores do Direito quanto das pessoas destinatárias de seus serviços. (BOIN, 2009, p. 28)

Assim, tratando a demanda e judicialização como algo excepcional, a própria “Magna Carta”, para garantia de existência e segurança dos cidadãos, consagrou diversos direitos fundamentais. E esses constituem uma categoria dogmática e, por isso, uma teoria jurídica. Independentemente do sentido (analítico, empírico ou normativo) as três dimensões fornecem instrumentos para a compreensão de um regime jurídico próprio. Contudo, diante do mote deste trabalho, reduziu-se a citação dos direitos fundamentais como jurídicos-positivamente constitucionalizados ou, se não fosse desta maneira, tudo o que fosse defendido seriam apenas esperanças, sonhos, retóricas políticas e não direitos protegidos sob a forma de norma essencial (regra ou princípio).

Entre os seus direitos fundamentais, que modernamente são definidos como normas “super-constitucionais ou supra-constitucionais” anunciou no inciso LXXVIII da Constituição Federal que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. (BRASIL, 1988)

Em outras palavras e somado ao já defendido, a Lei Maior assegurou que as lides possam com prioridade serem resolvidas pelas partes, em paridade de possibilidades, mas, ante o não sucesso ou em face da imprescindibilidade dos direitos indisponíveis, o Estado-Juiz deverá ser acionado para, de maneira célere, decidir a lide conduzindo a fiel pacificação social, pois, a demora do processo gera angústia às pessoas envolvidas de maneira latente, muitas vezes maior que a motivação inicial do interesse discutido, ferindo a tranquilidade e a dignidade da subsistência humana.

Entre muitos outros argumentos constitucionais ou supra, como pedra angular, mostra a vigente Constituição Federal nos seus fundamentos (inerente de sua própria existência) à dignidade da pessoa humana. Como já informado é princípio-matriz de todos os demais direitos fundamentais e abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade. Trata-se de conceito adequável a realidade social e a sua modernização, devendo estar em conluio com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano.

Preceitua, nesta maneira, Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ATP de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 62)

Somado a este já difícil cenário de manutenção dos direitos fundamentais deve ser levado em consideração à estrutura social flutuante, conforme proposta de Miguel Reale:

Todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma estrutura dinâmica e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensíveis a experiência jurídica sem se levar em conta, como vimos, a sua natureza dialética. (REALE, 1994, p. 108)

E continua na sequência de raciocínio:

Somente mediante uma dialética de complementaridade, pela qual se busca identificar contrários e contraditórios, será possível a compreensão da experiência jurídica em toda a sua abrangência, considerando, numa relação essencial, o que nela se apresenta como experiência espontânea e como experiência reflexa, compondo-se modelos do Direito com a vida mesma do Direito. (idem, p. 104)

Partindo dessas premissas, também verificado no direito penal, encontramos a modernização das atribuições dos Delegados de Polícia, a “Mediação” e a “Justiça Restaurativa” como exemplos claros e raros de experiências espontâneas que aos poucos se colocam naturalmente no contexto jurídico.

O dinamismo social existe independente do valor humano. E este movimento contínuo, por igual medida, deve cravar a exigência também constante da modernização e especialização das funções, aliados a oxigenação e reformas legislativas, aprimorando técnicas e afastando possibilidade de erros e atuações hostis.

O compartilhamento desse movimento entre fato social (criminoso ou não), investigação e direito, para a convivência harmônica e de liberdade pública garantida, são colocados no contexto jurídico essencial.

Convergindo ao anunciado as lições dos processualistas Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

[...] a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2000, p.19)

Para viver e conviver bem é necessário o dom da adaptação rápida as mutações e experiências sociais. A tão aguardada justiça, como sinônimo de pacificação, exige a importante tarefa de se conectar aos anseios atuais e se conformar a novas visões jurídicas, com saberes de outras áreas e rotinas de conhecimento.

Como acentuado, mesmo que em posição de outro ordenamento, mas, sensivelmente contemporâneo e adequável José Joaquim Gomes Canotilho anunciou:

Passada uma vintena de anos, os problemas que hoje se põem ao estudioso do direito constitucional e da ciência política são semelhantes, mas num contexto e espaço discursivos completamente outros. Em termos interrogativos: qual o instrumentarium, o corpus teórico e o discurso dos juspublicistas para captarem as transformações e deslocamentos do “espaço político” nestes últimos vinte anos? E com que “espírito”, com que “alma”, com que “fé”, com que “pré-com-preensão”, eles enfrentam os desafios de uma época que se pretende não já moderna, mas sim pós-moderna? Terão chegado também ao campo do direito público, e, sobretudo, ao direito constitucional, novos “paradigmas”, novas “modas” e novos “saberes”? (CANOTILHO, 1993, p. 11)

No passado, antes da origem do Estado controlador da ordem jurídica, estudamos vários sistemas primitivos de solução dos conflitos, especialmente, a autotutela ou autodefesa (onde imperava o interesse do mais forte) e a autocomposição (uma das partes ou ambas abrindo mão do interesse ou parte dele).

É correta a análise de que os métodos referidos são formas de justiça alternativa. Todavia, a mediação de conflitos com a pureza a ser conquistada, em eficaz modelo de pacificação social possui conceito mais complexo. Defende-se a não simplória concessão, mas, um encontro das partes, com alternativas de interesses que todos possam ser atendidos, sem a conotação ou sensação de perda e sim vitória compartilhada.

Não são novidades as tentativas de desburocratizar o escalonamento procedimental com o objetivo de pacificação e eficiência com a responsabilidade aos litigantes. Longe de abordagem profunda, apenas de maneira ilustrativa, faz-se uma citação histórica que confirma a teleologia de todo o sistema.

Desde a Constituição Política do Império de 25 de março de 1824 é interessante verificar que, no capítulo único sobre o Poder Judiciário, já era disciplinada a indispensabilidade da tentativa de reconciliação como condição prévia ao processamento de qualquer causa (civil ou penal) e caso conquistado tinha valor de sentença a ser executada diretamente, conforme o artigo 160. (BRASIL, 1824)

E curiosamente o legislador da época dispensou tamanha importância ao ato de conciliação, que no artigo 161 condicionou a instalação do processo ao assentamento da tentativa frustrada, anotando que sem a circunstância “não se começará Processo algum” (idem).

Repita-se: processo algum (não importa a natureza). Modernamente, citam-se os Juizados Especiais, a Lei de Arbitragem, os setores de conciliação e mediação ainda em expansão pelas comarcas e foros dos Estados, além dos Núcleos Especiais Criminais da polícia judiciária) na seara penal, como tentativas concretas de mediação e busca da mais célere e eficiente forma de pacificação social.

Destarte, tendência global pela solução conciliadora dos conflitos, balizador da positivação constitucional dos processos pacificadores pátrios, conforme esposado. Veja-se o artigo 25 da Carta da OEA³, que inclui a mediação e conciliação, além da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ao dispor sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 48.f prevê a busca da “solução amistosa” em caso de reclamação individual por violação sofrida em face do Estado⁴.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL

Preliminarmente, reafirma-se que as resistências às pretensões, o dissenso e conflitos ocasionam milhares de demandas judiciais a cada dia no Brasil. Cada

³ Nota explicativa: A Carta da Organização dos Estados Americanos, no capítulo V, ao tratar da solução pacífica de controvérsias, estabelece no artigo 25 que “são processos pacificadores: a negociação direta, os bons ofícios, a mediação, a investigação e conciliação, o processo judicial, a arbitragem e os que sejam especialmente combinados, em qualquer momento, pelas partes”. Embora trate de controvérsias entre Estados, os mecanismos jurídicos irradiam-se nos ordenamentos internos dos países signatários.

⁴ Nota explicativa: A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), entrou em vigor internacional em 18.07.1978. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992. O capítulo VII refere à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos. E na apuração de violações denunciadas, inclusive por indivíduo, contra qualquer dos Estados-partes, prevê o artigo 48 que a “Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer natureza dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: f) pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção”.

parte envolvida nesta lide, ou em qualquer conflito (mesmo que familiar), intuitivamente concentra toda a sua inteligência e elementos que reforçam a própria posição em prejuízo dos argumentos do outro. O estado emocional estimula polaridades e afasta o entendimento comum. Este conflito adversarial causa a hipertrofia do argumento individual que passa a não ouvir mais o que o outro diz.

Desta feita e com o desejo da sociedade moderna em afastar o império privado do poder (formas brutas de resoluções dos conflitos - autotutela prevalentemente), fortalecendo a figura fantasiosa e “quase divina” do fiscal reto e soberano, com o desenvolvimento dos fundamentos democráticos e somada a origem do Estado de Direito, o poder público, justamente com esse objetivo, assumiu a função de substituir os titulares da demanda ao nomear agentes públicos (juizes) imparciais depois de processo seletivo, com o poder-dever de definir quem tem ou não a razão, além de suas consequências. Constata-se que a pacificação é feita mediante a vontade do direito objetivo (da lei) e a decisão do Estado também é forçada ou imperativa (o que não necessariamente leva ao convencimento das partes que mesmo respeitando e cumprindo a decisão mantém acirrado o ânimo inicial).

Longe de contestar a essencial função e admirável devoção do Poder Judiciário em cotidianamente debruçar a saúde e tempo de seus servidores na tentativa de amenizar os problemas sociais dos mais variados, de todas as áreas do direito, o que se assistiu foi à absoluta banalização da judicialização que aglomera milhares de processos judiciais amontoando salas e antessalas de juizes que possuem a rotina de combate aos prazos vencidos com o prejuízo da justiça e da pacificação.

O justo para a grande maioria das pessoas, depois de anos de um custoso processo, passa a ser o simples momento do fim, mesmo que o resultado não passe perto do inicialmente aguardado, ou seja, há uma “autocomposição às avessas” vencida pelo cansaço e com prejuízo coletivo. A conhecida justiça convencional, em muitos casos, acaba aumentando as feridas dos conflitos, ao invés de transformar ou curar.

O problema, ainda, passa a ter maior gravidade quando assume feição criminal, pois, com a demora do processo e ambiente hostil que a vítima é submetida a cada visitação as repartições públicas gera a sensação de abandono, de *revitimização*, de ausência do Estado e impunidade, logo depois, a própria insegurança social.

Claro que a judicialização e atuação imperativa do poder público deva persistir, notadamente nas ações penais de natureza grave. São várias e diárias as manchetes que anunciam uma feroz criminalidade que realmente parecem inimigos coletivos. Contra estes o amargo remédio do processo penal e suas medidas cautelares devem continuar atuando, aliás, cada vez com mais eficiência.

Nada obstante, afora os casos extremados, permanecem a maioria das ações de causas consideradas leves, pequenas infrações ou delitos que não justificam o investimento estatal, muito menos levam a real pacificação que vira sinônimo da decisão do distante juiz.

Assim, em dinâmica social que conforma o direito posto surgem as novas formas e métodos de resolução dos conflitos. São todas derivadas da negociação, ou seja, lidar com o problema diretamente, sem a interferência autoritária de terceiros, na busca de transformar ou restaurar as relações com uma solução efetiva. Busca-se acordo de ganhos mútuos.

A este novel olhar das relações penais e suas consequências espúrias as partes e especialmente aquela comunidade, com o ideal em restaurar a relação das pessoas envolvidas e criando diagnósticos ou soluções céleres e coletivas surge a “justiça restaurativa” (transformadora, relacional, recuperativa).

É definido por Tony Marshall quando textualiza:

A justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro. (MARSHALL, 1999, p. 5)

Inspiradas nos costumes aborígenas Maoris foi à Nova Zelândia, com a edição do *Children Young Persons and Their Families Act* em 1989, o país pioneiro na implantação de práticas restaurativas. Outros países seguiram mesma trajetória nos projetos (Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do Sul, etc), inclusive o Brasil com tímidos pilotos, exemplificadamente, em Brasília (Juizado Especial Criminal), São Caetano do Sul (vara da infância e juventude) e a cooperação técnica do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), com a Secretaria Especial dos Direitos Humanos e o Ministério da Justiça. Destaca-se, ainda, os NECRIM'S (Núcleos Especiais Criminais), realidade consolidada com aproximadamente 50 (cinquenta) unidades no Estado de São Paulo, projeto da Polícia Civil do Estado, onde nos pequenos delitos (infrações de menores gravidades como acidentes de trânsito) as partes são notificadas rapidamente para audiências de mediação daquele conflito e, em número superior a 90%, as demandas são solucionadas entre as partes, na presença do mediador (Delegado de Polícia), em locais adaptados e distantes do ambiente polícalesco. São milhares de casos decididos, pacificados, sem a necessidade do processo judicial.

É forma de justiça que deixa de se preocupar com quem está errado e foca nos valores violados. É uma justiça participativa uma vez que as partes atuam no processo de

decisão com vista à busca da solução. Maximiza a oportunidade para a troca de informação e o diálogo, em consequência o bem estar geral e responsabilidade para as partes. Ainda, ratificam os valores da cidadania, democracia, e possibilita a realização da dignidade da pessoa humana e da efetiva promoção da paz.

Há mais de três décadas, nos Estados Unidos, começaram os estudos de novas metodologias de resoluções denominadas *Alternative Dispute Resolution – ADR*. No Brasil, em que pese uma inarredável realidade, tem sido um processo lento, pois, repita-se, talvez pelo peçonhento passado político de exceção foi criado um exacerbado apego à necessidade de um processo judicial que acabou fundando um superficial entendimento de que a justiça somente é obtida com a decisão de um magistrado.

A moderna tendência foi constatada com a assinatura dos três Poderes da República, no final de 2004, o “Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano”, conforme pontua Carlos Eduardo Vasconcelos, onde persistem debates de reforma e a reflexão por sistemas alternativos de resolução de conflitos na construção de uma moderna, justa e eficiente justiça, a que são exemplos à arbitragem, conciliação e a mediação, *verbis*:

Avança um movimento de superação daquele processualismo rígido (há séculos dominantes nas nossas academias e juízos), baseado num rigorismo autoritário, que hipertrofia as polarizações e o valor da coerção, eleva custos, avoluma autos, estufa vaidades e alimenta uma advocacia litigiosa, quase raivosa, voltada a exploração do conflito, em detrimento da sua efetiva transformação. [...] Transformar procedimentos sumários ou sumaríssimos em regra é uma tendência da modernidade processual [...] (VASCONCELOS, 2008, p. 45)

4. MEDIAÇÃO E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O TÍTULO EXECUTIVO

Conforme já apontado anteriormente às novas formas de resolução dos conflitos, mesmo na seara penal, especialmente a mediação, dedicada aos direitos disponíveis ou sem grande lesividade, convergem ao ideal de justiça rápida, eficiente e restauradora das relações maculadas pela conduta. Contudo, o requisito essencial é a vontade de participar deste processo com o reconhecimento do autor (nos casos de infração penal) do delito (sem *revitimização*). Os encontros devem ser orientados e dirigidos por uma ou mais pessoas capacitadas (facilitadores) sempre acentuando que aquele conflito, em verdade, atingiu indiretamente toda a coletividade.

Acima foram citadas como exemplos à arbitragem, conciliação e a mediação que, sinoticamente, são a seguir conceituadas e destacadas as diferenças.

A arbitragem é meio alternativo de resolução extrajudicial que envolva interesse patrimonial e privado disponível. É forma de heterocomposição com a escolha livre de um árbitro com a atribuição de analisar a questão controvertida e proceder a uma sentença (arbitral). Após, tem força de coisa julgada aos participantes.

A conciliação, assim como o primeiro também antigo no sistema brasileiro, é uma prática desenvolvida por agente externo ao litígio, capacitado, que atua com o objetivo de ajudar as partes a resolverem as demandas resistidas. Oferece possibilidades aos envolvidos com o objetivo de aproximar os contendores orientando-os no benefício da formação de um acordo. Busca o conciliador criar um ambiente favorável as concessões recíprocas e resolução antecipada da lide. O conciliador participa ativamente da formação da vontade das partes, é o que refere Juan Carlos Vezzula em sua obra intitulada Teoria e Prática Guia para Utilizadores e Profissionais, *verbis*:

A Conciliação, como técnica, exige a intervenção de um profissional que domine a investigação e a escuta e mantenha sua imparcialidade para que, sem forçar as vontades das partes, as convença das vantagens de alcançar um acordo que, mesmo que não sendo totalmente satisfatório, lhes evite complicações futuras em que ambas perderão tempo e dinheiro. (VEZZULA, 2001, p. 81)

A mediação, diferente das demais, se preocupa muito mais com as consequências da conduta para a coletividade e as transformações ocasionadas. Não é o litígio ou o acordo que é fundamental, mas, a restauração das vidas afetadas e o aprendizado positivo daquela situação. Não se cuida em harmonizar de maneira simplória supostas verdades, mas, criar algo intermediário que possa conter ambas. É um meio não hierarquizado em que duas ou mais pessoas, num processo sigiloso e voluntário, em contexto horizontal, com a colaboração do terceiro (o mediador) imparcial e capacitado (apto, independente e aceito de maneira natural), expõe os problemas, são questionados e escutados, participam de um diálogo construtivo na busca em identificar interesses recíprocos, opções e, talvez, consolidarem um acordo.

Na mediação as partes não são adversários e sim corresponsáveis. O mediador, além de imparcial, diferente do conciliar é neutro, ou seja, não pode sugerir soluções do conflito, mas, apenas garantir ambiente adequado ao diálogo para que as partes se transformem na busca da pacificação.

Na seara penal, não diferentemente, a mediação tem se mostrado a maior

e mais eficiente ferramenta de pacificação social aos casos de menor lesividade (menor potencial ofensivo). A experiência da polícia judiciária, citando uma vez mais os Necrim's, demonstrou que a angústia vivenciada pelas partes nestas demandas não significativas ao poder público, que empilham cômodos dos órgãos estatais, exigindo gastos despropositados do erário, superavam a dor do fato consumado, ou seja, a revitimização era mais grave que a primeira conduta. Exemplos como as injúrias, acidentes de trânsito, as importunações, etc, desde o registro em um órgão policial de plantão, até novo depoimento na delegacia, primeira audiência, processo e julgamento, a espera de todo o emaranhado procedimental e leis gera a vítima e autor angústias e preocupações superiores ao resultado da sentença do "ditador" estatal.

Com a mediação penal, nos casos sem gravidade ou com interesses tipicamente privados (ações penais privadas), a atuação célere, espontânea, sigilosa e adequada mostrou bem sucedidos acordos em mais de 90% dos casos. Soluções rápidas com satisfação quase unânime, com os interessados ladeados e dialogando, sem o ânimo exaltado da ocasião dos fatos, cada um contando a sua visão do que aconteceu, exibindo a razão parcial, convencendo o equívoco de cada um e ambos transformando suas realidades, aproximando-os, abrindo mão da guerra judicial para uma resolução imediata em benefício de suas consciências tranquilas. O Estado esteve presente, a pacificação e acordo obtido, não há impunidade gerada e o custo do investimento é ínfimo, com a litigiosidade apenas aos casos que afrontam gravemente a sociedade.

Como não bastasse no acerto da medida evolutiva, a prevenção criminal primária (conjunto de ações que visam evitar à ocorrência de algo funesto a sociedade removendo os fatores causais) também é obtida, pois, além de aproximar a comunidade dos preceitos éticos com a sua prática e senso de corresponsabilidade, reflexamente, traduz em confiança de apoio aos órgãos estatais constituídos. Mais que uma transformação é visto uma revolução social.

Destaca-se a diferença transformadora na mediação, bem diferente dos demais métodos alternativos ou da própria preocupação judicial, conforme referencial de Luis Alberto Warat, *verbis*:

[...] uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes, que recebem o auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmen-

te, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinem um choque de atitudes e interesses no relacionamento das partes envolvidas. (WARAT, 2001, p. 80)

A defendida mediação no âmbito penal é a busca pela simplicidade do conflito com uma eficiente pacificação. É a transformação das partes com atos políticos de cidadania e garantistas dos direitos fundamentais. Valoriza-se a exigência moral dos direitos humanos de segunda e terceira gerações. Enaltece o espírito da fraternidade.

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se um instrumento de exercício de cidadania, na medida que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em conflito. Falar de autonomia, de democracia, de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para autodeterminarem em relação com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). (WARAT, 2001, p. 88)

A mediação e os métodos de pacificação entre as partes, ainda, passou a ser uma realidade reconhecida e consagrada no vigente e novo Código de Processo Civil. No início da legislação suprarreferida à evidência reluz como ouro, basta análise do artigo terceiro e parágrafos:

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". (BRASIL, Lei 13.105/15, art. 3º)

No procedimento comum o réu não mais é intimado para responder e sim para comparecer a uma audiência de conciliação ou de mediação que passou a ser obrigatória. Com hiato mínimo de 30 dias, sob a presidência do conciliador (que possui conduta ativa no acordo) ou mediador (imparcial e neutro), a parte é intimada, com a presença de defensor, e o não comparecimento é considerado atentado contra a dignidade da justiça punível com multa. A autocomposição obtida por qualquer dos meios alternativos é reduzida a termo e homologada por sentença,

conforme artigo 334 da referida lei.⁵

Continuou o mesmo estatuto atribuindo qualidade de título executivo judicial ao acordo ou autocomposição judicial ou extrajudicial:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;
III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza. (BRASIL, Lei 13.105/15)

Constata-se que a novel medida legislativa foi avante. Independentemente da natureza da autocomposição homologada será título executivo judicial.

Neste sentido é natural verificar uma sintonia evolutiva dos pacificadores das lides e enxergar a possibilidade de que as mediações penais, salientando mais uma vez apenas nos pequenos delitos (potencial lesiva insignificante) e de interesse exclusivo privado, possam ser transformados, depois de homologados, em títulos executivos (com penas indenizatórias em caso de não cumprimento).

É um grande momento de mudança de premissas. Socorrendo do exemplo dos Necrim's, novamente, são 90% de vidas transformadas em acordos de corresponsabilidade (mesma quantidade a menos de processos criminais). Há relatos de representantes dos próprios poderes que foram usuárias do serviço público da mediação penal e sem economia aos elogios do célere, democrático, pacificador e transformador modelo de apaziguamento social.

Sem algemas, ambiente hostil, burocracia ou pirotécias mirabolantes as partes, representantes da comunidade são convidadas a decisão corresponsável, afastando a desmedida judicialização com a homologação do acordo pelo poder judiciário, que continuará fiscalizando os órgãos encarregados da mediação penal em companhia do controlador externo e unidades correcionais. Destarte, em que pese à falta de unanimidade na defesa da nova premissa, não são verificados argumentos fraternos e garantistas que possam inibir tal evolução, que não os classistas ou corporativistas descompromissados com o interesse coletivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O moderno Estado Democrático de Direito, ante ao complexo dinamismo

⁵ Nota explicativa. No procedimento comum o réu é intimado para comparecer a uma audiência de conciliação ou de mediação que passa a ser obrigatória. É o que se extrai da leitura do artigo 334, cujo texto prevê: Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

social, com todos os conflitos daí decorrentes, em um modelo econômico tipicamente capitalista e de perniciosas diferenças socioeconômicas, é levado a aumentar sobremaneira os encargos, com mais legalização, burocratização e judicialização, enquanto essa mesma sociedade complexa que o justifica clama por uma evolução de procedimentos, que contemple as pluralidades de meios e a corresponsabilidade, em um ambiente de moral e ética.

É o que se constata dos documentos internacionais produzidos a partir do início do século passado, fundados na solução pacífica das controvérsias entre os Estados ou entre estes e o homem, inclusive nas demandas relacionadas às violações de direitos humanos, sendo os mecanismos conciliadores instrumentos sugeridos e adotados.

Surgem, assim, os métodos alternativos e humanistas de resolução de conflitos. São novos e renovados valores e procedimentos de direito, voltados à justiça real, no sentido da efetividade de acesso ao que é justo, sem dispensar ou afastar o campo coativo e as normas postas (dedicados aos casos graves e de interesses indisponíveis). São, em verdade, meios preventivos e multidisciplinares que suplantam o sistema formal do Estado.

Em epítome, o que se pretendeu demonstrar é que, em que pese à existência de uma lei fundamental e suprema, com todos os direitos fundamentais supervalorizados, que anuncia os valores fraternos e de paz, com amplo acesso à Justiça, o próprio sistema e o exacerbado entendimento de judicialização desrespeitam a promoção simplória da justiça concreta.

A nossa procura foi em demonstrar a relevância das práticas da mediação, especialmente a penal, com fulcro constitucional e subsídio legítimo de homologação judicial (de acordo com o novo código de processo civil), na transformação das vidas da sociedade, convergindo ao compromisso fundamental da dignidade da pessoa humana e a busca pacífica da paz. Finca-se, sem dúvida, de que os novos métodos são garantidos como fundamentais a existência digna humana e reafirmam os fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro.

Esses citados procedimentos, destacando a mediação (de qualquer natureza), são instrumentos de diálogo em uma democrática sociedade, prevenindo a violência com uma comunicação construtiva, fortalecendo o vínculo comunitário, afetivo e familiar.

É uma incontestável via de acesso à justiça, segurança primária e aos direitos humanos. Significa a abertura do sistema judiciário ao diálogo com outras áreas do saber, sobrepujando uma ultrapassada cultura em busca da emancipação, de paz, com o exclusivo objetivo da pacificação social.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crescimento da criminalidade e atuação estatal**. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20.08.2016.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**: promulgada em 25 de março de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 26.8.2016.

BRASIL. Lei nº 13.105/15, de 16 de março de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 27.08.2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARBALLO BLANCO, Antônio Carlos. **Artigo: Prevenção primária, polícia e democracia**. Rio de Janeiro, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2000.

CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Coleção Saraiva. **Legislação de Direito Internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CHILDREN, **Young Persons, and Their Families Act 1989**. <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1989/0024/latest/DLM147088.html>> (Acesso em 6.set.2016)

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Coleção Saraiva.
Legislação de Direito Internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

HESSÉ, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Base da tradução de Walter Stonner. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARSHAL, Tony. **Restorative Justice: na Overview.** London: Home Office Research and Development Statistics Directorate, 1999.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Escala, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade de Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 188.** 5ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** Ed. Método, São Paulo, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e Prática Guia para Utilizadores e Profissionais.** Agora, Portugal, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do Mediador.** Habitus, Florianópolis/SC, 2001.

A BUSCA EFETIVA PELA CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

BUENO, Marcela Pradella.

RESUMO

A Constituição da República prevê a razoável duração do processo como direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII – incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Por essa razão, toda a legislação deverá alinhar-se aos valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição, como ocorre com o recém publicado Código de Processo Civil/2015. À luz da garantia constitucional de razoável duração do processo, o novo diploma dispõe sobre os métodos alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, os quais têm por finalidade envolver todos os participantes do processo na busca pela pacificação social – escopo maior da jurisdição, não olvidando de sua capacidade de evitar a judicialização dos conflitos, principal desafio atual à celeridade processual.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição da República. Métodos alternativos de solução de conflitos. Razoável duração do processo.

ABSTRACT

The Republic's Constitution declares the reasonable duration of the legal proceeding as an elementary right in its Article 5, line LXXVIII., paragraph LXXVIII - included the Constitutional Amendment number 45/2004. For this reason, all legislation should be aligned with the major values and rules set out in the Constitution, as with the recently published Code of Civil Procedure / 2015. Built on the constitutional guarantee of reasonable duration of the process, the new certification provides for alternative methods of conflict resolution such as conciliation, mediation and arbitration, which are designed to involve all participants in the process in search for social pacification - increased scope of jurisdiction, not forgetting its

ability to avoid the judicialization of conflicts, the main current challenge to procedural promptness.

KEYWORDS

Republic's Constitution. Alternative methods of conflict solution. Reasonable duration of the process.

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004 é conhecida por implantar significativa reforma no Poder Judiciário brasileiro. Embora a melhor doutrina já entendesse a celeridade processual inerente à garantia de acesso à justiça, a referida emenda trouxe a previsão expressa da garantia estendida a todos, no âmbito judicial e administrativo, de razoável duração do processo, incluindo o inciso LXXVIII ao artigo 5º, da Constituição Federal.

Levando em conta tratar-se um direito fundamental, importante consignar que a celeridade processual reveste-se da exigência de aplicação imediata, estampada no parágrafo 1º do mesmo artigo.

Assim, toda a legislação deve convergir para o comando constitucional, como ocorre com o recém publicado Código de Processo Civil/2015, o qual, já no artigo 1º determina que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Em verdade, o novo diploma traz em seu bojo disposições que se alinham perfeitamente às diretrizes constitucionais, como a previsão expressa dos princípios da boa-fé, cooperação, acesso à justiça e razoável duração do processo.

É certo que o Estado contemporâneo, ao garantir que o processo seja célere e eficaz, mostra cumprir sua função social. Contudo, modernamente tem-se a concepção de que todos os participantes do processo, bem como a sociedade em geral, devem se engajar na busca pela pacificação social – que é o escopo maior da jurisdição. O presente artigo destina-se a defender que, à luz da Constituição, os métodos alternativos de solução de conflitos exercem influência positiva para a concretização da garantia constitucional de razoável duração do processo, pois podem fazer cessar ações ou impedir seu ajuizamento.

2 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

É garantido constitucionalmente a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos exatos termos do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004 incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, diante das mazelas ocasionadas pela morosidade processual. É certo dizer, contudo, que, antes da promulgação da referida emenda, já era possível entender a garantia de tutela jurisdicional tempestiva

decorrente da garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário ou acesso à justiça, prevista no inciso XXXV, da Constituição (hoje os mesmos termos encontram-se no artigo 3º, do NCPC).

Sendo assim, a Constituição, ao prever o acesso à justiça como direito fundamental, não garante tão somente uma resposta ao jurisdicionado, mas sim, uma resposta célere e efetiva. Como bem coloca Cesar Asfor Rocha, “o tempo, como núcleo do princípio do acesso à justiça, envolve a necessidade de que a solução seja alcançada com rapidez” (2008, p. 72).

De todo modo, hoje é expressamente prevista na Constituição a garantia de um processo com duração razoável, tendo em vista que processo justo é aquele em que há tutela efetiva e célere, direcionada à pacificação do litígio.

No Novo Código de Processo Civil, o artigo 4º, corroborando com a previsão constitucional, traz que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Levando-se em conta a leitura moderna do processo civil, oportuno se faz o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas desfavoráveis, ou de estabilizar situações injustas. Tal é a ideia de efetividade da *tutela jurisdicional*, coincidente com a plenitude do *acesso à justiça* e a do *processo civil de resultados* (2001, p. 798).

É preciso pensar o processo como um meio destinado a atingir seus fins, fazer-se aplicável o bem da vida pretendido, considerando que os comandos judiciais são úteis, o que somente ocorre quando vêm em tempo razoável.

A concepção dominante da doutrina, a qual se reflete também na jurisprudência atual, é a de que o aplicador das técnicas do processo civil deve considerar o papel da jurisdição na concretização efetiva do direito material, sendo este o meio de composição dos litígios e alcance da paz social na ordem jurídica.

O que se defende é a técnica a serviço do processo, a qual se legitima pela consciência e absorção dos objetivos a realizar, de modo que os efeitos substanciais externos da experiência processual sejam justos e efetivos (sem uma técnica adequada, a efetividade é impossível) (DINAMARCO, 2001, p. 757).

A razoável duração do processo é preocupação do constituinte, legislador

infraconstitucional, mas também recebe ênfase em importantes documentos internacionais. Destaca-se a previsão expressa da razoabilidade da duração processual na Convenção Americana de Direitos Humanos, precisamente em seu artigo 8º, 1., veja-se:

Toda pessoa terá direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Tomando-se a demora na prestação jurisdicional como um problema consensualmente reconhecido como grave e emergencial, faz-se necessário pensar em qual seria o prazo razoável para a duração do processo. É claro que este conceito reveste-se de imprecisão, demonstrando que a solução talvez seja considerar as circunstâncias do caso concreto. De acordo com critérios estabelecidos a partir de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos,

o caráter da razoável duração do processo envolve três critérios principais: a complexidade da questão de fato e de direito discutidas no processo, o comportamento das partes e de seus procuradores e a atuação dos órgãos jurisdicionais. Por ser o tempo razoável do processo algo realmente complexo, respostas objetivas (e com marcos temporais concretos) não parecem ser compatíveis com o atual Estado Democrático de Direito; ou seja, apenas o caso concreto poderá definir o tempo de cada processo (SCHNEIDER, 2013, p. 464).

O processualista Humberto Theodoro Junior (2016, p. 116) concorda que não há, nem poderia haver, na lei, uma predeterminação do tempo qualificado como razoável para a conclusão de um processo. Segundo ele, “o que não se pode tolerar é a procrastinação injustificável decorrente da pouca ou total ineficiência dos serviços judiciários, de modo que a garantia de duração razoável se traduz na marcha do processo sem delongas inexplicáveis e intoleráveis”.

Ensina ainda, o ilustre autor, que:

(...) *razoabilidade* do prazo de duração e *celeridade* da marcha processual são duas garantias distintas contempladas pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição. Ambas traduzem *cláusulas gerais*, cujo conteúdo se liga a fato dependente de termo indeterminado. A consequência é não ser possível, de antemão, predeterminar qual seja a duração razoável de todos os processos. Também a celeridade processual não é algo que se possa predeterminar por meio de um ritmo único e preciso (2016, p. 127).

A modernização é relevante para a aplicabilidade do princípio da celeridade processual. Os aspectos da vida cotidiana têm sofrido significativas transformações, especialmente devido ao avanço tecnológico. Na esfera judicial, os impactos da informatização são notórios e inovadores, de tal forma que desde 03 de fevereiro de 2014, o Conselho Nacional de Justiça está utilizando exclusivamente o Processo Judicial Eletrônico (PJe) para o trâmite de novos processos.

A nova realidade processual que insere a informatização no Judiciário brasileiro acarreta significativas mudanças para todos os envolvidos nos processos judiciais, tais como magistrados, servidores atuantes nos cartórios, advogados e seus assistidos.

Sobre o perigo da informatização do Judiciário correlacionada à celeridade processual, Dalmo de Abreu Dallari (*apud* GAJARDONI, 2003, p. 87) alerta que “assim como o fato de adotar uma Constituição escrita não é suficiente para transformar uma ditadura em democracia, a informatização dos tribunais poderá significar o advento de uma era de *injustiças informatizadas*”.

Contudo, é inegável que a tecnologia bem aplicada no Poder Judiciário acelera a tramitação das causas judiciais. A otimização da marcha processual é viabilizada não só pelo envio de petições pelo meio eletrônico, mas pelo fato de toda a tramitação ser informatizada. Pode-se citar, como bom exemplo, a carta precatória, cujo cumprimento e devolução ao juízo deprecante costumavam demorar meses. Com a informatização, a carta precatória é mais produtiva e a expectativa é que chegue ao juízo deprecado na mesma velocidade em que um e-mail atinge seu destinatário. De igual modo, a intimação para os advogados, sendo feita eletronicamente, promove muita praticidade e agilidade no cumprimento do prazo, e em seguida, na remessa da respectiva manifestação (ARRONE, 2016, p. 7).

O Novo Código de Processo Civil traz regras para o processo eletrônico. Exemplos de novidades trazidas pelo CPC/2015 são: o advogado deve indicar seu endereço eletrônico na procuração (artigo 287); a citação será feita por meio eletrônico, conforme regulado em lei (artigo 246, V); a audiência de conciliação ou de mediação poderá ser realizada por meio eletrônico (artigo 334, parágrafo 7º); o mandado de levantamento poderá ser substituído pela transferência eletrônica do valor depositado em conta vinculada ao juízo para outra indicada pelo exequente (artigo 906, parágrafo 2º) e tantos outros.

Acredita-se no acerto de tais inovações e de seus efeitos práticos e positivos na esfera processual, especialmente no tocante à aplicabilidade da garantia de razoável duração do processo. O propósito crucial, no atual contexto processual, é “dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau

de efetividade que dela se espera” (BEDAQUE, 2006, p. 13). Esta ideia coincide com a concepção de plenitude do acesso à justiça e a do “processo civil de resultados”.

Em verdade, “o pensador moderno não encara mais o processo, como dan-tes, a partir do aspecto interno representado pelos atos e relações em que se envolvem seus protagonistas, senão pelo ângulo externo a partir do qual seja possível sentir a sua utilidade” (DINAMARCO, 2001, p. 592).

Outro aspecto importante da garantia de razoável duração do processo se refere à interpretação, eficácia e aplicabilidade próprias dos direitos fundamentais. Nos termos do parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, as normas defnidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Muitos são os desafios à garantia de razoável duração do processo. É possível elencar, dentre outros, o tecnicismo e o formalismo exacerbado, o chamado “tempo morto” do processo – relacionado com a organização e o funcionamento dos cartórios, a sobrecarga judicial devido ao aumento da litigiosidade no Brasil e à judicialização dos conflitos, a cultura beligerante dos operadores do direito e a postura das partes, dos advogados e do juiz na condução do processo.

Em contrapartida, o Novo Código de Processo Civil apresenta tendências para corresponder a necessidade de superar os desafios às garantias constitucionais e processuais, tais como: priorização do mérito (instrumentalidade das formas), cooperação real entre as partes e o juiz da causa (princípio da cooperação), vasta fundamentação das decisões (artigo 489, CPC/2015), amplo contraditório (artigo 10, CPC/2015), criação de precedentes, atribuição de força às partes nos atos do processo e, finalmente, busca efetiva pela conciliação entre as partes litigantes (artigo 334, parágrafo 8º e artigo 335, CPC/2015).

O presente artigo se dedicará a analisar a implantação dos meios alternativos de solução de conflitos, nos moldes trazidos pelo CPC/2015, e sua estreita relação com a garantia constitucional de razoável duração do processo.

3 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que implica interpretar o acesso à justiça de forma ampla e geral, não limitando formas de soluções de conflitos, ao contrário, pensando em meios de composição dos litígios, mesmo que fora do âmbito judicial.

No mesmo compasso, o artigo 3º, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, prevê de forma literal o comando constitucional supracitado, consagrando, ambos

os diplomas, o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça, e incumbindo ao Estado-juiz a função jurisdicional.

Essencialmente, a função de pacificação social pertence ao Estado. O poder estatal é incumbido de solucionar os conflitos (inclusive os que envolvem o próprio Estado), pronunciando-se através das decisões judiciais, de forma imperativa e impositiva. É o que especialmente distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração): sua finalidade pacificadora. A pacificação é, portanto, o escopo da jurisdição e, conseqüentemente, de todo o sistema processual (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 30).

Apesar de tal verdade, é preciso pensar na Justiça não apenas como problema do Estado; antes, é preciso chamar toda a sociedade à participação concreta e ativa no processo de melhoria da jurisdição, através dos métodos consensuais de solução de conflitos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, reconhecida como a Constituição Cidadã, a conscientização da sociedade aumentou significativamente acerca da garantia de acesso à justiça e do amplo rol de direitos previstos, o que também justifica a sobrecarga judicial nos últimos tempos. O Código de Defesa do Consumidor, a reforma na Lei de Ação Civil Pública, a ampliação do rol dos legitimados ativos a manejar as ações diretas de inconstitucionalidade e ações coletivas são grandes exemplos.

Diante de tal fenômeno, como era notório, houve um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário, agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas (APRIGLIANO; CRUZ E TUCCI; DOTTI; FERREIRA FILHO; MARTINS, 2015, p 37).

Além da conscientização dos cidadãos acerca dos seus direitos, existem canais de incentivo à judicialização dos conflitos, como o próprio setor público, a advocacia contenciosa e a mídia.

Portanto, com o crescente número de demandas, os meios alternativos de solução de conflitos passaram a ser prestigiados, que visam propiciar maior acesso à justiça, nos termos constitucionais previstos.

Acerca dos métodos alternativos de conflitos enquanto extrajudiciais, Paulo Cesar Santos Bezerra coloca:

O ideal na solução dos conflitos é a prevenção dos conflitos. O ideal do processo é o não-processo. Os processos decisórios não pacificam, antes suscitam mais conflitos. Todos esses pensamentos fazem parte das sugestões propostas. O fundamento econômico da prevenção, mediação, conciliação, etc, é a poupança de tem-

po, despesas e incômodos. O fundamento filosófico é o ideal de paz e o sociológico é a efetivação dessa mesma paz (2008, p. 252).

Ora, cada vez mais proeminente se faz a necessidade de eficiência da pacificação social, promovida por meio da solução dos conflitos, de modo que torna-se irrelevante que esta decorra do Estado ou de outros meios, que serão chamados de *alternativos*. Além disso, cada vez mais cresce a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, exercida através da jurisdição e das formas do processo civil,

pois tudo toma *tempo*, e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora (...). O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 32).

É certo que a *desformalização* é o que promove celeridade aos meios alternativos de pacificação social. Por serem gratuitos (ou pelo menos mais baratos), estes meios são logicamente mais acessíveis a todos e mais céleres. São representados essencialmente pela *conciliação*, *mediação* e *arbitramento*.

O Guia de Conciliação e Mediação do Conselho Nacional de Justiça – Orientações para implantação de CEJUSCs traz as definições desses institutos. Veja-se: “A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo” (CNJ, 2016, *online*).

Em outras palavras, a conciliação é o método alternativo de resolução de conflitos em que um terceiro imparcial, que pode até sugerir soluções para o problema, auxilia as partes envolvidas na busca de um acordo.

Atualmente, com base na política pública preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça e consolidada em resoluções e publicações diversas, pode-se afirmar que a conciliação no Poder Judiciário busca, além do acordo, uma harmonização social das partes, restaurando, na medida da possibilidade de cada caso concreto, a relação social das partes. Para tanto, busca-se utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcançarem soluções, por meio de um processo humanizado de resolução de disputas, com técnicas multidisciplinares que possibilitem soluções satisfatórias no menor prazo possível (CNJ, 2016, *online*).

Sobre a conciliação, brilhante a colocação de NALINI, especialmente quanto ao exercício da cidadania e da pacificação:

Edificar uma cultura de pacificação não atende exclusivamente à política de reduzir a invencível carga de ações cometida ao Judiciário. O aspecto mais importante é o treino da cidadania a maturidade para encarar seus problemas com autonomia, situação muito diversa da heteronomia da decisão judicial. Embora chamado “sujeito processual”, o demandante ou demandado se converte, na relação jurídico-processual, em verdadeiro “objeto da vontade do Estado-juiz”. Este é que tarifarà sua dor ou sofrimento, o valor de sua honra e de sua liberdade. Enquanto que na via conciliatória, o próprio interessado terá participação efetiva e obterá uma solução superiormente ética à decisão judicial. Afinal, fazer justiça é obra coletiva, num Brasil em que a iniquidade ainda parecer constituir a regra (2014).

A mediação mostra-se muito semelhante à conciliação, visto que, de igual modo, os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, objetivando a pacificação de seu conflito. A respeito da relevância destes dois institutos, especialmente quanto à presteza jurisdicional, GAJARDONI aduz:

Diversos são os fundamentos para o incremento das atividades de mediação e conciliação, em nosso país. Num aspecto social, observa-se que as partes, solucionando consensualmente a controvérsia, pacificam não só a lide jurídica, mas também a lide sociológica, aquela que no mais das vezes não acompanha a pretensão veiculada no processo. Politicamente, indiscutível que as práticas conciliatórias e de mediação representam uma forma de participação popular na Justiça (as partes resolvendo litígios) e na sua administração (atuação de populares como mediadores e conciliadores). E, em uma análise operacional – que mais nos interessa para os fins deste estudo – fala-se em desobstrução da Justiça de primeiro grau, com acentuado ganho na qualidade temporal de seus serviços (2003, p. 107).

Diferentemente da conciliação, entretanto, a mediação visa trabalhar o conflito (na conciliação busca-se, sobretudo, o acordo entre as partes), surgindo o acordo como mera consequência. Pode-se observar, então, que os métodos são diferentes, mas o resultado acaba sendo o mesmo (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 34).

O Guia de Conciliação e Mediação do CNJ explica que a mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro, ou ainda, definida como 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, a fim de se chegar a uma composição. Trata-se de um método alternativo de resolução de disputas pelo qual um terceiro imparcial e neu-

tro (podendo ser um painel de terceiros) facilita a negociação entre as pessoas em conflito, possibilitando que estas melhor compreendam suas posições e encontrem soluções compatíveis aos seus interesses e necessidades (CNJ, 2016, *online*).

A mediação (assim como a conciliação) é método não vinculante e se caracteriza pela redução ou delegação do direcionamento e do controle do procedimento a um terceiro e pela manutenção do controle sobre o resultado pelas partes, motivo por que não precisam chegar a um acordo, tendo ainda a possibilidade de encerrar a mediação a qualquer hora sem sofrerem maiores prejuízos.

Por sua vez, a arbitragem é regulamentada pela Lei 9.307/96 e consiste em um equivalente jurisdicional, tendo como finalidade a solução de conflitos. Ocorre arbitragem quando um terceiro escolhido pelas partes é chamado para decidir o conflito. Tal decisão (sentença arbitral) não precisa ser homologada pelo Poder Judiciário, o qual pode ser chamado para executá-la ou invalidá-la. Ressalta-se que a) a sentença arbitral não pode ser revista pelo Judiciário no que tange ao seu conteúdo, não sendo possível discutir a justiça da decisão, mas apenas a validade, por algum defeito de forma; b) o árbitro não pode executar sentença arbitral, mas apenas certificar (BATISTA, 2010, p. 91).

Pode-se citar como característica principal da arbitragem a sua capacidade de pôr fim ao conflito, sendo considerada mais finalizadora do que o próprio processo judicial, porque não há recurso na arbitragem. Desse modo, caso uma das partes queira questionar uma decisão arbitral deverá lançar mão de uma demanda anulatória, e não um recurso. De acordo com a Lei nº 9.307/96, o Poder Judiciário executa as sentenças arbitrais como se sentenças judiciais fossem (CNJ, 2016, *online*).

Os chamados meios alternativos de pacificação social, mencionados acima, são defendidos porque viabilizam o acesso à justiça, imprimindo maior celeridade à solução dos conflitos, devido à informalidade, acessibilidade e gratuidade, além de caracterizarem ruptura com o formalismo processual e conferirem a incumbência de pacificação não somente ao Estado, como também ao operador jurídico de modo geral.

4 A BUSCA PELA CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CORRELACIONADA COM A GARANTIA DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O Novo Código de Processo Civil valoriza a conciliação, assim como os outros métodos de solução pacífica dos conflitos, tendo-se, por conta disso, a expectativa de diminuição da quantidade exorbitante de processos, que é uma das principais causas da morosidade da Justiça.

Inicia-se o novo diploma dispondo que o processo civil será ordenado, dis-

ciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República, o que implica observância às garantias de razoável duração do processo e inafastabilidade do Poder Judiciário.

Ao tratar sobre o acesso à justiça (artigo 3º), dispõe expressamente que é permitida a arbitragem, na forma da lei. Ainda, garante que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

À luz do Novo Código de Processo Civil, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público deverão estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial.

Significa esperar que, com o novo tempo trazido pelas disposições do Novo Código, caberá aos operadores do direito se adaptarem e participarem de forma mais efetiva na busca pela pacificação social.

Os advogados deverão dispor-se à solução pacífica dos conflitos, obtendo, assim, melhor desempenho da atividade profissional, de modo que a cultura beligerante e litigiosa no exercício da advocacia se torne cada vez mais inadequada e obsoleta. Poderão contar com a adaptação aos mecanismos trazidos pelo Novo Código ou mesmo a criação de mecanismos próprios, observadas as diretrizes legais, sendo possível inclusive a formação de parcerias com profissionais especializados de outras áreas do conhecimento, como psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, entre outros.

O comando da lei também se refere a juízes e promotores de justiça, aos quais caberá uma mudança de postura quanto às normas que regerão os procedimentos judiciais, que não combinam com uma atuação tecnicista e formalista.

Nesse tocante, o artigo 5º traz em seu bojo o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé aquele que de qualquer forma participa do processo. Infelizmente, o que se vê é que o sistema processual brasileiro é

(...) um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais. O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes (e seus advogados) no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta *patologia* de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar (BAHIA; PEDRON; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 52).

A boa-fé é considerada como princípio norteador do ordenamento jurídico, pois traduz o ideal e leal comportamento das partes na relação processual. É certo que sua ausência exerce forte influência sobre o trâmite do processo, acarretando,

por consequência, a inaplicabilidade da garantia de razoável duração do processo.

Por essa razão, o Novo Código de Processo Civil preocupou-se em envolver e participar as partes na busca efetiva e cooperativa pela resolução do conflito contido no processo. O artigo 6º determina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. No mesmo sentido, o artigo 139, inciso II incumbe o juiz dirigir o processo, velando pela sua duração razoável.

Em inteira consonância com o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, o artigo 4º do Novo Código de Processo Civil determina que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Em primeiro lugar, vale dizer que o Novo CPC lida com a questão da duração razoável do processo de forma mais ampla que a mera aceleração ou desformalização dos procedimentos. Ou seja, ao prever a celeridade processual no artigo 4º, pretende compreender a solução integral do conflito (não apenas a decisão de mérito, mas a efetiva satisfação do direito).

É necessário apontar que a celeridade é desafiada pelas exigências decorrentes do contraditório (artigo 10) e da fundamentação das decisões (artigo 486), contudo, o novo diploma demonstra adequar-se às diretrizes constitucionais de garantias.

Para corroborar com a celeridade, igualdade e impessoalidade, há a previsão do artigo 12, que trata sobre o respeito pela ordem cronológica dos julgamentos, a qual deverá ser obedecida por juízes e tribunais ao proferirem sentença ou acórdão. Com efeito, se os meios integrados de resolução de litígios, os quais recebem tratamento especial pelo CPC/2015, forem utilizados de forma adequada à Constituição, podem contribuir para a celeridade processual, e, em alguns casos, podem fazer cessar ações ou impedir seu ajuizamento.

Dentre os expedientes a que recorrem os legisladores reformistas, ressalta-se a recorrente perseguição a duas metas: a desburocratização do processo, para reduzir sua duração temporal, e a valorização de métodos alternativos de solução de conflito, dentre os quais se destaca a conciliação – seja judicial ou extrajudicial (BAHIA; PEDRON; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 180).

Nesta nova perspectiva, a fim de prestigiar a conciliação, o Novo Código de Processo Civil prevê a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (artigo 165).

O CPC/2015 também estabelece os princípios que informam a conciliação e a mediação, quais sejam os da independência, da imparcialidade, da autonomia

da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (artigo 166).

O artigo 319, inciso VII faculta ao autor da demanda revelar, já na petição inicial, a sua disposição para participar de audiência de conciliação ou mediação. Por sua vez, o artigo 334 estabelece o procedimento da audiência de conciliação ou de mediação, além da importante previsão do artigo 694, que traz a recomendação de solução consensual nas controvérsias de família, possibilitando, inclusive, a mediação extrajudicial.

Como é possível visualizar, o novo Código não se limita a estimular solução consensual dos conflitos, mas prevê mecanismos práticos para que esta seja uma realidade, como por exemplo a criação, pelos tribunais, dos centros judiciários de solução consensual de conflitos. A composição e a organização desses centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do CNJ (artigo 165, parágrafo 1º). Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, nos quais haverá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional (artigo 167). O artigo 174 fomenta a criação pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios, de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Por tudo isso, “o estímulo à solução consensual dos conflitos deixa de ser mera previsão legal, tornando-se norma a ser, efetivamente, cumprida pelos responsáveis pelos agentes da atividade jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 129).

O cidadão brasileiro possui a característica de promover uma delegação dos conflitos ao Judiciário, fato que é facilmente demonstrado pela hiperjudicialização de conflitos, mesmo daqueles que ordinariamente em outros sistemas são resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante autocomposição ((BAHIA; PEDRON; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 179).

Desse modo, para romper com a sobrecarga judicial, que se constitui hoje como uma das principais tensões ao princípio da celeridade processual, convém a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, como tendência a permitir que conflitos de menor complexidade possam ser debatidos fora do sistema tradicional da jurisdição.

Os métodos alternativos de conflitos têm o condão de reduzir as taxas de congestionamento do Poder Judiciário, já que é notório que o processo civil perante os tribunais está se tornando um sistema de último recurso a ser perseguido, sendo utilizado somente quando as mais civilizadas e proporcionais técnicas falharem

ou não puderem ser aplicadas ao caso (BAHIA; PEDRON; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 180).

Finalmente, esses métodos promoverão celeridade aos processos judiciais em curso, à medida que todos os participantes no processo buscam efetivamente a pacificação através da autocomposição, sem deixar de considerar sua eficácia em evitar a judicialização dos conflitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indubitável, a liberdade, a vida, a igualdade, a segurança não podem esperar, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado poderá trazer afrontas irreversíveis aos direitos garantidos a todos pela Constituição.

Não há que se negar a relevância da garantia de razoável duração do processo, tendo em vista que a Carta maior do ordenamento jurídico pátrio conferiu força máxima ao dispositivo que a prevê, conferindo-lhe eficácia plena e aplicação imediata.

Em verdade, a razoável duração do processo é inerente à garantia de acesso à justiça, já que processo justo é aquele por meio do qual se emite uma decisão em tempo hábil. Mais que isso, o direito de obter a solução integral do mérito em prazo razoável inclui a atividade satisfativa.

Ao tratar sobre a referida garantia, o Novo Código de Processo Civil coaduna outros importantes princípios constitucionais, como a cooperação e a boa-fé, determinando que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Por determinação expressa, ao juiz também incumbe o dever de velar pela duração razoável do processo.

O escopo da jurisdição e, conseqüentemente, de todo o sistema processual, é a pacificação social, o que especialmente difere a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração): sua finalidade pacificadora. Ao Estado compete a solução dos conflitos, o que o faz através das decisões judiciais.

Inobstante isso, modernamente entende-se que toda a sociedade é chamada para o cumprimento dessa finalidade, em consideração ao exorbitante número de demandas judiciais que entravam o funcionamento do Poder Judiciário.

Para tanto, são chamados profissionais como psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família e, por ordem expressa do Código de Processo Civil/2015 (artigo 2º, parágrafo 3º), juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público. Assim, toda a sociedade desempenha um papel integrado pelo fim de paz social. Como meio eficaz de se atingir essa finalidade, os métodos de solução

consensual de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, tem recebido destaque e tratamento especial pelo Novo Código de Processo Civil.

São diversos os fundamentos para a implantação, pelo Código de Processo Civil, desses métodos em nosso país. O que se idealiza na solução dos conflitos é a prevenção dos conflitos, de modo que não haja processo, pois este por vezes não pacífica, antes suscita mais conflitos.

Em contrapartida, pode-se observar que a solução consensual da controversia pacífica não só o conflito posto em questão, mas a lide sociológica, a qual no mais das vezes não acompanha a pretensão dimensionada no processo. As práticas conciliatórias beneficiam a sociedade, na medida em que representam uma forma de participação popular na Justiça, pois as próprias partes resolvem seus litígios ou membros da sociedade em geral se envolvem na busca pela paz social.

Também como importantes benefícios da solução consensual dos conflitos podem ser citados a poupança de tempo, despesas e incômodos, além de desobstrução da Justiça, com significativo ganho na qualidade temporal da atuação judiciária, à luz da garantia constitucional de razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. CRUZ E TUCCI, José Rogério. DOTTI, Rogéria Fagundes. FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). **Código de Processo Civil anotado**. Paraná: AASP, 2015.

ARRONE, Bruno da Costa. **O impacto da informatização judicial sobre os princípios do processo civil**. Documento eletrônico [on line]. Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/o-impacto-da-informatizacao-judicial-sobre-os-principios-do-processo-civil>>. Acesso em: 05/09/2016.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. NUNES, Dierle. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC - Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça - Instrumentos viabilizadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível na internet via WWW.URL: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 05/09/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>>. Acesso em: 05/09/2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz: 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias**. Documento eletrônico {on line}. Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181826/000435279.pdf?sequence=1>>. Acesso em 17/04/2014.

NALINI, José Renato. Justiça é obra coletiva. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 09 de março de 2014, p. A 3.

NALINI, José Renato. **Os três eixos da Reforma do Judiciário**. Reforma do Judiciário. Ano XXIV, abril de 2.004, nº 75, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, p. 68.

ROCHA, Cesar Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SHNEIDER, Gabriela. **A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidade e desafios**. Santa Catarina: CONPEDI, 2013.

SUPREMA CORTE DOS EUA. **Apelo do Estados Unidos Tribunal Distrital do Distrito Sul de Indiana. N ° 29**. Documento eletrônico {on line}. Disponível na internet via WWW.URL: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=383&invol=116>>. Acesso em 05/09/2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais**. Documento eletrônico {on line}. Disponível na internet via WWW.URL: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 05/09/2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS PRETENSÕES DO LEGISLADOR NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

*Brenda Baumgarten Dias
Letícia Alves Cunha Barriento*

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar a relevância da mediação como instrumento de solução alternativa de conflitos no que tange a restauração da comunicação entre os indivíduos que se encontram em situação litigiosa dentro da sociedade brasileira, ressaltando o seu caráter expressivamente constitucional. Ademais, além do já exposto, cumpre informar também a respeito da facilidade ao acesso à justiça que decorre destes meios alternativos de solução de litígios, precipuamente o instituto da mediação, que resulta em melhor e mais célere movimentação do Poder Judiciário brasileiro como um todo em razão dos acordos realizados entre as partes envolvidas neste processo.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação; Novo Código de Processo Civil; solução de conflitos; litígios; acesso à justiça.

ABSTRACT

The present work has the scope to demonstrate the importance of mediation as an alternative conflict instrument regarding the restoration of communication between individuals who are in a litigious situation in the Brazilian society, emphasizing its expressively constitutional character. Moreover, as an addition to the already exposed above, this study also informs about the easiness when it comes to justice access, that stems from these alternative means of dispute resolution, primarily the mediation institute, which results in better and faster movement of the Brazilian judiciary system as a whole because of the agreements made between the parts of this process.

KEYWORDS

Mediation; Code of Civil Procedure; Conflict resolution; Disputes; Justice access.

INTRODUÇÃO

Os diversos mecanismos destinados à composição extrajudicial de conflitos, dependendo da complexidade da matéria que versar situadas ações, são eficazes para dirimir as partes a chegarem a um viável consenso, suficiente para atender os objetivos de cada um. Diante disso, tem-se os profissionais que atuam em nome da mediação e conciliação, tratados pelo Novo Código de Processo Civil, bem como pela Lei da Mediação n. 13.140/2015, como auxiliares da justiça.

A ausência de resultados positivos nas demandas que requerem a apreciação do Poder Judiciário, na maioria dos casos, evidencia-se pela cultura do litígio, onde preferem as partes e seus patronos permanecerem com o trâmite regular do processo ao invés de aderirem a prática da conciliação ou mediação como meio para solucionar as divergências ocorridas da relação com a parte contrária.

A cooperação entre as partes durante o processo de mediação é basicamente um pressuposto para que se concretizem os benefícios atribuídos pela opção dos métodos alternativos de conflitos, no que diz respeito a menor burocracia, menor morosidade e menores custas processuais, uma vez que o Novo Código, e do mesmo modo a Lei que trata da Mediação, anseiam pelo acesso à justiça a todo e qualquer cidadão, não havendo distinções, assim como pela redução do acúmulo de demandas submetidas a apreciação do Poder Judiciário.

A presente pesquisa qualitativa, através do método hipotético-dedutivo, visa elucidar o síncrono de direitos relacionados à pacificidade social, cidadania, acesso à justiça e o concreto exercício dos direitos que conectam-se diretamente às práticas dos sistemas alternativos de solução de conflitos consequentes da convivência social.

BREVE CONCEITO ACERCA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A vida humana em sociedade gera conflitos, vez que as necessidades dos indivíduos são divergentes a acabam resultando em naturais desentendimentos. Por conta disso, com o advento no Novo Código de Processo Civil, encontram-se presentes institutos que visam solucionar os conflitos da sociedade de forma alternativa, diminuindo o fluxo do Poder Judiciário, que já se encontra carregado de demandas. Dentre esses meios alternativos de solução de conflitos estão a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A mediação se encontra presente desde os primórdios da sociedade, levando em consideração os estudos de Aristóteles sobre o tema. O citado filósofo

entendia que deveria ser feita uma justiça corretiva, sendo esta o intermédio entre perda e ganho das partes envolvidas. Nos conceitos atuais de mediação, os pontos destacados por Aristóteles em *Ética a Nicômaco* em seu livro V ainda se encontram de forma latente.

O instituto da mediação pode ser definido como uma espécie do gênero justiça consensual que visa resolver os conflitos jurídicos e sociais que se encontram presentes em nossa sociedade, devendo ser intermediada por um terceiro, visando que estes conflitos sejam solucionados sem que haja necessidade de movimentação judiciária, conforme apontado por Moraes, (2012, p. 131). Neste instituto, um dos objetivos principais é fazer com que as partes pacifiquem suas divergências e fortaleçam suas relações.

Em conformidade com a doutrina de Tartuce (2008, p. 208), tem-se que:

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta da técnica é protagonizar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as artes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.

A figura do mediador é de extrema importância para o sucesso da mediação, sendo que esta pessoa deve ter em mente que as partes mediadas encontram-se em estado de desequilíbrio, o que muitas vezes pode dificultar o processo a ser desenvolvido. Em razão disso, realizar uma abordagem adequada pode fazer com que haja uma mudança comportamental nas partes que as leve a reagir melhor ao serem abordadas sobre o conflito.

Mais especificamente, podem ser observadas diferentes espécies de mediação, sendo estas: mediação linear, mediação circular narrativa, mediação transformativa e mediação avaliadora, segundo Bacellar (2012, p. 88). Conforme o pensamento da modalidade da mediação linear, a mediação é uma ramificação da negociação baseada em princípios, no qual pode ser observado um processo estruturado em fases bem definidas, visando que seja reestabelecida a comunicação entre as partes.

Na modalidade da mediação circular narrativa, o foco é tanto nas pessoas quanto no conflito, devendo ser observadas as suas histórias, onde tudo deve ser visto como um todo, e não em separado.

Na mediação transformativa, também nomeada como modelo de Bush e

Folger, o objetivo principal é transformar a postura de forma adversa das partes nas relações, refazendo-se o vínculo entre elas para que seja possível um posterior acordo.

Por fim, a mediação avaliadora é aquela em que a figura do mediador expõe sua opinião a respeito do caso depois de transcorridas todas as fases do processo de mediação, visando que o acordo seja facilitado.

Independente da modalidade, pode-se visualizar que o objetivo do instituto da mediação sempre visa dissolver os conflitos de forma consensual, para que seja possível o conhecimento global da causa, sempre preservando o relacionamento entre os litigantes.

Outro instituto que se fortaleceu com o advento do Código de Processo Civil de 2015 foi o instituto da conciliação. Este instituto encontra-se presente no Brasil desde a Constituição do Império, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 1824, que em seus artigos 161 e 162, destacava que se não houvesse o esgotamento dos meios de comunicação, nenhum processo seria iniciado, estando vinculados a este pensamento os juízes de paz e os vereadores.

Entretanto, o instituto da conciliação foi abolido na fase republicana do Brasil em razão do Decreto n. 359 de 1890, considerando-lhe oneroso e inútil na composição de litígios, ganhando força somente depois de transcorrido certo lapso temporal, estando em estado latente nos dias atuais.

Após facilidades e dificuldades voltadas ao campo da mediação, a Constituição Federal de 1988 incentivou a sua prática, mesmo que no Brasil ainda esteja presente a cultura do litígio e a relutância por iniciativa dos profissionais da advocacia que preferem fazer uso da via contenciosa judicial, o que de fato acaba por resultar no congestionamento do judiciário, não apenas nas instâncias ordinárias, como também nos tribunais superiores, de acordo com o que expõem Watanabe (2011, p. 2).

A conciliação pode ser definida como um meio alternativo de solução de conflitos que é indicado nos casos em que há a identificação do litígio e percebe-se que é a falta de diálogo entre as partes que está dificultando a sua solução. Neste instituto, o principal objetivo é o de que o alcance de um acordo pode desencadear na extinção do processo, podendo este ser conduzido por qualquer pessoa, desde que capacitada.

A figura do conciliador, podendo esta ser preenchida por qualquer profissional, como professores, engenheiros, empresários, entre outros, deve conduzir o processo consensual, escutando e acompanhando ativamente as partes para que seja possível o alcance de acordo.

Mesmo que tendo o mesmo objetivo, a conciliação e a mediação apresentam distinções técnicas, devendo ser extraídos os melhores métodos de cada instituto para solucionar o conflito. Em face disso, prevê o artigo 166, parágrafo terceiro do vigente Código de Processo Civil, sobre a admissão das técnicas negociais que objetivam oportunizar um ambiente favorável para que a autocomposição seja estabelecida entre as partes.

Por fim, deve-se destacar o instituto da arbitragem, sendo este presente nos casos em que as partes não foram capazes de resolver o litígio de forma consensual. Nestes casos, estas permitem que um árbitro imparcial especialista na matéria objeto do conflito decida a lide, não havendo intervenção do Estado.

Neste instituto, que é regido pela Lei n. 9.307/1996 e também submetido ao Novo Código de Processo Civil, é de suma importância que esteja presente o consentimento das partes, sendo este expressado pela cláusula arbitral, que é essencial para que o árbitro tenha poder para analisar a causa.

ASPECTOS HISTÓRIOS DA MEDIAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em meio a relações que envolvam interesses, valores ou expectativas, é fato comum que se ocorra o conflito quando esgotadas as possibilidades de serem resolvidas de modo amigável. Ainda que seja algo natural do convívio em sociedade, não significa que deva ser encarado de maneira negativa, da mesma maneira que se deve ter plena consciência do conflito como incidente característico das relações interpessoais.

Muito embora a mediação seja recente no ordenamento brasileiro, este regimento vem acompanhando a tradição do judiciário por décadas. É possível afirmar a sua existência na circunstância em que uma terceira pessoa tentou em participar em um conflito com a finalidade de sustentar na solução deste, e apesar disso, impossível é discriminar seu marco inicial, encontrando-se somente apontamentos remotos dessa prática no ocidente, conforme afirma Farias (2016, p. 3).

Também é possível criar ressalvas com base no Direito Romano e no contexto religioso, onde pregava-se a ideia do uso do bom termo para resolver cotidianas divergências entre as pessoas, porém, cabe destacar que tais técnicas eram usadas de forma indireta, pois não eram de fato reconhecidas como meio para solução de conflitos, tornando-se apenas posteriormente à conscientização e teorização deste processo, como bem observa Farias (2016, p. 3).

Registros afirmam a sua origem na China, usada como meio mais congruente para a resolução de um conflito. Em conformidade com Bedê (2008, p. 167) revela-se historicamente que os desfechos dados aos litígios entre grupos humanos

se realizavam de forma frequente e eventual, inclusive entre grupos religiosos judaicos, cristãos, islâmicos, hinduístas, budistas e indígenas, pois estes traziam a mediação como uma realidade tradicional.

Com relação aos registros mais recentes da mediação, Bonafé-Schmitt (2009) destaca quatro momentos relevantes e distintos para o avanço da mesma.

No primeiro momento, no decorrer do início dos anos setenta, a mediação evidencia-se como uma justiça informal como meio de acesso para aqueles desprovidos de recursos econômicos. O emprego desta alternativa para solucionar os conflitos aderiu maior demanda nos Estados Unidos e na França.

No que tange ao segundo momento, especificamente nos anos oitenta, o autor aponta a presença da autonomização relativa da mediação e sua expansão em variadas situações, como por exemplo, no âmbito cível, familiar e penal. Em decorrência disso, tornou-se a mediação uma forma não jurisdicional de resolução de conflitos, aproximando-se à prática da arbitragem e da conciliação.

Tendo em consideração os anos noventa, o emprego da prática da mediação frequentemente é utilizado como solução alternativa para conflitos, de forma que se transformou em instituto por intermédio da criação de inúmeras Associações de Mediadores em diversos países. Neste terceiro momento, identifica-se a presença de Portugal ao abrangerem a apropriação progressiva da mediação em seus ordenamentos jurídicos.

Com relação ao quarto e atual momento, salienta Bonafé-Schmitt (2009) que, a partir da década de noventa, esta fase nomeia-se por hegemonia paradoxal, em vista de que não se minimiza o desempenho da alternativa para resolver os litígios, mas figura-se como regulação social.

No Brasil, segundo Bedê (2008, p. 167), a primeira manifestação atestada pelo uso da mediação na pacificação dos conflitos decorreu das Ordenações Filipinas e posteriormente na Carta Constitucional do Império, no ano de 1824, que expressava o reconhecimento da prática conciliatória do Juiz de Paz, conforme o andamento processual. Todavia, a incorporação nos textos legais se deu apenas com a reforma do Código de Processo Civil de 1994, como também na Lei n. 9.099/95, referente aos Juizados especiais, onde atribuíam audiências de conciliação prévia.

Por consequência da crise instaurada no Poder Judiciário brasileiro, visto que a demanda processual congestionava o andamento deste, bem como o acesso à justiça, o processo da mediação adquiriu espaço em razão da celeridade, eficácia e baixo custo. Embora sejam totalmente sistematizados em dispositivos legais, os procedimentos adequados para solucionar as lides deixam de ser a partir do momento em que não mais acompanham o crescimento das demandas que requerem

a atuação do Estado como possuidor do poder jurisdicional capaz de possibilitar a resolução do conflito e a efetivação dos direitos e deveres dos cidadãos.

Neste enfoque, pondera Farias (2016, p. 6):

A partir dessa conjuntura, verificou-se o surgimento de duas novidades: um (novo) centro de poder – a sociedade organizada (ou emancipada) e (novos) instrumentos processuais (que podem ser manuseados por este novo centro), para satisfazer a solução de conflitos, a promoção de direitos e deveres fundamentais – através de ações legais e pacíficas. A sociedade civil organizada aparece muitas vezes fundamentada na participação comunitária, localizada nas regiões mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar este acesso, sendo reconhecida por centros de organização comunitária. Os novos processos – a exemplo, por excelência, da mediação – visam à utilização de procedimentos compatíveis com a estrutura destas organizações. Com efeito, dá-se vazão à mediação comunitária como um processo paralelo ao processo judicial – mas que a ele não se opõe – o qual tem apresentado diversas vantagens tais como: celeridade, agilidade, informalidade, flexibilidade, baixos custos, proximidade geográfica das zonas marginalizadas.

Como fatores que levaram a adoção da prática da mediação no sistema jurídico brasileiro, considera-se imprescindível citar a falta de conhecimento quanto aos processos burocráticos, a linguagem formal como traço principal da redação jurídica, as custas processuais, a demora na conclusão do processo e até mesmo a estrutura ostensiva dos prédios pertencentes ao Poder Judiciário. Estes fatores influenciaram diretamente no acolhimento da atividade mediadora como meio para facilitar e solucionar a relação conflituosa.

Diante dos mencionados fatores, chega-se ao elemento principal que levou à feitura da mediação no Brasil. A distância entre o Judiciário e a população que não possui recursos suficientes para arcar com as despesas derivadas de um processo afasta o direito constitucional garantido ao cidadão, gerando um rompimento com o princípio do amplo acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. De tal maneira, os problemas levados ao judiciário podem conseguir uma solução jurídica, sem, no entanto, solucionar a verdadeira questão conflituosa.

PRINCÍPIOS REGENTES DA MEDIAÇÃO

O procedimento da mediação é regido por princípios que são fundamentais e peculiares, pois de fato orientam o mediador, que atualmente, considerado

como auxiliar da justiça, “exerce o papel mais ativo, em termos de facilitação, e mais passivo, em relação à intervenção no mérito ou no enquadramento legal”, de acordo com as palavras de Serpa (1999, p. 146).

Neste sentido, destacam-se os princípios explícitos nos incisos do artigo 2º, Capítulo I, da estudada Lei, sendo, 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.

O princípio da imparcialidade do mediador denomina que não cabe a este aconselhar, defender ou representar qualquer das partes, pois na relação conflituosa que atuará, não possuirá qualquer interesse sob o caso. Desta forma, este princípio apenas permite que o mediador desempenhe a função de auxiliar os litigantes a reformularem o relacionamento conflituoso que impede as partes de chegarem a certo consenso.

Em referência à isonomia entre as partes, tal princípio traz a ideia da igualdade processual. Deverá o mediador garantir às partes igualdade de tratamento, como expõe Cintra, Pellegrini e Dinamarco (2004, p. 53), “Da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.

Os princípios da oralidade e informalidade, com efeito, encontram-se conectados, em razão do instituto da mediação ser baseado em um procedimento que persegue a ideia de facilitação na comunicação entre as partes, norteadas e supervisionadas por um terceiro profissional, e por consequência, a oralidade é evidenciada.

Há de ser mencionado o que ensina Vianna (2009), no aspecto do princípio da informalidade:

A técnica da mediação destaca-se pela informalidade, pois o que importa é adotar a forma mais adequada de se alcançar justiça. Assim, não existem regras pré-estabelecidas para a condução do ajuste. A solução da controvérsia deverá ser buscada de acordo com as situações pessoais dos envolvidos e as condições concretas do caso. Até mesmo para o acordo realizado entre as partes, não há nenhuma solenidade, pois na mediação o conflito deverá ser solucionado efetivamente, com um acordo oriundo da consciência livre e desimpedida dos contendores, podendo caminhar para o cumprimento espontâneo, dispensando a formalidade do acordo por escrito.

Em suma, estes preceitos instruem o mediador a trazer certa celeridade ao conflito que estará o mesmo atuando, embora a mediação seja considerada um ato processual, não contém o mesmo rigoroso regramento que possui o direito processual, possibilitando, deste modo, a resolução de maneira “menos formalista, menos burocrática e mais atenta às demandas da cidadania”, como ressalta Sadek (2004, p. 16).

Outro princípio presente na Lei n. 13.140/2015 é o princípio da autonomia da vontade das partes, que estabelece que nenhuma pessoa será submetida ao procedimento de mediação caso isso não seja de sua vontade. Conforme bem explanado por Gonçalves (2016, p. 301):

Sendo a autocomposição uma forma de transação, exige-se para a sua efetivação o mesmo que se exige para a celebração dos acordos de vontade em geral. E entre tais exigências está a de que a vontade possa ser emitida livremente, sem vícios. Daí a preocupação do legislador em que não haja constrangimento ou intimidação por parte dos conciliadores ou mediadores.

No inciso VI do artigo 2º da mesma Lei, está o princípio da busca do consenso, que preza pelo consenso entre as partes do processo, amenizando cada vez mais suas divergências quanto ao litígio.

Outro princípio que rege o instituto da mediação é o princípio da confidencialidade, encontrado no inciso VII da Lei da Mediação, podendo ser este interpretado no sentido de ser necessária a implementação de mecanismos que passem confiança às partes, fazendo com que elas possam expor ao mediador todos os detalhes inerentes ao litígio em questão.

Ademais, deve-se manter sigilo sobre as informações obtidas na sessão de mediação, salvo quando houver autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos em qualquer hipótese.

Por último, no inciso VII, encontra-se o princípio da boa-fé. Este princípio rege diversos institutos do Direito Brasileiro, e, na mediação, tem o significado de que o indivíduo envolvido na mediação deve comportar-se segundo determinados padrões e de forma honesta. Desta forma, ficam preservadas as expectativas da parte, o que é de extrema importância para o momento da mediação. A boa-fé, fundamentada pela confiança das partes, é peça fundamental para o desenvolvimento de acordos, vez que pode resultar em paz jurídica.

O princípio supracitado deve reger os atos das partes processuais, que

automaticamente são compelidas a agir com probidade, no tocante à efetiva solução da demanda, na honestidade no momento da exposição dos fatos, entre outros.

Por ser o princípio mais importante, quando não observado, este princípio causa arriscadas consequências jurídicas, como o encerramento das negociações na fase de acordo ou até mesmo a anulabilidade do mesmo outrora firmado pelas partes.

A LEGISLAÇÃO ATUAL CONCERNENTE A MEDIAÇÃO E A ATUAÇÃO DE SEUS PROFISSIONAIS - AS PRINCIPAIS PRETENSÕES DO LEGISLADOR

Logo no início da Lei n. 13.140/2015, encontra-se especificado o objeto desta, a mediação, como sendo um meio de soluções de controvérsias entre indivíduos e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, instituída na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação. Encontra-se especificado também um breve conceito de mediação, como sendo:

A atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Nos casos em que houver previsão contratual de cláusula de mediação, as partes devem comparecer à primeira reunião de mediação, sendo que, conforme disposto na Lei de Mediação, ninguém é obrigado a permanecer em procedimento de mediação se não for de sua espontânea vontade.

No tocante ao objeto da mediação, podem ser destacados os direitos disponíveis e os direitos indisponíveis que admitam transação, conforme especificado pelo art. 3º, podendo a mediação versar sobre todo o conflito em questão, ou apenas sobre parte dele. No tocante aos direitos indisponíveis, nos casos em que houver o consenso das partes, este deve ser homologado em juízo, sendo necessária a oitiva do Ministério Público.

A figura do mediador é designada pelo tribunal ou escolhido pelas partes, sendo sempre garantido a elas a gratuidade do procedimento. O mediador deve conduzir o processo de comunicação entre os envolvidos, almejando o entendimento e o consenso para que seja possível a solução do litígio.

Ao mediador, sendo este um auxiliar da justiça devidamente capacitado, são aplicadas as mesmas hipóteses previstas em lei de impedimento e suspeição do juiz, descritas no Capítulo II do Código de Processo Civil, em seus artigos 144 e 145.

Nos casos em que houver dúvida em relação à imparcialidade do mediador, este tem o dever de revelar às partes do processo, antes de aceitar sua função, qualquer fato ou circunstância que possa ocasionar dúvida, podendo haver recusa das partes.

No que se refere à imparcialidade do mediador e conforme a Lei n. 13.140/2015, este fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer uma das partes envolvidas no litígio pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, com o intuito de preservar a credibilidade de sua função.

O mediador, equiparado a servidor público para os efeitos da legislação penal, não tem a faculdade de atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos referentes a litígios que tenha desempenhado sua função.

Na Subseção III da outrora mencionada lei, encontra-se disposto sobre a figura do mediador extrajudicial, podendo este ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para desempenhar a função de mediador. Para tal, não é necessário que este indivíduo integre qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, entre outros.

É facultado às partes a assistência por advogados ou defensores públicos e, nesses casos, é dever do mediador suspender o procedimento até que todas as partes estejam devidamente assistidas no procedimento.

Na Subseção III da mesma lei encontra-se a figura do mediador judicial, que deve ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores.

Esta formação deve ser reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, ou pelos tribunais, devendo sempre ser observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Para se inscrever no cadastro de mediadores judiciais, deve haver requerimento do indivíduo interessado dirigido ao tribunal com jurisdição na área em que este pretende exercer a função de mediador, sendo que os tribunais criarão e manterão atualizados os cadastros dos mediadores habilitados e autorizados a atuar no procedimento de mediação judicial.

Cabe também aos tribunais a regulamentação do processo de inscrição e desligamento dos mediadores e a fixação da remuneração devida aos mesmos, devendo ser observado o disposto no § 2º do art. 4º da Lei n. 13.140/2015.

A mediação, conforme discorrido na Seção III da supracitada lei, tem de-

terminados procedimentos e regras a serem seguidos para que haja êxito na aplicação do instituto, como por exemplo ser irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo entre as partes.

Na primeira reunião de mediação, e em qualquer momento oportuno, o mediador deve alertar as partes sobre as regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento, que se encontram embasadas no Princípio da Confidencialidade, um dos mais importantes regentes da mediação.

Nos casos em que houver o requerimento das partes ou até mesmo do próprio mediador, - com a devida anuência das partes do processo - podem ser admitidos outros mediadores para desempenharem suas funções no mesmo procedimento, quando recomendável em razão da natureza e complexidade da demanda em questão.

As partes podem submeter-se a mediação, ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, devendo ser realizado requerimento ao juiz ou árbitro a suspensão do processo em questão por prazo suficiente para a solução consensual do litígio, sendo que esta não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro. Ademais, enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficam suspensos os prazos prescricionais.

Após iniciada a mediação, as próximas reuniões referentes ao processo só poderão ser agendadas com a anuência das partes, sendo que o mediador pode reunir-se com as mesmas para solicitar informações que entender necessárias para facilitar a compreensão entre as mesmas.

Para que seja encerrado o procedimento de mediação, deve ser lavrado o seu termo final quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção do consenso entre as partes, devendo ser feito por declaração do mediador do processo ou por manifestação das partes envolvidas.

Este termo, nos casos em que houver celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial, e, nos casos em que for homologado judicialmente, constitui título executivo judicial.

O procedimento da mediação extrajudicial se dá de forma particular, pois, para que seja dado início a esse procedimento, deve ser estipulado o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião em qualquer meio de comunicação. Desta forma, o convite considera-se rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

Encontram-se previstos na Lei n. 13.140 de 2015 os elementos ínfimos necessários para a que seja caracterizado o contrato de mediação, sendo que, o prazo mínimo, bem como o máximo, para que seja cumprida a reunião inicial de media-

ção será contado a partir da data de recebimento do convite, contendo o local e os critérios de apuração do mediador, ficando sujeita à penalidade caso a parte convidada não compareça à reunião.

Cumprе ressaltar que, tal penalidade pode ser sanada na hipótese da unidade prestadora de serviço de mediação ter publicado regulamento no qual constem os critérios objetivados para a escolha do mediador. No entanto, caso não haja previsão contratual integralizada, ao ser feita a primeira reunião de mediação, o prazo estipulado para a realização da mesma será de dez dias úteis à três meses, contados do recebimento do convite e em local com adequações suficientes para envolver informações confidenciais.

Ainda, nos casos em que não haja a previsão contratual completa para a realização da primeira audiência de mediação, é imprescindível a observação de lista com informações pessoais e profissionais de mediadores capacitados, cabendo livremente à parte convidada escolher um; não o fazendo, será considerado como consentido o primeiro nome que constar na lista. Não havendo o comparecimento, a parte convidada incorrerá em assunção de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, caso venha a ser eventualmente a vencedora em procedimento arbitral ou judicial futuro no qual aborde o teor da mediação para a qual foi solicitada sua presença.

Prevê ainda, em seu parágrafo terceiro, no que tange aos litígios originários dos contratos comerciais ou societários dos quais não possuem cláusula de mediação, a cobrança do mediador extrajudicial será feita apenas quando as partes pactuarem a respeito da assinatura do termo inicial de mediação, e voluntariamente permanecerem no procedimento.

Ademais, tendo as partes pactuado sobre não adotar procedimento arbitral, bem como o processo judicial durante determinado tempo ou até o implemento de determinada condição, o prazo será suspenso enquanto perdurar o curso da arbitragem ou da ação, em conformidade com o acordado entre as partes, salvo quando se aplicar às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

No capítulo referente à Mediação Judicial, o artigo 24 trata da criação de centros judiciários pelos tribunais para a efetivação das soluções consensuais de conflitos, atinentes à realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais. Tais centros serão destinados ao desenvolvimento de programas que estimulem os métodos autocompositivos de resolução de litígios, auxiliando e orientando as partes a encontrarem soluções para que suas relações sejam recompostas.

Tal dispositivo faz alusão ao caput do artigo 165, do vigente Código de Processo Civil, que, de acordo com o Bueno (2016, p. 194), esclarece:

A criação de centros judiciários vocacionados à solução consensual de conflitos, orientando e estimulando a autocomposição, estabelecendo as diretrizes básicas e os princípios que devem guiar a atuação de conciliadores e mediadores no atingimento daqueles mister. São estes centros que são os responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Em consonância com o funcionamento dos centros, a Lei 13.140/2015 dispõe em seu parágrafo único do precitado artigo que a organização, assim como a composição dos estabelecimentos serão definidas de acordo com o respectivo tribunal que as deram origem, desde que observadas as normas pertinentes ao Conselho Nacional de Justiça, especificamente o que discorre a Resolução n. 125/2010.

A audiência de mediação será designada pelo juiz quando o mesmo verificar os requisitos essenciais preenchidos na petição inicial, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, devendo assim, o procedimento de mediação judicial ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, exceto se houver acordo entre as partes que seja requerida prorrogação de prazo, conforme expressam os artigos 27 e 28 da lei em tela.

O parágrafo único dos citados artigos prevê que, havendo concordância das partes quanto a prorrogação, os autos serão remetidos ao juiz, que designará o arquivamento do processo, contando que requisitado pelas partes, por meio da sentença, homologará o acordo, determinando o termo final da mediação. Igualmente, ao serem sanadas as divergências antes da parte contrária ser chamada a responder, as custas judiciais finais não serão devidas.

Em se tratando da confidencialidade das informações obtidas no percorrer do procedimento da mediação, estas estão expressamente proibidas de serem levadas ao processo arbitral, e até mesmo ao judicial, estendendo-se este dever, inclusive, às partes, aos seus prepostos, advogados, assessores técnicos e demais que sejam sujeitos da confiança. Excepcionalmente, tal fato apenas será permitido quando houver expreso consentimento entre as partes, do mesmo quando sua divulgação for necessária para efetivar o cumprimento de acordo obtido pelo processo da mediação.

Da mesma forma prevê o parágrafo segundo do Novo Código, que impõe ser o dever de sigilo fator inerente a função do conciliador e mediador, estendendo-

se tal obrigação à equipe que funcionará de auxílio ao profissional, devendo estes não divulgar ou depor acerca dos elementos factícios originários do processo de conciliação e mediação.

Os incisos do artigo 30 da referida lei explanam as hipóteses em que se presumem o dever de confidencialidade, destacando as promessas, propostas e sugestões formuladas por uma parte à outra visando a solução para o entendimento; o reconhecimento de um fato por qualquer das partes no escoamento do processo; o pronunciamento de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador, e também, o documento preparado exclusivamente para os fins do procedimento de mediação.

Ao versar sobre a produção de provas durante o processo da mediação, não se tolera o instrumento probatório que esteja em desacordo com o que expressa o dispositivo referente à confidencialidade, conforme delimita o parágrafo segundo do mesmo. No entanto, não aplica-se o regimento que trata da confidencialidade aos casos que houverem informações alusivas à ocorrência de crime de ação pública, entretanto, não exclui a obrigatoriedade das partes, bem como o próprio profissional da mediação, prestarem informações à administração tributária após o termo final.

Por conseguinte, a confidencialidade resume-se no que determina o artigo 31, da lei em estudo, onde preleciona que serão confidenciais toda e qualquer informação fornecida por uma parte em sessão privada, não podendo, de tal modo, o mediador tornar públicas aos demais interessados na resolução do conflito ou terceiros, exceto no caso de existência de ressalvas que o autorizem a fazê-lo.

Com relação à autocomposição de conflitos em que for parte a pessoa jurídica de direito público, o Capítulo II, da lei em questão infere que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estarão possibilitados para gerarem câmaras de prevenção e resolução dos conflitos no âmbito administrativo, dos quais ocorrerem em seus respectivos órgãos. Institui o parágrafo primeiro, artigo 32, que o modo de funcionamento, e da mesma maneira, a composição das determinadas câmaras, serão formulados por meio de regulamento de cada ente federado, o que igualmente pretende o artigo 174, do vigente Código de Processo Civil.

Neste diapasão, pondera a doutrina de Vaz (2015), no que concerne aos regimentos elaborados pelos órgãos da administração pública:

Caberá às câmaras a definição das políticas conciliatórias no âmbito de suas esferas de atuação, criando condições para que matérias já pacificadas e demandas repetitivas possa ser objeto de mediação e conciliação, prevenindo e reduzindo o número de

demandas que chegam ao Poder Judiciário, inclusive por meio de conciliações e mediações coletivas.

No mesmo dispositivo, em seus incisos, afirma-se que competirá aos órgãos adotar medidas que impossibilitem desacordos entre órgãos e entidades da administração pública, como também analisar a compatibilidade dos requerimentos para tratamento dos litígios por meio de composição nas hipóteses que houver controvérsias entre particulares e a pessoa jurídica de direito público, e inclusive, proporcionar a celebração de termo de ajustamento de conduta quando este for cabível.

Vale ressaltar que o direcionamento do caso conflituoso às câmaras apenas ocorrerá quando presentes as possibilidades que versarem os regimentos internos de cada ente federado, considerando-se deste modo a mediação como facultativa. Ademais, havendo o expreso consentimento entre as partes, deverá reduzir-se o acordo a termo, formalizando-se pela equivalência em título executivo extrajudicial.

No que diz respeito à competência da administração e seus órgãos criados para sanar os conflitos decorrentes de relações no campo da administração, aos mesmos não se abrangem os antagonismos que apenas possam ser solucionados por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo. Porém, por via de regra, preceitua o parágrafo quinto do artigo em tela, o entendimento de competir às câmaras referidas pelo caput do artigo 32, dos quais sejam os casos que importem ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Acerca da instauração do procedimento administrativo para a negociação que intenta o fim do conflito, suspende-se o prazo prescricional enquanto perdurar o trâmite do método autocompositivo, com o desígnio de garantir maior proteção aos litigantes. Assim, “a lei disciplinou, ainda, que o prazo prescricional ficará suspenso enquanto transcorrer o procedimento de mediação, no intuito de conferir maior segurança jurídica aos que utilizarem o instituto”, conforme preceitua a compreensão de Moraes (2016). Em observação ao conteúdo que estende-se à matéria tributária, suspendem-se os prazos correspondentes ao Código Tributário Nacional.

DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS CONCERNENTES À PRÁTICA DA MEDIAÇÃO

Em meio à crise do sistema jurídico, em que pese ao tratamento dos conflitos de forma que se empreguem as práticas alternativas para solução destes, denota-se a deficiência do Estado-jurisdição ao lidar com os processos em excesso. O

garantido constitucional direito de acesso à justiça, em razão do corrente congestionamento que se encontra a máquina judiciária, pode ser capaz de distanciar a sociedade do Poder Judiciário.

Por intermédio do sistema público de mediação judicial, oportuniza-se uma solução mais adequada dos conflitos para aqueles que estão litigando em face de uma questão em desavença que não foi plausível de acordo na via amigável. A vista disso, o judiciário legitima uma ponderação da litigiosidade, que, ao invés de impedir que alguém ingresse com uma ação, proporcionará que seja reservado às partes o acesso à justiça, do mesmo modo que figurará, essencialmente, de maneira que resulte na diminuição dos conflitos trazidos em juízo ou que ainda o serão.

Com previsão no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o princípio do acesso à justiça não dá apenas àquele que teve seu bem jurídico lesado o direito de ação, mas sim “o direito a um provimento jurisdicional idôneo a produzir os efeitos práticos a que ele se preordena”, com alusão aos escritos de Pinho (2012, p. 1). Em outras palavras, tal dispositivo esclarece que a apreciação jurisdicional garantirá não somente a efetividade que deve ser dada à solução da tutela, mas sim a segurança jurídica para as partes que invocam o poder estatal.

O acesso à justiça é garantia fundamental que intenta não somente em efetivar os direitos expressos constitucionalmente, do mesmo modo que permite que sejam assegurados por meio deste princípio o exercício dos direitos previstos no rol do citado artigo 5º, admitindo-se o uso do amplo acesso aos meios de solução de conflitos como meio de promover que a demanda seja atendida.

A atual situação econômica do país não é fator favorável para o desenvolvimento do efetivo direito garantido no princípio do acesso à justiça, pois em inúmeros casos não permite-se que haja a atuação de forma igualitária para ambas as partes no desenvolver de determinados processos judiciais que visam a resolução de uma lide, ocasionando assim, a intervenção do fator da onerosidade, dificultando que o direito seja garantido e evitando que os trâmites não sejam céleres. Desta forma, discute Correia e Almeida (2012, p. 38):

No Brasil, esse debate foi incorporado na Constituição de 1988 pela institucionalização da assistência jurídica; da defesa dos direitos difusos; e criação dos juizados especiais; bem como pelas instituições consagradas como funções essenciais à Justiça: o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. Esta última, em destaque, deve prestar a assistência jurídica integral e gratuita, preferencialmente por meio das técnicas de Mediação e Conciliação conforme sua Lei Orgânica n. 80/94.

A incorporação do princípio do acesso à justiça pelo Novo Código de Processo Civil, bem como pela Lei da Mediação, prevê a determinação de serem criadas câmaras de solução consensual de conflitos, feitos tanto pelos centros judiciários, quanto pelas pessoas jurídicas de direito público, para que desenvolvam a prática da solução de conflitos, especificamente a mediação e conciliação.

Neste contexto, estas atividades se incumbem do fundamental dever de desobstruir o judiciário e suas recepcionadas demandas jurídicas, garantindo que concretizem-se os direitos e finalizem-se, na duração razoável do processo, os conflitos provenientes do convívio em sociedade e as divergências que ocasionalmente presenciam as relações interpessoais. Em face disso, o Estado é chamado para solucionar as ações de interesse público que envolvam direitos difusos e coletivos, com base no que se observam as divergências no acesso aos instrumentos de defesa no judiciário.

Convém ainda mencionar, conforme Brandão (2016), que devido à morosidade e a burocracia do Poder Judiciário, a fim de que se traga a justiça para as partes que têm seus conflitos de interesses baseados em uma ação, possam ser resolvidas as questões de forma pacífica, satisfatória e eficaz, sem que seja enfrentado com precariedade e demora, ou também, que seu pedido recorrido ao judiciário não seja sanado de forma tardia.

Diante disso, é inevitável que seja proporcionada à população e seus respectivos anseios por justiça o fornecimento de sustentadas e adequadas estruturas viáveis para que sejam colocados em função os direitos consagrados pela Constituição Federal. Em razão disso, é necessário que haja a já mencionada segurança jurídica, e do mesmo modo, a celeridade processual. Assim preconiza Brandão (2016):

Neste contexto, o efetivo acesso à justiça pressupõe o estabelecimento de instrumentos que possibilitem a consecução da igualdade substancial, o que engloba a já referida paridade de armas para todos os litigantes, procedimentos e políticas públicas que permitam a proteção eficaz dos direitos outorgados (não somente os tradicionais “direitos subjetivos individuais”, mas também os direitos de ordem coletiva e difusa), bem como a ênfase em uma tutela preventiva, que iniba a priori, a violação dos direitos outorgados.

A mediação, a conciliação, e outras técnicas alternativas para pacificar as controvérsias que não são discriminadamente reconhecidos nos ordenamentos jurídicos que discorrem sobre a possibilidade de se atender às demandas sem que seja recorrida à atuação do judiciário, caracterizam-se como instrumentos que via-

bilizam o acesso ao judiciário, sem que sejam encontrados obstáculos durante a realização da justiça, bem como beneficia a justiça, tratando-se da sobrecarga, conforme pretende o legislador nos dispositivos legais tratados no presente trabalho.

Deste modo, há de se afirmar que ao optar-se pela aderência aos meios alternativos de conflitos ao invés de recorrer diretamente ao judiciário, ou ainda, recluir pela via litigiosa, estarão as partes em benefício, pois, conforme entende Parra (2012, p. 1), os litigantes usufruirão da autonomia da vontade, podendo acordar entre si ao chegarem a determinado consenso, enfrentarão uma menor morosidade processual e não arcarão com as altas custas do processo, fato que ocorreria se não acolhessem a possibilidade da solução por meio alternativo.

Considerando ser a mediação um método capaz e eficiente para facilitar as soluções dos conflitos decorrentes das relações pessoais e a aplicação do direito nestes, compreende-se a intenção do legislador em tornar os métodos alternativos de conflitos em sinônimo de acesso à justiça, garantia da cidadania, pacificação social e principalmente, a transformação da realidade judiciária brasileira, no que versa ao devasto número de ações que requerem a atuação da figura estatal do magistrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, pode-se concluir que os meios alternativos de solução de conflitos ganham cada vez mais força no ordenamento jurídico brasileiro, devendo estes serem justificados constitucionalmente para o fim de que estes adentrem os litígios, resultando em acordos, desacumulando assim a carga do Poder Judiciário.

A prática desses meios alternativos poderá aumentar significativamente a eficiência e eficácia do serviço prestado jurisdicionalmente, visto que haverá um número maior de acordos, podendo a solução dos litígios estar mais presente no cotidiano.

Outrossim, o incentivo da prática de meios alternativos de solução de conflitos incidirá diretamente na celeridade da prestação jurisdicional, dissolvendo parte dos processos que tramitam perante a justiça brasileira, evitando que um número significativo de processos deixe de tramitar perante o Poder Judiciário.

O fundamental acesso à justiça, direito esse de qualquer indivíduo, busca a garantia dos direitos expressos na Constituição Federal, de forma que o acesso aos meios alternativos de solução de litígios possa atenuar a demanda de que o Poder Judiciário é responsável, resultando em situação benéfica para todos os envolvidos no processo em razão da garantia constitucional da cidadania e da dissolução

de litígios oriundos de qualquer sociedade, tendo em vista a natureza humana, muitas vezes litigiosa quando os direitos dos indivíduos são refutantes.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. v. 4 São Paulo: Nova Cultural, 1973.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEDÊ, Judith Apda de Souza; FERENC, L. C. P. N.; RUIZ, Ivan Aparecido. Estudos preliminares sobre mediação. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 8, n. 1, p. 163-177, jan./jun. 2008, p. 167.

BONAFÉ-SCHMITT, J-P. Mediação, conciliação e arbitragem: técnicas ou um novo modelo de regulação social. **Formação e Mediação Sócio-Educativa. Perspectivas Teóricas e Práticas**. Porto: Areal Editores, 2009, p. 15-40.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. A ampliação do acesso à justiça pela mediação como forma de promoção do desenvolvimento humano. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26450/a-ampliacao-do-acesso-a-justica-pela-mediacao-como-forma-de-promocao-do-desenvolvimento-humano>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1824**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016

BRASIL. **Decreto n. 359**, de 26 de abril de 1980. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.099/95**, de 26 de setembro de 1995. Institui sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.140**, de 26 de junho de 2015. Institui a Lei de Medicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL, **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Institui sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 01 set. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 701 f. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Tayna Xavier Arantes. **Entre as medidas alternativas de solução de litígios do Poder Judiciário: a conciliação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, jul 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13412&revista_caderno=27>. Acesso em: 01 set. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CORREIA, Dandara Batista; Almeida, Bernadete de Lourdes Figueiredo de. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 58, p. 39-43, set./dez. 2012.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal. **Revista eletrônica direito UNIFAC**. Salvador, n. 188, fev/2016, p. 3.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro (coord). **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Felipe. A entrada em vigor da lei brasileira de mediação. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231982,61044A+entrada+em+vigor+da+lei+brasileira+de+mediacao>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!** 3. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PARRA, Patrícia; LOPES, Mariane Helena. A mediação como forma de efetivação do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.fecilcam.br/anais/vii_enppex/PDF/direito/01-direito.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BERNADINA DE PINHO, Humberto Dalla; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Garantia de Acesso à Justiça e o Uso da Mediação na Resolução dos Conflitos Submetidos ao Poder Judiciário. **Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil**, v. 2, n. 2, Fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

BRASIL, **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Institui sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos.

SADEK, Maria Teresa. **Judiciário: mudanças e reformas**. v. 18, n. 51, São Paulo: Estudos Avançados, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação dos Conflitos Cíveis**. 1a. ed. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas**. 3a. ed. ver. atual. E ampl. São Paulo: Método, 2014.

VAZ, Paulo. **Marco regulatório: Lei de mediação e conciliação tem pontos positivos e algumas falhas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas>>. Acesso em: 14 ago. 2016

VIANNA, Marcio dos Santos. Mediação de Conflitos: Um novo paradigma na Administração da Justiça. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6991>. Acesso em: 19 ago. 2016.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. **Revista de Processo (RePro)**. São Paulo: Ano 36, n. 195, maio/2011. p. 381-9.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: ANÁLISE REFLEXIVA A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MEDIA ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: ANALYSIS REFLECTIVE
A NEW LIGHT OF CIVIL PROCEDURE CODE

Camila da Silva Felix¹
Bruna Carla Simeão Oliveira²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar e analisar as principais mudanças acerca da resolução alternativa de conflitos, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, haja vista que com o advento do Novo Código de Processo Civil, a composição de conflitos entre particulares passou a ser mais valorizada, se tornando um meio de garantia ao exercício da cidadania em prol a dignidade, possibilitando a satisfação de outros direitos. São abordados aspectos históricos sobre a origem da autocomposição de conflitos e conceito oriundos das novas alterações propostas, passando pela análise do direito positivo acerca do assunto, concluindo com o modo como o Novo Código de Processo Civil aborda o tema e a sua importância para o Direito Processual Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à justiça, Novo Código de Processo Civil, Resolução de Conflitos, Inclusão Social.

¹ Camila da Silva Felix, graduando do curso de direito do Centro Universitário Eurípedes de Ensino, 8º termo – UNIVEM, integrante do grupo de pesquisa GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) do UNIVEM; camila.a.s.felix@gmail.com

² Bruna Carla Simeão Oliveira, graduando do curso de direito do Centro Universitário Eurípedes de Ensino, 8º termo – UNIVEM, bolsista do PROUNI; brunacarlasimeao@gmail.com

ABSTRACT

This study aims to address and analyze the major changes on the alternative dispute resolution, through literature and legislative review, given that with the advent of the new Civil Procedure Code, the resolution of disputes between individuals became more valued, becoming a means of ensuring the exercise of citizenship towards the dignity, allowing the enjoyment of other rights. They are discussed historical aspects about the origin of alternative dispute resolution conflict and concept arising from the amendments proposed, through the analysis of positive law on the subject, concluding with the way the New Civil Procedure Code addresses the issue and its importance to the Right Brazilian Civil procedure.

KEYWORDS

Access to justice, New Civil Procedure Code, Conflict resolution, Social inclusion.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo busca-se analisar as formas de composição de conflitos apresentadas com o advento do Novo Código de Processo Civil, os meios alternativos a jurisdição, com o objetivo de pacificar os conflitos, haja vista os custos sociais e econômicos de um processo no Brasil.

Para isso, o estudo se propõe a analisar os institutos da conciliação, mediação e arbitragem, seus conceitos e aspectos históricos, passando pela análise do direito positivado, com vistas para o Novo Código de Processo Civil.

Salienta-se a importância do presente tema, considerando a necessidade de democratizar o acesso à justiça, minimizar os custos processuais, bem como alcançar um dos fins propostos do processo judicial, a saber a pacificação. Torna-se meios para garantia ao exercício da cidadania em prol a dignidade, possibilitando a satisfação de outros direitos. Ademais, o acesso à justiça é um direito fundamental de segunda geração, e métodos para composição dos conflitos, viabiliza a efetividade desse direito.

2. DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um direito constitucionalmente garantido, também denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, este consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de Brasil de 1988. Ocorre que o objetivo pretendido com um processo, isto é, alcançar a tutela jurisdicional, nem sempre é possível, considerando a morosidade e o custo de um processo judicial no Brasil, por esse motivo a autocomposição dos conflitos é um meio aceitável, economicamente viável e apto para a efetividade e garantia do direito de acesso à justiça.

O direito internacional também destaca a importância do acesso à justiça, o Brasil é signatário da 1º Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, o qual em seu artigo 8º assegura:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

Considerado um Direito Humano, o acesso à justiça é meio para garantir direitos constitucionalmente assegurados, bem como para promover a justiça. Isto posto, o acesso à justiça coloca em destaque a extensão positiva dos direitos fundamentais, como direitos a prestações, tais como a obrigação do Estado de

disponibilizar recursos e elaborar procedimentos, serviço de assistência jurídica aos necessitados, bem como um sistema amplo de resolução alternativa de litígios.

Quando falamos de Direitos Humanos, necessário se faz mencionar os direitos de segunda geração. Esses direitos de cunho positivo originaram-se da insatisfação popular, que clamava a manutenção de direitos já conquistados na primeira geração e desejavam a efetividade do mesmo, através da atuação do Estado, visando assim a dilaceração das desigualdades sociais, visando em última apreciação a consagração da justiça social.

Conforme descreve, Sarlet (2012, p.33)

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social.

No direito processual civil, Bueno (2014, p.86), explica que, “(...) o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional”.

Destarte, os direitos de segunda geração, estão ligados estritamente aos direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho e o acesso à justiça.

3. ASPECTOS HISTÓRICOS

Dentre as múltiplas urgências que permeiam a sociedade contemporânea, as lutas e os conflitos têm sido um dos maiores desafios para as múltiplas áreas do conhecimento, inclusive o direito. Sabemos que uma lide existe a partir do conflito de interesses entre dois indivíduos ou mais, que por muitas vezes conseguem se compor. Carnellutti desenvolveu o conceito de lide: “como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. (Neves apud Carnellutti, 2013 p. 13)

Diante da impossibilidade da composição em determinadas situações, os indivíduos acabam por buscar a intervenção de terceiros a fim de resolverem as suas mazelas ou socorrem-se do Judiciário, que, se provocado, tem o poder de decidir conflitos de interesses, impondo a sua decisão. Desta feita, desde tempos remotos legisladores tentam promover o acesso a justiça e buscam meios para a resolução dos conflitos sociais. A preocupação com o acesso a justiça acompanha a evolução da humanidade, haja vista que o código de Hamurabi, previa especial atenção a comunidade de hipossuficientes como órfãos, viúvas. Neste sentido, dispunha que:

Em minha sabedoria eu os refreio para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça à viúva e ao órfão. Que

cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça. Deixai ler a inscrição do meu monumento. Deixai-o atentar nas minhas ponderadas palavras. E possa o meu monumento iluminá-lo quanto à causa que traz e possa ele compreender o seu caso. (FERRARIO, 2010, p. 51)

Os hebreus da mesma forma, procuraram facilitar o acesso à justiça instituindo juízes antes mesmo da dinastia:

E tu dentre todo o povo procura homens capazes, tementes a Deus, homens de verdade, que aborreçam a avareza; e põe-nos sobre eles por chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinquenta, e chefes de dez; Para que julguem este povo em todo o tempo; Todo causa grave trarão a ti, mas toda causa pequena eles mesmos julgarão; será assim mais fácil para ti, e eles a levarão a carga contigo. Êxodo 18:21,22

A história trata da garantia assegurada a poucos grupos sociais, Cappelletti e Garth (2002, p.9), explicam que

Nos estados liberais “burgueses”, dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis, refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorantes. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação (...). O Estado portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defende-los adequadamente, na prática. (...) O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

No século XXI, com a evolução das relações sociais e a interação entre os indivíduos, é comum a ocorrência de conflitos intersubjetivos e a pacificação social se faz cada vez mais necessária. Existem casos em que é imprescindível a atuação do Estado, com o objetivo de manter a coesão social, haja vista que a partir de um conflito de interesse privado sem solução, podemos chegar a conflitos maiores e mais complexos, que fogem a esfera civil-privada da vida social atingindo o direito penal, por exemplo. O objetivo do processo não é somente alcançar a tutela jurisdicional, de acordo com, Dinamarco (2009, p. 18):

(...) tinha-se, até então a remansosa tranquilidade de uma visão plana do ordenamento jurídico, onde a ação era definida como

direito subjetivo lesado (...), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sihi deebeatur, juricio persecuendi*) e o processo era tido como exercício, sob a condução pouco participativa do juiz.

Essa visão sofreu mutações, o referido autor explica que o direito processual é caracterizado pela consciência da instrumentalidade

(...). A negação da natureza e objetivo puramente técnico do sistema processual é ao mesmo tempo a afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material (aos quais buscam efetividade através dele). (2009; p. 22-23)

Em sua obra “A Instrumentalidade do Processo” (2009, p. 177), o autor, define escopos do processo, refere ser a afirmação de que:

O processo é um instrumento, enquanto não acompanhado dos objetivos a serem alcançados mediante seu emprego, revela o grau da utilidade do processo através dos escopos, a saber o escopo político, o social e o jurídico, são os propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.

Diz mais, no tocante aos Escopos sociais e a pacificação com a justiça (2009, p. 188):

Espera-se que mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um dos seus componentes. (...). Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social.

O processo não deve ser compreendido como um fim em si mesmo, ao contrário, deve ser abrangido como elemento, legalmente permitido para assegurar um direito material invocado, ocorre que a quantidade de processos aumentou muito nos últimos anos. O Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015 publicou o relatório Justiça em Números, os dados impressionam, de acordo com o relatório no ano de 2014 o Poder judiciário iniciou as suas atividades com um “estoque de 70,8 milhões de processos” (CNJ, 2015, p. 34) e a tendência é aumentar cada vez mais. Outro dado importante, a taxa de congestionamento do Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014.

De acordo com o advogado Marcelo Valenzuela idealizador da plataforma e Conciliador de solução de litígios (2016, p. 47) “O Judiciário conta com 429,5 mil funcionários, desses 16,4 mil são magistrados a um custo total de 61,6 bilhões de reais, ou 1,3% do PIB brasileiro, encontra-se atualmente fadado a morosidade”. Desta forma o relatório do CNJ (2015, p.34) observa:

(...) mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque.

Ainda, de acordo com o relatório, os dois assuntos mais demandados no Poder judiciário são: “direito do trabalho e civil, juntos somam aproximadamente 16% das demandas no Judiciário (CNJ, 2015, p. 50)”.

Certo é que ao Estado cabe o pagamento dos Juízes, dos auxiliares e manutenção dos prédios, bem como todo os recursos necessários, para a promoção da justiça, ocorre que os “litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução da lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.17)

Fato que constitui uma importante barreira ao acesso a justiça, por esse motivo, o legislador buscou com o advento do novo Código de Processo Civil, incentivar a adoção de meios alternativos à judicialização para a solução de conflitos, a saber, a mediação, conciliação e a arbitragem, de maneira a proporcionar maior eficácia e menor morosidade para as demandas. Tona-se então, disposição principiológica, estando também inseridas em capítulo próprio (Sessão V), estabelecidas no Novo Código de Processo Civil, o qual dispõe regulamentações da função do mediador e conciliador judiciais.

Os meios alternativos para a composição de conflito têm como objetivo, dar aos litigantes a oportunidade de resolver seus problemas, sem intervenções, ainda que a litigância judiciária não fora afastada, favorecendo o empoderamento do indivíduo. Rangel apud (Foley, 2011, p. 247), diz:

A expressão “empoderamento”, é utilizada como conceito associado à autonomia, desenvolvida em um processo paulatino, amadurecido e consciente de transformação pessoal, por meio do qual os indivíduos passam a controlar suas vidas. Com efeito, a expressão “empoderamento” passa a emprestar substância a uma ideologia segundo a qual é possível assegurar que cada indivíduo exerça sua autonomia e autodeterminação de maneira plena, consciente e madura, notadamente no tocante ao tratamento dos conflitos e dissensos gerados do

convívio em sociedade, a fim de assegurar a responsabilização compartilhada, em detrimento da cultura tradicional que busca identificar culpados e transferir responsabilidades. (p.8)

Esses meios são aptos para atingir uma das finalidades do direito processual civil, a saber a pacificação social.

Bueno (2014, p.48) ressalta que em métodos alternativos para a resolução da lide algumas ou todas as características da jurisdição não estão presente:

Muito se tem difundido nas doutrinas nacional e estrangeira quanto à necessidade de serem pensados meios alternativos de solução de conflitos, assim entendidos os métodos ou as formas de solução de conflitos intersubjetivos que não envolvam ou, até mesmo, que dispensem, em maior ou em menor grau, a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o exercício da função jurisdicional. Em alguns destes métodos, algumas ou todas as características da jurisdição (v. n. 3 do Capítulo 1 da Parte III) não se fazem presentes.

Apesar de o Estado deter o poder de jurisdição, não tem, porém, o monopólio dos meios para a solução dos conflitos sociais, sendo admitidas outros meios para se alcançar a paz social. Há quatro espécies reconhecidas pelo ordenamento jurídico: autotutela, autocomposição, mediação e arbitragem, excetuando-se a autotutela, tem como objetivo substituir a jurisdição, pela vontade das partes.

De acordo com Neves (2016, p.83) a autotutela é a “forma mais antiga de solução dos conflitos onde pelo exercício da força, física, econômica, emocional etc. de um indivíduo temos a submissão total do outro, a autotutela nos remete a sociedades rudimentares”.

Exemplificada pela máxima “olho por olho dente por dente”, a Lei do Talião é baseada numa relação de equilíbrio entre o crime e a punição (Duarte, 2009, p. 75-85). Ou na esfera civil ofensa e justiça, não se admite essa forma como solução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, salvo raras exceções, como por exemplo a legítima defesa (art. 188, I, do CC); apreensão do bem com penhor legal (art. 1.467, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, § 1.º, do CC).

Neves (2014, p. 83-84) fala da justificativa para que o Estado aceite a autotutela:

A justificativa é de que o Estado não é onipresente, sendo impossível estar em todo lugar e a todo momento para solucionar violações ou ameaças ao direito objetivo, de forma que em algumas situações excepcionais é mais interessante ao sistema jurídico, diante da ausência do Estado naquele momento, a solução pelo exercício da força de um dos envolvidos no conflito.

A autotutela, pode ser amplamente revista pelo Judiciário, de maneira que prejudicado pode recorrer aos tribunais afim de ter reparado os danos causado pelo exercício da força de outrem, os excessos da autotutela são indenizáveis.

Sobre a autotutela, o referido doutrinador (2016, p.83), esclarece “É evidente que uma solução de conflitos resultante do exercício da força não é a forma de solução de conflitos que se procura prestigiar num Estado democrático de direito”.

Contudo, o legislador entendendo a importância da solução consensual de conflitos, disciplinou no art. 3º, §2º, do novo Código de Processo Civil, a promoção do Estado sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e ainda mais, 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 (§3º).

Observa-se que a conciliação não se limita apenas no que previa o art. 125, IV, do Código de Processo Civil de 1973, que incumbia ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Ante isso, é notável a preocupação do legislador em alocar a solução consensual como um alvo a ser atingido, trazendo ao texto de lei métodos que viabilizem a satisfação dos litígios, sem a necessidade de se socorrer ao poder judiciário.

Essa preocupação já se alastra por algum tempo. O primeiro marco regulatório em texto de lei foi a Resolução 125/2010, introduzida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), produzindo um importante passo para o fortalecimento da solução de conflitos, o qual diz:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

O legislador, atento aos sinais positivos advindo dessa nova ferramenta jurisdicional, trouxe para o Novo Código de Processo Civil, outras formas que estimulem a adoção da conciliação e mediação.

Para isso, duas providencias foram tomadas. A primeira consiste na proposta de conciliação no início do procedimento comum, antes mesmo da resposta do réu (art. 331 do Código de Processo Civil de 1973). Em um segundo momento, na inclusão de mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça, nesse momento a liberdade de atuação e a capacidade específica para figurarem como auxiliares da justiça, provoca e propicia a autocomposição dos litígios.

Nessa toada, o art. 165 “caput” preceitua a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos. Esses centros têm como objetivo o oferecimento

de serviço gratuito de orientações sobre as demandas existentes, proporcionando a sua resolução, de forma célere e eficiente.

O art. 334, do Código de Processo Civil, determina “ao juiz se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o mesmo designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”. Essa audiência será realizada adequadamente pelos conciliadores ou mediadores, nos mencionados centros judiciários de solução de conflitos, citado em linhas pretéritas. A composição e organização ficará adstrita as normas determinadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Destarte, para que possamos dar continuidade na explanação dos meios de solução de conflitos, é necessária a exposição de suas especificidades, observando as peculiaridades de cada um desses métodos.

O instrumento conciliatório será usado nos casos quando aos litigantes não tenham vínculos entre si, estando fundado no sacrifício integral ou parcial de interesse das partes envolvidas no conflito, diferente da autotutela o que determina a solução para o impasse é a vontade das partes, e não o exercício da força, inexistindo uma decisão impositiva por parte do Estado.

São espécies da autocomposição a transação, a submissão e a renúncia, equivalentes jurisdicionais, podem ocorrer também durante um processo judicial, que se verificados o juiz homologará por sentença de mérito (art. 487, II, III, V no NCPC) com a formação de coisa julgada material, tornando-se título executivo judicial a sentença homologada conforme art. 515, II do NCPC.

Nesse sentido, afirma Bueno (2016, p. 88): “...tem-se certa hibridez: substancialmente o conflito foi resolvido por auto composição, mas formalmente, em razão de sentença judicial homologatória, há o exercício da jurisdição. Observa-se que o conciliador age apenas como intermediário, um mero facilitador da composição, não tem que decidir o conflito. Não deve ser confundida a conciliação, porém, com a mediação, o primeiro instituto visa a solução de conflitos que decorrem da própria lide discutida, já a mediação visa compor contendas de caráter mais permanente ou ao menos mais prolongados, como entre familiares, por exemplo.

Didier Jr., em seu livro Curso Processual Civil (2015, pag. 276), assevera:

Esses são os aspectos que aproximam as duas técnicas. A diferença entre a conciliação e a mediação é sutil - e talvez, em um pensamento analiticamente mais rigoroso, inexistente, ao menos em seu aspecto substancial. A doutrina costuma considerá-las como técnicas distintas para a obtenção da autocomposição.

Ademais, o conciliador age como mero intermediário, um terceiro imparcial responsável não apenas de orientar as partes, mas ainda, de sugerir o melhor desfecho do conflito, o mediador, tem apenas a função de esclarecer as partes para que elas próprias alcancem a resolução do conflito existente.

Nesse sentido Gonçalves (2016, p.253-254), afirma sobre a atuação dos mencionados terceiros:

Cumpra a cada qual uma forma específica de atuação. Uma vez que o conciliador atua em situações em que inexistente vínculo prévio, poderá sugerir soluções para o litígio, vedada qualquer forma de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (...) Já o papel do mediador é mais complexo. Ele lida com situações de relações permanentes, em que frequentemente há vínculo afetivos ou emocionais (...).

Ambos os institutos têm como base principiológica o artigo 166 “caput” do Código de Processo Civil/2015, a saber, independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada.

A mediação também é regida pela lei 13140/2015 – Lei de Mediação, a qual regula resolução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Nesta inexistem sacrifícios total ou parcial dos interessados, busca-se benefícios mútuos, por esse motivo não é centrada no conflito em si mas em suas causas.

De acordo com Neves, a arbitragem, é antiga forma de solução de conflitos, onde, no passado, as partes se sujeitavam a decisão de um determinado sujeito que de alguma forma exercia influência sobre elas (2016, p.110), é também um método muito conhecido e adotado em nosso ordenamento jurídico, privativa para direitos disponíveis, com regulamentação própria, previsto na lei 9.307/1996, consiste na técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de um acordo feito entre os mesmos. Mantém as principais características do passado, a saber, as partes escolhem um terceiro de sua confiança e a decisão desse terceiro é impositiva.

A sentença proferida pelos árbitros, que não comporta qualquer recurso, equipara-se em tudo à decisão judicial

Segundo o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 49)

“Deve ser entendido por arbitragem o método de solução de conflitos segundo o qual as pessoas em conflito escolhem, de comum acordo, um ou mais árbitros que, fazendo as vezes do juiz-estatal, reconhecerão o direito aplicável à espécie.”

A lei estabelece que o chamado “procedimento arbitral”, tem início com a aceitação pelo árbitro ou árbitros do encargo a ser desempenhado e se encerra com o proferimento da chamada “sentença arbitral”.

A recepção dessas medidas pelo processo civil corresponde a uma resposta positiva a sociedade diante da crise do judiciário, anteriormente exposta, haja vista o índice de resolutividade dos conflitos submetidos a esses tipos de técnicas para composição. Segundo dados da pesquisa publicada na revista Consultor Jurídico e reproduzida no Portal de Conciliação e arbitragem (ADAM):

Os conflitos resolvidos com o uso da arbitragem cresceram 73% nos últimos seis anos. No período, os procedimentos solucionados extrajudicialmente somaram mais de R\$ 38 bilhões. Os dados são da pesquisa Arbitragem em Números e Valores, produzida pela advogada Selma Lemes.

Diz ainda a pesquisa:

Pode-se dizer que as empresas entenderam as vantagens em utilizar a arbitragem. Podem resolver com mais brevidade (em comparação com o Judiciário) demandas contratuais e, seja qual for o resultado (não obstante esperam sair vitoriosos em seus pleitos), retirar de suas demonstrações financeiras (balanço contábil) esse contingenciamento. Na linguagem econômica, reduzem-se os custos de transação. A decisão em optar pela arbitragem é tanto econômica como jurídica (...)

Essa análise confirma a tendência da iniciativa privada, que passaram a adotar sistemas inteligentes de conciliação eletrônica ou ODR (Online Dispute Resolution), uma alternativa a resolução de litígios, realizados online, são também chamados de litígios em linha. Empresas no Brasil adotaram o sistema de resolução online afim de resolver problemas oriundos das relações consumeristas, startups especializadas em resolução de conflitos se apresentam como uma alternativa a judicialização dos conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça, desenvolveu uma ferramenta que permitia a resolução online de conflitos relacionados aos jogos olímpicos durante os jogos 2016 no Rio de Janeiro, a ferramenta pode ser acessada por qualquer cidadão ou empresa, se se não houvesse acordo uma mediação presencial seria marcada nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CJUSC). Ferramentas importantes, que como exposto, facilitarão a composição do conflitos, ajudando assim o Estado a promover a paz social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que a cultura da litigiosidade se enraizou em nossa sociedade, inúmeros são os processos que abarrotam o judiciário. Entretanto, com o advento do novo Código de Processo Civil, o legislador traz propostas inovadoras, que propiciam formas consensuais de solução dos conflitos, desmitificando-os e mostrando à sociedade que o pleiteamento judiciário não é o único meio de se obter satisfação dos litígios e a pacificação social.

A Solução de Conflitos surge, neste cenário, guardando especial coerência com todas essas necessidades, a composição de diferenças com resultados de mútuo benefício. Aqui as partes militam para a solução de suas mazelas, por conseguinte, as pessoas se sentem responsáveis pelas suas próprias decisões, as cumprindo de forma mais empenhada, tornando-se donas de seus impasses e conseqüentemente de suas resoluções, diferente quando as soluções são impostas por outrem.

Salienta-se que, os métodos de soluções de conflitos podem trazer aos litigantes a restauração da relação social afetada, proporcionando aos litigantes, a retomada qualitativa da comunicação e de convivência pautadas no respeito mútuo, de forma a garantir diálogos harmônicos.

Ademais, importante destacar o cunho de inclusão social, haja vista todos os custos anteriormente expostos, advindo desse mecanismo de garantia do acesso à justiça. O poder decisório dado ao cidadão de resolver suas querelas, faz com que os mesmos tenham chances de dar voz às suas percepções e promover a busca de seus interesses de forma efetiva.

Isto posto, concluímos ser benéficos esses institutos para a sociedade, e o Novo Código de Processo Civil veio ao encontro das necessidades sociais e primeiro passo para aculturação da sociedade brasileira no sentido de resolver seus conflitos intersubjetivos, ainda que ao Estado pertença a jurisdição.

REFERÊNCIAS

Alternative and Online Dispute Resolution (ADR/ODR). Disponível em: <http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/adr-odr/index_en.htm> Acesso em: 02/09/2016.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Missionaria de Estudo.** Tradução Almeida Revista e Atualizada. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2014. 2 Edição.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 02/09/2016.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em; <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 02/09/2016.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 02/09/2016.

BRASIL. Lei n. 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: 05/09/2016.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em :02/09/2016.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a Arbitragem**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 02/09/2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Vol.1**. 8º. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1º. ed. Porto Alegre: Ed Sergio Antonio Frabris Editor, 1988 reimpresso 2002.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 02/09/2016.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processo Civil Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17º. ed. Salvador: Ed Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14º. ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2009.

DUARTE, Melina, **A lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na filosofia do Direito de Hegel**. 2009. Disponível em: < <http://www.hegelbrasil.org/Reh10/melina.pdf>> Acesso em: 01/09/2016.

Ferramentas do CNJ Permite Conciliação Online de Conflitos na Olimpíada. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-06/ferramenta-permite-conciliacao-online-conflitos-olimpiada>> Acesso: 02/09/2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento** (1ª parte). 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUSTIÇA, Conselho Nacional. **Justiça em números 2015, 2014** - Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 02/09/2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - vol. único.** 5º. ed. São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - vol. único.** 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A Comunidade como locus de Promoção das Práticas de Mediação: O Empoderamento do Indivíduo no Tratamento de Conflitos.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86ff096395a37c9d>>. Acesso em: 05/09/2016.

ResolvJá Lança primeira plataforma para a resolução de conflitos comerciais no Brasil Online. 2015. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/dino/noticias/resolvja-lanca-primeira-plataforma-online-para-resolucao-de-conflitos-comerciais-no-brasil.shtml>> Acesso em: 02/09/2016.

Soluções em Arbitragem crescem 73% em seis anos, mostra pesquisa. 2016. Disponível em: <<http://www.adambrasil.com/arquivos/8671>> Acesso em: 02/09/2016.

VALENZUELA, Marcelo. Só a tecnologia pode atender exigências do novo CPC. **Revista Visão Jurídica**, Ed. Escala, nº 120, p. 46-47, 2016.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A MEDIAÇÃO DIGITAL COMO MÉTODO PARA RESOLUÇÃO CÉLERE E PACÍFICO DE CONFLITOS

*Júlio César Lourenço do Carmo¹
Mário Furlaneto Neto²*

RESUMO

O presente trabalho objetiva proceder à análise da mediação e da conciliação à luz do novo Código de Processo Civil. Tais institutos têm como finalidade a solução dos conflitos de forma autocompositiva. Tal matéria encontra grande ênfase dentro do novo CPC, com destaque para o rol dos artigos 3º, §3º, 165 a 175 e 334, §7º. Assim, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, pretende-se uma análise de tais institutos e de como sua aplicação leva à celeridade processual e promove uma maior pacificação. Adentrar-se-á na seara dos meios digitais por meio da análise do sistema de mediação digital do Conselho Nacional de Justiça. Conclui-se que os resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso, revelados nos pilotos de implementação do sistema de mediação digital, ampliaram as condições do cidadão para resolução consensual de conflitos de interesses.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação. Conciliação. Informatização.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Bolsista do PROUNI. Integrante do grupo de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet). E-mail: juliocesarldocarmo@hotmail.com.

² Delegado de Polícia. Mestre e Doutor em Ciência da Informação pela UNESP de Marília. Professor da graduação e Mestrado do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Professor da Academia da Polícia Civil do Estado de São Paulo. E-mail: mariofur@univem.edu.br.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil adota um posicionamento revolucionário quanto aos institutos da mediação e conciliação digitais. O revogado Código de Processo Civil (CPC) continha alguns artigos que tratavam da autocomposição, sem que houvesse muita ênfase a institutos com tal finalidade. Com a entrada em vigor, desde março de 2016, do novo CPC tornou-se obrigatório que o Estado promova métodos consensuais para resolução de conflitos.

O artigo 3º, §3º do NCPC (BRASIL, 2015) determina que mesmo no transcorrer do processo a conciliação e a mediação, assim como outros meios consensuais de solução de conflitos devem ser estimulados pelo MP, por Juízes e Defensores públicos, respeitando-se, logicamente, o princípio da autodeterminação, quando as partes expressamente declararem não desejarem tal prática, assim como, não impõe imperatividade da mediação e a conciliação quando o direito não admitir a autocomposição.

Os artigos 165 a 175 do NCPC disciplinam a participação dos mediadores e conciliadores, sob o manto dos princípios norteadores e mais pontos vitais para estabelecimento dos institutos.

Situações como divórcio, pensão alimentícia, inventários... Casos que pareciam não ter acordo e que levariam anos na justiça em um menor período de tempo estão tendo um fim, e de forma mais pacífica, por meio da mediação e conciliação.

Assim, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, busca-se analisar os institutos da mediação e conciliação, a fim de pontuar as benéficas do emprego da mediação digital enquanto instituto pacificador do conflito de interesses, possibilitando solução consensual ágil e eficaz.

Para tanto, necessário buscar distinguir os institutos da mediação e conciliação, o que se fará a seguir.

2. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

Mesmo tendo a mesma finalidade de decisão consensual e trabalhando com a negociação entre as partes, existem características inerentes entre os institutos da mediação e da conciliação. Nas palavras de Sales (2016, p. 142), “tanto a conciliação quanto a mediação são métodos alternativos de solução de conflitos. Mas não são sinônimos: trata-se de dois institutos diferentes”.

“Mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem

qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável (CALMON, 2013, p. 113).

A mediação é preferível nos casos onde os envolvidos detenham um relacionamento anterior, como nos direitos de família, societário e trabalhista. O papel do mediador será atuar para criar um ambiente ideal para o diálogo. Este irá auxiliar para restabelecer a comunicação entre as partes, para que assim possam chegar entre si a um acordo ideal.

O Mediador desempenha papel crucial na mediação, pois, busca restabelecer a boa comunicação entre as partes. Desta forma atuará para esclarecer aos interessados, todas as questões inerentes ao conflito, para que assim possam ter ciência de seus direitos, permitindo aos próprios interessados que cheguem em soluções consensuais que os beneficiem (decisão informada). Mesmo com tal atuação, não é permitido ao mediador tomar partido para um dos lados, devendo ser completamente isento, neutro e imparcial, sem sugerir soluções, mas tão somente auxiliar a comunicação entre as partes.

Na conciliação, também haverá a participação de um terceiro imparcial no diálogo entre as partes. No entanto, haverá uma participação ativa do conciliador junto aos envolvidos, por meio de sugestões, ideias, propondo soluções e tudo o mais que no caso puder ser feito para que se chegue a uma autocomposição.

Bacellar (2012, p. 66) aduz que o “terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo” agradável às partes. Desta forma, preferencialmente, será proposta conciliação nos casos em que não houver um vínculo anterior entre as partes.

Com base no princípio da autonomia da vontade, o art. 168 do CPC estabelece que os envolvidos, de comum acordo, podem escolher, o mediador ou conciliador, mesmo que este não faça parte do tribunal, assim como podem escolher câmara privada de conciliação e mediação.

De forma geral, “os conciliadores e mediadores não terão vínculo com o tribunal em que atuam, embora possam os tribunais contar com quadros próprios de profissionais para esse fim contratados mediante concurso públicos de provas e títulos” (SALES, 2016, p. 146).

Tendo em vista o princípio da informalidade, a audiência de conciliação ou mediação pode ser realizada por vídeo conferência como, exemplo, o Skype ou outra aplicação de Internet. As parte obrigatoriamente devem estar acompanhadas de seus respectivos defensores (advogado ou Defensor Público).

Ademais a de se constar que mesmo tendo o novo CPC trazido em

destaque a mediação e a conciliação, este “não se pretende exauriente em matéria de solução consensual de conflito (...) admitindo outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais, que podem ser vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por profissionais independentes, regulamentado por lei específica” (SALES, 2016, p. 148).

Válido ressaltar que a mediação e a conciliação podem ser desenvolvidas na fase pré-processual, assim como na fase processual.

3. RESOLUÇÃO PACÍFICA E CÉLERE DOS CONFLITOS

Com as inovações trazidas pelo novo CPC, quanto a conciliação e mediação, muito se tem discutido das vantagens advindas da aplicação dos institutos. É notório que a celeridade e a pacificação sempre são indicados como resultados advindos da aplicação dos institutos. Então, o que os levam a resultados mais positivos do que a resolução de conflitos de forma judicial?

Para Tartuce (2008, p. 210) “A mediação, enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino, está fundamentada na dignidade humana em seu sentido mais amplo” a mesma também ressalta que ao tratarmos de dignidade, tendo em vista a mediação, vale abordá-la “em seu aspecto dinâmico de atuação do indivíduo sobre os rumos de seu destino e o encaminhamento de seus conflitos.”

Em todas as áreas do Direito é indiscutível que a dignidade da pessoa humana é um direito a ser defendido ferrenhamente. É um princípio consagrado. Na mediação cada mediando é doutor de suas próprias decisões, sendo a resolução final do conflito reflexo de suas próprias decisões. Isso permite uma satisfação com o acordo ideal para todos os envolvidos.

Nas palavras de Ávila (2014, p. 240) “um homem racional adota condutas, examinando as consequências ligadas às várias alternativas comportamentais. A ação individual, portanto, pode mudar em razão das consequências atribuídas aos comportamentos.”

Tendo em vista o princípio da voluntariedade as partes só participam de uma mediação ou de uma conciliação de forma espontânea, com exceção da obrigatoriedade da participação na sessão de conciliação dos Juizados Especiais. Nenhuma das partes sendo obrigadas a concordar com uma proposta que não atenda seus interesses.

Ao falarmos de dignidade, um segundo princípio inerente a esta é a liberdade. Tendo em vista na mediação que o mediador restabelece o diálogo entre

as partes, não tendo nenhum papel de decisão, para que elas próprias possam resolver por si a controvérsia, sendo o poder total dado as partes, tal princípio, também é designado como princípio da liberdade ou princípio da autodeterminação. Tal definição é dada face a capacidade que cada mediando tem, desde o método compositivo até o resultado final. O consentimento para uso da técnica deve ser natural, assim como a definição e aceitação do resultado (TJDFT, 2012).

Vale ressaltar que o mediador desempenha um papel importantíssimo de orientação e esclarecimentos das partes quanto ao conflito em tela já que “não há como exercer a liberdade sem conhecer as múltiplas opções que a realidade enseja” (Tartuce, 2008, p. 212).

A mediação e a conciliação não se baseiam na produção de provas. Apesar do caráter informal, o que for decidido na sessão será homologado por magistrado e terá validade jurídica. O mais importante ao tentar resolver um conflito de forma consensual é que as partes estabeleçam uma comunicação produtiva por meio de um diálogo que permita o entendimento e a busca por soluções que satisfaçam ambos os lados (TJDFT, 2012).

Para o conciliador a melhor audiência será àquela que respeita a autonomia da vontade dos envolvidos. Independentemente do que decidam. Ao contrário da sentença que é imposta pelo magistrado (de forma imperativa), na mediação e conciliação há um trabalho para o afunilamento dos pontos de vistas sobre o conflito de modo a chegar a uma decisão consensual. Atingindo a denominada justiça restaurativa, esta leva a pacificação.

Nas palavras de Nery Jr. (2016, p. 363) “existem no sistema jurídico brasileiro numerosas manifestações legislativas, que se traduzem em meios de celeridade do processo judicial e administrativo, bem como de lhes conferir duração razoável”.

Estatisticamente falando, com base em dados disponibilizados pelo CNJ, atualmente o judiciário brasileiro conta com uma soma de mais 95 milhões de processos judiciais. Processos que na maioria perduram por meses e até mesmo anos (FARIELLO, 2015).

No entanto, indicadores de resultados de 2015 do CNJ comprovam numericamente que os institutos da mediação e conciliação de fato atingem o fim esperado de tornar célere a resoluções com conflitos e das lides. No ano de 2015 os Centros Judiciários de Resolução de Conflito e Cidadania (Cejuscs) evitaram a entrada de pelo menos 270 mil processos no Judiciário Brasileiro - considerando os números referentes a oito estados brasileiros e não levando em conta as audiências ocorridas durante as semanas Nacionais de Conciliação (BANDEIRA, 2016).

Colocando em destaque o Estado de São Paulo o número de acordos na fase pré-processual chega a aproximados 67% e com o processo judicial em curso 49% de conciliações/ mediações (BANDEIRA, 2016).

Demonstrando que indivíduos e empresas tem preferido um bom acordo a um longo litígio judicial. Sendo a mediação digital uma opção rápida, econômica e eficiente para a solução de litígios.

Conforme Bandeira (2016), colocando em destaque o Estado de São Paulo, o número de acordos na fase pré-processual chega a aproximados 67% e com o processo judicial em curso, 49% de conciliações/ mediações, o que evidencia que pessoas e empresas têm preferido um bom acordo a um longo litígio judicial. A adoção da mediação digital pode potencializar os dados estatísticos, por conta de viabilizar uma opção ainda mais célere, econômica e eficiente para a solução de litígios.

4. MEDIAÇÃO DIGITAL

Hodiernamente, tem-se a sociedade permeada por constantes mudanças, pautada cada vez mais no avanço das ferramentas de tecnologia da informação. Ao alcance de uma parcela considerável da humanidade, disponibiliza-se uma das maiores e influenciadoras ferramentas à distância de um clique: a Internet.

A Internet ganha mais adeptos a cada dia, possibilitando a interligação de bilhões de dispositivos móveis e computadores por todo o mundo. As aplicações de Internet oferecidas encurtam distâncias, facilitam processos e permitem que inúmeros afazeres (estudo, compras etc) possam ser realizados em um curto período de tempo. É um avanço de proporções exponenciais.

Peck (2013, p. 71) salienta que o Direito, face a Internet, “necessita da capacidade de interpretar a realidade social e adequar soluções ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade.”

Acompanhando tal necessidade de evolução, a emenda nº 02/2016, que atualizou a resolução 125/2010 do CNJ, em seu inciso 10º, inova em relação ao autocomposição, ao institucionalizar o “Sistema de Mediação e conciliação digital” ou a distância.

A lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), em seu artigo 46, já trazia previsão de que as audiências de mediação e conciliação poderiam ser realizadas pela Internet, desde que com consentimento das partes, assim como o art 334, §7º, do NCPC (BRASIL, 2016) expressa que referida audiência pode ser realizada por meio eletrônico, nos termos da lei.

Para efetivação da emenda nº 02/2016, o CNJ produziu uma ferramenta

virtual que auxilia a solução de conflitos, tanto na fase pré-processual quanto na fase judicial. Aludida plataforma foi criada e projetada de modo a abarcar as necessidades dos tribunais de todas as áreas e esferas, de forma a alojar todos os sistemas em uma única plataforma digital.

O cidadão comum pode requerer o serviço de sua própria residência. Ao entrar no site <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>, basta o cidadão realizar o cadastro e verificar a disponibilidade do serviço.

O aplicativo permite trocas de mensagens entre as partes, pessoa física e/ou jurídica, não sendo necessário que ambas estejam conectadas em tempo real para a solicitação do serviço. Pós-realização do acordo, se necessário, poderão ter a decisão homologada por um juiz, sem a necessidade de longos litígios judiciais. Caso a audiência digital não chegue a um acordo poderá ser solicitada uma sessão presencial.

Levantamento do Conselho Nacional de Justiça de 2011, quanto aos 100 maiores litigantes, demonstra que 89% dos processos em tramitação são inerentes a bancos e ao setor público. Para tornar ágil e eficaz a solução desses litígios já existentes, Espírito Santo, Bahia e São Paulo foram, inicialmente, os Estados escolhidos para a fase de testes na solução da mediação digital nos casos de ações de execução fiscal.

Tamanha a expectativa e os bons resultados iniciais advindos do uso da plataforma que o CNJ disponibilizou, a partir de 1º de agosto deste ano, que acordos consensuais relacionados a instituições bancárias também possam ser buscados pela plataforma digital.

O sistema de mediação digital também foi ampliado para auxiliar o torcedor na maior festa esportiva do mundo. Os que se depararam com problemas na Olimpíadas Rio 2016, seja relacionados a ingressos, assentos ou qualquer outro serviço prestado pelo comitê organizador, podem por meio do sistema do CNJ buscar a solução do ocorrido, possibilitando a resolução da questão de forma célere.

Os pilotos que viabilizaram a implementação do Sistema de mediação digital têm apresentados resultados que evidenciam a eficácia da ferramenta para auxílio da resolução de conflitos de forma consensual, pacífica, célere e menos onerosa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que os tribunais estão superlotados de feitos, o que faz com que a excessiva carga processual a que é submetido o juiz, possa inviabilizar a razoável duração

do processo. Logo a protelação da entrega da prestação judicial imortaliza o conflito de interesses, acarretando descrédito no Poder Judiciário.

Nesse contexto, a mediação digital, pautada pela cultura do diálogo, mostra-se uma alternativa para minimizar a quantidade de processos em trâmite no Poder Judiciário.

Os resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso, revelados nos pilotos de implementação do sistema, ampliaram as condições do cidadão para resolução de conflitos. A tecnologia potencializa o recurso para o cidadão aderir, cada vez mais, aos métodos consensuais de solução de conflitos.

Trata-se de um serviço público e gratuito disponibilizado pelo Poder Judiciário, prático e acessível para a solução de conflitos, o que concretiza o acesso à Justiça consensual.

No entanto, requer que o Poder Judiciário, através do CNJ, promova campanhas de conscientização da população, como forma de difundir o aplicativo da mediação digital, como forma de potencializar o seu acesso e uso, enquanto ferramenta indispensável para a pacificação

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BANDEIRA, Regina. **Conciliação: mais de 270 mil processos deixaram de entrar na Justiça em 2015**, 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/81709-conciliacao-mais-de-270-mil-processos-deixaram-de-entrar-na-justica-em-2015>>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. ed. 51. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Justiça em Números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos**, 2015. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>. Acesso em: 03 set. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 5 ed. São Paulo: Sarava, 2013.

SALES, Fernando Augusto De Vita Borges de. **Novo CPC comentado artigo por artigo**. São Paulo: Rideel, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2008.

TJDF. **Princípios e garantias da conciliação e da mediação**, 2012. Disponível em: <http://tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/mediacao-e-conciliacao/o-que-e-mediacao-e-conciliacao>. Acesso em 03 set. 2016.

A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE PROCESSUAL

*Larissa Braz Michelin**
*Gilnéia Silva da Costa***

RESUMO

O presente estudo faz uma abordagem da conciliação, a qual constitui um meio alternativo de solução de conflitos, tendo sido prestigiada pelo Código de Processo Civil de 16 de março de 2015, trazendo uma nova cultura de solução de litígios, apresentando a conciliação como forte aliada da Justiça para a celeridade processual. Objetiva-se analisar a importância da conciliação não somente como um meio alternativo de solução de conflitos oriundos das relações sociais, mas sim como um meio pacificador da sociedade, de modo que as partes litigiosas tenham uma resposta rápida, simples e eficiente do Judiciário, colaborando, desse modo, para a celeridade processual. O método a ser utilizado no presente artigo consiste na pesquisa e na análise doutrinária.

PALAVRAS-CHAVE

Conciliação; solução de conflitos; meio alternativo; bem comum; celeridade processual.

*Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha – UNIVEM.

**Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha – UNIVEM.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, ora proposto, analisa a conciliação como um meio alternativo de solução de conflitos oriundos das relações sociais, de modo que estes tenham uma resolução rápida, simples e eficiente, colaborando para a celeridade processual.

O Código de Processo Civil de 16 de março de 2015 traz uma nova cultura de solução de litígios, apresentando a conciliação como forte aliada da Justiça e da própria sociedade para a celeridade processual, devendo ser estimulada por juízes, defensores público, membros do Ministério Público e advogados.

A conciliação se apresenta como a busca do bem comum, por meio de um acordo elaborado pelas próprias partes litigantes, orientadas pelo conciliador neutro, através de uma conversa simples, informal e conciliatória.

A importância do tema é retratada pela promoção da harmonia entre as partes, sendo a conciliação um meio de pacificação dos conflitos, bem como pela consequente celeridade processual, gerando economia processual, agilidade no trâmite processual, diminuindo a burocracia, tornando efetiva a prestação jurisdicional. Com a conciliação das partes conflitantes, torna-se notável a satisfação com o judiciário.

Posto isto, faz-se necessário uma melhor análise sobre a conciliação como instrumento alternativo de solução de conflitos sociais, bem como sua colaboração para a celeridade processual.

O método a ser utilizado no presente artigo consiste na pesquisa e na análise doutrinária.

A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE PROCESSUAL

O Código de Processo Civil de 16 de março de 2015 trouxe uma nova cultura de solução de litígios, apresentando a conciliação como forte aliada da Justiça e da própria sociedade.

O instituto da conciliação trata-se de um meio alternativo de solução de conflitos oriundos das relações sociais, de forma que haja uma resolução rápida, simples e eficiente da questão conflituosa.

Neste sentido, afirma Santos:

O conflito pode ter diferentes naturezas, mas, o que deverá prevalecer é o diálogo, dessa forma, a solução pacífica prevalecerá e

o que até então não possuía previsão de término, passa a ter uma expectativa de resolução em um tempo recorde. Os métodos de resolução de conflitos como a Mediação e a Conciliação tornam-se, portanto, fortes aliados da Justiça e da própria sociedade para a celeridade processual.

Ensina Fernandes: “O objetivo da conciliação não deve ser o acordo, na verdade ele é apenas a consequência natural da conciliação. O ato pode, inclusive, provocar mudanças de atitudes entre as partes, alcançando a pacificação e a formação dos cidadãos para solucionar seus próprios conflitos”

A conciliação possui características próprias, apresentando-se como a busca do bem comum, por meio de um acordo elaborado pelas próprias partes litigantes, através de uma conversa simples, informal e conciliatória.

Nesta conversa, as partes são orientadas por um conciliador (terceiro) neutro e imparcial, o qual tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo após realizar uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que tal proposta traria a ambas as partes.

Conforme aponta Ferraz:

Na conciliação, diferentemente, não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois é aqui que ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito.

Dispõe o artigo 22, da Lei 9.099/1995, em seu parágrafo único, que:

Art. 22 A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único: Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Na conciliação, o papel do juiz torna-se tão importante quanto nos processos tradicionais, pois além de julgar e manter a justiça ainda se faz necessária a função de pacificação mediante as partes para que se mantenham as relações da melhor forma possível após o término da conciliação entre as mesmas.

Por outro lado, não podemos duvidar da relevância do conciliador na

audiência de conciliação, pois este também possui o imprescindível trabalho de pacificador, a fim de alcançar um acordo entre as partes na busca da solução do conflito em tela.

Em análise principiológica, inicialmente, vislumbramos no artigo 2º da Lei 9.099/95, a elucidação dos princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis, como a viabilização do acesso à justiça e a busca por uma conciliação entre as partes.

Segundo Silva, a palavra princípio apresenta o significado de começo, de “início ou mandamento nuclear de um sistema” ou também como sendo “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”, são “núcleos de condensação”, os quais possuem valores constitucionais. (SILVA, 1996)

A introdução de tais princípios no sistema de tramitação dos Juizados Especiais Cíveis introduziu uma ideia desburocratizadora. Via de regra, referidos princípios, trazem a simplicidade, estando ligados à instrumentalidade das formas.

Os princípios norteadores do Juizado Especial facilitaram em parte a tramitação dos processos principalmente o da oralidade e celeridade que renovaram as esperanças das camadas menos abastadas da população principalmente proporcionando a sensação de um maior acesso à Justiça ante ao instituto do *Jus Postulandi*. Essa sensação de abertura do Judiciário para as pequenas causas proporcionou também uma discussão a respeito da “desigualdade de armas” no procedimento dos Juizados Especiais nas situações em que uma das partes comparecia assistida pelo advogado e a outra não.

Na prática, podemos verificar que a conciliação entre as partes colabora para o princípio da economia processual, uma vez que referido instituto, por ser simples, desburocratizado, é menos oneroso tanto para as partes como para o Estado. Tal princípio, objetiva evitar a redundância de atos e procedimentos que atrasariam a resolução da lide, sendo a conciliação sua grande aliada.

Há de se considerar que a economia processual e o princípio da celeridade andam de mãos dadas uma vez que um tem o objetivo evitar atos repetidos dentro de um processo e o outro tem como objetivo a rapidez na sua tramitação.

No mais, podemos observar inúmeros benefícios em decorrência da conciliação, tais como: redução do desgaste emocional e do custo financeiro; construção de soluções adequadas às reais necessidades e possibilidades dos interessados; maior satisfação dos interessados envolvidos; maior rapidez na solução de conflitos, sejam eles pessoais, familiares ou de negócios; desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões de mediação ou conciliação; possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos interes-

sados, conforme a natureza da questão e a garantia de privacidade e sigilo.

O texto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Poder Legislativo, dá um destaque especial à conciliação, apresentando-a como norma fundamental, estando sempre aliada a celeridade, prevendo e disciplinando sua aplicação em várias oportunidades, a saber:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 3º (...)

(...)

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Pelo acima exposto, observa-se que o Novo Código de Processo Civil positiva de forma muito objetiva onde e quando será aplicada a conversa conciliatória, cabendo aos operadores do direito, se adaptarem aos novos tempos e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, sendo esta uma forma de obtermos melhor atuação do Poder Judiciário.

Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essa modalidade de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, podendo comunicar-se com profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros)

para o melhor desempenho da atividade profissional.

Aos Juízes e Promotores de Justiça, será exigido uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, de modo que busquem a efetiva pacificação social, atrelando importância às novas técnicas de solução de conflitos.

Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e providencias financeiras para que o novo sistema de solução consensual de conflitos alcance os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária e pacificada.

Posto isto, por todo o exposto, são visíveis os pontos positivos da conciliação, sendo esta utilizada nos últimos anos pelo Poder Judiciário brasileiro com grande êxito, contribuindo para redução do congestionamento processual no judiciário, mitigando consideravelmente o número de feitos nos fóruns e tribunais, tendo solucionado os problemas das partes interessadas no litígio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, nota-se a relevância dos meios alternativos de solução de conflitos, em especial a aplicação da conciliação, objeto principal da presente pesquisa, sendo esta um meio não somente de solução de conflitos, mas um meio de pacificar a sociedade.

É importante ressaltar que só há justiça quando há igualdade de partes na busca do bem comum.

Por fim, não restam dúvidas que a conciliação se apresenta com vigoroso instrumento para a pacificação e solução de conflitos em quase todas as áreas do direito, sendo um meio de colaboração para a celeridade processual.

REFERÊNCIAS

CAETANO, Raimundo Carlos. **Juizados especiais como mecanismo de resolução rápida de litígios**. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4351>. Acesso em: 06 de setembro de 2016.

FERNANDES, Klícia Roxana Alves Fernandes. **A conciliação como forma de solução célere e eficaz das lides civis**. Disponível em: <<http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revis->

tas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/41/32>. Acesso em: 06 de setembro de 2016.

FERRAZ, Taís Schilling. **A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos**. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/conciliarConteudoTextual/anexo/Conciliacao.doc>. Acesso em: 06 de setembro de 2016.

SANTOS, Jaime Almeida dos. **A importante contribuição da mediação e da conciliação para a celeridade processual**. Disponível em: <http://www.academia.edu/7964478/A_IMPORTANTE_CONTRIBUI%C3%87%C3%83O_DA_MEDIA%C3%87%C3%83O_E_DA_CONCILIA%C3%87%C3%83O_PARA_A_CELERIDADE_PROCESSUAL>. Acesso em: 06 de setembro de 2016.

SILVA, Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO, AS LACUNAS NORMATIVAS E A HETEROINTEGRAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL TRABALHISTA COM O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

*Gabriel Scudeller de Souza
Carolina Cristine Cavassini*

RESUMO

Atualmente, o sistema processual pátrio encontra-se fundamentado à luz das normas constitucionais. Trata-se do fenômeno da constitucionalização do direito processual. Com isso, o intuito é de propiciar o avanço das relações sociais por meio da filtragem constitucional. Assim, a legislação infraconstitucional deve se adequar aos ditames fundamentais do Estado Democrático de Direito. Na seara laboral, diante da presença de lacunas, pugna-se pela aplicação de normas processuais civis, com o intuito de promover o avanço do ordenamento processual, para se alcançar os anseios sociais. Evidentemente que deverá haver compatibilidade com sua principiologia. O objetivo é, tão somente, a busca pelo resultado mais justo.

PALAVRAS-CHAVE

Heterointegração; lacunas; direito processual civil e do trabalho.

ABSTRACT

Currently, parental procedural system is justified in the light of constitutional norms. This is the constitutionalisation of the procedural law phenomenon. Thus, the aim is to foster the advancement of social relations through constitutional filtering. Thus, the infra-constitutional legislation must conform to the fundamental precepts of the democratic rule of law. In labor harvest, in the presence of gaps, struggle by the application of civil procedural rules, in order to promote the advancement of procedural law, to achieve social expectations. Of course there should be compatible with its principles. The goal is, alone, the search for the fairest result.

KEY WORDS

Integration; gaps; civil procedure and labor law.

INTRODUÇÃO

Após momentos históricos de colonização, coronelização, liberalismo e ditaduras políticas, vivencia-se o Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional. Como fundamento, evidencia-se a proteção e efetivação de direitos humanos, de primeira, segunda e, especialmente, de terceira dimensão.

A nova hermenêutica encontra-se fundada no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, ladeado pelos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade (art. 1º CF). Com o fito de atingir a máxima eficácia de tais fundamentos, o poder constituinte erigiu objetivos que buscam nortear as ações do Estado e de particulares (art. 3º CF). Atualmente, o objetivo do Estado não é de apenas definir direitos e garantias fundamentais, mas principalmente efetiva-los.

Daí surge a importância do Poder Judiciário (e, também, do processo) na promoção de direitos fundamentais e de propiciar inclusão e pacificação social. Vive-se numa sociedade de massa, profundamente desigual e contraditória, que enseja macrolesões, o que exige novo comportamento dos atores jurídicos, especialmente do juiz, com o intuito de tornar efetivos os interesses dos jurisdicionados. Assim, a gênese do sistema pós-moderno atual é a jurisdição justa, promovendo amplo acesso à justiça, o que corrobora com o papel primordial do Poder Judiciário.

Destaca-se, neste contexto, o fenômeno da constitucionalização do processo, que convida o direito processual civil – e, conjuntamente, o trabalhista – a lidar com novos métodos hermenêuticos, conhecidos como filtragem constitucional. Com isso, há ciência de que é necessário interpretar-se o direito de forma valorativa e que, como forma de método de atuação do Estado, o processo se consubstancia em importante instrumento para promoção do sistema valorativo.

A dificuldade é identificar adequadamente tais valores, de forma objetiva, a fim de fixar parâmetros de interpretação e aplicação do direito, para evitar arbitrariedades ou subjetivismos. Por isso, a constitucionalização do processo tem por objetivo a adequação, tempestividade e a efetividade do acesso ao Poder Judiciário, que se consubstancia no chamado direito constitucional aplicado, de forma que o acesso à justiça passa a ser princípio do direito constitucional processual, de direitos humanos e de direito fundamental.

Fato é que há um novo conceito de princípio jurídico, que rompeu com a antiga afirmação de meras fontes subsidiárias integrativas – ideia do Estado Liberal, já ultrapassada – uma vez que, de acordo com a nova teleologia da Constituição Federal de 1988, princípios e regras consubstanciam normas – e, atualmente, princípios ganham caráter de extrema importância, inclusive se sobrepondo às normas,

por sua carga altamente valorativa. Por tudo isso, fala-se numa função normativa dos princípios, decorrente da constatação de que os mesmos podem ser aplicados de forma direta, aos casos concretos, ou indireta, por meio da integração do sistema nas hipóteses de lacuna.

O escopo do presente trabalho é verificar se, à luz do novo ordenamento, pautado pelos ensinamentos do pós-positivismo – ideia de não só garantir direitos, como efetivá-los – o resultado mais útil do processo e a pacificação social poderão ser proporcionados diante da heterointegração do sistema da Lei 13.105/2015 aplicada ao processo do trabalho, pelo reconhecimento de lacunas ontológicas e axiológicas.

No que concerne aos procedimentos metodológicos para organização e realização do presente trabalho, impõe-se o método hipotético-dedutivo, vez que parte de uma hipótese-problema, demonstrando e formulando teses para comprovação, ou não, da pergunta formulada, seguida de teste da hipótese, atingindo, por fim, a conclusão da pesquisa.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

O Poder Judiciário tem como função precípua a jurisdição, sendo esta, ao mesmo tempo, poder-dever-função de acalantar os anseios das partes interessadas, e definir o direito objetivo aplicável às pretensões individuais. Trata-se, na verdade, de serviço público essencial: o acesso à justiça.

Para Bezerra Leite

a temática do acesso à justiça está intimamente vinculada ao modelo político do Estado e à hermenêutica do direito processual como instrumento de efetivação dos direitos reconhecidos e positivados pelo próprio Estado (2015, 47)

Historicamente, no Estado Liberal, vigia a subordinação total ao direito positivo editado pela burguesia. Só se reconheciam os direitos de primeira dimensão, caracterizados como civis e políticos, em contrapartida ao Estado absolutista anterior. Nesta toada, o processo é caracterizado pela formalidade excessiva, tecnicismo, legalismo, em outras palavras, vigia o positivismo jurídico puro.

Com a derrocada do Estado Liberal, surge o Estado Social, onde os anseios eram voltados à busca da satisfação de bem-estar, com a necessidade de intervenção estatal para aprimorar as relações sociais existentes, especialmente entre o capital e o trabalho. Com isso, buscou-se assegurar, por meio do dirigismo estatal, novo

norte às sociedades.

Ocorre que, com a derrocada do socialismo, e a solidez do capitalismo, o Welfare State entrou em crise, ainda mais profunda do que se encontrava no modelo liberal anterior, uma vez que o Estado já não conseguia alcançar suas políticas públicas desejadas, diante da falta de controle econômico, promovida especialmente pelo neoliberalismo.

Aponta Daniel Sarmiento que a exclusão, no contexto do neoliberalismo globalizado

é ainda mais cruel do que no Estado Liberal, pois naquele as forças produtivas necessitavam da mão de obra para produção da mais-valia. Hoje, com os avanços da automação, o trabalhador desqualificado não tem mais nenhuma utilidade para o capital, e torna-se simplesmente descartável (2006, 29)

Surge, então, o Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional de Direito, com fundamentos assentados na efetivação e proteção de direitos humanos – primeira, segunda e terceira dimensões – tendo como objetivos a construção de sociedades mais justas, com a correção de desigualdades sociais, promovendo o bem-estar social, o desenvolvimento ambiental, a paz e, também, a democracia (LEITE, 2015).

Nesta toada, o Poder Judiciário surge como uma ferramenta indispensável na promoção dos direitos fundamentais e, especialmente, na inclusão social, por meio de controles de políticas públicas, com o fito de não apenas garantir, mas também efetivar direitos fundamentais e humanos. Tal idealização é fomentada por uma Constituição Federal extremamente abrangente, garantidora de amplos direitos, e de acesso franco aos interessados por meio de ações específicas que visam à dar eficácia às suas normas.

a jurisdição passa, então, a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça (CF, art. 5º, XXXV), em função do que o Poder Judiciário torna-se o Poder mais importante na “era dos direitos”. A principal luta do povo não é mais pela criação de leis, e sim pela manutenção dos direitos. Na verdade, a luta é por democracia e direitos (LEITE, 2015, 52)

Todo esse movimento reativo do ordenamento pátrio visa à satisfação do acesso à justiça, definido como um processo de constitucionalização do direito processual, que se vale de novos instrumentos, como a filtagem constitucional, admi-

tindo-se uma nova consciência de que se deve interpretar o direito de forma valorativa. Dessa forma, tendo em vista a satisfação da prestação jurisdicional, o processo também deve ser delineado de forma valorativa, com o fito de realizar adequadamente os valores consagrados no sistema constitucional pátrio (BUENO, 2007).

Nesse sentido, tem-se fenômenos que sugerem as interferências da constitucionalização do direito como um todo – e, neste caso, do direito processual – diante da inversão de papéis da lei e da Constituição, pela nova compreensão dos princípios jurídicos como normas, pela interpretação conforme à Constituição, pelos instrumentos de controle de constitucionalidade, pela coletivização do processo, ampliação da legitimação ad causam, ativismo judicial, possibilidade de controle de políticas públicas, entre outros, em especial atenção à supremacia da dignidade humana, como valor metajurídico.

Tem-se, portanto, o processo como o direito constitucional aplicado atualmente, tendo em vista que o acesso à justiça é, a um só tempo, direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1.988, e direito humano, previsto no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1.948.

Busca-se, com isso, uma nova mentalidade para se aplicar as normas processuais, com o fito de proporcionar o avanço social das garantias fundamentais que amparam o ambiente litigioso. Nesse sentido, busca-se sempre como meta a efetivação do acesso à Justiça, sem se perder de vista o intuito de aplicação de normas jurídicas justas, que promovam a redução das desigualdades e a promoção do bem-estar social.

Essa mudança de perspectiva obriga os juristas atuais, especialmente os magistrados, a uma nova postura, diante das complexas relações que os atingem para prestação da tutela jurisdicional. O reclamo é de urgente aperfeiçoamento multidisciplinar, abrangendo diversas áreas do conhecimento, para que se pugne pela decisão mais justa no desenrolar da lide. Assim, áreas como as ciências humanísticas são de suma importância para a atuação benfazeja dos magistrados, no sentido de aproximar a justiça da realidade social, mediante uma visão global do momento histórico e do contexto socioeconômico-cultural em que se encontram inseridos os sujeitos da relação processual (WATANABE, 1995).

É nessa perspectiva que o direito processual encontra-se no Brasil, permeado pelas normas constitucionais, que privilegiam não só a garantia dos direitos, mas, especialmente, sua efetividade no plano fático-jurídico, sendo esta realidade dotada de novas perspectivas hermenêuticas, que levam em consideração a ascensão dos valores inculcados na realidade social, cultural, econômica e política, que, por fim, devem estar presentes para que a ser proferida seja a mais equânime possível.

Isso, por óbvio, reclama uma atuação cooperada entre os aplicadores do direito, mediante a leitura das normas infraconstitucionais filtrada pelo espectro constitucional. Neste sentido, adentra-se ao processo do trabalho, com uma perspectiva de atualização de suas normas, em compatibilidade com seus fundamentos principiológicos, a fim de renovar a eficácia de suas normas, por meio de um ordenamento mais próximo das realidades atuais: o novo processo civil.

PRINCÍPIOS COMUNS ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PROCESSO DO TRABALHO - APLICABILIDADE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Existem muitas normas processuais que constituem o Direito Processual Fundamental, também conhecido como Direito Processual Geral. Diz-se normas fundamentais, pois estas são o alicerce, bem como a estrutura do modelo processual civil brasileiro, o qual igualmente serve de orientação para as outras normas jurídicas processuais civis.

Vale ressaltar que tais normas processuais não são constituídas apenas por princípios, mas também por regras, como, por exemplo, a vedação ao uso de provas ilícitas. Tal distinção tem grande importância prática, pois ambas possuem estrutura própria e modo de aplicação diferente, as quais são conduzidas por preceitos de “argumentação específicos, que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos diferentes e impactam diretamente na definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva”, através da solução jurisdicional (LIMA, 2014, p. 52).

Parte dessas normas sobrevém da nossa Constituição Federal, outras decorrem da legislação infraconstitucional, mais estritamente no Código de Processo Civil, o qual trouxe um capítulo inteiro para tratar dessas normas (artigos 1º a 12, CPC). O repertório desse capítulo, entretanto, não é exaustivo.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr.:

Há outras normas fundamentais do processo civil brasileiro que não estão consagradas expressamente nos doze primeiros artigos do CPC. Há normas fundamentais na Constituição – devido processo legal, juiz natural, proibição de prova ilícita; há normas fundamentais espalhadas no próprio CPC, como o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo e o dever de observância dos precedentes judiciais (arts. 926-927, CPC). Há, portanto, esquecimentos incompreensíveis – não seria exagero dizer que os arts. 190 e 926 e 927 são pilares do novo sistema do processo civil brasileiro -, além de ao menos um exagero: a observância da ordem cronológica da decisão, embora realmen-

te seja importante, não merecia o status de entrar no rol das normas fundamentais do processo civil. Mas, no particular, *legem habemus* (2015, p. 62)

Assim, deve-se interpretar o referido capítulo com se ao seu final houvesse uma disposição que afirmasse que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (artigo 5º, §2º, da CF/88).

Diante dessa sucinta introdução é que se inicia este presente capítulo, o qual tem por escopo analisar os princípios das normas fundamentais do Novo Processo Civil, sejam as oriundas do nosso Texto Maior, sejam as extraídas do nosso próprio Código de Processo Civil. Tais normas encaixam-se, também, na sistemática laboral, por conta da filtragem constitucional.

Reza o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Dessa norma constitucional é que floresceu o princípio do *devido processo legal*, o qual outorga a todo sujeito de direito um processo justo. Trata-se, assim, de um direito fundamental inerente ao homem.

Para Fredie Didier Jr.:

A locução “devido processo legal” corresponde à tradução para o português da expressão inglesa “due process of law”. Law, porém, significa Direito, e não *lei* (“statute law”). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a Lei. “Legal”, então é adjetivo que remete a “Direito”, e não a Lei (2015, p. 63)

Continua ainda o autor:

Processo é o método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). (...) Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. (...) O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder (2015, p. 63)

Segundo Humberto Ávila, tal princípio tem a “função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade” dos direitos, incluindo o

sistema jurídico casualmente omissivo (2008, p. 57). No mais, outros princípios e regras derivam do princípio do devido processo legal, o que demonstra o quanto é importante no ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana é o *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*, consagrado como valor nuclear da ordem constitucional, posto isto afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente entre nós, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado (FACHIN, 2001).

O novo Código de Processo Civil também reafirmou o referido princípio ao determinar que o julgador resguarde e promova a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido o artigo 8º, do supracitado Código, diz que:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, **o juiz** atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, **resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana** e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (grifei)

Nesse sentido, resguardar significa empregar corretamente a norma jurídica, sem infringir a dignidade da pessoa humana. Já o verbo promover estabelece uma postura mais ativa do magistrado, pois, em determinadas circunstâncias, ele deverá agir, mesmo que de ofício, para assegurar a dignidade da pessoa humana, efetivando, assim, o direito fundamental à dignidade.

Na proporção em que a ordem constitucional exaltou o referido princípio, ocorreu uma opção expressa pela pessoa. Tal fenômeno colocou a pessoa humana no centro protetor do direito, sendo que este não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas também em promover essa dignidade por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. Assim, ao mesmo tempo em que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada.

Segundo Fredie Didier Jr.:

A argumentação jurídica em torno da dignidade da pessoa humana pode, com o perdão pelo truísmo, ajudar na humanização do processo civil, ou seja, na construção de um processo civil atento a problemas reais que afetem a dignidade do indivíduo. A dignidade da pessoa humana, assim, ilumina o devido processo legal (2015, p. 77)

Por fim, apesar de automaticamente associar a dignidade da pessoa a pessoa natural – pessoa humana, de acordo com o Texto Maior-, no processo civil esse entendimento deve ser ampliado para todos aqueles que podem ser parte no ordenamento jurídico, seja ele pessoas jurídicas, nascituro, órgãos públicos, condomínios, entre outros. Concluímos que este princípio, em outras palavras, busca proporcionar um tratamento digno a todas as partes.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura o princípio do contraditório e da ampla defesa, ao dizer que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do contraditório deriva do princípio do devido processo legal, tendo em vista que o processo é um procedimento sistematizado no contraditório. Ademais, o contraditório não ocorre apenas com a oitiva da parte, mas sim com a sua participação, para que assim tenha a oportunidade de intervir no conteúdo do julgamento.

Ademais, tal atuação da parte no processo evita uma sentença surpresa, pois, nos dizeres de Leonardo Carneiro da Cunha:

Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são setores hermenêuticos para a aplicação das normas jurídicas (2012, p. 61)

Para Fredie Didier Jr., citando o autor Luiz Guilherme Marinoni, diz que:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é a participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder (2015, p. 78)

Já o princípio da ampla defesa, apesar de haver uma forte ligação com o princípio do contraditório, a doutrina diferencia uma da outra. Para Delosmar Mendonça Jr., o contraditório e a ampla defesa:

São figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é ilícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório

é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório (2001, p. 55)

É de se ressaltar, ainda, que a ampla defesa é um direito fundamental de ambas as partes, bem como a forma efetiva para o uso correto do contraditório. De acordo com Fredie Didier Jr., no tocante a conexão entre a ampla defesa e o contraditório:

Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório (2015, p. 86)

O princípio da duração razoável do processo, esta resguardado no artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, o qual diz que:

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

A República Federativa do Brasil é signatária desse Pacto. Diante disso, ensina Flávia Piovesan:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhe hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica entender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais (2000, p.79-80)

Posteriormente, surgiu a Emenda Constitucional n. 45/2004 que incluiu o inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Constituição Federal, que reafirmou referido princípio. O novo Código de Processo Civil também confirmou o princípio da duração razoável do processo em seu artigo 4º e artigo 139, inciso II.

José Rogério Cruz e Tucci diz que “a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado

de dirigir as diversas etapas do processo” (1999, p. 239-240).

Fredie Didier Jr., em sua reflexão final sobre o princípio em questão, diz que “não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (2015, p. 96).

Com relação ao princípio da paridade de armas, também conhecido como igualdade processual, este tem respaldo tanto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, quanto no Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 7º.

Pode-se afirmar que o referido princípio evidencia-se com mais nitidez nos casos em que o legislador estabelece regras para tratamentos diferenciados entre as partes. Por incrível que pareça, o tratamento dessemelhante, em alguns casos, é uma maneira de equiparar as partes. Como por exemplo, nomeação de curador especial para incapazes processuais (CPC, art. 72, I), bem como a proibição de citação postal de incapazes (CPC, art. 247, II). A área laboral é exemplo da equiparação isonômica das partes, por meio da atuação legislativa.

Para Fredie Didier Jr. (2015, p. 98):

Uma importante dimensão do princípio da igualdade, no processo, é o dever de o órgão julgador confrontar o caso concreto com o paradigma, de modo a verificar se é ou não caso de aplicação do precedente ou da jurisprudência (art. 489, §1º, V e VI, CPC)

Diante dessa interpretação, o princípio da paridade de armas pode confundir-se com o princípio do devido processo legal.

O princípio da eficiência tem respaldo no Texto Maior, em seu artigo 37, *caput*, bem como tem previsão no atual Código de Processo Civil, em seu artigo 8º. Entende-se por eficiente a operação que proporcione o encerramento dos processos de forma adequada e satisfatória.

Todavia, não se pode confundir o princípio da eficiência com o princípio da efetividade. Para tanto, ensina Fredie Didier Jr.:

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu-se o fim ‘realização do direito’ de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo (2015, p. 103)

O princípio da boa-fé processual se extrai do artigo 5º, do Código de Processo Civil, o qual diz que “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Assim, referido princípio determina que os indivíduos que se encontrem no processo comportem-se conforme a boa-fé.

Entende-se por boa-fé o comportamento leal e ético entre as partes, não sendo justo, inclusive, um processo marcado por atitudes desleais e antiéticas entre as partes. Tal princípio coíbe qualquer abuso de direito processual, o qual se torna um ilícito processual. No mais, supracitado princípio ordena a colaboração entre os sujeitos do processo.

Já o princípio da adequação não se reporta meramente ao que diz respeito à organização do procedimento, o qual é apenas uma maneira de encarar tal princípio. Há quem entenda que referido princípio decorre do direito fundamental a um processo devido, pois um processo devido é adequado.

Todavia, há quem entenda, também, que o princípio da adequação decorre da efetividade. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni:

A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial (2003, p. 304)

No mais, nos dizeres do doutrinador Fredie Didier Jr. (2015, p. 115):

O princípio da adequação é o que justifica a existência de uma Teoria Geral do Processo: sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas àquilo a que servirão de meio de tutela, será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo ou privado)

No que diz respeito ao princípio da cooperação, o Código de Processo Civil, em seu artigo 6º, reconheceu explicitamente que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Este princípio surgiu de outros três princípios, quais sejam: o princípio do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. Tal modelo tem por escopo um andamento processual cooperativo entre os sujeitos processuais, o qual é o modelo mais oportuno para uma democracia.

Para Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 215), “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”.

Fredie Didier entende que “o princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim, são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do ‘estado de coisas’ (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover” (2015, p. 127). Assim, em outras palavras, o princípio da cooperação torna apropriados os comportamentos essenciais para se alcançar um processo honesto e solidário.

O princípio da primazia da decisão de mérito tem respaldo no Código de Processo Civil, e seu artigo 4º, oportunidade em que o legislador assegura às partes o direito a “solução integral do mérito”. Outros artigos do supracitado código também garantem a primazia da decisão de mérito.

Segundo Fredie Didier Jr.:

O CPC consagra o princípio da primazia da decisão de mérito. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (vinculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental (2015, p. 136)

Por fim, no que diz respeito ao princípio da proteção da confiança, há que se mencionar que este é um subprincípio do princípio da segurança jurídica (CABRAL, 2013, p. 281), os quais possuem como razão o Estado de Direito e que, por consequência, decorrem do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

O princípio da proteção da confiança estabelece o amparo à confiança de um determinado sujeito, efetivando, assim, o princípio da segurança jurídica. Em outras palavras, ele almeja proteger os direitos individuais perante o Estado ou de quem realiza o poder.

Segundo Fredie Didier Jr.:

O processo jurisdicional civil é um meio de produção de normas jurídicas – é meio de exercício de poder normativo. Pelo processo, o órgão jurisdicional produz a norma jurídica individualizada, que regula o caso concreto, que serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes. Assim, o processo jurisdicional é um produtor de ato normativo, o qual pode, como qualquer ato normativo, servir de base da confiança a ser protegida. Não bastasse isso, não se pode ignorar que a decisão judicial se

caracteriza pela aptidão de revestir-se de uma estabilidade muito peculiar: a coisa julgada (2015, p. 141)

Finalmente, o princípio da proteção da confiança busca fazer com que as decisões proferidas pelo judiciário sejam um ato normativo mais “confiável”.

Diante da leitura dos princípios informadores do Processo Civil atual, evidencia-se uma leitura com os olhos voltados para os fundamentos constitucionais, o que evidencia o filtro que estabelece os novos rumos do ordenamento pátrio.

Por serem normas de cunho fundamental e humanístico, também se aplicam ao processo trabalhista, diante da necessidade de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como em atenção aos novos paradigmas da tutela jurisdicional efetiva.

Evidente que tais princípios se aplicam de forma complementar à sistemática juslaboral, ou seja, antes de tudo, devem ser compatibilizados com os ensinamentos da seara trabalhista, com o intuito de não alterar a natureza e autonomia deste ramo jurídico.

Acima de tudo, o intuito é de promoção do melhor resultado possível da lide, diante das novas realidades sociais, o que legitima sua aplicação, também, na seara laboral.

AS LACUNAS DO PROCESSO DO TRABALHO E SUA INTEGRAÇÃO COM NORMAS COMPATÍVEIS COM SUA SISTEMÁTICA E COM A HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

O processo do trabalho surgiu como uma sistemática de fácil acesso à Justiça, e de célere resultado, com a máxima eficácia possível. Assim sendo, seus institutos primam pela informalidade, simplicidade, celeridade e economia processual, com o intuito de se buscar a satisfação da pretensão justa, e de não se perder em formalismos exagerados.

O objetivo da Justiça Especializada é de concentrar os esforços para saldar as dívidas existentes na relação capital-trabalho, que, por vezes já reconhecidas, importa em inúmeros dissensos, sendo um dos ambientes de maior litigiosidade na sociedade atual.

A presença dos entes coletivos, representantes de categorias, e instituições públicas - sindicatos, associações e MPT - na defesa dos direitos justralhistas constituem forte aparato para se evitar os abusos de direitos que decorrem da força do capital. Porém, por si só, não conseguiriam alcançar o preço justo a ser pago, se

não fosse uma parcela do Judiciário especializada para o atendimento das demandas juslaborais.

Dessa forma, a presença da Justiça do Trabalho, personificada em seus magistrados, se faz de suma importância para a realização da justiça na relação empregatícia. Com isso, o objetivo é garantir uma sociedade livre, justa e solidária, com respeito aos anseios da liberdade econômica, protegendo as garantias existenciais mínimas dos trabalhadores, com o fito de promoção de progresso, paz e justiça social.

Para tanto, se faz necessária, diante da constitucionalização do direito, uma leitura atenta das normas trabalhistas diante da Constituição Cidadã, para que se promova o melhor resultado prático para a satisfação das pretensões deduzidas em juízo.

Daí resulta a necessidade de expressa previsão na CLT de dispositivo que contemple a aplicação das normas processuais civis de forma subsidiária, a complementar as omissões celetistas, desde que haja compatibilidade com seus fundamentos. A razão é simples: a sistemática do processo civil se dá em torno da paridade de armas, tendo as partes posições jurídicas de igualdade, desde sua origem. Já na seara laboral, a paridade de armas deve ser promovida pela legislação, com o intuito de reestabelecer a isonomia entre empregado e empregador.

Ainda assim, destaca-se a necessidade de heterointegração dos sistemas processuais citados, diante da não contemplação, pela CLT, dos institutos necessários à satisfação das demandas trabalhistas. Com isso, busca-se colmatar as lacunas encontradas.

À luz da Constituição, pugna-se por nova interpretação do art. 769 da CLT, com a intenção de permitir a integração dos sistemas não apenas nos casos de lacunas normativas celetistas, mas também nos casos em que a norma trabalhista encontra-se desatualizada (ontológica) ou, também, quando sua aplicação traduzirá um resultado injusto - ou não tão justo quanto poderia ser (axiológica).

Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando - ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto - este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo de supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes (CHAVES, 2006, 28-29)

A respeito da lacuna normativa, como o próprio nome sugere, trata-se de ausência de norma acerca de determinada matéria. A lacuna ontológica significa um anquilosamento da norma, ou seja, ocorreu o envelhecimento em relação aos valores que a inspiravam no passado, o que faz com que não mais represente eficácia social. Já a lacuna axiológica consubstancia a ausência de justiça na aplicação da norma, ou seja, existe um preceito normativo, mas que, se for aplicado, a solução não trará a justiça necessária à pacificação (DINIZ, 2001).

É evidente que toda lei apresenta inevitavelmente lacunas. Porém, não se trata apenas de suprir a ausência de norma, mas sim a adoção de novas ideias jurídicas, muitas vezes permeada por uma jurisprudência atenta aos avanços sociais. A lei é estanque, não o direito. Porém, a superação da norma, para alcançar os avanços sociais, somente se dará de forma suficiente se se adotar novas ideias compatíveis com princípios diretivos da ordem jurídica tomada em seu conjunto, com a vontade de fazer valer os novos ideais, superando as perspectivas já ultrapassadas, consagradas na positividade da norma antiga. Portanto, só pode decidir-se a um desenvolvimento do Direito superador da lei quando o exijam razões de grande peso (LARENZ, 1997).

É imperioso romper com o formalismo jurídico e estabelecer o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando a concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual, especialmente o novel princípio da duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (LEITE, 2015, 118)

Nesse sentido, lembra-se da necessidade do aplicador do direito, especialmente o magistrado, possuir nova mentalidade, no sentido de aperfeiçoar as ciências humanísticas, para aplicação de um direito socialmente mais justo e adequado às novas realidades.

A efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso do direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado (BEAQUE, 2003, 33)

Para Valentin Carrion

Perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete necessita fazer uma primeira indagação: se, não havendo in-

compatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação, que sempre foram almeçadas. Nada de novos recursos, novas formalidades inúteis e atravancadoras (1996, 584)

É necessário lembrar que, na sistemática trabalhista, a norma mais favorável ao trabalhador constituirá o ápice da pirâmide normativa, conforme estabelecido no art. 7º, caput, da Constituição de 1988, razão pela qual as normas que buscam a otimização do sistema, com o fito de propiciar a máxima eficácia dos postulados constitucionais, serão bem recebidas na legislação trabalhista.

Não se pode esquecer que a norma mais benéfica à pessoa humana encontra amparo no art. 5º, §2º da Constituição pátria, e serve, também, de fundamento para a aplicação de normas mais justas ou que consagram institutos de maior eficácia, justificando a heterointegração dos sistemas processuais, por fundamento constitucional.

O Estado Constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei (...) e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto (MARINONI, 2005, 65)

É importante assinalar que a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho aprovou o Enunciado n. 66, que admite a aplicação subsidiária do CPC nas hipóteses de lacunas ontológicas e axiológicas, conforme segue:

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social

Portanto, verifica-se que a busca pela efetividade do processo do trabalho é uma forma de aplicação dos princípios e direitos fundamentais, com o intuito de melhoria da condição social dos trabalhadores, uma vez que se pode evitar ou reprimir condutas inaceitáveis e incompatíveis com o desenvolvimento dos direitos sociais trabalhistas. Para tanto, exige-se, como dito, nova mentalidade a respeito do papel da Justiça Laboral, sendo esta encarada como guardiã da ordem justralhista (LEITE, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – adota como premissa ideológica o paradigma do Estado Democrático de Direito e traz como inspiração hermenêutica o pós-positivismo, onde não mais se reduz a regras legais, mas compõe-se de princípios que irradiam por todo o ordenamento jurídico. O art. 8º do NCPC define, de forma literal, a necessidade da chamada heterointegração (diálogo das fontes) dos sistemas processuais integrantes do ordenamento pátrio.

Adota-se, assim, a interatividade das normas principiológicas previstas tanto na Constituição (arts. 1º II e 37 CF), como na LINDB (art. 5º). Sinaliza-se no sentido de que toda e qualquer decisão judicial deve entremear-se pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais processuais para aproximar a solução da ética, da legitimidade e, especialmente, da pacificação social. Com isso, evidencia-se que os princípios trazidos pela Lei 13.105/2015 exercerão grande influência no processo do trabalho, diante da nova dimensão e papel como fontes normativas primárias do ordenamento jurídico. Isso, com base na necessidade de reconhecimento do envelhecimento e da inadequação de preceitos celetistas.

Por evidente, exigir-se-á do juslaboralista formação continuada e nova postura hermenêutica, com o intuito de reconhecer que o processo do trabalho é, na verdade, o processo constitucional aplicado à realidade social, política, cultural e econômica. O Novo CPC surge para complementar o processo trabalhista, diante do reconhecimento das lacunas ontológicas e axiológicas, diante da necessidade de adequar o texto celetista com o texto constitucional. O art. 15 do NCPC deve ser harmonizado com o art. 769 da CLT, e ambos devem encontrar-se harmonizados com os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

É por isso que se sustenta a aplicação do Novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho, por meio de um diálogo franco e virtuoso entre os sistemas, especialmente pela função desempenhada por ambos: a realização dos direitos fundamentais, a pacificação e a justiça social, de forma adequada, tempestiva e efetiva.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança uma nova forma de tutelado cidadão diante do Estado**. Rio de Janeiro: Impectus, 2010.

ÁVILA, Humberto. **“O que é ‘devido processo legal’?”**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, n. 163.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusão dinâmicas**. Salvador: Ed. Jus Podivim, 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 31º ed. São Paulo: LTr, 2006.

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **“A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro”**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FUX, Luiz. **O novo processo civil**. In: FUX, Luiz (coord). **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LAREZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2015.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **“O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”**. Revista do Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2003.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONÇA JR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da afetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Igno Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Garantia do processo sem dilações indevidas”**. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Apontamentos sobre tutela jurisdicional dos interesses difusos** (necessidade de processo dotado de efetividade e aperfeiçoamento permanente dos juízes e apoio dos órgãos superiores da justiça em termos de infraestrutura material e pessoal). In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública – Lei n. 7.347/85 – reminiscência e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPÍTULO 3

CAPÍTULO 3

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E TEORIA GERAL DOS RECURSOS

AS MUDANÇAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS PROPOSTAS PARA MAIOR SIMPLICIDADE E CELERIDADE PROCESSUAL

Luverci Galastri Neto¹

RESUMO

O presente artigo tem a pretensão de abordar as principais mudanças que traz a Lei n. 13.105 de 16/03/2015 (Novo Código de Processo Civil) visando a maior celeridade e simplicidade processual, sendo esta uma de suas propostas principais, sanando um dos maiores problemas do judiciário brasileiro atualmente: a morosidade processual. Isto se dará através de comparações entre os dispositivos do Código de 1973 e o novo Código, bem como através da análise dos comentários dos processualistas sobre tal diploma legal nos itens relacionados ao tema abordado e estudo de seus fundamentos doutrinários e a adequação destes ao novo Código.

PALAVRAS-CHAVE

Novo Código de Processo Civil, celeridade, simplicidade, razoável duração do processo, principais mudanças, conciliação, mediação, extinção embargos infringentes, extinção agravo retido, restrição agravo de instrumento, incidente de resolução de demandas repetitivas, IRDR, uniformização da jurisprudência.

ABSTRACT

This article intends to approach the major changes that brings the Law n. 13105 of 16.3.2015 (New Code of Civil Procedure) in order to quicken and ease procedure, which is one of its main proposals, solving one of the greatest Brazilian legal problems today: the procedural delays. This will be elaborated through comparisons between the 1973 Code provisions and the new Code, as well as through analysis of the processualist's comments on this legal diploma, in the items related to the topic and study of their doctrinal foundations and the appropriateness of these to the new Code.

KEYWORDS

Brazilian Code of Civil Procedure, quicken and ease procedure

¹ Graduando em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

I. Introdução

O princípio da celeridade - ou princípio da razoável duração do processo² inserido no artigo 5º inciso LXXVIII da Carta Magna por meio da EC 45/2004 - está longe de ser eficaz no atual cenário jurídico brasileiro, como bem ressalta Daniel Amorim Assumpção Neves³, prejudicando quem busca a tutela jurisdicional e uma resposta estatal para solução de um litígio.

Isto porque, além da cultura de judicialização dos conflitos que se instalou na sociedade brasileira, na grande maioria dos casos, sem uma tentativa autocompositiva entre as partes, os vencidos em primeira e até segunda instância sempre continuam recorrendo, algumas vezes por mero descontentamento com o resultado, outras com caráter protelatório, prolongando o cumprimento da sentença.

Muitos desses recursos utilizados pelos vencidos de uma forma protelatória estavam previstos no Código de Processo Civil de 1973 e foram extintos pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

Não que a intenção do legislador no CPC/73 fosse ruim, pelo contrário. Na teoria, a proteção aos princípios constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa que o Estado exerce é essencial, fornecendo todo instrumento possível para que os litigantes se defendam de alguma ilegalidade a que tenham sido submetidos por meio de uma decisão interlocutória ou sentença.

Ressalte-se ainda que, em alguns casos, o foco no cumprimento célere do processo pode ser prejudicial às partes, devido a complexidade de algumas demandas, que exigem, além de um maior dispêndio de atenção tanto do juiz quanto dos patronos destas, produção de provas complexas, como periciais.

Porém, na prática, essa proteção se tornou um artifício, e alguns advogados encontraram nela uma forma de postergar os efeitos negativos que podem vir a atingir seus clientes, ou até mesmo buscando uma resposta contrária àquela desfavorável ao seu cliente, mesmo sabendo, não raras vezes, que há mínima ou nenhuma chance de reverter a decisão em instância superior.

Aqui vale abrir um parêntese levantado brilhantemente por Neves⁴, que

² Neves, Daniel Amorim Assumpção – Manual de direito processual civil / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 104

³ Neves, Daniel Amorim Assumpção – Manual de direito processual civil / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 104

⁴ Neves, Daniel Amorim Assumpção – Manual de direito processual civil / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 105

questiona se a morosidade processual no Brasil é realmente um problema dos processualistas e do sistema judiciário, ou se esta não pode ser, pelo menos em parte, transferida à atitude das partes ao não colaborarem no andamento processual.

Veja que alguns casos têm duração de mais de 10 anos, como o julgamento da justiça pernambucana sobre o uso de soro contaminado com endotoxina bacteriana⁵, ocorrido em 1997, conhecido como “tragédia do soro Ringer Lactato”, tendo seu desfecho judicial 17 anos após a propositura da ação, em março de 2014.

Nestes casos, a duração do processo não é razoável aos beneficiários do julgamento, de forma que, muitos deles, não vivem para ver o final, deixando os proventos aos seus herdeiros. Nos dizeres de Rui Barbosa “*Justiça que tarda é sempre falha*”.

Conforme os dados divulgados na 11ª edição do Relatório Justiça em Números do CNJ⁶ (referente ao ano de 2013), a eficiência dos julgamentos são satisfatórias, porém não ultrapassam o número de novos casos. Além do mais, nem todos os julgamentos são definitivos, entrando em fase recursal. Em 2014, por exemplo, o número de ações finalizadas foi de 26,9 milhões, enquanto foram distribuídas 28,8 milhões (maior índice desde 2009, segundo o relatório). Cada magistrado tinha em 2014 para julgar em média 6.130 casos, conseguindo julgar 1.595. Entretanto, este dado se torna preocupante ao distinguir os números entre a primeira instância e os de instâncias superiores: Os juízes de primeiro grau tinham em média 6.061 casos, enquanto cada magistrado das instâncias superiores tinha 17.962 processos para julgar.

Portanto, conclui-se que grande parte do número de processos julgados em primeira e segunda instância não são arquivados definitivamente, pondo-se novamente a julgar em instâncias superiores, aumentando cada vez mais o estoque de processos do poder judiciário.

Aqui, chegamos ao ponto do nosso trabalho: Os recursos processuais em contrapartida à resolução em um tempo razoável do processo, as soluções alternativas para o seu fim célere e a cultura judicializada de resolução de conflitos no Brasil, pois, se o processo é um instrumento, como esclarece Cintra, Grinover e Dinamarco⁷, ao lecionarem sobre outro princípio fundamental para a duração do processo, o Princípio da Economia e Instrumentalidade do Processo, devem-se utilizar apenas os meios necessários para atingir os fins esperados proporcionalmente, medindo o apli-

⁵ <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,justica-define-indenizacao-a-vitimas-de-soro-contaminado,1145522>

⁶ Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015. página 57

⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 29. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 81 e 82.

gador do Direito a razoabilidade dos atos dispensados para tanto, evitando-se um possível excesso, desta forma, em suas próprias palavras, buscar “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.

Esse é um dos maiores problemas a serem resolvidos no cenário jurídico brasileiro. Por isso, essa foi uma das principais mudanças propostas pela Lei n. 13.105 de 16 de março 2015, o Novo Código de Processo Civil (“NCPC”), que entrou em vigor em 18 de março de 2016.

Esta proposta fica clara no próprio texto legal do artigo 4º do mesmo diploma, que nos narra que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Repare que o legislador não se preocupa apenas no término das fases do processo, mas sim a possibilidade da parte vencedora ter em prazo razoável a real pretensão realizada, como se infere na parte final do artigo. Assim, a proposta do presente artigo é mostrar os pontos principais propostos pelo NCPC, que se mostra dedicado à eficiência e desprendido de um formalismo excessivo (salvo em algumas exceções, como se demonstrará à frente), dando mais simplicidade aos atos.

II. Conciliação e mediação

Considerada por muitos a medida mais eficaz para diminuir o imenso estoque processual guardado pelo judiciário brasileiro, a qual o CNJ já vinha implementando por meio de medidas como a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que antes mesmo da implementação dessas medidas pelo Novo Código, instituiu nos tribunais os meios de resolução consensuais como a mediação e a conciliação antes da solução adjudicada mediante sentença. O NCPC aposta na tentativa de uma composição amigável, sem necessidade de todo o trâmite processual, buscando assim, uma desvinculação da cultura alastrada na sociedade brasileira de resolução dos conflitos pelos meios judiciais.

Destaque-se que essa cultura de resolver amigavelmente os litígios é levada a sério por algumas culturas, como os japoneses, preferindo muitas vezes perder um pouco para uma rápida solução, e seu resultado é muito satisfatório para a eficiência do poder judiciário, que só socorrerá nos casos em que não há alternativa, inclusive dificultando a atuação dos advogados no país, como se vê no artigo de João Ozorio de Melo, publicado pela revista *Consultor Jurídico*⁸.

⁸ http://www.conjur.com.br/2016-abr-06/advocacia-japonesa-enfrenta-crise-falta-problemas-juridicos?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

Roberto Portugal Bacellar⁹ nos ensina que

*“os conflitos que por alguma resistência das partes não encontrem solução pré-
via por negociação direta podem, e até recomenda-se que devam, ser submetidos
a outros métodos extrajudiciais (alternativos). Quando ainda assim a questão
não for resolvida, é que se impõe a atuação do Poder Judiciário de forma (adju-
dicada) para dizer a quem cabe o direito.”*

Conforme o NCPC, a primeira ação a ser realizada pelo Juiz no processo é a de uma tentativa de conciliação, consoante se infere no artigo 334¹⁰, que, preenchidos todos os requisitos da inicial, não sendo caso de improcedência liminar ou direito indisponível, já será datada a audiência para tanto, antes da resposta do réu (regra que engloba os processos que tramitam pelo procedimento comum, abordado pelo artigo 318¹¹) e esta só não será realizada se ambas as partes declinarem negativamente, o autor na peça exordial e o réu em petição autônoma com antecedência mínima de dez dias, contados da audiência.

Além disso, no NCPC, os conciliadores e mediadores são qualificados como auxiliares da justiça em seu artigo 149¹², artigo correspondente ao 139¹³ do CPC/73, o qual não fazia tal menção a estes profissionais.

Outra mudança que se vê neste sentido mostra-se na redação do artigo 139, inciso V¹⁴ do NCPC que, diferente do CPC/73, dá preferência a estes auxiliares na audiência de conciliação marcada a qualquer tempo pelo Juiz, ao perceber a possibilidade de conciliação entre as partes, medida que mostra o propósito do

⁹ Bacellar, Roberto Portugal Mediação e arbitragem / Roberto Portugal Bacellar. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 53) 1. Arbitragem (Direito) - Brasil 2. Mediação - Brasil I. Título. II. Série. p. 18

¹⁰ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

¹¹ Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

¹² Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

¹³ Art. 139. São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

¹⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

legislador em valorizar tais profissionais e implementar esta cultura no Brasil. Obviamente, apesar de não conter expressamente no texto normativo, o Juiz, se assim preferir, poderá presidir a audiência caso não estejam disponíveis estes profissionais em sua comarca, pelo mero raciocínio de que quem pode mais, que é presidir o processo, pode menos, presidir a audiência de conciliação. Mas o que queremos trazer à baila é a prioridade dada aos mediadores e conciliadores.

Tais mudanças evidenciam que o NCPC busca induzir as partes à conciliação antes de uma resolução litigiosa, e caso esta seja eficiente como se mostra, poderá diminuir consideravelmente o montante de processos parados aguardando a resolução por parte dos magistrados.

III. Impugnação ao valor da causa e alegação de incompetência relativa

Como bem ressalta Neves¹⁵, o NCPC buscou extinguir ao máximo as petições autônomas, simplificando tanto a defesa do réu quanto a análise do juiz nestas hipóteses, que antes eram decididas em apartadas ao processo principal.

Algumas formas de defesa do réu, segundo o CPC/73, eram feitas em apartadas ao processo principal, hipóteses estas previstas nos artigos 293¹⁶ (Impugnação ao valor da causa) e 112¹⁷ (Incompetência relativa) do mesmo código.

As duas hipóteses, agora, poderão ser declaradas em matéria preliminar de contestação, conforme os artigos 293¹⁸ (impugnação do valor da causa) e 64¹⁹, que define que será alegada tanto a competência absoluta quanto a relativa em matéria preliminar de contestação.

Apenas a alegação de incompetência absoluta não preclui, podendo ser trazida ao processo a qualquer tempo. Já a de incompetência relativa e impugnação ao valor da causa devem ser feitas em fase de contestação, sob pena de preclusão.

¹⁵ Neves, Daniel Amorim Assumpção – Manual de direito processual civil / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 404

¹⁶ Art. 261. O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. A impugnação será autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de 5 (cinco) dias. Em seguida o juiz, sem suspender o processo, servindo-se, quando necessário, do auxílio de perito, determinará, no prazo de 10 (dez) dias, o valor da causa.

¹⁷ Art. 112. Argú-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.

¹⁸ Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.

¹⁹ Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

Quanto à hipótese da impugnação ao valor da causa, o NCPC trouxe uma obscuridade que muito provavelmente será esclarecida apenas pela jurisprudência.

Ocorre que, após impugnado o valor da causa em preliminar de contestação, caso seja acolhida ou não, não caberá Agravo de Instrumento que agora foi restringido à hipóteses taxativas previstas no artigo 1.015, e que não traz esta como uma dessas hipóteses.

Então veja, caso seja acolhida, o autor deverá complementar as custas iniciais e só poderá rediscutir após proferida a sentença. Mas essa não é a crítica principal. Caso a sentença se baseie no valor à causa para condenação, a parte que foi prejudicada deverá interpor recurso de apelação apenas pela correção do valor à causa e conseqüentemente da condenação, não deixando transitar em julgado a parte da sentença que julgou o mérito e que não mais está sendo discutido.

O mesmo ocorre em caso de incompetência relativa, que se acolhida ou rejeitada, só poderá ser rediscutida em matéria de apelação.

Caso a apelação alegando incompetência relativa seja aceita pela instância superior, a sentença proferida pelo juízo incompetente será anulada. Porém, aqui também encontra-se um malefício às partes pelo prolongamento do prazo para recorrer de tal decisão: As decisões proferidas pelo juízo incompetente em tutelas provisórias, que podem prejudicar a parte recorrente que deverá esperar todo o trâmite do processo até a sentença para que possa discutir novamente, podendo, em alguns casos, estar submetido a ônus de eventuais tutelas provisórias em seu desfavor durante todo o desfecho processual.

Neste ponto, o que era para beneficiar as partes trazendo mais simplicidade e rapidez no processo, acabará prejudicando por mero aspecto formal do NCPC.

IV. "Extinção" do processo cautelar

No CPC/73, o processo cautelar era apensado e dependente do processo principal, mas corria separadamente, como se observa nos textos normativos contidos nos artigos 796²⁰ e 809²¹ do mesmo Código.

No NCPC ele será uma espécie de Tutela Provisória (tutela antecipada no CPC/73) e será julgado junto ao processo principal, sendo encontrada no capítulo III do Livro V que trata sobre tal instituto.

²⁰ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

²¹ Art. 809. Os autos do procedimento cautelar serão apensados aos do processo principal.

V. Extinção dos embargos infringentes

Os Embargos Infringentes, presente no artigo 530²² do CPC/73, trata-se de recurso de uma decisão reformada não unânime do colegiado ou da procedência de uma ação rescisória.

Na primeira hipótese, a justificativa era de que haveria um empate nas decisões, de forma que o voto do magistrado que foi reformado se somava ao do integrante do colegiado que não acompanhava o voto dos demais. Desta forma, os assuntos divergidos se submetiam a uma nova votação, a critério de desempate.

A mesma linha de pensamento segue quanto ao seu cabimento na procedência de uma ação rescisória, de forma que a decisão do juiz reformador se contrapõe ao do juiz reformado. Tal recurso foi extinto no NCPC, porém fora substituído por uma forma que será mais simples.

Esta medida está presente no artigo 942²³ do NCPC, o qual narra que em decisões não unânimes, o julgamento será suspenso e será realizado em uma nova sessão com a presença de outros julgadores, que votarão pondo fim ao empate e dando mais segurança à decisão. O parágrafo primeiro²⁴ mostra claramente a proposta de maior celeridade ao recurso, permitindo que, presentes os demais julgadores na mesma sessão, seja realizado o julgamento no mesmo dia.

Vale destacar que o Código permitiu que os julgadores que já tiverem votado, possam rever seus votos, conforme o parágrafo segundo²⁵ do mesmo artigo, normatizando uma questão que já fazia parte da praxe judiciária. Na hipótese de ação rescisória julgada procedente, o mesmo se fará, devendo prosseguir em órgão de maior composição previsto no regimento interno.

²² Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

²³ Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

²⁴ § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

²⁵ § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

Outro destaque importante de alteração do novo código é que, a inovação que trouxe o artigo 942 não se aplica ao plenário e às cortes especiais (parágrafo quarto²⁶).

VI. Extinção do agravo retido

O Agravo Retido, presente nos artigos 522²⁷ e 523²⁸ do CPC/73, é uma forma de recurso de decisões interlocutórias e que na modalidade retida, ele cabe apenas para evitar a preclusão do direito ficando retido no juízo de origem para que, aguardando-se a sentença ou julgamento do recurso, seja posteriormente analisado pelo tribunal superior.

O NCPC não traz a forma de Agravo Retido em sua redação, presumindo-se que este tenha sido extinto, de forma que as hipóteses que comportam o Agravo são taxativas, só cabendo nas formas previstas no ordenamento jurídico - no NCPC presentes no livro III, título II, capítulo III - conforme leciona José Miguel Garcia Medina (pág. 523)²⁹.

Isto porque, o artigo 1.009 parágrafo único³⁰ do NCPC fez com que o agravo retido perdesse sua utilidade, de forma que este dispositivo legal traz que não há preclusão nas matérias que eram suscitadas no agravo retido, porém por uma interpretação da segunda parte deste parágrafo, presume-se que ainda há preclusão, que deve ser discutida em sede de apelação, porém, esta preclusão foi elastecida até o prazo para apelação.

²⁶ § 4o Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

²⁷ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

²⁸ Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁰ Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1o As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

VII. Restrição do agravo de instrumento

Além da extinção do agravo retido, o NCPC em seu artigo 1.015³¹ restringe o cabimento do agravo de instrumento, o que não se sucedia no CPC/73 que deixava generalizado para quaisquer decisões interlocutórias.

O inciso XIII deixa clara a intenção do legislador de restringir o agravo de instrumento apenas em hipóteses taxativas, buscando a proibição da interposição do agravo de cunho meramente protelatório.

Desta forma, o processo só será paralisado em caso de real necessidade, onde haja evidente perigo de lesão grave ou difícil reparação ao direito do agravante, evitando protelação do fim do processo em primeira instância.

VIII. Incidente de resolução de demandas repetitivas

O NCPC acaba de entrar em vigor e já divide opiniões em vários aspectos quanto à sua eficiência prática, mas o IRDR é um ponto que merece certo cuidado e muita atenção.

Não se trata de uma inovação processual, o qual é o intuito do presente artigo abordar, mas traz mudanças relevantes e que valem à pena serem observadas.

Pelo mesmo motivo, não é de hoje que se discute a constitucionalidade do julgamento de forma “unificada” para demandas que tratam do mesmo pedido de Direito, o que, em tese, afronta o princípio da individualização do processo, além da discussão que há se realmente esse incidente ajudará na rapidez do julgamento, ou se, na prática, será mais um incontável número de processos estagnados pela suspensão à espera de um julgamento.

A justificativa favorável à eficácia desse artifício jurídico é a mesma trazida nos incisos do artigo 976³² do NCPC de que i) serão abordadas apenas em ques-

³¹ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I tutelas provisórias; II mérito do processo; III rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII (VETADO); XIII outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

³² Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

tões que tratem unicamente de direito e ii) o risco de ofensa à isonomia.

Para melhor entendimento, o IRDR em apertada síntese terá o seguinte procedimento:

O pedido de sua instauração será enviado ao presidente do Tribunal pelo i) juiz ou relator, ii) pelas partes ou iii) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Após admitido o incidente, todos os processos que tratem sobre o mesmo tema unicamente de direito ficarão suspensos para apreciação do colegiado pelo prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, prorrogável a pedido fundamentado do relator.

O órgão cujo tramita o incidente instaurado poderá ser intimado para apresentar seu parecer no prazo de 15 (quinze) dias, bem como obrigatoriamente o Ministério Público que terá prazo igual.

O relator marcará audiência onde ele fará a exposição dos fatos, bem como as partes do processo originário, o Ministério Público e demais interessados no julgamento do incidente explanarão seus argumentos.

Após julgado o incidente, caberá recurso extraordinário e especial e terá efeito suspensivo, e quando apreciado o mérito pelos tribunais superiores, a tese será aplicada em todo o território nacional.

Assim, diante de todo o procedimento a ser seguido, não há como presumir se haverá um avanço ou continuará sendo uma estagnação processual e uma afronta ao princípio da individualização do processo.

Porém, apesar de várias alterações no NCPC, com base na experiência negativa que temos nesse incidente processual que já existe, pende mais para uma frustração do novo código, do que para um avanço na celeridade processual.

Mas, apesar de tudo, a nova teoria do IRDR parece estar bem fundamentada e mais esclarecida, preenchendo as lacunas que existiam e nos dando um fundo de esperança quanto a sua eficiência.

IX. Dever dos magistrados de observar preferencialmente a ordem cronológica de conclusão para o julgamento das causas

Apesar de não ser uma novidade aos magistrados, pois as normas do CNJ já estabeleciam este critério para decisões, é uma inovação da legislação processual cível, o que traz ainda mais rigor e disciplina para tal regra.

Tal medida já foi objeto de alteração de sua redação no final de 2015 após críticas dos magistrados, antes mesmo do fim do período de vacância do Código.

Na redação do projeto aprovado inicialmente, o artigo não previa o termo “preferencialmente”, trazendo a obrigatoriedade, em regra, aos magistrados de seguirem a ordem cronológica de conclusão dos processos para decidirem.

O artigo 12³³ do NCPD estabelece que os magistrados atenderão preferencialmente a ordem cronológica dos processos conclusos para exaurir suas decisões, e buscando ainda mais demonstrar transparência, o legislador estabelece no parágrafo 1³⁴ que esta ordem ficará disponível na rede eletrônica dos tribunais, podendo ser acompanhada pelos interessados.

Obviamente haverá exceções à regra (parágrafo 2³⁵), em que as decisões com preferências estabelecidas legalmente, passarão à frente dos demais processos.

Este novo incidente não traz maior celeridade no todo processual, mas sim um procedimento mais justo aos processos quando tratados individualmente, pois não haverá mais a possibilidade de processos supostamente “esquecidos na gaveta”, fazendo com que o prazo de duração dos processos individualmente sejam mais curtos.

X. Uniformização da jurisprudência

Por derradeiro, o código trouxe a normatização e a concretização da ideia de uniformizar a jurisprudência e o entendimento sumulado dos tribunais no artigo 926³⁶. Tal normatização decorre claramente do intuito do legislador em tornar o judiciário mais transparente e eficaz, de modo que, uniformizando o entendimento de todos os graus de jurisdição e em todo o território, diminui-se a possibilidade de recursos e dá mais segurança a quem busca a tutela jurisdicional.

³³ Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

³⁴ § 1o A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

³⁵ § 2o Estão excluídos da regra do caput: I as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; II o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; III o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; V as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração; VI o julgamento de agravo interno; VII as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça; VIII os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal; IX a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

³⁶ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Entretanto, a mesma questão que surge no incidente de resolução de demandas repetitivas, surge no mesmo tema agora abordado: Essa insistência em uma decisão pré-fabricada fere o princípio da individualização do processo? E neste caso, surge ainda um certo dissabor (à primeira vista) aos adeptos do antiformalismo, citando-se a escola de interpretação do Direito Livre de Hermann Kantorowicz (1906, *A luta pela ciência do direito*), por exemplo, que vai na contramão de uma generalização das decisões.

Para esses, o NCPC traz a opção de não seguir o entendimento dos tribunais superiores apenas quando houver interesse social e da segurança jurídica (artigo 927 parágrafo 3^{o37}), caso contrário, somente se mudará o entendimento jurisprudencial se precedida de audiências públicas com a participação de pessoas e órgãos competentes para tal alteração (parágrafo 2^{o38}) e sob fundada argumentação.

Contudo, ao mesmo tempo que essa mudança pode trazer uniformização melhorando o andamento dos processos e diminuindo os recursos, isso pode tomar um efeito contrário. Veja, nós sabemos que no Brasil há uma grande diversidade interpretativa dos agentes do Direito, e não é diferente com os magistrados. Exemplo disso é que encontramos jurisprudências diferentes dentro até dos mesmos tribunais, somente ao olharmos as decisões sobre a mesma matéria em câmaras diferentes. Desta forma, não será difícil os patronos das partes encontrarem jurisprudências diferentes sobre os mesmos temas, causando um emaranhado de recursos com base nesse instituto.

Outra novidade que dará mais rapidez nestes casos é a possibilidade do juiz julgar liminarmente improcedente caso a petição inicial contrarie entendimento de Súmula do STF, do STJ ou enunciado de súmula de Tribunal de Justiça, consoante artigo 332 e seguintes do NCPC.

Entretanto, este mesmo dispositivo extinguiu a possibilidade da improcedência liminar de 1º grau por decisão já proferida em matéria de direito naquele juízo, artigo 285-A³⁹ do CPC/73, dando mais segurança jurídica a este instituto,

³⁷ § 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

³⁸ § 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

³⁹ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

mas, por outro lado, limitando os juízes de 1º grau, de forma que, quando se tratar de matéria de direito ainda não decidida em instâncias superiores e já houver decisão pacificada naquele juízo, deverá seguir todo o rito para prolatar a sentença.

XI. Considerações finais

Após tudo o que foi dito, e apesar de alguns pontos controvertidos e que podem nos decepcionar quanto sua eficácia, o NCPC claramente traz a proposta de diminuir consideravelmente o pior dos entraves da justiça brasileira: sua morosidade.

É claro que, os advogados também têm uma postura fundamental nessa mudança, visto que são os principais agentes intermediários entre os litigantes e a tutela jurisdicional, e podendo ser peça essencial para a mudança da cultura litigiosa instaurada no cenário brasileiro, implementando seus esforços numa resolução extra e pré-judicial, como também são peças fundamentais as partes, que devem auxiliar para que o processo seja eficaz quando solicitada sua participação, bem como extinguir a cultura da judicialização dos conflitos.

Tal proposta aparece implícita no NCPC, pois o direito brasileiro pede por uma mudança da visão do poder judiciário, como hipótese extraordinária, após realmente todas as tentativas extrajudiciais se esgotarem.

Porém, nos casos em que não houver resolução amigável, o NCPC se mostra mais simples e ágil na solução destes litígios conforme demonstrado, no que concerne aos atos processuais como a redução e extinção dos principais recursos utilizados apenas como atos protelatórios ou por mera insatisfação das partes vencidas.

Além do mais, a uniformização entre os tribunais trará mais segurança nas decisões, o que atualmente não se pode visualizar, de forma que há uma discrepância entre tribunais regionais ou mesmo entre Câmaras diferentes dentro do mesmo Tribunal.

Assim, ao que parece, o NCPC vem para solucionar, ou ao menos minimizar a problemática da morosidade processual, além de implementar uma cultura mais autocompositiva entre as partes.

REFERÊNCIAS

Neves, Daniel Amorim Assumpção – **Manual de direito processual civil** / Daniel Amorim Assumpção Neves. – 7. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VadeMecum Saraiva – 14^a edição – ed. 2015 – editora Saraiva

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015 – Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>.

Bacellar, Roberto Portugal **Mediação e arbitragem** / Roberto Portugal Bacellar. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 53) 1. Arbitragem (Direito) - Brasil 2. Mediação - Brasil I. Título. II. Série.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 29. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ASPECTOS RELEVANTES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015

RELEVANT ASPECTS ON AMENDMENT OF JUDGMENTS IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE 2015

*Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã¹
Mário Furlaneto Neto²*

RESUMO

Os embargos de declaração têm como finalidade esclarecer obscuridades, solucionar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão na decisão embargada. O embargo declaratório está disposto no rol dos artigos 994, IV e, 1.022 a 1.026, do Código de Processo Civil de 2015. Apesar da natureza dos embargos declaratórios ser controvertida pela doutrina, sua natureza é de recurso. Assim, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, pretende-se discutir os aspectos históricos, estrangeiros, jurisprudenciais e, ainda, polêmicos sobre o embargo declaratório vigente no código de processo civil, visando estabelecer quais são os benefícios às partes em face do caráter integrativo ou aclaratório do embargo declaratório. Conclui-se que os embargos de declaração possibilitam efetivar a função jurisdicional, servindo-se a integrar, suprir e completar qualquer distorção, defeito ou falha na entrega da prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE

Embargos de declaração; recurso; função jurisdicional.

¹ Mestranda em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no UNIVEM/Marília-SP. Bolsista CAPES/PROSUD. Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM. E-mail: bruna.guesso@gmail.com.

² Delegado de Polícia e professor da graduação e do Mestrado em Direito do Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília. Doutor em Ciência da Informação pela Unesp. Coordenador do NEPI - Núcleo de Estudos em Direito e Internet. E-mail: mariofur@univem.edu.br

ABSTRACT

The amendments of judgments are intended to clarify the obscurity, the solution of the contradiction, correct material error or to supply the omission of the embargoed decision. The amendment of judgments is provided in the list of Article 994, IV, and articles 1022-1026 of the 2015's Code of Civil Procedure. Although the nature of the amendment of judgments being disputed by the doctrine, its nature is resource. Thus, through literature and legislative review, we intend to discuss the historical, foreign, jurisprudential aspects and even the controversial one about the amendment of judgments in the current Code of Civil Procedure, aiming to establish its benefits to the parts in face of the integrative or clarification nature. Allowing in this way, to conclude that the amendment of judgments are the means by which it carries out the effective judicial function, serving to integrate, supply and complete any distortion, defect or failure in the delivery of judicial services.

KEYWORDS

Amendment of judgments; resource; effective judicial function.

INTRODUÇÃO

Os embargos de declaração sofreram modificações com a evolução do processo civil. A sua análise e estudo demonstram que há pontos controvertidos, como o caráter modificativo, entre outras questões. Com efeito, os embargos de declaração têm como escopo o esclarecimento da obscuridade, a solução da contradição, a correção do erro material ou o suprimento da omissão na decisão embargada, visando o esclarecimento ou a complementação.

Nesse sentido, a natureza jurídica dos embargos é de recurso, nos termos do artigo 994, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), tendo em vista que no sistema brasileiro adota-se o princípio da taxatividade, segundo o qual somente são considerados recursos àqueles remédios designados como tal pela lei federal. Ademais, objetiva os embargos declaratórios recorrer do ônus ou lesão causada pelas “falhas e defeitos” da decisão embargada, quais sejam obscuridade, contradição, erro material, ou omissão.

Assim, levando-se em conta que os embargos de declaração assumem um papel importante dentro do processo civil, observa-se que a finalidade primordial é impugnar o julgado visando novo pronunciamento jurisdicional sobre a lide ou questão processual, contudo, limitando-se ao esclarecimento, a correção ou ao suprimento. Nesse sentido, o presente artigo se mostra relevante e se justifica em virtude da necessidade de aplicação dos embargos declaratórios para que a decisão judicial não transite em julgado, evitando-se assim, que a decisão cause prejuízos às partes pelas “falhas ou omissões” ali existentes.

Dessa forma, o escopo é analisar nesta abordagem os aspectos históricos, estrangeiros, jurisprudenciais e, ainda, polêmicos sobre os embargos declaratórios, visando propor alternativas para a solução dos problemas frente à prática no âmbito jurídico. Nesse contexto, questiona-se como é aplicação dos embargos de declaração no sistema processual atual? Quais são os benefícios às partes do caráter integrativo ou aclaratório dos embargos declaratórios?

Para tanto, analisou-se, inicialmente, os embargos declaratórios e o seu contexto histórico dos embargos declaratórios. Posteriormente, buscou-se demonstrar o direito estrangeiro sob seus aspectos gerais. Discutiu-se, também, o procedimento e aplicabilidade dos embargos de declaração sob o manto do Código de Processo Civil de 2015, bem como os aspectos polêmicos acerca dos embargos declaratórios.

1 DO ASPECTO HISTÓRICO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O aspecto histórico dos embargos declaratórios versa acerca da sua

importância sobre a aplicação e compreensão do vigente Código de Processo Civil de 2015, possibilitando conhecer uma realidade que permite reportar às transformações pelas quais os embargos de declaração passaram.

Nesse sentido, constata-se que a origem dos embargos de declaração vem do direito português, que segundo Franzé³ “a primeira notícia sobre um instrumento similar ao horizontal complementar” (embargos de declaração), “se dá pelos embargos declaratórios do direito lusitano, trazidos pelas Leis e Posturas elaboradas no reinado de Dom Afonso III (1248-1279)”.

Esclarece Franzé⁴ que as principais características desse recurso eram: “ser restrito à sentença; endereçado ao mesmo juiz que prolatou o pronunciamento impugnado; e ultrapassar os limites do mero esclarecimento, pois permitia a reforma da sentença prolatada”.

Ares⁵ e Fernandez⁶, também, afirmam que os embargos de declaração surgiram no Direito Português, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial.

Posteriormente, os embargos de declaração foram regulados pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, nos termos do artigo 6º do Título LXVI do Livro III, que dispunha: “Porém se o Julgador der alguma sentença diffinitiva, que tenha em si algumas palavras escuras e intrincadas, bem a poderá declarar; por que outorgado he per Direito ao Julgador que possa declarar e interpretar qualquer sentença per elle dada, ainda que seja diffinitiva, se duvidosa for”⁷.

Após as Ordenações Portuguesas, os embargos declaratórios, foram regulados, na seara brasileira, pelo Regulamento n. 737 de 1850 e pela Consolidação de Ribas de 1876, bem como pelos Códigos Estaduais de São Paulo (artigo 335), Bahia (artigo 1.341), Minas Gerais (artigo 1.445 e 1.446), Pernambuco (artigo 1.437) e do Rio de Janeiro (artigo 2.333) e a Consolidação Higino Duarte Pereira, sendo

³ FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. Teoria geral dos recursos revisitada. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 175.

⁴ op. cit. 3, p. 175-176.

⁵ ARES, Régis Cardoso. Os embargos de declaração e breves comentários sobre as alterações propostas pelo Poder Legislativo, 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4966/Os-embargos-de-declaracao-e-brevses-comentarios-sobre-as-alteracoes-propostas-pelo-Poder-Legislativo>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

⁶ FERNANDEZ, Monica Tonetto. Dos embargos de declaração. Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo, São Paulo, n.º 5, 2001. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

⁷ SEHNEM, Felix. Embargos declaratórios. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3681>>. Acesso em: 30 jul. 2016. p. 1.

que depois, o Código de Processo Civil de 1939 regulou os embargos de declaração no Livro “Dos Recursos”, em seu artigo 862, sendo utilizado apenas contra acórdão que fosse obscuro, omissivo ou contraditório⁸.

Segundo Sehnem⁹ “uma das características no CPC de 1939 era a rigidez para a sua interposição, o prazo era de quarenta e oito horas e a petição deveria indicar o ponto omissivo, contraditório e obscuro”. Preceitua ainda Sehnem¹⁰ que “a petição que não atendesse este requisito era indeferida de plano por despacho irrecorrível”, estabelecendo que “se os embargos de declaração fossem considerados manifestamente protelatórios, perderiam o seu efeito suspensivo”, sendo que se “caso fosse vencido o relator, o Presidente da Câmara designaria outro magistrado para lavrar o acórdão, sendo que, mesmo se providos os embargos, não se poderia alterar a decisão embargada”.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 1973 assumiu duas posições quanto aos embargos declaratórios. No artigo 464 e seguintes do respectivo Código, estabeleceu que os embargos de declaração poderiam ser utilizados contra sentença que contém obscuridade, dúvida, contradição ou omissão. Na primeira instância, o prazo de interposição era apenas de 48 horas, contadas da publicação da sentença. Todavia, nos termos do artigo 535 seguintes do mesmo Código, preceituava que os embargos declaratórios poderiam ser interpostos contra acórdão, desde que houvesse, também, obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, porém, com o prazo de interposição de cinco dias, diferentemente do que ocorria com a sentença¹¹.

Contudo, com o advento da Lei nº 8.950/94, houve a unificação dos embargos declaratórios com o primeiro e segundo grau de jurisdição. Conforme preceituava o artigo 535, eram cabíveis os embargos quando houver na sentença ou acórdão, obscuridade, contradição ou omissão, excluindo-se desse rol o termo “dúvida”. Nota-se, ainda, que o prazo de interposição também se tornou único, isto é, em todas as hipóteses e grau de jurisdição, o prazo era de cinco dias¹².

Atualmente, no Código de Processo Civil de 2015, os embargos de declaração estão previstos, precisamente, dos artigos 1.022 ao 1.026. Observa-se que o respectivo Código buscou preservar o prazo de cinco dias para sua

⁸ op. cit. 6, p. 1.

⁹ op. cit. 6, p. 1.

¹⁰ op. cit. 6, p. 1.

¹¹ op. cit. 5.

¹² op. cit. 6.

oposição, nos termos do artigo 1.023. O Código em tela reafirmou, ainda, que os embargos de declaração não se sujeitam a preparo, outro mecanismo que se buscou conservar é aplicabilidade da multa, caso os embargos sejam considerados protelatórios, pois apesar de ter alterado o percentual de 1% para 2% (artigo 1.026, § 2º), a mesma já existia no Código de Processo Civil de 1973, deixando apenas o dispositivo mais rígido¹³.

No tocante ao efeito modificativo dos embargos de declaração, embora não houvesse no Código de Processo Civil de 1973, constata-se que era admitido pela jurisprudência e com efetiva aplicabilidade na prática processual. Contudo, nota-se que se o CPC/2015 preocupou-se em dar previsão expressa ao efeito modificativo, conforme dispõe o artigo 1.024, §4º do CPC/2015¹⁴.

E por fim, importante destacar que, nos termos do artigo 1.026 os embargos de declaração, em regra, não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de demais recursos¹⁵.

Portanto, o histórico dos embargos de declaração possibilita constatar que muitos dos aspectos foram evoluindo ao longo dos anos, porém seu núcleo e finalidade se preservaram ao longo do tempo, isto é, esclarecer ou complementar a decisão que apresente “defeitos”.

2 O DIREITO ESTRANGEIRO E SUAS CARACTERÍSTICAS ACERCA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A priori, insta informar que nos demais países existem mecanismos similares aos embargos de declaração, assegurando às partes que a decisão não transite em julgado provocando prejuízos, de modo que permita a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Dessa forma, passa-se analisar o funcionamento do recurso Horizontal Complementador nos seguintes países: Portugal, Itália, Alemanha e Espanha.

No Direito Português, de acordo com Fernandez¹⁶ “admite-se a retificação de erros materiais e o esclarecimento de omissões e contradições por meio de reclamação, que é um pedido de revisão feito pelo mesmo órgão judicial ou por

¹³ CALURI, Lucas Naif. Recursos no novo código de processo civil. São Paulo: LTr, 2015. p. 50-54.

¹⁴ op. cit. 11.

¹⁵ op. cit. 11.

¹⁶ op. cit. 5.

meio de recurso”, representando um pedido de revisão realizado por um órgão judicial hierarquicamente superior, bem como ainda admite o esclarecimento de obscuridade e ambiguidade, mas, sendo atacáveis apenas pela reclamação.

Nesse diapasão, bem preleciona Garcia e Oliveira¹⁷ acerca das disposições dos embargos de declaração no direito lusitano:

No direito português, os embargos de declaração, como meio de correção de sentença, são cabíveis para retificação de erros de escrita e de cálculos (artigo 667, CPC português), para suprir omissão sobre questões da causa, contradições entre os fundamentos e a decisão e obscuridade ou ambiguidade existente na sentença (artigos 668 e 669). Como mero incidente processual, contém o contraditório, estipula condenação ao pagamento de custas e oportuniza aclarar-se a obscuridade e a ambiguidade no relatório da sentença, caso traga consequências à parte.

Nota-se que o direito brasileiro, se assemelha ao lusitano, pois, este, busca o esclarecimento à obscuridade e a ambiguidade no relatório da sentença, bem como suprimento da omissão, retificação de erros e cálculos, resolução das contradições, porém, estipulando a condenação ao pagamento de custas.

Em contrapartida, no direito italiano, no que diz respeito aos embargos de declaração, preceitua Fernandez¹⁸ que “o Código de Processo Civil italiano, nos artigos 287 a 289, se refere à correção da sentença em casos de omissão ou erros materiais e de cálculo”. Assim, “qualquer outro tipo de correção ou esclarecimento, como as hipóteses embargáveis em nosso Direito, não poderão ser solucionadas com base nesses artigos, devendo se socorrer de outros tipos de impugnação disciplinados no Título III do Livro II da Lei Processual italiana”.

De acordo com Nascimento¹⁹, no Direito italiano “tem-se a *correzione*, admitida para sentenças contra as quais não foi interposta apelação. A *correzione* possui, naquele sistema, um caráter próprio de processo incidente e a doutrina italiana nega-lhe a função recursal”.

Nesse diapasão, observa-se que o direito brasileiro, diferentemente do italiano, considera os embargos de declaração como recurso, apesar de haver ainda alguns questionamentos doutrinários a respeito de sua natureza, no entanto,

¹⁷ GARCIA, José Ailton; OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Embargos de declaração e suas alterações no projeto do novo código de processo civil. Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro - SJRJ. Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 39-40, dez. 2013. Disponível em: < http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/viewFile/482/367>. Acesso em: 21 jul. 2016. p. 41.

¹⁸ op. cit. 5.

¹⁹ NASCIMENTO, Rebecca Alonso. Considerações acerca dos embargos de declaração, 2015. Disponível em: < <http://rebeccaalonso.jusbrasil.com.br/artigos/143732536/consideracoes-acerca-dos-embargos-de-declaracao>>. Acesso em: 22 jul. 2016. Grifo do autor.

é adotado na seara brasileira o princípio da taxatividade, segundo o qual apenas são considerados recursos àqueles remédios designados como tal pela lei federal. Outrossim, visa os embargos declaratórios recorrer do gravame ou prejuízo causado pelas “falhas e defeitos” da decisão embargada, o que faz dele possuir a natureza recursal.

Por outra banda, no direito alemão, o processo civil germânico está disposto no *Zivilprozessordnung* - ZPO (Ordenança Processual Civil), sendo que, de acordo com Brito²⁰ o sistema processual alemão “possui o procedimento de retificação de erros visíveis das sentenças e a resolução posterior sobre um ponto não considerado que impede aquisição de coisa julgada (artigo 320)”. Nas palavras de Fernandez²¹ “ao versar sobre esse tipo de procedimento, a modificação da sentença não pode se produzir senão mediante recurso adequado interposto ante o Tribunal Superior, mas conclui que excepcionalmente permite-se ao Tribunal a modificação de suas decisões”.

Outrossim, salienta Nascimento²² que no direito alemão,

(...) observam-se três vias adequadas para se corrigir as sentenças, sendo duas destas de retificação, para correção de defeito de redação, erro de conta ou inexatidões análogas notórias, e, ainda, para correção de inexatidões ou omissões na descrição dos fatos, defeitos de expressão ou contradições. A última forma de correção é a da complementação da sentença, para a correção de uma preterição, ou de omissão pronunciamento sobre pedido formulado ou sobre custas.

Portanto, destaca-se que o direito processual germânico, como igualmente visa o direito processual brasileiro, busca corrigir “defeitos” dispostos nas decisões, evitando-se desta forma a coisa julgada.

Por fim, no ordenamento processual civil espanhol, destaca Brito²³ que “também é permitido aos Julgadores a reanálise da decisão, inclusive por iniciativa própria, com o intuito de aclarar alguma obscuridade ou até mesmo suprir alguma omissão”, nos termos do artigo 363. Desse modo, observa-se que o direito espanhol, assim como no Brasil, preocupou-se em permitir uma nova manifestação sobre a decisão exteriorizada, seja de ofício ou a requerimento da parte. Nesse passo,

²⁰ BRITO, Leonardo Franco. O efeito suspensivo no recurso de embargos de declaração. 2013.42 f. Monografia (Preparação à Magistratura em nível de Especialização). Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2013. p. 15.

²¹ op. cit. 5.

²² op. cit. 19.

²³ op. cit. 20, p. 15-16.

constata-se que, no direito processual civil estrangeiro existem estruturas similares aos embargos de declaração, garantindo às partes decisões claras e sem vícios, permitindo desta maneira a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

3 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SEUS ASPECTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1 Conceito

Os embargos declaratórios possuem a natureza de recurso e visam aclarar ou complementar a decisão embargada.

De acordo com Fernandez²⁴ “na linguagem comum, embargar significa impedir, dificultar. Já na linguagem técnico-jurídica, embargar significa meio ou medida de oposição a ato ou ação de outrem, para que o impeça, ou seja, suspensa a sua execução”. Nessa seara, conforme explana Fernandez²⁵ “o intuito é o esclarecimento ou a complementação. Têm, portanto, caráter integrativo ou aclaratório da decisão embargada. Esse é o âmbito dos embargos declaratórios”.

Para Gonçalves²⁶ a função precípua dos embargos de declaração é sanar vícios de omissão, obscuridade ou contradição “de que a decisão padeça”, pois, para ele “não se trata de recurso que tenha por fim reformar ou anular a decisão judicial (embora o acolhimento dos embargos possa eventualmente resultar na modificação da decisão), mas aclará-la e sanar as contradições ou omissões de que padeça”. Por outro lado, os embargos de declaração são definidos por Bueno²⁷ “como o recurso cabível de qualquer decisão jurisdicional que se mostre obscura, contraditória ou que tiver omitido questão sobre a qual seu prolator deveria ter se pronunciado”.

Na lição de Theodoro Júnior²⁸, os embargos declaratórios podem ser conceituados como o “recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado”.

²⁴ op. cit. 5.

²⁵ op. cit. 5.

²⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 515.

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 202.
²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 707.

Em contrapartida, ensina Didier Júnior e Cunha²⁹ que,

Os embargos de declaração são cabíveis quando se afirmar que há, na decisão, obscuridade, contradição ou omissão ou erro material. Nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, todo pronunciamento judicial há de ser devidamente fundamentado, sob pena de nulidade. A omissão, a contradição, a obscuridade e o erro material são vícios que subtraem da decisão a devida fundamentação. Para que a decisão esteja devidamente fundamentada, é preciso que não incorra em omissão, em contradição, em obscuridade ou em erro material. O instrumento processual destinado a suprir a omissão, eliminar a contradição, esclarecer a obscuridade e corrigir o erro material consiste, exatamente, nos embargos de declaração.

Portanto, os embargos declaratórios buscam o esclarecimento da obscuridade, a solução da contradição, o suprimento da omissão ou a correção do erro material na decisão embargada, objetivando sempre o esclarecimento ou complementação da mesma.

3.2 Do Cabimento

De acordo com Farias³⁰, são três as hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios previstas pelo artigo 1.022 do CPC/2015, sendo elas: esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; corrigir erro material.

Assim, Fernandez³¹ define obscuridade como “a falta de clareza do julgado, tornando-se difícil fazer uma exata interpretação”, de modo que “verifica-se a obscuridade quando o julgado está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz. A obscuridade pode, ainda, se situar na fundamentação ou no *decisum* do julgado”, isto é, há ausência de “clareza nas razões de decidir ou na própria parte decisória”.

²⁹ DIDIER JÚNIOR, 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. reformn. — Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 247-248.

³⁰ FARIAS, Talden Queiroz. Dos embargos declaratórios com efeito modificativo. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1542>. Acesso em: 29 jul. 2016.

³¹ op. cit. 5.

Nas palavras de Farias³² a fundamentação para afastar a obscuridade está localizada no “(...) princípio da transparência dos atos processuais e no princípio da publicidade do julgamento dos atos do poder judiciário, os quais rezam que as peças processuais têm de ser acessíveis e claras às partes e à sociedade de uma maneira geral”. A contradição vem definida também por Fernandez³³ como sendo a decisão judicial incoerente, haja vista que esta “(...) deve seguir um raciocínio coerente de maneira que os seus preceitos trilhem uma sequência lógica e ordenada que culmine com a decorrente conclusão, sem conter nenhum tipo de contradição”. Segundo o referido autor há dois os tipos mais comuns de contradição,

No primeiro o órgão julgante apresenta em sua fundamentação duas ou mais proposições que necessariamente se excluem, como a que, julgando procedente o pedido, impõe ao autor a sucumbência. No outro, a fundamentação e a parte dispositiva da sentença é que não estão em acordo, como quando o juiz afirma reconhecer a razão e o direito de alguém e lhe indefere os pedidos.

No que tange a omissão, aponta Fernandez³⁴ que esta ocorre “quando o julgado não se pronuncia sobre ponto ou questão suscitada pelas partes, ou que o juiz ou juízes deveriam pronunciar-se de ofício”.

Assim, assinala Farias³⁵ que “(...) todos os tópicos da lide, ou seja, os aspectos da questão que a parte levantou na petição inicial, devem ser obrigatoriamente enfrentados e decididos pelo julgador, tenham ou não sido eles impugnados”, ou porque houve requerimento de uma das partes ou “porque se trata de matéria de ordem pública que exigia o pronunciamento *ex officio* do órgão jurisprudencial”.

Na dimensão do erro material, conceitua Flumignan³⁶ como sendo este “(...) o equívoco ou inexactidão relacionado a aspectos objetivos como um cálculo errado, ausência de palavras, erros de digitação, troca de nome, entre outros”.

³² op. cit. 29.

³³ op. cit. 29.

³⁴ op. cit. 5.

³⁵ op. cit. 29

³⁶ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Quando a adoção de um posicionamento pelo magistrado configura ‘erro material’, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-04/silvano-flumignan-quando-posicao-juiz-configura-erro-material>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

Nesse diapasão, observa Malachini apud Wambier³⁷ que “erro material é o erro inconsciente do juiz, é o lapso manifesto, pois erro consciente será erro de julgamento e não erro material”. Esclarece-se por fim que, no Código de Processo Civil de 1973 não se encontrava expresso à disposição erro material, muito embora fosse admitido pela doutrina e pela jurisprudência.

3.3 Do procedimento

Atualmente, o prazo para oposição dos embargos declaratórios é cinco dias, contados a partir da publicação do julgado.

Ocorre que, para o Ministério Público, a Fazenda Pública e os litisconsortes com procuradores distintos e de escritórios diferentes, o prazo para se manifestar é em dobro, conforme preceitua os artigos 180, 183, 186, 229 e 1.023, § 1º do CPC/2015, tendo, portanto, dez dias para ingressar com os embargos declaratórios³⁸, sendo esta a regra geral, contudo, esta regra apenas não se aplica às situações em que a norma expressamente refutar. Isto porque, o prazo em dobro se aplica por dois fundamentos, primeiro, porque a regra geral não excluiu o prazo em dobro e segundo, porque a regra específica, ao invés de não excluir a dobra.

Outrossim, cumpre esclarecer que, após recebidos os embargos de declaração o juiz, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada, nos termos do artigo 1.023, § 2º, intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de cinco dias, sobre os embargos opostos³⁹.

O juiz deverá julgar os embargos no prazo de cinco dias, conforme dispõe o artigo 1.024 do CPC/2015. Já, o relator deverá apresentá-los em mesa na sessão subsequente, proferindo voto⁴⁰.

De acordo com Fernandez⁴¹, entende-se que, “os embargos de declaração devem ser dirigidos ao mesmo juízo que proferiu a decisão, sendo este também

³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão Judicial e embargos de declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 98-99.

³⁸ SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. Novo CPC: contagem dos prazos processuais, em especial para a Advocacia Pública. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4436, 24 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40137>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

³⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar. 2015. ed. 51. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

⁴⁰ op. cit. 38.

⁴¹ op. cit. 5.

o órgão judicial que deverá julgá-los”. Não havendo “vinculação do juiz que participou do julgamento embargado para a apreciação dos embargos, vez que o pronunciamento é do órgão e não da pessoa física do juiz”.

Ademais, destaca-se que os embargos declaratórios processam-se independentemente de preparo, haja vista que o artigo 1.023 do CPC/2015 dispensou expressamente esse requisito.

Nessa dimensão, esclarece-se que os embargos de declaração possuem como efeito a interrupção do prazo processual para a interposição dos demais recursos, sendo que “a interrupção decorre unicamente da sua interposição e não de seu recebimento ou acolhimento, e se estende, também, à parte contrária”, aliás, “só não interrompem o prazo para a interposição de outros recursos os embargos que forem intempestivos, uma vez que nenhum efeito se operou”⁴².

Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 dias, contados da intimação da decisão dos embargos de declaração (artigo 1.024, § 4º CPC/2015)⁴³.

Assim, a parte poderá alterar ou complementar seu recurso, tendo em vista que os embargos de declaração possuem caráter integrativo ou aclaratório, como bem assinalou Ramos⁴⁴ “de fato, é característica específica dos declaratórios a produção do efeito integrativo, que consiste, grosso modo, na complementação da decisão embargada, com o exaurimento da prestação jurisdicional”.

Além disso, conforme assinala Sprada⁴⁵ “para se evitar o uso abusivo dos embargos de declaração quando forem manifestamente protelatórios, ou seja, que o embargante se conduza de maneira ofensiva ao dever de proceder com lealdade, no julgado que os desprover”, nos termos do artigo 1.026, § 2º do CPC/2015, “será aplicada sanção ao embargante, correspondente à multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa”. Essa multa pode ser elevada em até dez por cento se forem reiterados os embargos protelatórios, ficando condicionada a

⁴² op. cit. 5.

⁴³ op. cit. 38.

⁴⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Embargos de declaração, 2010. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/540566 >. Acesso em: 29 jul. 2016. p. 6.

⁴⁵ SPRADA, Fernando César. Efeitos modificativos dos embargos de declaração. 2002.40 f. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2002. p. 12.

interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final, conforme dispõe o artigo 1.026, § 3º do CPC/2015⁴⁶.

E por derradeiro, destaca-se a previsão do artigo 1.026, § 4º do CPC/2015 na qual dispõe que não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios⁴⁷, tal previsão demonstra maior rigor do sistema processual no que tange aos embargos.

3.4 Do efeito suspensivo dos embargos de declaração

Na lição de Wambier⁴⁸, “a suspensividade tem o condão de impedir a produção de efeitos, de obstar a eficácia da decisão recorrida”, porém, não se suspendem efeitos que até a interposição dos embargos declaratórios vinham se produzindo, como a tutela antecipada deferida.

Desse modo, de acordo com Franzé⁴⁹ os embargos declaratórios “interrompem o prazo para a interposição dos demais recursos, mas, a princípio, não tem efeito suspensivo”, nos termos do artigo 1.026 do CPC/2015.

Contudo, nota-se que no CPC/2015, em seu artigo 1.026, § 1º, se demonstrada à probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, ou ainda, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação, poderá a eficácia da decisão monocrática ou colegiada ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator⁵⁰. Logo, em regra não há efeito suspensivo nos embargos de declaração, sendo a única exceção a do artigo 1.026, § 1º do referido código.

3.5 Embargos declaratórios com efeitos modificativos ou caráter infringente

Os embargos de declaração, em regra, não objetivam substituir, modificar ou infringir a decisão embargada, mas sim possuir caráter integrativo ou aclaratório. No entanto, além de afastar obscuridade, suprir omissão, eliminar contradição ou corrigir erros, os embargos de declaração, inicialmente pela doutrina e pela jurisprudência, passou a surtir efeitos modificativos, podendo reformar, invalidar

⁴⁶ op. cit. 38.

⁴⁷ op. cit. 38.

⁴⁸ op. cit. 36, p. 77

⁴⁹ op. cit. 2, p. 179.

⁵⁰ op. cit. 38.

e modificar o teor da decisão ou de suas disposições, este mecanismo se encontra agora expressamente presente no artigo 1.024, § 4º do CPC/2015⁵¹.

Nas palavras de Lima⁵² “é tradicional a assertiva segundo a qual a decisão proferida em sede de embargos de declaração deve se limitar a declarar o conteúdo da decisão embargada, não podendo, por isso, inovar na essência”. E, de acordo com o autor “o efeito infringente, para ser legítimo, só terá lugar quando a alteração da decisão for consequência necessária do acolhimento dos embargos”⁵³.

Assim, segundo Sehnem⁵⁴ “nos casos de flagrante injustiça e não havendo outra via adequada para repará-la, é admitida a modificação do julgado por meio dos embargos de declaração”.

Desse modo, a decisão dos embargos declaratórios integra a decisão da sentença, e conforme explana Generali⁵⁵ “por mais que haja, formalmente, dois acórdãos, substancialmente, há somente um, visto que o teor do acórdão que julgou os embargos declaratórios incorpora-se ao teor do acórdão embargado”.

Porém, esclarece-se que os efeitos modificativos dos embargos declaratórios apenas ocorrem na medida em que seja necessário para atender a sua finalidade legal, isto é, de esclarecer a obscuridade, resolver a contradição, suprir a omissão ou ainda reparar erros materiais.

Nessa dimensão, de acordo com Dinamarco⁵⁶ “quando são opostos os embargos declaratórios objetivando os efeitos modificativos na decisão, passam a ter natureza recursal”.

Em contrapartida, afirmam Didier Júnior e Cunha⁵⁷.

⁵¹ PERES, Raphael José Gireli. Os embargos de declaração com efeito infringente e o dogma do contraditório, 2012. Disponível em: < <http://www.oabes.org.br/noticias/os-embargos-de-declaracao-com-efeito-infringente-e-o-dogma-do-contraditorio-554337.html> >. Acesso em: 29 jul. 2016.

⁵² LIMA, Thales Fernando. Efeitos infringentes dos embargos de declaração. Revista de direito público, londrina, v. 2, n. 2, p. 115-122, maio/ago. 2007. Disponível em: < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11459> >. Acesso em: 29 jul. 2016. p. 116.

⁵³ op. cit. 51, p. 117.

⁵⁴ op. cit. 6, p. 2.

⁵⁵ GENERALI, Fernanda. Aspectos polêmicos dos embargos infringentes. 2007.30 f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Rio Grande do Sul, 2007. p. 10. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/fernanda_generali.pdf >. Acesso em: 29 jul. 2016.

⁵⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. A nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 183.

⁵⁷ op. cit. 28, p. 273-274.

A finalidade dos embargos é, efetivamente, suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material. Consequentemente, é possível que o órgão jurisdicional, ao suprir a omissão, ao eliminar a contradição, ao esclarecer a obscuridade ou corrigir o erro material, termine por alterar a decisão. A modificação será consequência da correção do vício a que os embargos visaram. (...) O §2º do art. 1.023 e o §4º do art. 1.024 do CPC-2015 confirmam essa possibilidade, pondo fim a qualquer tipo de discussão doutrinária sobre a aptidão de os embargos de declaração modificarem a decisão embargada.

Ademais, salienta Wambier⁵⁸ que “também se admite que possa decorrer efeito modificativo dos embargos de declaração de correção de erro material”, assim segundo a autora “pode e deve o Judiciário corrigir erros materiais por ocasião da interposição dos embargos de declaração, ainda que a correção destes enganos gere alteração substancial da decisão”.

Contudo, insta destacar que no caso de ser admitido o caráter infringente dos embargos, deve o juiz intimar o embargado para querendo se manifeste, no prazo de cinco dias, sobre os embargos opostos, conforme preconiza o artigo 1.023, § 2º do CPC/2015⁵⁹, o que demonstra nitidamente o caráter do contraditório, proporcionando a oportunidade para a resposta do embargado, facultando-lhe a manifestação sobre os embargos declaratórios com efeito modificativo.

Aliás, Didier Júnior e Cunha⁶⁰ prelecionam que “tal dispositivo concretiza o princípio do contraditório, estabelecendo regra a ser observada no âmbito dos embargos de declaração”, pois, “ainda que não houvesse esse texto normativo, a intimação do embargado para apresentação de contrarrazões já seria necessária. É medida que se impõe em observância ao princípio do contraditório, como, aliás, já era adotada ainda sob os auspícios do CPC de 1973”.

E continuam Didier Júnior e Cunha⁶¹ explicando que “quando os embargos puderem ter efeito modificativo, é necessário observar o contraditório, com a intimação da parte embargada para apresentar contrarrazões”, haja vista que “a parte contrária deve ter a oportunidade de participar do convencimento do

⁵⁸ op. cit. 36, p. 94.

⁵⁹ op. cit. 38.

⁶⁰ op. cit. 28, p. 274-275.

⁶¹ op. cit. 28, p. 274.

juiz ou tribunal, não vindo a ser apanhada de surpresa”.

Portanto, segundo Lima⁶² os efeitos modificativos trazidos pelos embargos de declaração “encontra-se em consonância com os princípios da economia e celeridade processual, não podendo, por isso, a parte sofrer um gravame ao ver postergada a entrega da prestação jurisdicional a que tem direito, por falha imputável exclusivamente ao órgão julgante”.

3.6 Do prequestionamento

Não obstante, tanto para a interposição do recurso especial quanto para a do recurso extraordinário se exige como pré-requisito que a matéria tenha sido prequestionada, conforme preconiza a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”⁶³.

Em virtude disso, a doutrina e a jurisprudência passaram a não só considerar os embargos declaratórios com a finalidade de esclarecimento ou aclaramento, mas também com fito prequestionador, cuja função é versar sobre pontos federais ou constitucionais não mencionados pelo acórdão. Atualmente, conforme artigo 1.025 do CPC/2015, “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”⁶⁴.

Assim, nas palavras de Fernandez⁶⁵ “o requisito do prequestionamento nada mais é do que a discussão no acórdão recorrido, dos mesmos dispositivos legais que servirão de base para os fundamentos do recurso extraordinário”, devendo esta questão ser abordada pelo Tribunal recorrido ou caso seja omitida pelo respectivo Tribunal, a discussão deve ser enfrentada por meio dos embargos declaratórios, visando à admissibilidade do recurso extraordinário, caso contrário, poderá ser considerado inadmissível por ausência de prequestionamento.

Portanto, os embargos declaratórios com fim de prequestionamento são

⁶² op. cit. 51, p. 121.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 356. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

⁶⁴ op. cit. 38.

⁶⁵ op. cit. 5.

pacificamente aceitos, contudo, devem observar a obscuridade, a contradição, a omissão, e o erro material, nos termos do artigo 1.022 e seguintes do CPC/2015, tendo em vista que não havendo nenhuma dessas falhas, os embargos de declaração poderão ser rejeitados, por não ensejarem o reexame da causa.

Entretanto, preceitua Generali⁶⁶ que “se não houve o prequestionamento, antes de interpor os recursos excepcionais, há necessidade do ingresso com os embargos de declaração”, sendo assim “a parte pode utilizar os embargos de declaração, de modo a ter um parâmetro claro para recorrer”⁶⁷.

Nessa dimensão, explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁶⁸ acerca das disposições do do artigo 1.025 do CPC/2015 que trata do prequestionamento,

(...) o novo Código reconheceu a possibilidade de os embargos de declaração viabilizarem o reconhecimento direto das omissões apontadas pelo órgão responsável por julgar o recuso extraordinário ou o recurso especial que os embargos declaratórios visam a preparar, quando opostos das decisões dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça. Nesse caso, para melhor organização do debate perante as Cortes Supremas, a demonstração das omissões indevidamente omitidas deve ser destacada preliminarmente no recurso extraordinário ou no recurso especial.

Dessa maneira, nota-se que para que o recurso especial e o extraordinário possam ser interpostos de maneira válida e admissível é imprescindível que a parte oponha embargos de declaração visando suprir a omissão ou à fundamentação não analisada no acórdão.

3.7 Do paralelismo das formas

O princípio paralelismo das formas é aquele que confere ao julgador a competência para editar suas próprias decisões.

Assim, é possível dizer que o paralelismo das formas se aplica perfeitamente nos embargos de declaração, de acordo com a previsão do artigo 1.024, § 2º do CPC/2015, cuja redação afirma: “Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão

66 p. cit. 54, p. 24-25.

67 op. cit. 54, p. 22.

68 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 957.

prolator da decisão embargada decidi-los-á monocraticamente”⁶⁹.

Nesse passo, observa-se que caso a decisão tenha sido monocrática, cabe apenas ao relator julgar os embargos monocraticamente, mas, caso a decisão tenha sido prolatada pela turma, cabe à mesma o julgamento dos embargos declaratórios.

3.8 Embargos de declaração e a entrega da prestação jurisdicional

Os embargos de declaração são os meios pelo qual se realiza a efetiva função jurisdicional, servindo-se a integrar, suprir e completar qualquer distorção, defeito ou falha na decisão embargada, que por sua vez confere a entrega da prestação jurisdicional. Tendo em vista, a lição de Chiovenda⁷⁰ “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Compreende-se a importância dos embargos de declaração no processo civil, por meio de seu papel de “correção” da decisão judicial, a fim de outorgar o direito de forma justa e límpida à parte que o pleiteou, concretizando desta forma a prestação jurisdicional.

Nesse diapasão, destaca Rubin⁷¹ que “há um evidente e importante ponto de contato entre a utilização do recurso de Embargos de Declaração e a concepção de suficiente ou plena prestação jurisdicional”, pois, de acordo com o referido autor:

Ocorre que inúmeras vezes o recurso em estudo é manejado para que seja completada a prestação de jurisdição, especialmente perante os tribunais de segundo grau, a partir do legítimo argumento de que nem todas as questões jurídicas suscitadas na lide foram devidamente abordadas pela decisão guerreada; ou ainda que há importante (manifesto) erro de fato ou mesmo erro de procedimento a ser imediatamente revisto pelo órgão julgador prolator do *decisum* embargado⁷².

Em contrapartida, observa ainda Barroso⁷³,

⁶⁹ op. cit. 38.

⁷⁰ HIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Bookseller: Campinas, 1998. vol. 1. p. 67.

⁷¹ RUBIN, Fernando. O cabimento dos embargos de declaração para uma prestação jurisdicional efetiva, 2014. Disponível em: <<http://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943687/o-cabimento-dos-embargos-de-declaracao-para-uma-prestacao-jurisdicional-efetiva>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

⁷² op. cit. 70.

⁷³ BARROSO, Marcelo Lopes. Embargos de Declaração. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2305>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

Nota-se que os embargos de declaração visam a dar efetividade à garantia constitucional da motivação das decisões judiciais. Forma-se o trinômio direito de ação – motivação das decisões – embargos de declaração. Podemos designá-lo de trinômio da realização efetiva da função jurisdicional. Estão esses instrumentos intrinsecamente ligados, servindo o último a completar e suprir qualquer defeito na entrega da prestação jurisdicional.

Portanto, além dos embargos de declaração visar o saneamento das obscuridades, contradições, omissões, e erros materiais, efetiva a entrega prestação jurisdicional.

4 DOS ASPECTOS POLÊMICOS QUE VERSAM SOBRE OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, surgiram algumas discussões acerca das disposições tocante aos embargos declaratórios.

Nessa seara, *a priori*, o questionamento gira e torno da contagem do prazo em dobro, no CPC/2015, pois este “favorecendo” apenas alguns violaria o princípio da Isonomia, que é um direito fundamental?

Segundo o Nery Júnior⁷⁴, no livro *Princípios do Processo na Constituição*, não se estaria violando a Isonomia, haja vista a quantidade de serviço e a obrigatoriedade da Fazenda Pública, do Ministério Público e da Defensoria funcionar em todas as causas que lhe estiverem afetas.

Assim, de acordo com Nery Júnior⁷⁵,

(...) antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade das partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como *medida de equidade*, pois trata partes desiguais (pessoas jurídicas de direito público, Ministério Público e Defensoria Pública) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial (...).

E o mesmo raciocínio se aplica aos litisconsortes com procuradores diferentes, prossegue Nery Júnior⁷⁶, “pois todos os litisconsortes têm direito de consultar os autos, circunstância que se torna mais penosa quando há mais de um

⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 128-142. Grifo do autor.

⁷⁵ op. cit. 68, p. 133.

⁷⁶ op. cit. 68, p. 142.

advogado atuando no processo na defesa de litisconsortes”.

Nesse passo, assinala Didier Júnior⁷⁷ “por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualar as partes”. Por outro lado, o aspecto que se passa analisar é o princípio da fungibilidade recursal, nos termos do artigo 1.024, § 3º, caso o órgão julgador entenda ser cabível, admitirá os embargos de declaração como agravo interno.

Nessa seara, entende Cunha⁷⁸ que “os embargos têm natureza meramente integrativa, ao passo que o agravo interno objetiva a modificação do julgado, portanto são recursos com diversos requisitos e finalidades (...)”, assim de acordo com o autor, “cumprirá ao órgão julgador necessariamente intimar a parte interessada, para promover as devidas adequações na fundamentação recursal, apontando os aspectos decisórios objeto de sua irresignação”. No entanto, insta esclarecer que, caso a parte permaneça inerte da intimação, “o recurso não passará pelo juízo de conhecimento, por inobservância dos requisitos legais do agravo interno”.

Outrossim, outro aspecto que passa a observar é a efetividade da multa em caso dos embargos serem considerados protelatórios, visto que o artigo 1.026, §2º do CPC/2015 “mostra-se mais consentâneo com a realidade e, por isso, imprime maior efetividade à multa, ao elevar seu limite para dois por cento e ao estabelecer sua incidência não mais sobre o valor histórico, mas sobre o valor atualizado da causa”⁷⁹.

Não obstante, preceitua o artigo 1.026, §3º que “na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final”⁸⁰.

De acordo com Cunha⁸¹ “o dispositivo revela uma incongruência irremediável. A imposição de multa ao beneficiário de gratuidade da justiça é

⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 98.

⁷⁸ CUNHA, Marcelo Garcia da. Anotações aos arts. 1.022 a 1.026. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB RS. Novo código de processo civil anotado. – Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpc-anotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016. p. 801.

⁷⁹ op. cit. 77, p. 805.

⁸⁰ p. cit. 38.

⁸¹ op. cit. 77, p. 805.

perfeitamente admissível, que deverá recolhê-la ao final do processo”, porém, “o dispositivo deveria ressaltar que a exigibilidade da penalidade somente seria factível se modificada a condição financeira da parte beneficiária da gratuidade”, tendo em vista que a situação de hipossuficiência é incompatível com a condenação ao pagamento da multa, pois “a parte que litiga sob a gratuidade não pode ser considerada carente para certos atos do processo e, para outros, como é o caso do pagamento de multa, não”.

Logo, observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 buscou meios para que houvesse maior aplicabilidade dos embargos de declaração, visando dar efetividade e clareza à decisão embargada, contudo, tais disposições provocaram certas discussões e manifestações doutrinárias, conforme supraevidenciado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os embargos de declaração, considerado pela maioria doutrinária como recurso, têm por objetivo o esclarecimento da obscuridade, a solução da contradição, o suprimento da omissão, ou a correção do erro material na decisão embargada, objetivando esclarecer ou complementar, tornando os pronunciamentos judiciais límpidos e precisos. Porém, excepcionalmente os embargos assumem cunho infringente, alterando consideravelmente a decisão.

Além de sua finalidade primária, os embargos declaratórios, buscam viabilizar o processamento dos recursos especial e extraordinário por meio do prequestionamento.

Ademais, constata-se que os respectivos embargos evitam que a decisão “defeituosa” transite em julgado e cause prejuízos às partes, sendo ainda o instrumento pelo qual se realiza a efetiva função jurisdicional, servindo-se a integrar, suprir e completar qualquer distorção, defeito ou falha na decisão, entregando desta forma a prestação jurisdicional.

Desse modo, conclui-se pela análise histórica, jurisprudencial, doutrinária e legislativa, sob o olhar do Código de Processo Civil de 2015, que houve grandes aprimoramentos no que tange a regulamentação dos embargos declaratórios e sua aplicação na prática processual. E, atualmente, é um importante instrumento para a efetivação da concessão da tutela às partes.

Buscou-se, por fim, a partir de discussão de posições divergentes, propor novas reflexões sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ARES, Régis Cardoso. **Os embargos de declaração e breves comentários sobre as alterações propostas pelo Poder Legislativo**, 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4966/Os-embargos-de-declaracao-e-breves-comentarios-sobre-as-alteracoes-propostas-pelo-Poder-Legislativo>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

BARROSO, Marcelo Lopes. Embargos de Declaração. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2305>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. ed. 51. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 356**. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=356.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

BRITO, Leonardo Franco. **O efeito suspensivo no recurso de embargos de declaração**. 2013.42 f. Monografia (Preparação à Magistratura em nível de Especialização). Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, 2013.

CALURI, Lucas Naif. **Recursos no novo código de processo civil**. São Paulo: LTr, 2015.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Anotações aos arts. 1.022 a 1.026. In: **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB RS. Novo código de processo civil anotado**. - Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Bookseller: Campinas, 1998, vol. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____; 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. reformn. – Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FARIAS, Talden Queiroz. Dos embargos declaratórios com efeito modificativo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1542>. Acesso em: 29 jul. 2016.

FERNANDEZ, Monica Tonetto. Dos embargos de declaração. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 5, 2001. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **Quando a adoção de um posicionamento pelo magistrado configura 'erro material'**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-04/silvano-flumignan-quando-posicao-juiz-configura-erro-material>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. **Teoria geral dos recursos revisitada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GARCIA, José Ailton; OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Embargos de declaração e suas alterações no projeto do novo código de processo civil. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro - SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 39-40, dez. 2013. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrb/article/viewFile/482/367>. Acesso em: 21 jul. 2016.

GENERALI, Fernanda. **Aspectos polêmicos dos embargos infringentes**. 2007.30 f. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/fernanda_generali.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Thales Fernando. Efeitos infringentes dos embargos de declaração. **Revista de direito público**, londrina, v. 2, n. 2, p. 115-122, maio/ago. 2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11459>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, Rebecca Alonso. **Considerações acerca dos embargos de declaração**, 2015. Disponível em: < <http://rebeccaalonso.jusbrasil.com.br/artigos/143732536/consideracoes-acerca-dos-embargos-de-declaracao>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PERES, Raphael José Gireli. **Os embargos de declaração com efeito infringente e o dogma do contraditório**, 2012. Disponível em: < <http://www.oabes.org.br/noticias/os-embargos-de-declaracao-com-efeito-infringente-e-o-dogma-do-contraditorio-554337.html> >. Acesso em: 29 jul. 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Embargos de declaração**, 2010. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/540566 >. Acesso em: 29 jul. 2016.

RUBIN, Fernando. **O cabimento dos embargos de declaração para uma prestação jurisdicional efetiva**, 2014. Disponível em: <<http://fernandorubin.jusbrasil.com.br/artigos/121943687/o-cabimento-dos-embargos-de-declaracao-para-uma-prestacao-jurisdicional-efetiva>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

SEHNEM, Felix. Embargos declaratórios. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3681>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. Novo CPC: contagem dos prazos processuais, em especial para a Advocacia Pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4436, 24 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40137>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

SPRADA, Fernando César. **Efeitos modificativos dos embargos de declaração**. 2002. 40 f. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão Judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESE FIRMADA EM JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS OU EM SÚMULA VINCULANTE NA TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA RECURSAL¹

Marcelo José Forin²

RESUMO

A tutela da evidência, no âmbito recursal, hoje é uma realidade da qual não se pode deixar de destacar a sua fundamental importância na ordem processual civil brasileira. A partir da reforma do Poder Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional 45, inaugurou-se a preocupação com a efetivação do direito material, em detrimento a exacerba formalidade processual. Em contrapartida instituíram-se fórmulas que prestigiam as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de tal modo que, a *causa decidendi* (*holding*) deve ser obrigatoriamente observada nas decisões posteriores a serem editadas pelos demais Tribunais. O novo Código de Processo Civil, em aderência a esses princípios da Emenda Constitucional 45, fortalece os julgamentos nos Tribunais, deferindo a hipótese de decidir, imediatamente, sem delongas, os recursos que contrariem as teses firmadas em julgamento de recursos repetitivos ou em súmula vinculante. Evidentemente, essa hipótese jurídica valoriza os princípios constitucionais da isonomia judicial e da segurança jurídica, impossibilitando que recursos incabíveis ou meramente protelatórios se acumulem nos Tribunais. Trata-se de regras indispensáveis ao sistema processual civil em um Estado Democrático de Direito, que filtram e vedam discussões inúteis que já foram exaustivamente apreciadas e julgadas pelas instâncias judiciais mais elevadas. Pretende-se neste artigo defender a importância e a relevância da matéria.

¹ Artigo entregue para conclusão de crédito ao curso de mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, referente ao módulo "Recursos no Direito Constitucional Processual Civil", Professor Doutor Luís Henrique Barbante Franzé.

² Mestrando em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE

Tutelas provisórias. Tutela da evidência. Teses firmadas. Casos repetitivos. Súmula vinculante. Recursos. Poderes do relator.

SUBSTRACT

The evidence injunction, in the appellate scope, is now a fact one cannot fail to stress due to its crucial role in the civil procedural law of Brazilian legal order. Since the reform of the Judiciary introduced by the Constitutional Amendment 45, it has been a matter of concern the accomplishment of the substantive law rather than the exacerbated procedural formality. In contrast, formulas that highly regard the decisions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice were introduced so that a *causa decidendi* (holding) must be observed in subsequent decisions by other Courts. The new Civil Procedural Code, fully aligned to the Constitutional Amendment 45 principles, reinforces the Courts verdicts, granting them a chance to sentence at once those appeals contrary either to any thesis already confirmed in the repetitive appeal judgement or to binding precedent. Obviously, such legal thesis values the constitutional principles of legal equality and legal certainty, preventing the not applicable or merely dilatory appeals from piling up in Courts. This is an imperative rule for the civil procedural system in democratic constitutional states that both strain and block any unnecessary discussions which have already been thoroughly looked into and judged by higher courts. The purpose of this essay is to uphold the importance and relevance of such subject.

1. PROLUSÃO AO TEMA

A introdução de uma nova ordem processual civil no ordenamento jurídico nacional se justifica quando harmonizado com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito e, mais ainda, para assegurar a missão relevante do desempenho da ordem pública, permitindo, sem muita demora, a pacificação social, eliminando litígios de maneira justa e sob o rigor da lei, de interesse das partes e de toda a sociedade.

A Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil destacou as mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do direito, ouvidas em todo país, tendo como uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas, deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais³.

E continua a Exposição de Motivos indicando o avanço e o amadurecimento da processualística ao dispor que o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa⁴.

Esse avanço não se olvidou da obrigação de harmonizar-se com os princípios constitucionais que não dispensam o contraditório e a economia processual, cuja ponderação pode ser apreendida na lição atual de Humberto Theodoro Júnior:

Com aplicações práticas do princípio da economia processual, podem ser citados os seguintes exemplos: indeferimento, desde logo, da inicial, quando a demanda não reúne os requisitos legais; denegação de provas inúteis; coibição de incidentes irrelevantes para a causa; permissão de acumulação de pretensões conexas num só processo; fixação de tabela de custas pelo Estado, para evitar abusos dos serventuários da Justiça; possibilidade de antecipar julgamento de mérito, quando não houver necessidade de provas orais em audiência; saneamento do processo antes da instrução etc.⁵.

³ Exposição de Motivos. Anteprojeto de Código de Processo Civil. «<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>». Acesso em 11/07/2016.

⁴ Exposição de Motivos. Idem.

⁵ Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, São Paulo: Editora Forense, 57ª ed. 2016, págs. 64/65.

E, referente às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a Exposição de Motivos defende que se permite no novo Código de Processo Civil que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçãoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade⁶.

Nesse contexto, as ações cautelares têm novo regramento, com a possibilidade da tutela da evidência permitir ao Poder Judiciário rapidez nos julgamentos naquelas hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva, devendo a tutela ser antecipada, total ou parcialmente, concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano⁷.

O Livro V, da Parte Geral do novo Código de Processo Civil, cuida da Tutela Provisória, disposto em três títulos.

O primeiro: das Disposições Gerais, arts. 294 a 299; o segundo: Da Tutela de Urgência, arts. 300 a 310, tratando o Capítulo I, das Disposições Gerais (arts. 300 a 302), o Capítulo II, do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente (arts. 303 a 310), e o Capítulo III, do Procedimento da Tutela Cautelar em Caráter Antecedente e o terceiro: da Tutela da Evidência (art. 311).

Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária, isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar ao pronunciamento de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza. Podem fundar-se em urgência ou em evidência, daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela de evidência⁸.

A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou risco do resultado útil do processo (art. 300), podendo o juiz, ao analisar o caso, exigir caução real ou fidejussória para ressarcir os danos que a outra parte vir a sofrer, podendo ser dispensada em caso da parte ser economicamente hipossuficiente (§ 1º, do art. 300).

A tutela de evidência tem como objeto principal a proteção do direito. O que se tem em mira, nessa modalidade de tutela provisória, não é afastar o perigo

⁶ Exposição de Motivos. Idem.

⁷ Exposição de Motivos. Idem.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Editora Atlas, 2015, pág. 157.

de dano gerado pela demora do processo, é eliminar, de imediato, a injustiça de manter insatisfeito um direito subjetivo, que, a toda evidência, existe e, assim merece a tutela do Poder Judiciário⁹.

O tema específico a ser tratado, diz respeito à tutela da evidência recursal disciplinada nos arts. 311, II¹⁰ e 299, parágrafo único¹¹, do novo Código de Processo Civil.

Não se pode deixar de mencionar que essa regra adotada no novo Código de Processo Civil é um avanço que prestigia o entendimento dos Tribunais superiores que, à exaustão, discutiram a matéria de direito e pacificaram o entendimento que deve ser seguido pelos próprios Tribunais superiores e pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais.

2. A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 30 de dezembro de 2004, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a Emenda Constitucional 45, alterando dispositivos da Constituição Federal, atinentes à denominada reforma do Poder Judiciário, para dar uma resposta à sociedade, a respeito da conhecida crise da justiça, com a finalidade de acelerar a duração dos processos em tempo razoável, respeitando o devido processo legal, desfavorecendo a impunidade, o desrespeito à lei e não incentivar as demandas meramente protelatórias.

Essa Emenda Constitucional 45, pretende racionalizar a prestação jurisdicional, notadamente quanto aos aspectos do sistema recursal. Apesar de não ter abrangência para resolver, por completo, as aflições da crise da justiça, traça outros caminhos relevantes para o resguardo da função constitucional do Supremo Tribunal Federal.

O novo Código de Processo Civil, inspirado na Emenda Constitucional n^o 45, traçou os mesmos anseios similares da duração razoável do processo e da efetividade do processo.

⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Editora Forense, 57^a ed. 2016, pág. 611.

¹⁰ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

¹¹ Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Como mecanismo dessa agilização do andamento processual, o art. 2º, da Emenda Constitucional 45, introduziu o art. 103-A, na Constituição Federal e criou a súmula vinculante, prestigiando, portanto, a autoridade do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da súmula vinculante é prestigiar a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica¹².

A súmula vinculante é um verbete editado pelo Supremo Tribunal Federal, apoiado em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O enunciado tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Para a edição de súmula vinculante é necessário ao menos dois terços dos membros do Tribunal concordem com sua aprovação¹³.

O art. 1º, da Emenda Constitucional 45, alterou o § 3º, do art. 102, da Constituição Federal para introduzir a repercussão geral das questões constitucionais, fundado, evidentemente, na atuação extraordinária do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário, quando tratar-se de caso de relevância que se sobreponha ao interesse intersubjetivo das partes.

A repercussão geral tem o objetivo de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os recursos extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de repercussão geral é analisada pelo Plenário, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um recurso extraordinário são necessários pelo menos oito votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do

¹² § 1º do art. 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45. Consultado na página eletrônica «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm». Acesso em 11/07/2016.

¹³ Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal. Consultado na página eletrônica «<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbetes.asp?letra=S&id=581>». Acesso em 12/07/2016.

recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm vinte dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria¹⁴.

Representa assim, a culminância da atividade jurisdicional, expressando a última palavra em matéria constitucional, unificando o entendimento sobre a matéria, a fim de que haja integridade do sistema jurídico nacional, procurando, com isso, deixar de funcionar na prática como mais uma instância ordinária¹⁵.

De conseguinte, a função do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, é proteger a Constituição da República Federativa do Brasil, analisar os recursos que tratem de ofensa à Constituição Federal e ser o responsável para julgar as matérias que, pela natureza, cabem exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal e estão dispostas no art. 102, da Constituição Federal.

A Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, ao regulamentar o § 3º, do art. 102, da Constituição Federal, incluiu os arts. 543-A e 543-B, no antigo Código de Processo Civil — Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — e estabeleceu os requisitos da repercussão geral e dos recursos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A função do Superior Tribunal de Justiça é a proteção das leis federais, visando com suas decisões que os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Estaduais e do Distrito Federal de segunda instância harmonizem seus entendimentos sobre determinado assunto. Analisa recursos que demonstrem contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

A Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008, acrescentou o art. 543-C ao Código de Processo Civil de 1973 e estabeleceu o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Iniciou-se, desse modo, a uniformização do julgamento de múltiplos recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, aclamando explicitamente o princípio da celeridade e da razoável duração do processo, conforme entabulado no art. 5º, LXXVIII¹⁶, da Constituição Federal, com a intenção de diminuição de acúmulo de processos nos Tribunais Superiores e, dessa maneira, fortalecer o

¹⁴ Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal. Consultado na página eletrônica «<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>». Acesso em 12/07/2016.

¹⁵ RODOVALHO, Thiago. Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada 6, Coordenador Geral Fredie Didier Júnior, Salvador: Editora JusPodivm, 2ª ed. 2016. págs. 92/93.

¹⁶ Incluído pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004.

princípio da isonomia judicial e a segurança jurídica.

Vitor Cretella Passos Silva, *A Novel Sistemática de Sobrestamento, na Origem, dos “Recursos Repetitivos”*: Breves Apontamentos sobre o Art. 543-C do CPC, leciona:

... tal sistemática contribui sobremaneira para a intensificação das recentes reformas processuais que vêm ocorrendo desde a Emenda Constitucional nº 45, em que se percebe uma nítida preocupação de garantir a uniformidade no trato do direito positivo e o prestígio dos precedentes jurisprudenciais. Isso porque o sobrestamento dos recursos dito “repetitivos” acaba constituindo, por reflexo, um “filtro” das controvérsias submetidas às instâncias excepcionais, evitando que sejam elas reiteradamente instadas a se pronunciar sobre uma questão jurídica já devidamente debatida e pacificada¹⁷.

A Subseção II, do Capítulo VI, do Livro III, do novo Código de Processo Civil, não interrompeu o filtro das controvérsias e cuida nos arts. 1.036¹⁸ a 1.041, do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

A experiência positiva com que se houve no julgamento das matérias infraconstitucionais levaram à técnica jurídica de incluir o julgamento de casos de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito. Portanto, avançou o legislador ordinário nas questões atinentes ao Supremo Tribunal Federal.

O novo Código de Processo Civil deu um passo a mais no início do Livro III, que cuida dos processos nos Tribunais, cujas disposições gerais, designa no art. 926, que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

3. SISTEMA DOS PRECEDENTES

Decisivamente, o novo Código de Processo Civil, adotou, com essas regras, o sistema de precedentes que não se confunde com a fundamentação.

Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um Tribunal em

¹⁷ Âmbito Jurídico. Página eletrônica «http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9315». Acesso em 12/07/2016.

¹⁸ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Página eletrônica «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm». Acesso em 12/07/2016.

outro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquire força jurídica, mas só a resposta dada pelo Tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se opõe da mesma maneira no caso a resolver agora¹⁹.

A *ratio decidendi*, comumente utilizada no sistema jurídico inglês, ou *holding*, empregado preferencialmente entre os norte-americanos, é a tese jurídica ou o princípio jurídico que constrói e justifica na fundamentação da decisão judicial. Em outras palavras é o que, de forma conhecida, por julgamento anterior, não deixe dúvidas quanto à sua aplicação e em qual situação incidirá em um caso concreto.

O art. 927, II e III, do novo Código de Processo Civil²⁰, contém, reconhecida-mente, o precedente obrigatório ou vinculante, ou, ainda, o *binding precedent*, com autoridade de obrigar o julgador, independentemente de discussão ou provocação das partes, conhecendo *ex officio*, porém ouvindo as partes a seu respeito (arts. 10 e 927, § 1º, do novo CPC), em casos semelhantes, adotar a *causa decidendi* do Tribunal e aos juízes a eles vinculados que desempenham a atividade jurisdicional e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Portanto, nesse contexto, os Enunciados nºs 169 e 170, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, assentam:

Enunciado 169: Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes.

Enunciado 170: As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.

No caso de não serem ouvidas as partes, a respeito de tese firmada em casos repetitivos sob julgamento, prevê o art. 1.022, parágrafo único, I, do novo Código de Processo Civil, a hipótese de caber embargos de declaração para suprir omissão de questão a qual deveria se manifestar de ofício (art. 1.022, II, do novo CPC).

Embora o art. 1.022, parágrafo único, I, do novo Código de Processo Civil, não indique a possibilidade de caber embargos de declaração em decisão omissa

¹⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1997, p. 611. Apud JÚNIOR. Fredie Didie. BRAGA, Paula Sarno. DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora JusPodivm. 2015, pág. 443.

²⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: 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.

quanto à falta de manifestação a respeito de súmula vinculante, tem-se de interpretar extensivamente para incluir essa possibilidade, integrando, desse modo, a decisão por uma questão de coerência e unidade do sistema processual civil em vigor.

3.1. Precedentes em teses firmadas em casos repetitivos

Os precedentes em teses firmadas em casos repetitivos de recurso extraordinário e especial estão previstos nos arts. 489, § 1º, 984, § 2º e 1.038, § 3º, do novo Código de Processo Civil, cuja especificidade para a formação do precedente é o dever dos Tribunais enfrentarem todos os argumentos favoráveis e contrários das partes, incluindo-se, ainda, a participação democrática, com ampliação do contraditório: instalação de audiência pública e admissão de *amicus curae* (arts. 138, 927, § 2º, 983 e 1.038, I e II, do novo CPC).

O novo Código de Processo Civil implantou um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios. Trata-se de uma peculiaridade brasileira. Exige-se que o processo de formação do precedente se dê nesses termos, pois na sua interpretação e na sua aplicação a casos futuros e similares bastará que o órgão julgador verifique se é ou não caso de distinção ou superação (art. 489, § 1º, V e VI e 927, § 1º, CPC); se for, o precedente não será aplicado; se não for, o precedente será aplicado e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorporará automaticamente à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou reelaborá-la, razão pela qual não é exigível a observância do art. 489, § 1º, IV, CPC. Essa é uma das facetas da inércia argumentativa própria de um sistema de precedentes, conforme examinado. Somente assim o sistema ganha o mínimo de racionalidade²¹.

O dever de uniformização da jurisprudência salienta a importância de superar a própria divergência que existe entre seus órgãos internos ao enfrentarem as questões jurídicas, condicionando a manter a jurisprudência estável.

Para que haja superação do precedente, a discussão deve ser ampla e devidamente justificada, por meio de argumentos sólidos e qualificados (art. 489, § 1º, VI, do novo CPC).

3.2. Precedentes em teses firmadas em súmula vinculante

Decursivo do art. 103-A, da Constituição Federal e da Lei nº 11.417, de 19 de

²¹ JÚNIOR, Fredie Didier. BRAGA, Paula Sarno. DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. pág. 466.

dezembro de 2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, o art. 927, II, do novo Código de Processo Civil, impõe a observação do precedente obrigatório em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal e aos demais órgãos jurisdicionais e pela Administração Pública direta e indireta, em todas as instâncias e esferas (municipal, estadual, distrital e federal).

Consoante a Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, poderá editar súmula vinculante quando houver reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, cuja controvérsia seja atual e gere grave insegurança e risco de multiplicação de processos.

O art. 3º, § 2º, da Lei da Súmula Vinculante, indica uma regra de importância básica em respeito a princípio democrático, a pontuar que no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o relator poderá admitir por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros sobre a questão, conforme indicar o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disciplina nos arts. 354-A até 354-G, o procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, importando, em amplo e transparente meio de discussão de questão constitucional, participando o Procurador Geral da República, aos Ministros da Comissão de Jurisprudência, aos demais Ministros para que se manifestem sobre a proposta e submissão à deliberação do Tribunal Pleno.

Dá-se prioridade, conforme a dicção do art. 354-E, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de questões já decididas em questão com repercussão geral reconhecida em julgamento de recurso extraordinário.

Não se pode negar que a participação democrática de terceiros interessados, o *amicus curae*, é crucial para que a súmula vinculante amadureça a *causa decidendi*. Uma vez fixada a *causa decidendi* em súmula vinculante, eventual discussão judicial sobre a matéria de direito perante qualquer Tribunal ou na Administração Pública direta ou indireta, é atualmente motivo para deferimento liminar de impugnação de qualquer decisão no sistema recursal.

4. TUTELA DA EVIDÊNCIA RECURSAL EM TESES FIRMADAS EM RECURSOS REPETITIVOS E SÚMULA VINCULANTE

A tutela da evidência recursal será aplicada de ofício pelo Relator em voto fundamentado, nos termos do art. 932, IV, letras “a” e “b” ou V, letras “a” e “b”, do novo Código de Processo Civil, mitigando, portanto, o princípio da colegialidade, ao ponto de racionalizar o trabalho dos Tribunais.

Cuida-se de negar ou dar provimento ao recurso, e, portanto, de questão de mérito do recurso e não mais de pressuposto de admissibilidade.

Teses firmadas ou, mais especificamente, as decisões do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça em casos de recursos repetitivos ou súmula vinculante, é sinônimo da segurança jurídica, posto que previamente está demonstrada à sociedade a decisão sobre o direito material ou processual a ser aplicada no caso concreto, ao se valer o Tribunal de discursos e julgamentos jurídicos específicos e exaustivamente.

Neste sentido, as decisões paradigmáticas proferidas pelas Cortes Superiores contribuem, justamente, para que o discurso jurídico se dê de forma mais racional, conferindo, pois, maior segurança jurídica aos jurisdicionados, que têm como saber o que esperar do judiciário (previsibilidade), lembrando-se ser a segurança jurídica um valor em si mesmo, necessário à vida em sociedade e que precisa ser respeitado²².

Com a realização das experiências de uma sociedade pluralista e democrática, a realização dos anseios constitucionais e a aplicação de seus preceptivos, se tornam eficazes.

Vale trazer à baila o entendimento do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Inocêncio Mártires Coelho, *As Ideias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*²³:

Com base na experiência, obviamente em razão do fato de vivermos numa sociedade razoavelmente pluralista e democrática, pode-se dizer que, até certo ponto, essa abertura hermenêutica já existe entre nós e que ela se manifesta difusamente - pelo modo como os agentes políticos aplicam a Constituição nas diversas instâncias de decisão -, do que resulta minimamente ampliado o círculo dos participantes da realização constitucional, assim como assegurada, embora também em grau mínimo, a influência social sobre os funcionários da interpretação constitucional. Nesse contexto, o que se faz necessário, portanto, é institucionalizarmos procedimentos que densifiquem a intervenção de terceiros no processo de interpretação e aplicação da lei fundamental. Afinal de contas, independentemente das suas peculiaridades, nunca é demais relembrar que no âmbito da jurisdição

²² JÚNIOR, Humberto Theodoro. *A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Pública*. Revista de Processo, nº 136, jun/2006, p. 36. Apud RODOVALHO, Thiago. *Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada 6, Coordenador Geral Fredie Didier Júnior, Salvador: Editora JusPodivm, 2ª ed. 2016. págs. 92/93.

²³ Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Vol. 211, pág. 126.

constitucional, aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se politicamente não alcançados pelos efeitos da coisa julgada e, por via de consequência, autorizados a ignorar a força normativa da Constituição.

Por isso, também sob esse ângulo, digamos procedimental, afigura-se conveniente que todos possam participar do jogo interpretativo, quando mais não seja para que não se animem a virar-lhe a mesa ou a contestar o seu resultado.

Ao se pronunciar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça nas teses firmadas em recursos repetitivos e súmula vinculante, o processo democrático tem sua função social desempenhada de forma que a interpretação jurídica servirá aos casos futuros.

Complementando essa lição, Humberto Theodoro Júnior²⁴, com seu estro peculiar expõe:

De fato, na constitucionalização do processo democrático, no Estado contemporâneo, não cabe mais pensar-se num comando processual apoiado no livre convencimento e na livre apreciação da prova a cargo do juiz, pelo risco que tais critérios trazem de gerar decisões conforme a consciência do julgador, quando se sabe que toda evolução do Estado Constitucional contemporâneo se deu no sentido de que, no processo, as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicológica. A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenha sobre as leis e fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produto de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado.

Ao inovar o sistema processual civil com a intenção de produzir eficácia pacificadora de litígios múltiplos, a economia processual e a racionalização em evitar decisões em questões iguais sejam contraditórias, é fator decisivo e que se deve dar como uma solução adequada.

Humberto Theodor Júnior²⁵ assenta que:

²⁴ Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Editora Forense, 2016, pág. 881, apud STRECK, Lênio Luiz. O Que É Isto – Decisão Conforme Minha Consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 117.

²⁵ Ob. Cit., pág. 1.138.

... intenta implantar uniformidade de tratamento judicial a todos os possíveis litigantes colocados em situação igual àquela disputada no caso padrão... Trata-se, portanto, de remédio processual de incontestável caráter coletivo. Seu objetivo, contudo, é apenas estabelecer a tese de direito a ser aplicada em outros recursos, cuja existência não desaparece, visto que apenas se suspendem temporariamente e, após, haverão de sujeitar-se a decisões, caso a caso, pelos diferentes desembargadores que detêm competência para pronunciá-las.

O sistema recursal moderno não tem mais lugar para discutir teses que já tiveram a oportunidade de serem amplamente discutidas pelos Tribunais constitucionais e não mais motivo para desperdícios de tempo e de gestão de recursos financeiros e humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De conseguinte, o sistema recursal no novo Código de Processo Civil está em reciprocidade com a Constituição Federal, cujas cortes constitucionais — Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça — têm a função de unificar o entendimento sobre o Direito para que não ocorra desintegridade do sistema jurídico.

Thiago Rodovalho²⁶ leciona com seu estro peculiar:

A função da Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é dar a sociedade certa previsibilidade (racionalidade do discurso jurídico) das decisões, para que cada cidadão saiba o que esperar e qual é o *agire licere*, não ficando refém de uma “loteria jurídica”, que tanto compromete a vida dos cidadãos e afeta o mundo dos negócios (afetando investimentos e impactando o denominado “custo Brasil”).

As cortes superiores (como instâncias extraordinárias) consubstanciam-se, pois, em imprescindível instrumento de racionalização do discurso jurídico, uniformizando o entendimento sobre a CF (STF) e sobre a lei federal (STJ), funcionando seus julgados como precedentes a orientar a atuação das instâncias ordinárias, razão pela qual devem ser exemplares e paradigmáticos, pois seus “pronunciamentos exorbitam do interesse das partes, pro-

²⁶ Ob. Cit., pág. 96/97. Com lição de NETO, José Manoel de Arruda Alvim. A Alta Função Jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Âmbito do Recurso Especial e a Relevância das Questões. STJ 10 anos: Obra Comemorativa 1989-1999, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, págs. 38/39.

jetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta influenciando.

O avanço constitucional conferiu ao relator poderes capazes de aplicar com segurança e rapidez indispensável, filtros contra os recursos meramente protelatórios ou infundados, o que evidentemente era o anseio dos jurisdicionados e de todo os envolvidos no processo e, dessa maneira, estão os princípios da segurança jurídica e da igualdade judicial prestigiados pelo sistema processual brasileiro.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FILHO, Ronaldo José de Souza Paulino. **A Tutela de Evidência como Instrumento de Acesso a um Justo Processo**. Consultado no sítio Eletrônico http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12650. Acesso em 18 abr. 2016.

JÚNIOR, Fredie Didier. Coordenador. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Vol. 6. **Tutela Provisória**. 1ª ed. Editora JusPodivm: Salvador, 2016.

JÚNIOR, Fredie Didier. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. 10ª ed. Editora JusPodivm: Salvador, 2015.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I e III. 57ª edição, São Paulo: Editora Forense, 2016.

KERN, Douglas Rysdyk. **A Tutela de Evidência no Código de Processo Civil e no Projeto do Novo CPC**. Consultado no sítio eletrônico <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-tutela-da-evidencia-no-codigo-de-processo-civil-vigente-e-no-projeto-do-novo-cpc,44248.html>>. Acesso em 18 abr. 2016.

O AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Adriano Bonametti

RESUMO

O novo Código de Processo Civil traz em si muito mais uma reforma substancial e significativa do que propriamente uma inovação integral. Dentre as mudanças havidas, merece atenção deste trabalho a reforma recursal, especialmente em relação ao recurso de agravo, tendo havido a supressão total da modalidade retida, bem como a estipulação de rol taxativo para o cabimento do agravo de instrumento. Outras decisões judiciais antes recorríveis por agravo são relegadas ao inconformismo do recurso de apelação. Em consequência de tais mudanças, o presente trabalho se debruça sobre sua real contribuição, ou não, para maior celeridade e efetividade do processo. Embora a resposta definitiva provavelmente dependa da aplicação prática do novo estatuto, é possível que a reforma processual, no particular, efetivamente desafogue o Poder Judiciário em segunda instância. E, sentido contrário, também parece razoável que tais alterações em nada modifiquem o trâmite do processo em virtude da sobrecarga de questões a enfrentar em sede de recurso de apelação. De qualquer maneira, é certo que as decisões judiciais interlocutórias que causem prejuízo à parte, ainda que não recorríveis por agravo pelo novo diploma legal, deverão merecer oportunidade de questionamento e reexame, a denotar o não atingimento do objetivo colimado na reforma.

PALAVRAS-CHAVE

Reforma Processual, Novo Código de Processo Civil, Recurso de Agravo, Agravo de Instrumento.

ABSTRACT

The new Civil Procedure Code brings with it more substantial and meaningful reform than actually an integral innovation. Among the changes occurred, deserves attention in this work to reform appeal, especially in relation to interlocutory appeal, having been the complete elimination of retained mode, as well as the

stipulation exhaustive list for the pertinence of interlocutory appeal. Other court decisions before appealable by injury are relegated to the nonconformity of the appeal. As a result of these changes, this paper focuses on its real contribution, or not, for greater speed and effectiveness of the process. Although the final answer probably depends on the practical application of the new statute, it is possible that procedural reform, in particular, effectively set free the judiciary on appeal. And the other hand, it also seems reasonable that this would in no way modify the processing of the process due to workload issues to be addressed in appellate appeal. Anyway, it is certain that the interlocutory judgments that cause damage to the party, although not appealable by injury the new law, shall be given the opportunity of questioning and review, the denote the non-achievement of the objective collimated in retirement.

KEYWORDS

Procedural Reform, New Civil Procedure Code, Interlocutory Appeal, Instrument Appeal.

INTRODUÇÃO

O primeiro ponto a merecer destaque em relação ao novo Código de Processo Civil, reside no fato de que as linhas principais do estatuto processual de 1973 serão mantidas, como não poderia deixar de ser, até por imperativo constitucional. Ficam então inalterados os mais importantes aspectos do Código de Processo Civil substituído, especialmente aqueles relacionados ao devido processo legal, ao juiz natural, ao direito de defesa, ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição etc.

Essa renovação e adequação do processo aos tempos atuais se fizeram necessárias porquanto a legislação a substituir, embora tenha sofrido inúmeras alterações, já completara quarenta anos de vigência. A despeito de restarem mantidas as linhas principais do processo, é louvável a intenção do legislador em conferir maior celeridade e efetividade ao processo, conquanto não seja a nova disciplina legal, por si só, capaz de atingir esse objetivo.

E no que tange aos recursos, a reforma trazida pelo novo código pode até limitar as hipóteses de cabimento dos recursos, todavia não suprime, ainda que preveja oportunidade diferida, a possibilidade de manifestar-se em inconformismo, provocando o reexame da decisão que se pretende anular, reformar ou integrar e corrigir. Isso se dá especialmente por força do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, também tido por alguns como garantia constitucional do processo, embora não assim expressa no texto constitucional.

Estão assim preservadas quase todas as espécies recursais, bem como a observância dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Quanto aos recursos, conquanto possa ter havido a supressão desta ou daquela modalidade, em geral permanecem inalteradas as principais formas de impugnação dos pronunciamentos judiciais, sejam elas proferidos em qualquer tipo de processo ou grau de jurisdição.

A par da manutenção da essência do processo como instrumento de aplicação do direito material ao caso concreto, prioritária a análise dos pontos contidos na reforma processual trazida pelo novo código, no âmbito dos recursos, sobre os quais se revela incerta a busca maior celeridade e efetividade.

E o presente estudo se refere ao recurso de agravo na sua modalidade prevista no novo Código de Processo Civil com finalidade infringente em relação à decisão de mérito de primeiro grau, que é o agravo de instrumento.

Além deste, conquanto não sejam aqui tratados, há o agravo interno e os agravos em recurso especial e em recurso extraordinário, utilizáveis, em geral, nas hipóteses de inadmissão desses recursos extremos, ou mesmo quando houver

indeferimento de pedido de sua inadmissão.

A questão que se coloca em virtude da nova disciplina recursal, levando em consideração a supressão do recurso de agravo na modalidade retida, bem como a restrição, com rol taxativo, das hipóteses em que será cabível o agravo de instrumento, é em qual medida essas alterações trazidas pelo legislador pátrio influem para atingir o objetivo do novo código, que é um maior acesso à Justiça e que esta seja distribuída de maneira justa, célere e efetiva.

É bem provável que, em um primeiro momento, haja certo desafogo dos recursos de agravo de instrumento que aportam aos tribunais e antecedem aos recursos de apelação, dada a nova limitação legal para o agravo.

Entretanto, também é razoável supor que os recursos de apelação, nos quais poderá haver o questionamento, em sede preliminar, de todas as decisões interlocutórias não agraváveis por instrumento, fiquem sobrecarregados em razão dessa possível amplitude e, assim, os tribunais continuem sobrecarregados de recursos a julgar. Não mais infundáveis agravos de instrumento e uma apelação, mas uma apelação com infundáveis questionamentos preliminares.

A solução, contudo, não parece certa ou óbvia. É prudente a constatação de que apenas a prática de foro, a casuística, apresentará a resposta para tais dúvidas. O que é certo e louvável nesse novo diploma legal é o respeito aos princípios constitucionais do processo, mormente o da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, cuja observância possibilitará, de igual forma e praticamente com os mesmos meios recursais de antes, a impugnação dos mais diversos pronunciamentos judiciais.

OS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS E O DIREITO DE RECORRER

O artigo 203, do novo Código de Processo Civil enumera quais são os pronunciamentos judiciais, sem fazer qualquer distinção entre aqueles que podem ser objeto de recurso e aqueles que se constituem atuação jurisdicional sem qualquer conteúdo decisório.

Nessa última categoria incluíram-se os chamados atos ordinatórios, que são aqueles atos praticados pelo serventuário da justiça para o mero andamento do feito, sem a necessidade de participação do magistrado, embora tais atos, pelo novo diploma, estejam sujeitos à revisão ou revogação por parte do juiz da causa.

Dos atos previstos no citado verbete, não caberão recursos quando houver simples despacho, também conhecido por despacho de mero expediente. Do mesmo modo quando forem praticados, pelo servidor judicial, os atos ordinários, ainda que possivelmente mantidos, revogados ou modificados pela autoridade ju-

dicial *a posteriori*.

Esse é o entendimento da doutrina majoritária. Dentre elas a de Nelson Luiz Pinto.

Os *pronunciamentos* do juiz no processo, por sua vez, classificam-se em *despachos*, *decisões interlocutórias* e *sentenças*, sendo os primeiros pronunciamentos desprovidos de conteúdo decisório e, destarte, irrecorríveis (art. 504 do CPC), enquanto que só os dois últimos, por resolverem questões no processo, têm conteúdo decisório e são, portanto, recorríveis. (PINTO, 2002, p. 32)

Os dois primeiros parágrafos do artigo 203 do novo código elencam as decisões do juiz de primeira instância que podem ser objeto de manifestação recursal: a sentença e as decisões interlocutórias.

Totalmente aceito na doutrina e jurisprudência o entendimento segundo o qual a tais decisões se assemelham aquelas adotadas nos graus superiores de jurisdição, sendo que os acórdãos se assemelham às sentenças e as decisões monocráticas dos relatores às decisões interlocutórias proferidas na primeira instância.

Considerando que o objeto do presente estudo é o recurso de agravo de instrumento no primeiro grau, deixa-se de lado o aprofundamento acerca do recurso de apelação, mantido como meio hábil para a impugnação da sentença proferida pelo juiz da primeira instância, pondo fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extinguindo a execução. São as decisões, portanto, que programam o fim do processo.

Muito embora a apelação não seja tratada de maneira vertical nesse estudo, a mencionada espécie recursal deverá ser minimamente abordada, tendo em vista que em seu bojo, em sede preliminar, serão impugnáveis as decisões interlocutórias, antes agraváveis na modalidade retida ou até por instrumento.

Quanto aos acórdãos e seus meios de impugnação, normalmente destinados aos tribunais de superposição, e mesmo em relação aos antigos embargos infringentes, atualmente mantidos com outra roupagem no artigo 942, do novo Código de Processo Civil, deixará de tratar esse artigo.

No mais, ficam mantidos os embargos de declaração, agora expressamente cabíveis contra qualquer pronunciamento judicial, *ex vi* do artigo 1022, do novo estatuto de processo civil, mantidas suas finalidades integrativas ou esclarecedoras.

Em razão disso, justifica-se o objeto do presente trabalho, cujo escopo é analisar sucintamente a nova sistemática do agravo de instrumento, cabível apenas contra certas e específicas decisões interlocutórias.

O direito de recorrer encontra respaldo no inconformismo, na falibilidade e na maior aceitação da decisão reexaminada (FRANZÉ, 2006).

Em primeiro lugar, conforme o autor, o inconformismo é a pedra fundamental do direito de recorrer, na exata medida em que a parte prejudicada deve ter à sua disposição meio para impugnar a decisão com a qual não se conforma, de modo que não esteja o jurisdicionado sujeito à ditadura de um único magistrado, ou mesmo de um único órgão julgante.

Por isso nossos tribunais proferem suas decisões, em regra, de forma colegiada, a fim de garantir menos falibilidade na decisão. A falibilidade, aliás, desnuda-se característica eminentemente humana e ínsita a todo e qualquer indivíduo. Portanto, em sendo possível a ocorrência de equívoco de qualquer ordem no ofício jurisdicional, clara e evidentemente deve haver a correspondente forma para sua correção.

Em terceiro lugar, como bem destacado pelo citado doutrinador, decisão judicial revista por outros magistrados geram uma maior aceitação para aquele que, embora possa ter a confirmação da decisão que lhe foi desfavorável, o tem por outros juízes, normalmente mais experientes.

Os recursos em geral e os agravos especificamente são meios endo-processuais para a reforma ou anulação de decisão, utilizados na mesma relação jurídica processual e estão presentes em nosso sistema processual constitucional.

Pelo novo código, contudo, há significativas mudanças quanto ao recurso de agravo, constituindo-se talvez a mais importante delas na sistemática dos recursos, posto que as demais espécies recursais estão mantidas ou alteradas singelamente. Assim, resta suprimido definitivamente o agravo retido, antes cabível contra as decisões interlocutórias insuscetíveis de causar à parte dano grave e de difícil ou incerta reparação.

Há as demais decisões interlocutórias de primeiro grau de jurisdição, possivelmente causadoras de danos imediatos de incerta ou impossível reparação, em relação às quais haverá admissão do agravo na modalidade instrumental apenas e tão somente nas hipóteses taxativas do artigo 1015 do novo diploma legal, como adiante se verá.

O AGRAVO DE INSTRUMENTO NA NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL

Tendo sido afastada de nosso ordenamento jurídico processual a possibilidade de interposição de agravo na modalidade retida, cuja apreciação futura dependia da existência de um recurso de apelação, próprio ou não; da menção ex-

pressa, em sede preliminar, para que tal agravo fosse conhecido antes da apelação; bem como dependendo umbilicalmente do conhecimento do recurso de apelação interposto, subsiste no novo estatuto apenas o recurso de agravo na modalidade instrumental.

Mesmo assim, a lei limitou as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, apresentando rol taxativo das decisões interlocutórias, notadamente as mais graves e de difícil ou incerta reparação.

Diante dessa limitação, necessária a transcrição da previsão legal acerca dos pronunciamentos judiciais então agraváveis, de modo que a partir delas, e de sua notória urgência, se passe a analisar o procedimento com suas alterações.

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Nas tutelas provisórias, que se constituem tutelas de urgência, a possibilidade de a decisão judicial equivocada causar dano é certa e iminente, uma vez que tais tutelas podem inclusive antecipar a tutela que só seria alcançada ao final da demanda, isto é, permite-se, nesses casos, a entrega do bem da vida, total ou parcialmente, em caráter liminar.

Na mesma categoria estão as decisões que se relacionam ao mérito do processo, como o julgamento antecipado parcial, passível de impugnação por meio

do recurso de agravo no novo diploma legal, por idêntico motivo.

Também se encontram no rol taxativo do transcrito verbete as hipóteses em que a questão debatida possa se deslocar (ou não) do Poder Judiciário para um árbitro ou instituição de arbitragem; quando houver a apreciação de pedido de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em relação aos sócios para sua responsabilização; bem como em outros casos em que a delonga processual até eventual questionamento em sede de apelação, interposta apenas após proferida sentença, não se justifica.

De natureza análoga são as decisões judiciais prolatadas em fase de liquidação ou cumprimento da sentença, bem como aquelas oriundas do processo de execução e do inventário, conforme expressa previsão do parágrafo único do artigo em análise.

Nas hipóteses restritas para sua válida interposição prevalece a natureza do pronunciamento judicial impugnado, sendo que apenas quanto às decisões interlocutórias, específicas, é que caberá a manifestação de inconformismo aqui tratada.

Também permanecem inalteradas, obviamente, a necessidade do preenchimento dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do recurso de agravo.

Na primeira categoria – a dos requisitos objetivos do recurso – estão: a tempestividade; a regularidade formal; o preparo e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, como a possível retratação do juízo de primeira instância.

Quanto aos pressupostos subjetivos do recurso de agravo, há: o cabimento, com a restrição atual das hipóteses; a legitimidade e o interesse, que decorre da sucumbência, do prejuízo sofrido pela parte recorrente em razão da decisão agravada.

Da mesma maneira, confirmando o que dispõe o diploma anterior, vigora a atribuição do efeito unicamente devolutivo do recurso interposto, também ressaltada, como antes, a possibilidade de se conferir ao agravo de instrumento o efeito suspensivo, desde que preenchidos os mesmos requisitos, principalmente o que se refere à suscetibilidade da decisão agravada causar à parte dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação.

Importante ainda mencionar que, eventualmente e por regra de julgamento, haverá eventual atribuição de outros efeitos ao recurso de agravo, como o efeito substitutivo, expressamente previsto no artigo 1008, do novo Código de Processo Civil, bem como os efeitos translativo e expansivo, dentre outros.

Feitas essas considerações acerca das restritas hipóteses de cabimento, dos pressupostos objetivos e subjetivos do agravo de instrumento e seus efeitos,

ordinários e excepcionais, necessária a análise do procedimento previsto para o agravo no novo estatuto de processo, traçando um paralelo com o atual sistema em vigor, destacando as diferenças e semelhanças entre ambos.

PROCEDIMENTO DO NOVO AGRAVO DE INSTRUMENTO

No Código de Processo Civil de 1973 encontram-se as principais características do procedimento a ser adotado para a válida interposição do agravo, na modalidade por instrumento. Sobretudo no que atine ao endereçamento do recurso, seus requisitos formais e órgão julgador.

Permanece então a previsão de que o agravo será interposto diretamente perante o tribunal competente para apreciar o recurso, mantida a necessidade de informação acerca da utilização do agravo para o questionamento da decisão, quando se tratar de autos físicos.

No particular, há alteração quando forem os autos eletrônicos, hipótese em que não se exigirá a informação ao juízo de primeiro grau, que proferira a decisão, até por uma questão de lógica, pois, se os autos são eletrônicos e há vinculação entre a causa de origem e o recurso de agravo interposto, estes poderão, e até deverão, estar reunidos eletronicamente.

Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento.

§ 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no *caput*, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento.

§ 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.

Além dessa relevante alteração, há a relacionada ao prazo para a interposição do recurso de agravo, uma vez que não será mais de dez, mas de quinze dias.

Na verdade – à exceção dos embargos de declaração, cujo prazo é de cinco dias a contar da decisão embargada – houve uma unificação dos prazos de todos os

recursos para quinze dias, mesmo porque não se justifica tratamento diverso para recursos de finalidade idêntica.

Quanto aos prazos legais e judiciais (excetuados os convencionais), não é demais lembrar que a contagem em dias é feita de forma diferente pelo novo código, sendo considerados apenas os dias úteis, mantidas as disposições acerca de início e término da contagem.

A forma para interposição do recurso de agravo também fica mantida, sendo a petição dirigida diretamente ao tribunal, com as razões recursais em anexo ou mesmo no bojo do petitório.

Em sendo o caso de necessária informação ao órgão de origem, também restam inalteradas as disposições acerca da necessidade da indicação dos documentos que acompanharam o recurso; cópia de suas razões e comprovação de sua interposição. Há, portanto, fiel correspondência nesse aspecto entre o *caput* do novo artigo 1018 e aquele do artigo 526, do código substituído.

Os documentos que devem instruir o recurso de agravo continuam sendo divididos em duas categorias: os obrigatórios e os facultativos. Na segunda categoria, obviamente inalterada, estão todos os demais documentos e cópias do processo que o recorrente entender que devam ser juntados ao instrumento, a par dos obrigatórios.

Alguns dos documentos obrigatórios, previstos no novo estatuto processual, permanecem os mesmos, quais sejam: cópia da decisão agravada; da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas às partes.

A primeira exigência é ululante uma vez que não será possível ao tribunal rever decisão a que não teve acesso. O documento relacionado à intimação do agravante, por seu turno, presta-se ao fim de demonstrar a (in)tempestividade do recurso interposto.

A terceira espécie de documento, consubstanciada nas procurações outorgadas a todas as partes do feito, se faz necessária para que seja possível a intimação dos interessados, o que se dá por meio de publicação na imprensa oficial destinada aos seus patronos.

As grandes inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil se referem à ampliação desses documentos essenciais e a possibilidade de sanar eventual deficiência formal assim verificada.

Serão também exigidas junto com a interposição do recurso de agravo: a cópia da petição inicial e a cópia da petição que deu ensejo à decisão agravada.

Abre-se ainda a oportunidade para que outro documento hábil venha a

substituir a certidão de intimação. Nesse caso, provavelmente o simples extrato de andamentos processuais emitido pelo próprio sistema do tribunal respectivo atenda à finalidade buscada.

A necessidade de cópias da petição inicial e daquela que originou a decisão impugnada se justifica para que seja dado ao tribunal conhecer amplamente a matéria posta em juízo, bem como analisar o pleito sobre o qual versa a decisão agravada, respectivamente.

Inexistindo qualquer desses documentos obrigatórios, deverá o advogado do agravante informar essa condição ao órgão julgador do agravo, sob sua responsabilidade pessoal, por meio de declaração formal e expressa.

Caso os autos do processo originários sejam eletronicamente documentados no sistema do tribunal, não haverá a necessidade da juntada de quaisquer documentos dos autos, até porque estes serão acessados pelo órgão ou magistrado julgador, haja vista o imprescindível elo entre o feito originário e os autos do recurso, como já mencionado alhures.

Em qualquer das hipóteses - autos eletrônicos ou não - é permitido ao agravante anexar ao recurso outros documentos que entende úteis para a compreensão e deslinde da controvérsia objeto da decisão impugnada e do próprio agravo. Outra importantíssima alteração verificada no novo procedimento do agravo é a possibilidade do agravante suprir a ausência de qualquer cópia de peça do processo originário ou mesmo efetuar correções, nas hipóteses de vícios que comprometam a admissibilidade do recurso.

Quanto ao prazo para julgamento do agravo de instrumento pelo órgão fracionário, resta mantida a fixação de um limite máximo, de um mês, a contar da intimação do agravado acerca da interposição do apelo.

Igualmente se observa, também no novo instituto e como não poderia deixar de ser, a necessidade de antecedência do julgamento do agravo em relação a apelação, para a eventual hipótese de ambos os recursos estarem aptos para julgamento.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES UNIPESSOAIS DO RELATOR NO RECURSO DE AGRAVO

Pela nova sistemática processual não só do recurso de agravo de instrumento mas também dos recursos cíveis em geral, reforça-se a possibilidade da concessão antecipada do provimento, em decisão monocrática do relator.

Do mesmo modo, permanece possível a preliminar negativa de segui-

mento do agravo quando inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão agravada.

É o que se depreende da análise de alguns incisos do artigo 932, do novo Código de Processo Civil, que contam com a seguinte redação:

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - (...)

II - (...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - (...)

VII - (...)

VIII - (...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Tal como se verifica do transcrito inciso V, do artigo acima, mantém-se fa-

cultado ao magistrado relator proferir unipessoalmente e após a concessão de oportunidade para contrarrazões decisão de concessão de provimento do agravo, que terá natureza de acórdão, muito embora seja impugnável por meio do agravo interno. Caberá ainda ao relator, em certas hipóteses, negar seguimento ao recurso, o que fará também unipessoalmente e, por isso, desafiando o mencionado agravo interno.

Inquestionavelmente a dicção do referido artigo permite que o relator exerça tanto o juízo de admissibilidade quanto o juízo de mérito. Segundo o *caput* do art. 557, o relator poderá negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível. Isso significa que caso o recurso não preencha quaisquer dos requisitos de admissibilidade, o relator poderá imediatamente julgá-lo sozinho, não o admitindo (conhecendo). (JORGE, 2004, p.70)

Há, pois, desde as reformas havidas no código de 1973, notáveis e sensíveis alterações no sentido de dar maior celeridade aos processos em grau recursal, permitindo-se ao relator, em determinadas hipóteses, atuar julgando a questão, como se órgão fracionário fosse, o que não parece ferir o princípio da colegialidade, uma vez que se restringe a específicas situações, expressamente previstas na lei processual e cuja finalidade flagrante é a economia processual, sem prejuízo da prestação da tutela jurisdicional.

São ampliadas no novo diploma legal as possibilidades conferidas ao magistrado relator, cujo escopo é conferir maior celeridade aos julgamentos nas instâncias superiores, por meio de uma maior atuação dos desembargadores relatores, que são aqueles que vertical e inicialmente se debruçam sobre a questão debatida no recurso e, exatamente por isso, ostentam a condição necessária para, sozinhos e de acordo com as expresas hipóteses da legislação, conceder provimento ou negar seguimento ao recurso.

Outra importante questão, mormente no que tange ao recurso de agravo de instrumento é a possibilidade de se conferir efeito suspensivo, ou ativo, ou ainda antecipativo, nas hipóteses de urgência. Como bem delinea José Carlos Barbosa Moreira:

Em certas circunstâncias, porém, dar cumprimento imediato à decisão agravada importaria, na prática, tornar inútil o eventual provimento do agravo. A lei por isso permite (não impõe) que o relator no tribunal suspenda a execução da decisão, a requerimento do agravante (não de ofício!), até o pronunciamento do colegiado competente para julgar o recurso (art. 558, *caput*). (MOREIRA, 2002, p.145)

Conquanto haja a previsão expressa das hipóteses de cabimento no novo código – e estas certamente se referem a situações urgentes das quais podem resultar lesões graves e de difícil ou incerta reparação – prevalecerá o mesmo entendimento acerca da urgência, havendo a supressão da necessidade de requerimento expresso da parte recorrente, como havia no artigo 558, do código de 1973.

O mencionado dispositivo estabelece a existência de lesão grave e de difícil reparação, bem como a relevante fundamentação, como parâmetros para a concessão do efeito suspensivo. Além disso, exemplifica algumas situações que admitem a concessão do mencionado efeito (tais como: prisão civil; adjudicação; remição de bens; levantamento de dinheiro sem caução idônea). (FRANZÉ, 2006, p. 217)

Como não persiste no novo diploma a menção ao requerimento expresso da parte, tampouco a relevante fundamentação, por certo que a atribuição do citado efeito passa a ser uma faculdade do magistrado relator, o que não impede o requerimento da parte recorrente, até porque esta pode, e deve, apresentar com propriedade os fundamentos que justifiquem a concessão do efeito excepcional.

É o que se depreende dos novos artigos 995 e 1019, inciso I, da nova lei processual, que tratam dos recursos em geral e do agravo de instrumento em específico, respectivamente.

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I – poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

No entanto, a importância da fundamentação equivale à fumaça do bom direito, isto é, demonstra, ainda que sucinta e previamente, que a matéria postulada está protegida pelo direito.

Por outro lado, a possibilidade da ocorrência de dano grave e de difícil reparação equivale ao *periculum in mora* preconizado para as hipóteses das medidas cautelares em geral.

E quando se tratar de decisão denegatória atacada pelo recurso de agravo, o efeito que está a se falar não é suspensivo, uma vez que não é possível suspender algo, ou algum provimento jurisdicional, que sequer fora antes concedido

Bem por isso, a nomenclatura que mais parece correta é que o efeito é antecipativo, seja para suspender a decisão impugnada no agravo, seja para conceder, ativamente, algo antes negado.

Em outros termos, ao conceder o efeito suspensivo em relação a uma decisão negativa, em verdade, o relator estará concedendo (decisão positiva) a providência que o juiz de primeiro grau não deu (decisão negativa) e, por conseqüência, estará antecipando a tutela que somente seria obtida no julgamento final do recurso.

Essa antecipação de tutela recursal (também apelidada pela doutrina de efeito ativo), justamente por antecipar os resultados do julgamento do recurso, é completamente diferente do mero efeito suspensivo (que apenas suspende a decisão). (FRANZÉ, 2006, p. 219-220)

Tem-se, em razão dessa possibilidade expressa, uma maior efetividade do recurso de agravo na modalidade instrumental, muito embora o novo diploma legal restrinja as possibilidades de sua utilização.

Questão que se apresenta não só em relação às situações antes agraváveis, e agora afastados do questionamento por essa via, mas também em relação a toda e qualquer situação que não esteja expressamente prevista no novo Código de Processo Civil e sobre a qual não seja possível aguardar para manifestar-se em inconformismo em outra oportunidade, é: o que restará ao jurisdicionado? Provavelmente valer-se do remédio heróico previsto em nossa Constituição Federal, hoje utilizado em casos similares na esfera processual trabalhista, o mandado de segurança, tema que deve ser tratado em outro e específico estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as diversas alterações concebidas pelo legislador, a partir de uma comissão especialmente formada para a elaboração de um novo Código de Processo Civil, sempre se destacou a necessidade de encontrar mecanismos que desafio-

gassem os tribunais de segundo grau e os tribunais superiores.

A grande questão em pauta fora a conjugação de uma minoração das formalidades dos recursos, e sua própria utilização, sem que se ferissem os sagrados princípios constitucionais da amplitude de defesa e do duplo grau de jurisdição.

Por tal condição, a supressão de algum recurso, como no caso do agravo retido, certamente não pode vir acompanhada do impedimento absoluto, imposto à parte prejudicada, de questionar aquela decisão interlocutória. Ficam então eventuais manifestações de inconformismo, quanto a essas decisões, relegadas ao momento da apelação, própria ou não, oportunidade em que deverão ser apresentadas em sede de preliminar de razões ou contrarrazões do recurso de apelação, respectivamente.

Mas o legislador foi além. Não só suprimiu totalmente a possibilidade do agravo na modalidade retida, como também restringiu as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, estampando rol taxativo. Desse modo, todas as demais decisões interlocutórias que não estiverem listadas no novo código - ainda que possam causar à parte dano grave e de difícil e incerta reparação - não poderão mais ser objeto do recurso de agravo, ficam tais situações igualmente relegadas ao questionamento em preliminar de apelação.

No primeiro caso, o da supressão total do agravo retido, parece nítido que o efeito prático será o mesmo, uma vez que esse agravo na disciplina anterior somente era conhecido quando e se houvesse o recurso de apelação, este fosse conhecido e a parte agravante expressamente requeresse sua apreciação antes das razões da apelação.

O problema mais preocupante que se apresenta está relacionado ao impedimento da interposição do recurso de agravo de instrumento quanto às demais decisões interlocutórias que não estejam no rol taxativo do novo estatuto processual.

Algumas dessas decisões serão suscetíveis de causar lesão grave e de incerta reparação, exatamente o que autoriza reexame urgente, em sede de recurso, para afastar a possibilidade do dano dela decorrente.

Com o novo código é possível até mesmo que as decisões não abarcadas pelo agravo de instrumento sejam ínfimas e a impossibilidade da interposição do recurso não cause maiores prejuízos aos jurisdicionados.

De outro lado, também é plausível a hipótese de que tais decisões interlocutórias, agora não mais agraváveis, sejam objeto de outros meios de impugnação das decisões judiciais, especialmente ante ao caráter de urgência da questão.

Nesse caso e não havendo qualquer previsão legal no sistema recursal para a correção imediata de eventual equívoco em decisão judicial, abrir-se-á, como

hoje efetivamente se abre a possibilidade para que a parte, diretamente ao magistrado que proferir a decisão e como pedido de reconsideração, buscar a revogação ou alteração do provimento.

Porém, não havendo êxito nesse caminho, parece que a hipótese mais adequada para a solução da questão e para a efetiva apreciação da alegada urgência em razão do possível dano irreparável e grave é socorrer-se o jurisdicionado da via mandamental para a consecução da finalidade pretendida.

Esse, aliás, é o caminho trilhado perante a Justiça do Trabalho, em virtude da impossibilidade, naquela especializada, da interposição do recurso de agravo, o que faz nascer, por conseguinte, a necessidade do questionamento da decisão judicial errônea por meio da impetração de mandado de segurança, em face da ausência de outra previsão legal.

REFERÊNCIAS

_____. ALVIM, Angélica Arruda. (Coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2105.

_____. Visão geral do(s) projeto(s) de novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 39, n. 235, p. 353-377, set. 2014.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao direito e desenvolvimento**. Brasília: OAB Editora, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 3.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 2.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. V.

NETO, José Wellington Bezerra da Costa. O esforço do projeto de Código de Processo Civil contra a jurisprudência defensiva. *Revista de Processo*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 39, n. 233, p. 123-148, jul. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. **Práticas dos recursos especial e extraordinário**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. I.

INOVAÇÕES NOS RECURSOS ORDINÁRIOS COM O ADVENTO DO CPC/2015

Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho¹
Camila Sant'Anna²

RESUMO

O presente trabalho teve por objeto o estudo do atual sistema recursal ordinário do Código de Processo Civil vigente, ensejando reflexões de problemáticas resultantes dos dispositivos inseridos/ modificados no novo código quanto aos recursos de apelação, agravo de instrumento e de embargos de declaração. A cada recurso, fez-se um breve histórico e considerações relevantes sobre o NCPC. A justificativa para o trabalho ampara-se na importância de tecer esclarecimentos das novas regras processuais introduzidas no direito brasileiro e de desenvolver interpretações sobre estas de acordo com a lei e doutrina. A pesquisa se realizou pela revisão bibliográfica, por abordagem qualitativa e com objetivos exploratórios textuais.

PALAVRAS-CHAVE

Novo código de processo civil. Apelação. Agravo de instrumento. Embargos de declaração.

Summary

The present study aimed to bring briefly, the context of the current ordinary appeal system of the current Civil Procedure Code and give rise to problems

¹ Mestranda em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no UNIVEM/Marília -SP. Integrante dos grupos de pesquisas INPP (Intervenção do Estado na Vida da Pessoa) e CODIP (Constitucionalização do Direito Processual) no UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP. E-mail: afancmch@gmail.com.

² Mestranda-bolsista (CAPES/PROSUP) em Direito na área concentração "Teoria do Direito do Estado" pelo Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha" – UNIVEM; Especialista em Direito do Estado pela FIO –Faculdade Integradas de Ourinhos – FIO/PROJURIS; Graduada pela FIO – Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO,Advogada.
E-mail: camilasantana3@hotmail.com

of reflections resulting from devices inserted or modified in the new code regarding appeals, interlocutory and embargoes declaration. Every feature has a brief history and relevant considerations of the NCPC, and the inconclusive final considerations, but explanatory. The justification for the work was bolsters the importance of weaving explanations of the new procedural rules introduced in Brazilian law and to develop interpretations of these in accordance with the law and doctrine. The research was conducted by literature review, qualitative approach and textual exploration goals.

KEYWORDS

New civil procedure code. Appeal. interlocutory appeal. requests for clarification.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura demonstrar a sistematização dos recursos com a chegada do Novo Código de Processo Civil em nosso ordenamento jurídico, destaca-se a conceituação, as inovações e as formas as quais foram submetidos. Uma vez que são meios utilizados para buscar a reforma ou a invalidação de uma decisão dada pela mesma autoridade judiciária ou outra de instância superior da decisão prolatada em um sistema jurídico complexo como o brasileiro.

Tem como objetivo analisar o conceito, o cabimento e os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o juízo de admissibilidade e de mérito e os efeitos dos recursos contra as decisões emanadas pelo Judiciário.

Observa-se que a desarmonia que há nas decisões do Judiciário atualmente causa vários transtornos para a sociedade que muitas vezes ao socorrer-se do Judiciário não encontra o amparo necessário para a solução da lide, com a resolução favorável para garantia de seus direitos que eram foçados diante de um sistema Judicial burocrático, caracterizado pelo enorme número de recursos que arrastam a demanda por anos.

Nota-se que o Judiciário é moroso em suas decisões fazendo com isso, que a população fique desacreditada em sua eficácia, pois nem sempre as partes conseguem alcançar a tão sonhada justiça. E isso foi uma das preocupações elencadas pelo Novo Código de Processo Civil, para que se possa ter um sistema mais eficiente para atender as necessidades da sociedade e resolver as lides em um tempo adequado.

Buscou um estudo sobre a natureza jurídica dos recursos, que para alguns doutrinadores é uma ação autônoma e para outros é a continuação do direito de ação. Ou seja, é um direito que a parte possui para se valer de decisões mais justas e também um instrumento utilizado pelos Tribunais para se formar um conjunto de julgados de maneira idênticas para situações que envolvam a mesma discussão.

Estudou-se alguns recursos desde a sua origem histórica, que começam a se destacar desde a Idade Média de tão grande importância que é o seu instituto, que há muitos anos já eram utilizados, fez-se um apanhado desde o seu cerne até os dias atuais. Torna-se necessário destacar que uma das principais modificações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, foi quanto a unificação dos prazos sendo que com a sua publicação, os prazos para recursos serão de 15 (quinze dias), com exceção dos Embargos de Declaração que permaneceu com o prazo de oposição de 5 (cinco), dias. E na sua computação deverão ser considerados apenas os dias úteis, reformando dessa forma significativamente o instituto.

As principais modificações ocorreram por exemplo na sentença. O Estudo

se pauta em distinguir o que é sentença e o que é decisão interlocutória com o propósito de identificar o recurso adequado e o momento oportuno de recorrer de uma decisão. O novo CPC tentou uma definição de decisão interlocutória por exclusão: o que não se inserir no artigo 203, §1º, é decisão interlocutória.

Já na análise do recurso de Agravo de Instrumento notou-se que no Novo Código de Processo Civil, o instrumento deixou de ser cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória. O artigo 1.015 traz um rol taxativo de matéria que comportam agravo de instrumento. Ou seja, as decisões não agraváveis são atacadas por meio da apelação ou das contrarrazões.

O parágrafo único do artigo 1.015, dispõe sobre o cabimento do agravo de instrumento, também, contra decisões interlocutórias proferidas nas fases de liquidação de sentença ou cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Contudo o que foi exposto acima, nota-se que a principal preocupação do Legislador com a expedição do Novo Código de Processo Civil, foi buscar a celeridade, para os processos para que se possa algum dia não tão distante, que possuímos um sistema Judiciário eficiente e não burocrático!

1 RECURSOS ORDINÁRIOS NO NOVO CPC

A palavra “recurso”, de acordo com Caluri (2015, p.23-24) é derivada do latim *recursus*, que expressa a ideia de retroceder, de retornar, retroagir. Caluri conceitua recurso como “sendo o remédio jurídico-processual que pode ser utilizado para proteger direito que se supõe existir”.

Para Theodoro Junior (2004, p. 209) recurso é o meio de provocar a reexame de uma decisão pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando à obtenção da reforma ou modificação, ou invalidação.

Um dos conceitos de recursos bem aceito na seara jurídica é de José Carlos Barbosa Moreira³, que leciona ser o recurso “o remédio voluntário idôneo a ensejar dentro do mesmo processo a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”.

Com a concepção de recursos, insta esclarecer o entendimento sobre “sistema recursal”. Ferraz Junior (2015, p.169) conceitua “sistema” como “o complexo composto por estrutura (relação) e repertório (elementos). Franzé (2015, p.269) res-

³ José Carlos Barbosa Moreira citado por Luiz Henrique Barbate Franzé. Teoria geral dos recursos revisitada. Editora Jurua, 2ª Ed., 2015.

taura esse conceito na concepção processualista, na qual “veremos que a *estrutura* será o delineamento trazido preponderantemente pela legislação processual sobre os recursos, pois estabelece a formas de relações do *repertório*, que será constituído, basicamente, pelos pronunciamentos; recursos; órgãos do judiciário”.

Colateralmente, de acordo com Franze, o sistema judiciário deve privar pela finalidade de buscar a coerência e a harmonia para existir. Essa situação enfrenta o problema de, o sistema recursal suportar a incoerência e a desarmonia entre o repertório e a estrutura, mas terminar por ineficiente, como é o caso dos recursos que esperam anos e anos para serem julgados. (FRANZÉ, 2015, p. 170)

Quanto à finalidade do recurso, dentre as mais relevantes está o intuito de evitar a formação da coisa julgada. Quanto ao fim podem ser classificados como de reforma, de invalidação e de esclarecimento ou integração, como esclarece Humberto Theodoro Junior:

- a) De reforma, quando se busca uma modificação na solução dada à lide visando obter um pronunciamento mais favorável ao recorrente;
- b) de invalidação, quando se pretende, apenas anular ou cassar a decisão, para que outra seja proferida em seu lugar; ocorre gerando em casos de vícios processuais;
- c) de esclarecimento ou integração, são os embargos declaratórios onde o objeto do recurso é apenas de afastar a falta de clareza ou imprecisão do julgado, ou suprir alguma omissão do julgador.

Quanto à natureza jurídica dos recursos, a doutrina se divide. São duas as correntes que se formaram sobre o tema: uma defende ser o recurso uma ação autônoma e, a outra sustenta que o recurso é a continuação do exercício do direito de ação; porém, a corrente majoritária é que o recurso não é uma ação autônoma, mas continuação do exercício do direito de ação. (FRANZÉ, p. 2011)

Os fundamentos dos recursos estão em obter uma decisão mais justa, feita por um órgão diverso e superior, composto por desembargadores seletos e experientes (CALLURI, 2015, p. 29), aprimorando e reparando os julgamentos realizados nas instâncias superiores.

O direito de recorrer das decisões vem expresso na Constituição Federal por meio do princípio do contraditório e da ampla defesa estabelecidos no artigo 5º, inciso XV, que dispõem: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

O direito de ação e do direito de recurso estabeleceu uma relação importante, haja vista ser o recurso essencial para que o “Estado repare eventuais injustiças cometidas, com maior segurança jurídica”, além da implementação do prin-

cípio da isonomia ao reduzir a possibilidade de decisões divergentes. (FRANZÉ, 2015, p.59-60)

Importa ressaltar que os recursos se vinculam a diversos princípios, como princípio da consumação, dialeticidade, duplo grau de jurisdição, fungibilidade, excepcionalidade do efeito suspensivo, juiz natural no tribunal, singularidade, taxatividade, vedações à *reformatio in pejus* e a *reformatio in melius* e voluntariedade. (FRANZÉ, 2015, p. 113-164)

Ademais, há a predominância dos pressupostos de admissibilidade, que se classificam em pressupostos extrínsecos (tempestividade, regularidade formal⁴, preparo) e intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer, interesse de agir). (FRANZE, 2015, 163-165)

Da Apelação

A apelação é um dos recursos mais antigos dentro dos sistemas jurídicos descritos na história. O recurso de apelação teve sua primeira versão no império romano (27 a. C.) com a figura do *appellacio*, que era um recurso ao “grau superior”, interposto logo após a sentença no sistema de processo civil romano denominado de *Cognitio Extra Ordinem*. (PAIM, 2011)

O recurso *appellatio* foi inserido no direito processual romano como uma forma de aperfeiçoar o pronunciamento judicial, uma vez que sua utilidade era de impedir falhas nos julgamentos, facultando as partes em recorrer da sentença estabelecida. (THEODORO, 2004, p.34)

Na idade média ou medieval (565 d.C.), que teve sua origem marcada pela invasão de Roma pelos bárbaros, os julgamentos das lides se tratavam de maneira mais primitiva. Segundo Franzé (2015, p. 35), ao contrário dos romanos, os bárbaros não tinham leis escritas e nem tribunais fixos, fato que levava o povo bárbaro a deliberar diretamente sobre os atos relevantes, aplicando o direito por meio de assembleias populares:

Assim, a lide era solucionada por meio da proposta de resolução oferecida à assembléia, pela parte e, se fosse aceita, era transformada em sentença. Do contrário a assembléia analisava a versão das partes e, ao final, o presidente desta assembléia (*Richter*), decidia por meio de decisões irrecorrível.

Observa-se que não havia mais recurso neste período de domínio bárba-

⁴ Consistem na forma escrita e nos fundamentos do recurso (Moreira citado por Franzé. Teoria geral dos recursos revisitada, p. 165).

ro, isto devido ao momento primitivo, pois os bárbaros eram um povo ainda sem ordenamento jurídico estabelecido.

Feitas tais considerações, saltemos para o ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil, o recurso de apelação teve sua origem no ordenamento jurídico trazido pelos portugueses nas Ordenações Filipinas (ZAATZ, *sd*, p.1). Em Portugal, o recurso de apelação surgiu por volta do ano de 1261, por meio de um tratado, para impugnar as sentenças e decisões interlocutórias (FRANZÉ, 2015, p.39). O recurso de apelação permanece no CPC português até a atualidade⁵.

Vencidas breves especificações históricas sobre o recurso de apelação, que teve o fim de tecer um raciocínio sobre a sua importância no ordenamento jurídico atual e nos ordenamentos jurídicos passados, averigua-se dentro do Novo Código de Processo Civil as mudanças para os recursos ordinários.

A começar pelo conceito de sentença, o novo CPC, inovou em seu artigo 203. O § 1º do referido artigo conceitua sentença como sendo “o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 põem fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. E em seu § 2º, **artigo 203, dispõe ser a decisão interlocutória todo o pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º**.

O conceito de sentença trazida pelo novo código não cessou a discussão sobre o tema. Para Franzé (2015, p.100), a sentença não põe fim ao processo e nem ao procedimento, mas programa o fim do processo por meio do acolhimento de qualquer matéria que permita o julgamento com ou sem mérito.

A discussão se pauta em distinguir o que é sentença e o que é decisão interlocutória com o propósito de identificar o recurso adequado e o momento oportuno de recorrer de uma decisão. O novo CPC tentou uma definição de decisão interlocutória por exclusão: o que não se inserir no artigo 203, §1º, é decisão interlocutória. No CPC de 1939, o recurso de apelação atacava apenas sentenças que decidia o mérito. Com o CPC de 1973 passou a ser o recurso usado para atacar sentenças com ou sem resolução do mérito. Já com o CPC 2015 ampliou mais sua utilização, passou a atacar qualquer sentença (artigo 1.009) e decisões não agraváveis de instrumento (artigo 1.009, §1º).

O que era matéria de agravo retido passou a ser arguido em preliminar de apelação ou contrarrazões. O agravo retido foi retirado do rol de recursos, assim como foi eliminado os embargos infringentes. Para tanto se estabeleceu a inexistên-

⁵ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Artigo 627º “Os recursos são ordinários ou extraordinários, sendo ordinários os recursos de apelação e de revista e extraordinários o recurso para uniformização de jurisprudência e a revisão”.

cia de preclusão das questões decididas antes da sentença por decisões interlocutórias não agraváveis.

O juízo de admissibilidade que consistia em ato desempenhado pelo juízo de 1º grau, passou a cargo do tribunal (artigo 1.010, §3º), ou seja, não caberá mais ao juiz *a quo* verificar os requisitos de admissão do recurso de apelação, sendo agora competência do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Igualmente, observa-se que nem tudo que é sentença sustenta uma apelação como recurso adequado. Por exemplo: as sentenças proferidas em execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 ORTN⁶ (obrigação reajustável do tesouro nacional), de acordo com a lei de execução fiscal são aceitáveis somente embargos infringentes⁷ e embargos de declaração (DIDIER; CUNHA, 2016, p.162-163). Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação (Lei 11.101/2005 - Art. 100). A mesma lei afirma, em seu artigo 99, que o pronunciamento jurisdicional que decreta falência é sentença.

Insta lembrar que o artigo 1013, §5º, esclarece que o capítulo de sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação, não admitindo a anulação de sentença para efeito de recorribilidade, ou seja, apesar de ser matéria que se inclui no rol do 1.015, não se fará um agravo para este e uma apelação para os demais capítulos, assim em respeito ao princípio da singularidade.

Ao que se refere aos efeitos dos recursos, o recurso de apelação manteve, como regra o efeito suspensivo, podendo ser decidido liminarmente as matérias de direito que forem objeto de caso repetitivo ou súmula vinculante, desta forma a apelação que impugnar a respectiva sentença, não terá efeito suspensivo (artigo 1.012, § 1º, inciso V) (2, 016, p.56).

Do Agravo de Instrumento

O Código de Processo Civil de 1939 previa três espécies de agravo: agravo de petição, agravo de instrumento e agravo no auto do processo.

O agravo de instrumento era recurso cabível contra decisões interlocutórias discriminadas no código, assim como no atual Código de Processo Civil. O agravo no auto do processo “destinava-se a evitar a preclusão de certas decisões, tais como as que rejeitassem as exceções de litispendência ou de coisa julgada (se

⁶ Cada Unidade Fiscal de Referência equivale ao valor de R\$ 328,27 (DIDIER, 2016, p. 162).

⁷ Não se confunde com embargos infringentes do antigo CPC, art. 530, que atacava acórdão não unânime que reformava, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou que julgava procedente a ação rescisória.

acolhidas cabia agravo de petição, pois seu acolhimento implica em extinção do processo sem resolução do mérito) (DIDIER, 2016, p.202). O agravo de petição era interposto perante o juiz de primeiro grau, que deveria processá-lo e depois determinar a remessa dos autos ao tribunal, para que este apreciasse e julgasse.

No Código de Processo Civil de 1973, havia duas espécies de agravos: o agravo retido e o agravo de instrumento. O agravo retido passou a fazer as vezes do agravo no auto do processo, era “interposto perante o juízo de primeira instância, no prazo de cinco dias, e devendo ser mantido nos autos para que, sendo reiterado nas razões ou contrarrazões de apelação, pudesse ser conhecido pelo tribunal, como preliminar desta” (DIDIER, 2015, p.203). E o agravo de instrumento que passou a ser cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória.

No NCPC o recurso de agravo de instrumento deixou de ser cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória. O artigo 1.015 traz um rol taxativo de matéria que comportam agravo de instrumento. Conforme supracitado no tópico do recurso de apelação, as decisões não agraváveis são atacadas por meio da apelação ou das contrarrazões.

O parágrafo único do artigo 1.015, dispõe sobre o cabimento do agravo de instrumento, também, contra decisões interlocutórias proferidas nas fases de liquidação de sentença ou cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. Quanto a essa questão há o seguinte questionamento: a decisão que resolve a liquidação é sentença ou decisão interlocutória? Cabe apelação ou agravo de instrumento?

Para Daniel Amorim Assunção Neves, a sentença ilíquida⁸, não é sentença, é decisão interlocutória, pois não terá encerrado a fase de conhecimento (DIDIER; CUNHA, 2016, p.207-208). Para ele a sentença será aquela decisão que resolve a fase de liquidação. Assim para Neves a sentença ilíquida é impugnável por meio de agravo de instrumento, cabendo apelação da decisão que resolve a liquidação.

Didier (2016, p. 207) não concorda com a interpretação de Neves. Para ele vai ser sentença sendo ela ilíquida ou líquida. Desta maneira interpreta devido a disposição do artigo 509 do NCPC, afirmando que haverá liquidação quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida. Desta forma, neste questionamento para Didier cabe apelação.

Quanto à taxatividade do rol do artigo 1.015 das matérias agraváveis de

⁸ Aquela que não fixa o valor da condenação. Proferida a sentença ilíquida inicia-se a fase de liquidação.

instrumento é possível se apoiar na interpretação extensiva da lei. A interpretação extensiva amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Ela, às vezes, se torna necessária para casos de rol taxativos que trazem algumas problemáticas para o judiciário⁹.

No caso do rol taxativo do artigo 1.015, caso sua interpretação se mantenha literal, poderá haver um número excessivo de mandado de segurança contra ato judicial:

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 agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um de seus tipos. [...] a interpretação extensiva opera por comparações e isonomiações, não por encaixes e subsunções. As hipóteses de agravo de instrumento são taxativas e estão previstas no artigo 1015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária. (DIDIER;CUNHA, 2016, p. 211)

Outros questionamentos podem ser enfrentados: a falta da suscitação de nulidade exigida no artigo 278 faz precluir à possibilidade de impugnar a questão na apelação? O recorrente terá de impugnar as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas antes da decisão parcial agravável de instrumento, sob pena de preclusão? Quanto à primeira questão, para Fredie Didier Jr. (2016, p.216-217) deixar de suscitar o vício, para questioná-lo somente na apelação, constitui o ato de surpreender a outra parte, o que se caracteriza desleal e contrário a boa fé. Didier conclui que, primeiramente deve-se suscitar a invalidade da decisão interlocutória não agravável de instrumento na primeira oportunidade que a parte teve de falar nos autos depois de proferida a decisão e, então na apelação pedir a invalidação, a fim de evitar a preclusão.

Na segunda questão Didier (2016, p.229-230), identifica três situações para responder a essa pergunta:

1^a - Se a decisão anterior dizia respeito a questões exclusivamente à parcela do objeto examinada na decisão agravada, cabe ao agravante também impugnar tal decisão, sob pena de preclusão.

2^a - Se a decisão anterior dizia respeito à questão relacionada exclusivamente à parcela do objeto litigioso que não foi examinada na decisão agravada, não cabe ao agravante impugnar a decisão anterior, que poderá ser impugnada na apelação.

⁹ No sistema brasileiro é admitida a interpretação extensiva, na legislação tributária e no direito penal, por exemplo.

3ª – se a decisão anterior dizia respeito à questão comum à parcela do objeto litigioso examinada na decisão agravada e à parcela que será examinada na sentença, neste caso, o autor propõe três soluções: a) impugnar no agravo e na apelação; b) Impugnar somente na apelação; c) Impugnar somente no agravo.

Portanto, ainda, pode-se mencionar o caso de agravo de instrumento pendente e superveniência de sentença não recorrida, como mais uma das muitas dúvidas que surgiram. De acordo com Didier (2016, p.245), o trânsito em julgado da sentença não apelada fica sob condição suspensiva, à espera da decisão a ser proferida no agravo de instrumento, isto é, não pode tal sentença transitar em julgado.

Dos Embargos de Declaração.

Os embargos de declaração tiveram sua origem no direito português. A primeira notícia sobre algo similar aos embargos de declaração atual se dá pelos embargos declaratórios lusitanos constantes nas Leis e Posturas elaboradas no reinado de Dom Afonso III (1248-1279). (FRANZÉ, 2015, p. 175)

Observa-se que os embargos de declaração constavam nas Ordenações Filipinas (1603), em seu Livro Terceiro, Título LXVI, item 6, que assim aponta:

[...], porém se o julgador der alguma sentença diffinitiva que tenha em si algumas palavras escuras e intrincadas, bem a poderá declarar; por que autorgado her per direito ao julgador que possa declarar e interpretar qualquer sentença per elle dada, ainda que seja deffinitiva, se duvidosa for [...]¹⁰.

A “justificativa deste recurso está no próprio amplo acesso a justiça”, uma vez que é “inaceitável que a tutela seja denegada em razão de sua imprecisão” (FRANZÉ, 2016, p.174).

Ao lecionar sobre recursos horizontais, Franzé destaca os embargos de declaração e seu importante papel no ordenamento jurídico como recurso horizontal complementar: “vamos imaginar que o autor peça por dano moral e material. Não seria lógico e efetivo que o autor fosse obrigado a apelar para que o tribunal decida sobre o referido dano omissivo, quando o próprio juízo pode sanar este problema com maior brevidade”. E complementa sua perspectiva ao compreender que está “a importância de que este recurso seja horizontal, pois permite maior celeridade do judiciário, pelo próprio juízo que proferiu o pronunciamento impugnado”.

Os embargos de declaração são opostos contra qualquer decisão, quan-

¹⁰ Ordenações Filipinas, Título III, Livro LXVI.

do nesta houver obscuridade, contradição, omissão ou erro material (artigo 1.022). Nota-se que com o novo CPC houve o acréscimo do item “erro material”.

Erro material, segundo Didier e Cunha (2016, p. 249) é quando o que está escrito na decisão não corresponde à intenção do juiz. Ex. o juiz se refere à pessoa jurídica, mas trata-se de pessoa física; outro exemplo é o erro de cálculos. Não opostos os embargos de declaração, o erro material pode ser corrigido a qualquer momento¹¹. Neste sentido, manifesta Didier:

Tradicionalmente, o Tribunal Superior de Justiça entende que se considera erro material a adoção de premissa equivocada na decisão judicial. Nesse caso, cabem embargos de declaração para corrigir a decisão e, até mesmo, modificá-la, eliminando a premissa equivocada. Quando, enfim, a decisão parte de premissa equivocada, decorrente de erro de fato, são cabíveis embargos de declaração para correção de tal equívoco. (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 250)

Quanto ao seu cabimento, houve modificações em dispositivos da lei dos juizados especiais. Houve o fim da previsão dos embargos de declaração em caso de “dúvidas” nos juizados especiais. O art. 48 da lei 9.099/95 dispunha que caberiam embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houvesse obscuridade, contradição, omissão ou dúvida. O artigo 1.064 altera a redação da referida lei. Determina que sejam opostos embargos de declaração nos casos previstos no NCPC, ou seja, deixa de sanar dúvidas.

No mesmo contexto, houve o fim da discussão no âmbito dos juizados especiais cíveis a respeito do artigo 50 da lei 9.099/95, que prevê a “suspensão” do prazo quando opostos embargos de declaração contra sentença. O NCPC, em seu artigo 1.065 altera a redação do artigo 50 da lei 9.099/95 e passa a prever apenas a “interrupção” do prazo, uniformizando o regime jurídico dos embargos.

Quanto aos seus efeitos, o NCPC dispõe sobre a possibilidade do efeito suspensivo e do efeito modificativo dos embargos de declaração. O artigo 1.026, §1º, possibilita o pedido de efeito suspensivo nos próprios embargos de declaração, deste que demonstrado risco de dano grave ou de difícil reparação.

É sabido que a finalidade dos embargos de declaração não consiste em modificar a decisão, mas aclarar a decisão, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material. Acontece que pode advir alteração da decisão embargada. A modificação será consequência da correção do vício a que os embargos visaram:

¹¹ FPPC - Enunciado 360. (art. 1.022) A não oposição de embargos de declaração em caso de erro material na decisão não impede sua correção a qualquer tempo. (Grupo: Recursos).

Acontece, porém, que do julgamento pode advir alteração da decisão embargada. De fato ao suprir uma omissão, eliminar uma contradição, esclarecer uma obscuridade ou corrigir um erro material, o juiz ou tribunal poderá, conseqüentemente, alterar a decisão embargada. Nestes casos, diz-se que os embargos têm efeitos modificativos ou infringentes. (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 273)

Os artigos 1.023, § 2º e 1.024, § 4º, põem fim à discussão doutrinária e prevê o efeito modificativo dos embargos de declaração (DIDIER, 2016, p.273). No entanto, importa lembrar que de regra os embargos não possuem efeitos suspensivos, mas interrompem o prazo para a interposição do recurso (artigo 1.026).

Didier e Cunha (2016, p. 264) citam uma situação específica dos embargos de declaração, que seria o seguinte questionamento: opostos embargos de declaração contra sentença, caso o juiz entenda equivocadamente serem eles intempestivos, qual o recurso cabível? Neste caso, a decisão que julga os embargos tem a mesma natureza da decisão embargada, ou seja, sentença, logo o que cabe é uma apelação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente artigo, podemos concluir que o Novo Código de Processo Civil preocupou-se com a celeridade processual que é garantida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXVIII, mas também com a efetividade das decisões, pois buscou preservar em suas decisões a efetividade e a segurança jurídica dos julgados em prol da sociedade.

Mais uma vez na tentativa de evitar um a justiça morosa e burocrática, e com o objetivo de facilitar a vida profissional dos operadores do direito uma importante alteração do novo Código diz respeito à unificação dos prazos recursais em quinze dias conforme previsto no artigo 1.003, parágrafo 5º que serão de 15 dias contados da data de intimação da decisão com exceção dos embargos de declaração cuja prazo permanece de cinco dias. (FERRAZ, 2016, s/p).

Com isso, procurou criar maiores oportunidades para conciliação entre as partes bem como diminuiu o número de recursos cabíveis nas demandas. O objetivo de buscar a celeridade do processo não suprimiu a qualidade dos julgados que devem ser mantidas. A preocupação com a conservação de institutos, mecanismos e princípios, foram conservados para a conservação de um processo justo e hábil. Mas há a necessidade também da mudança das posturas dos operadores do direito tais como advogados, juízes, promotores para que se possa alcançar a essa tão almejada efetividade processual.

Mais do que necessário, o direito recursal, para ter celeridade e efetividade, deve ser pleno, sob pena de se negar a possibilidade de se alcançar e realizar-se a justiça, mas, de outra parte, deve oferecer a melhor qualidade da prestação jurisdicional para que se possa alcançar o tão almejado Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Rafael. **Inovações comuns aos Recursos Excepcionais no Novo CPC**. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/08/28/inovacoes-comuns-aos-recursos-excepcionais-no-novo-cpc/>. Acesso em 20/08/2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3ª Ed. São Paulo, 2014.

CALURI, Lucas Naif. **Recursos no NCPC**. São Paulo: LTr, 2015.

CARVALHO, Fábio Rodrigues de. **Recursos no Novo CPC**. Disponível em: <http://sqinodireito.com/recursos-no-novo-cpc/>. Acesso em 15/07/2016.

DELLANI, Diorgenes André. **O Novo CPC e os Recursos**. Disponível em: <http://diorgenes.jusbrasil.com.br/artigos/112156873/o-novo-cpc-e-os-recursos>. Acesso em 10/05/2016.

DOURADO, Sabrina. **Recursos no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/recursos-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 30/08/2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Insegurança jurídica traz prejuízos ao Brasil**. Disponível em: [<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/112>>>](http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/112). Acesso em: 14 de junho de 2016.

DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito processual civil**. 13 ed. - Salvador: Ed. juspodivm, 2016.

FERRAZ, Cesar Marques. **Noções Elementares sobre Recursos no Novo CPC e suas principais alterações**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16838. Acesso em 10/07/2016.

FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **Teoria geral dos recursos revisitada**. 2ª edição, Curitiba: ed. Juruá, 2015, p. 111-168.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Novo CPC altera diversas regras dos recursos e extingue procedimentos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/rodolfo-hartmann-cpc-altera-diversas-regras-recursos>. Acesso em 10/08/2016.

JÚNIOR, Dorgival Viana. **O Recurso de Apelação no Novo CPC Brasileiro.** Disponível em: <http://www.novocpcbrasileiro.com.br/recurso-de-apelacao-no-novo-cpc-brasileiro/>. Acesso em 15/08/2016.

NAKAMURA, Wilson; TAKEDA, Fabiola Fernandes; PEREIRA, Rosângela Paulucci Paixão. **Principais alterações dos recursos no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/05/10alteracoes.pdf>. Acesso em 03/09/2016.

NOVO Código de Processo Civil Anotado/OAB – Porto Alegre: OAB RS, 2015.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Breves notas sobre o processo civil romano.** V.1, nº 3 – setembro de 2011. Disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/50-v1-n3-setembro-de-2011/144-breves-notas-sobre-o-processo-civil-romano>>. Acesso em: 29 de maio de 2016.

POLI, Arthur Augusto Paulo. **O Sistema Recursal no Novo CPC.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI215264,91041-O+Sistema+Recursal+no+Novo+CPC>. Acesso em 01/07/2016.

PORTUGAL. **Lei nº 41/2013**, de 26 de junho.

PRUSSACK, Jucineia. **Recursos no Novo CPC.** Disponível em: <http://jucineiaprussack.jusbrasil.com.br/noticias/317236388/recursos-no-novo-cpc>. Acesso em ago. 2016.

ORDENAÇÕES Filipinas. Capítulo III. Livro LXVI. Item 6. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p669.htm>>. Acesso em 26 de junho de 206.

SILVA, Ana Karine Evaldt da. **A nova sistemática do recurso de agravo de no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_1/ana_silva.pdf. Acesso em 04/09/2016.

ZAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. **Elementos da história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973.** Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2016.

CAPÍTULO 4
CAPÍTULO 4

**NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL E TEORIA GERAL DAS
PROVAS**

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO MEIO EFICAZ DE GARANTIA PROBATÓRIA E POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

*Guilherme Barboza dos Santos
Lauren Soares de Andrade Lopes*

RESUMO

Todo processo deve ser regrado com base nas normas de direito e garantias fundamentais para que resulte em um devido processo legal. Assim, tendo em vista que a prova é muito importante para o julgamento da lide, já que é a partir dela que o juiz formará seu convencimento dos fatos alegados, o novo Código de Processo Civil, pautado na aplicação dos princípios constitucionais, inovou o procedimento para produção antecipada de provas garantindo às partes e tornando eficaz seu direito à prova, e ainda, com intuito de que resulte na solução de conflitos. Dessa forma, importante destacar o procedimento em questão para que as partes tenham conhecimento, pelas provas obtidas no judiciário, da chance de êxito que possuem em futura demanda relacionados aos fatos em discussão e acima de tudo, possibilite aos operadores do direito, utilizar as provas obtidas de forma antecipada para solucionar os conflitos no âmbito extrajudicial.

PALAVRAS-CHAVE

Produção antecipada de provas. Solução prévia de conflitos. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

Every process must be ruled on the basis of rules of law and guarantees to result in a due process. Thus, given that the evidence is very important for the trial of the dispute, since it is from there that the judge will make his conviction of the alleged facts, the new Civil Procedure Code, based on the application of constitutional principles, innovated the procedure for early production of evidence ensuring the parties and making effective their right to proof, and yet, in order that results in conflict resolution. Thus, important to point out the procedure in

question so that the parties are aware, the evidence obtained in the judiciary, the chance of success they have in future demand related to the facts at issue and above all, allows the jurists, use evidence obtained in advance to solve the conflicts in extrajudicial.

KEYWORDS

Early evidence production. Prior conflict resolution. Constitutional principles.

1 INTRODUÇÃO

As normas consagradas de direitos e garantias fundamentais, previstas na Constituição Federal de 1988, devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas por todos. Evidente que as normas constitucionais influenciam diretamente o processo, destacando-se o princípio do devido processo legal que abrange os princípios da ampla defesa, do contraditório, razoável duração do processo e outros.

Tais princípios possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, haja vista sua relevância. No que concerne ao direito de defesa, que não significa tão somente o direito à resposta, mas também ao direito de intervir em todos os atos do processo, deve ser prestigiado em qualquer procedimento.

Elvando em consideração a importância do direito à prova, será destaque no presente artigo as inovações trazidas no novo Código de Processo Civil no tocante à produção antecipada de provas.

Portanto, o presente trabalho buscará destacar os direitos e garantias fundamentais que devem ser assegurados ao longo do processo judicial como o direito à ampla defesa e ao contraditório em conjunto com a razoável duração do processo para que resulte em um devido processo legal.

Além disso, serão estudadas as peculiaridades da produção antecipada de provas, bem como a comparação do procedimento previsto no Código de Processo Civil de 1973 com o de 2015.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é por meio da pesquisa realizada, em livros, artigos e pela jurisprudência atual, identificar se a modificação do Código de Processo Civil, no tocante a produção antecipada de provas, irá atribuir efetividade ao direito à prova além da possibilidade de solucionar previamente os conflitos.

Ademais, destaca-se o valor do estudo em questão, pela atualidade do tema como pela capacidade de contribuição para a sociedade e acadêmicos.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal prevê direitos e garantias fundamentais que são indispensáveis para a democracia, normas que ao serem violadas descaracterizam o próprio regime democrático (NERY JÚNIOR, 2010, p. 21).

Sabe-se ainda que o respeito e proteção da dignidade humana devem ser tomados como dever fundamental do Estado Constitucional.

No que concerne ao processo civil, partimos da premissa que todo seu texto deve ser constitucionalizado, ou seja, suas normas devem estar em harmonia

com os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Assim, o processo judicial é amparado por diversos princípios, em destaque o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório além da celeridade processual.

Sendo o momento da produção de provas no processo de extrema importância já que será primordial para formar o convencimento do juiz acerca dos fatos alegados, não podemos esquecer o direito ao contraditório, para que as partes tenham direito de provar suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela outra parte. (NERY JÚNIOR. 2010, p. 211)

Levando em consideração que é da parte o direito à prova, o destinatário é o juiz, já que é ele quem deverá se convencer dos fatos alegados para julgar a causa, no entanto, Nery Júnior (2010, p. 211) entende de forma diferente, interessante destacar:

O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa.

Posto isto, não sendo a ciência do direito estática, ao contrário, visa constantemente regulamentar as relações humanas inseridas dentro de uma sociedade complexa é que se desenvolveu o novo Código de Processo Civil com intuito de chegar o mais perto possível dos direitos e garantias previstas na Constituição Federal. E ainda que o novo Código de Processo Civil tenha trazido ao âmbito do processo instrumentos de celeridade e inovações processuais há que se buscar um equilíbrio entre os direitos e garantias constitucionais fundamentais ao passo que a aplicação de uma garantia não possa suprimir a outra, como no caso do princípio da celeridade e economia processual face aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O mito da rapidez acima de tudo e o submito do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa. (NERY JUNIOR, 2015, p. 203)

Acredita-se que a busca da celeridade processual por mais benéfica que seja, não deve contrariar o justo andamento processual, conforme Rui Portanova (2001, p.174):

Ainda que seja um direito fundamental do cidadão a solução judicial em prazo razoável, também é garantido que as decisões finais não podem afastar-se de garantias processuais. Por outro lado, não parecem suficientes meras mudanças legislativas processuais, sem que venham acompanhadas da mudança de mentalidade.

Com relação à produção antecipada de provas, procedimento inovado e tratado como processo autônomo no novo Código de Processo Civil condiz com o exposto até o momento, de que a Constituição Federal tem que estar o mais próximo possível dos outros procedimentos, enaltecendo os direitos e garantias fundamentais. Isto porque, a ideia do legislador foi de que com a produção antecipada de provas, dar-se-ia efetividade ao direito das partes a produção de provas, bem como com o resultado obtido as partes poderiam identificar suas chances de êxito em uma futura demanda, podendo, inclusive, chegar a solucionar os conflitos através de autocomposição, evitando acionar o judiciário novamente por aquele fato.

Dentre os princípios fundamentais constitucionais relativos à produção de provas podemos relacionar:

2.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal abrange outras garantias constitucionais relacionados ao direito à ação e defesa no processo, tendo como objetivo primordial garantir que o processo ocorra em conformidade com as regras procedimentais estabelecidas. (NOVELINO, 2013, p. 563)

Assim também pensa Carvalho (1992, p.49) no tocante ao processo penal que pode ser adequado a outros procedimentos:

[...] o devido processo legal vai impor a obediência estrita das normas processuais, de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa com todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias de juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais.

Na visão de Motta Filho (2002, p. 95) o princípio tem duas vertentes: o sentido formal e o sentido material:

No sentido formal, zela-se pelo respeito aos procedimentos e ritos, aos prazos, à observância das regras processuais, etc. Diz-se aspecto formal porque aqui se olha a forma, o exterior. Quando analisamos o aspecto material, devemos atentar a essência das coisas (a “matéria” em si), a justiça, a equidade, a solução honesta e razoável.

De modo geral, trata-se de uma limitação da atuação do legislador, à medida que as regras procedimentais devem estar pautas de razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade e critérios de justiça ao mesmo tempo em que estejam de acordo com a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, o princípio do devido processo legal é expressão de democracia e cidadania já que assegura direitos fundamentais para que toda interpretação das normas jurídicas resulte na ordem constitucional e processual.

2.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal garante as partes o direito à defesa e ao contraditório, isto porque, a defesa não é uma generosidade, mas um interesse público que deve ser preservado, já que se trata de garantia fundamental. (PORTANOVA, 2001, p. 125)

Azenha (2003, p. 39) define o contraditório como “o princípio do contraditório consiste em que o juiz ouça a parte contra a qual foi formulada uma pretensão, antes de decidir sobre a mesma”.

Nas palavras de Carvalho (1992, p.58-59):

Torna-se claro, pelo princípio do contraditório, que se há direito à ação, para o autor, há também direito à defesa, para o réu. Considerando que o processo é hoje entendido como instrumento de garantia constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia ao processo, ou seja, garantia de regularidade do processo, de seus atos e de seus prazos processuais.

Importante destacar que qualquer decisão proferida sem ter dado à parte oportunidade de se manifestar, deve ser coibida:

O contraditório, em sua versão contemporânea, representa a possibilidade que se deve conferir às partes de contribuir para a formação da convicção judicial. Por isso, proíbe-se o pronunciamento de decisão contra uma das partes sem que esta tenha sido previamente ouvida (art.9), bem como que o órgão judicial decida com base em fundamento a respeito do qual não tenha oportunizado às partes manifestação (art.10). (WAMBIER, 2016, p. 52)

Além disso, o princípio do contraditório se relaciona com outros direitos constitucionais como o da igualdade, uma vez que o tratamento conferido a uma, como vista aos autos, deve ser concedido a outra:

O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório. (NERY JÚNIOR, 2010, p. 209)

Já o princípio da ampla defesa “consiste na possibilidade de utilização pelas partes de todos os meios e recursos legais previstos para a defesa de seus interesses e direitos postos em juízo”, Azenha (2003, p. 41).

Verifica-se, portanto, que a garantia do contraditório e ampla defesa é inerente ao direito de defesa e acesso à justiça que, não deve passar despercebido na tramitação de qualquer processo.

3 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Sabe-se que no processo a produção de provas é um momento muito importante, já que serve para formar a convicção do juiz sobre os fatos alegados pelas partes.

No tocante ao Código de Processo Civil, logo que adentramos ao capítulo destinado a provas, o artigo 369 é claro ao dispor que todos possuem o direito de utilizar os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados no código para provar a verdade dos fatos alegados.

Verifica-se, portanto, a amplitude dos meios de prova sendo que “a parte tem direito de participar na formação e na produção de todos os meios de prova. Assim como não se faz prova sem juiz, não se faz prova sem parte”. (PORTANOVA, 2001, p. 162-163)

Acontece que, algumas vezes a prova não pode aguardar a fase destinada à sua produção ou ainda o ajuizamento da ação, seja pelo perigo do objeto perecer ou tornar impossível sua produção.

Importante destacar que o intuito deste instituto é colher as provas que demandam urgência e não para discutir sua admissibilidade ou valoração.

O Código de Processo Civil de 1973, previa que, havendo necessidade de antecipar a produção de provas o meio adequado era através do procedimento das

ações cautelares, nominada de Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas.

Com isso, seguindo as regras das ações cautelares, a produção antecipada de provas era vista como um processo preparatório para uma ação principal que deveria ser ajuizada no prazo de trinta dias.

A competência era a mesma do processo principal, já que a ação cautelar seria apensada a ele, não podendo a parte dispor da prova obtida ficando a cargo da justiça. Ainda que alguns aspectos se assemelhem as medidas cautelares, em nada se relacionam quanto à produção antecipada de provas prevista no novo Código de Processo Civil.

De modo que com o advento da Lei 13.105/2015, a produção antecipada de provas deixa de ser tratada como um processo preparatório para se tornar um processo autônomo, e não mais uma cautelar, já que possui caráter satisfativo tendo como principal objetivo concretizar o direito da parte quanto à produção de prova.

A competência para tramitação da produção antecipada de provas, segundo o artigo 381, parágrafo terceiro, é o foro onde a prova deve ser produzida ou no foro do domicílio do réu, ao contrário da ação cautelar prevista no antigo código. Observa-se que o objetivo do processo passa a ser unicamente a produção antecipada de provas sem discutir o mérito ou dar valor à prova produzida, isto é, apenas para conhecimento das partes a respeito da chance de êxito em futura e eventual demanda.

Assim, independe se o requerente irá ajuizar posteriormente a ação para discussão dos fatos, mesmo porque, dependerá dos resultados obtidos já que a parte perdedora muito provavelmente, diante da prova produzida, não irá querer levar a situação à diante. Embora a produção de provas seja o principal objetivo, a petição inicial deverá com precisão e de forma objetiva, apresentar as razões que justifiquem a necessidade da prova, bem como os fatos sobre os quais a prova há de recair.

Além disso, devem ser notadas as hipóteses previstas no artigo 381 e seguintes da Lei 13.105/2015, como “I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, que se enquadra quando não há possibilidade de aguardar a fase de produção de provas, pelo perigo de mudança de situação, perecimento, deterioração de bens ou desaparecimento de pessoas, como no caso da testemunha que irá viajar para exterior, ou que se encontra doente em fase terminal, ou com relação à perícia de objetos ameaçados a perecer.

No tocante a outra hipótese, “II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” inova ao prever a busca pela rápida solução do litígio através de autocomposição,

fazendo com que seja motivo justificável a produção antecipada de prova quando houver chances de resolver a lide.

E por fim, “III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” que ressalta-se, tal hipótese vem com o objetivo de trazer celeridade processual, bem como evitar o ajuizamento de demandas desnecessárias já que a partir da prova produzida as partes conhecerão suas chances de êxito em eventual demanda. Preenchidos os requisitos da inicial e das hipóteses de cabimento, o juiz, ao despachar a inicial, não havendo caráter contencioso, poderá de ofício ou a requerimento da parte, determinar a citação dos interessados na produção da prova ou no fato a ser provado. Cabe destaque que nesse procedimento não é permitido apresentar defesa ou recurso, apenas contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada.

Embora o § 4º do art. 382 disponha que não serão admitidas a defesa e recurso, salvo contra a decisão que indeferir totalmente a produção de prova, não se pode negar ao requerido o direito ao contraditório. O que não se permite é que se instaure controvérsia sobre os fatos em si, mas o requerido poderá, por exemplo, alegar que a prova requerida é abusiva porque viola o sigilo fiscal e comercial da empresa e sócios. (WAMBIER, 2016, p. 350)

Apesar disso, o ideal continua a ser a citação de todas as pessoas relacionadas aos fatos para acompanhar a produção de provas, uma vez que esse momento pode ser único, evitando até que nulidades sejam alegadas futuramente.

Realizada a prova, o juiz homologará, sem se manifestar sobre a valorização da prova com relação aos fatos narrados, sendo mero expectador da produção de provas. Os autos permanecerão pelo prazo de trinta dias em cartório para extração de cópias e certidões, após, serão entregues ao requerente, ou seja, não será mais a justiça a detentora permanente das provas e sim a parte que requereu.

Percebemos com as informações coletas que a produção antecipada de provas visa unicamente preservar a situação fática de forma que o judiciário acompanhe diretamente a produção da prova, documentando-a, para que ao final, atribua veracidade e confirme que sua produção foi realizada com base nos meios legais e moralmente legítimos.

4 PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Código de Processo Civil vigente, baseado nos princípios constitucionais fundamentais relacionados anteriormente, busca não só a celeridade processual e

a efetividade da justiça, mas também a simplificação do processo, eliminando e adequando procedimentos que atrasam a prestação jurisdicional.

A produção antecipada de provas, agora como um processo autônomo, viabiliza com a obtenção da prova, possibilitar as partes prévio conhecimento das chances de êxito em eventual demanda, o que facilita a autocomposição e evita o ajuizamento de futura demanda.

De modo que, a prova produzida será um elemento importante para construção de um acordo ou uma proveitosa mediação.

Isto está em conformidade com o preceito fundamental previsto no artigo 3º, parágrafos segundo e terceiro da Lei 13.105/2015 que estimula a resolução consensual de conflitos.

A ideia da produção antecipada de provas se assemelha ao procedimento adotado em países do sistema “common law”, também conhecido como “pre-trial Discovery”, que busca levantar evidências antes do julgamento, sendo que a coleta de provas é mais ampla e a sua produção não fica sob o controle exclusivo do juiz, diferentemente do que ocorre no Brasil.

Claro que esse sistema também possui críticas já que sua produção é custosa e requerer outros profissionais além do advogado, como investigadores, peritos entre outros. Porém ainda assim tem sido um instrumento eficaz para solucionar litígios fora do âmbito judicial, mesmo porque, esse sistema permite até mesmo uma simulação do julgamento, já que seriam reveladas todas as provas a serem produzidas e consequentemente seus resultados.

Logo, o novo procedimento para produção antecipada de provas tem a intenção de que as partes, antes do julgamento definitivo dos fatos, conheçam o resultado das provas que seriam produzidas e com isso possam buscar outros meios de solução de litígios, até mesmo fora do âmbito judicial.

O Ilustríssimo Desembargador Paulo Ayrosa em um de seus julgados, escreveu sobre a importância das partes conhecerem a realidade da situação fática em que se encontram de forma que ao obter as provas pode-se evitar o ajuizamento de demandas desnecessárias bem como facilita a autocomposição:

O novo Código reconhece, pois, riscos ou motivos jurídicos distintos da impossibilidade de produção futura da prova, mas que se mostram relevantes para ulterior tomada de decisões pela parte promovente. A falta de prova atual, por si só, pode obstar, dificultar ou simplesmente comprometer a futura defesa de interesses em juízo. Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência de não demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade

da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada à real situação da controvérsia, além de facilitar a autocomposição ou até mesmo evitar o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável. (SÃO PAULO, 2016 d)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo diariamente se manifesta sobre casos de produção antecipada de provas, vejamos alguns casos:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR. Produção antecipada de provas. Homologação da perícia pela observância dos aspectos formais. Decisão que preenche os requisitos legais, não cabendo qualquer manifestação judicial acerca do mérito da questão, da conclusão da perícia ou das divergências apresentadas pelo assistente. Inexistência de violação ao dever de fundamentação das decisões ou à ampla defesa e ao contraditório - Apelação desprovida. (SÃO PAULO, 2016a)

AGRAVO DE INSTRUMENTO LOCAÇÃO DE BEM IMÓVEL MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. Perícia no imóvel locado. Utilidade e necessidade. Interesse de agir evidenciado. Possibilidade, ademais, da participação da locatária, prestigiando, destarte, os princípios do contraditório e ampla defesa. Ausência de prejuízo. RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO, 2016b)

Medida cautelar. Produção antecipada de provas. Ação adequada para documentar os fatos ocorridos e servir de prova em futura ação de responsabilidade civil dos envolvidos. Interesse de agir, periculum in mora e fumus boni juris manifestos Relação de consumo. Aplicação do art. 7º, parágrafo único, do CDC. Legitimidade passiva das requeridas corretamente reconhecida. Denúnciação da lide à construtora. Desnecessidade Cerceamento de defesa ausente - Ratificação dos fundamentos da sentença (RITJSP/2009 art. 252) Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2016c)

MEDIDA CAUTELAR ACIDENTE DE TRÂNSITO MORTE DE COMPANHEIRO PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS OITIVA DE TESTEMUNHAS PLEITO QUE SE AMOLDA NO INCISO III DO ART. 381 DO NOVO CPC BUSCA DE PROVA COM O FIM DE PRÉVIO CONHECIMENTO DOS FATOS DE FORMA A JUSTIFICAR OU EVITAR O AJUIZAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL, DE ACORDO COM A REALIDADE FÁTICA RECONHECIMENTO RECURSO PROVIDO PARA QUE SE PRODUZA A PROVA ALMEJADA. Cuidando-se de medida cautelar voltada à produção antecipada de provas fundada em acidente de trânsito que vitimou fatalmente companheiro da autora, vê-se que, à luz da nova sistemática

processual trazida por meio da égide do novo CPC, o art. 381, inciso III, autoriza a produção antecipada de prova apenas para o fim de prévio conhecimento dos fatos, como forma de justificar ou evitar o ajuizamento da ação principal de acordo com a realidade fática. Assim, não havendo óbice legal ao pleito autoral, de rigor a modificação do “decisum” com o fim de permitir a produção da prova almejada. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2016d)

APELAÇÃO – Cautelar de Produção Antecipada de Provas – Laudo homologado – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Fase instrutória e perícia que respeitaram o direito à ampla defesa e contraditório – Ausência de vício a ensejar dilação mais aprofundada sobre o laudo que se mostrou suficiente para instruir a ação principal – Decisão Mantida – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP – Recurso Improvido. (SÃO PAULO, 2016e)

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação de Indenização. Insurgência contra decisão que indeferiu pleito de renovação da prova pericial. Ação de Produção Antecipada de Provas anterior. Prova produzida e laudo homologado sob o contraditório e a ampla defesa. Inexistência de fato posterior que possa viciar o resultado da perícia. Juiz destinatário da prova – Livre convencimento acerca de sua necessidade Inteligência dos arts. 130 e 131 do CPC Recurso improvido. (SÃO PAULO, 2016f)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. Ausente perigo de perecimento do objeto a ser periciado. Interesse de agir não evidenciado. Matéria de ordem pública cognoscível de ofício após a oitiva das partes a respeito. Inteligência do art. 10 do NCP. Efeito translativo do recurso. Produção antecipada da prova que, aliás, não visa a imputar responsabilidade civil, tendo em vista que a atuação judicial está restrita à produção da prova em contraditório, sem emissão de qualquer juízo de valor. Aplicação dos princípios da celeridade e economia processual que determina, desde logo, o reconhecimento da falta de interesse de agir. Averiguação de responsabilidade que deve ser feita no bojo de ação indenizatória. FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO RECURSO PREJUDICADO. (SÃO PAULO, 2016g)

Apelação. Produção antecipada de provas. Desnecessidade. Medida cautelar de produção antecipada de provas cabível quando existe o fundado receio de que não se possa realizá-la no momento processual oportuno, ou porque o fato é transitório, ou porque a coisa ou a pessoa podem desaparecer ou perecer e não são essas as circunstâncias dos autos. Sentença mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2016h)

APELAÇÃO. Ação de Indenização. Direitos autorais. Violação - Sentença de procedência, que condenou a ré ao pagamento da quantia correspondente ao décuplo dos valores de cada um dos programas - Inconformismo da ré Não caracterizado o cerceamento de defesa. Perícia realizada em ação cautelar de produção antecipada de provas que concluiu pela utilização de programas de computador sem a regular licença - Laudo bem elaborado e analisado. Cabível a redução da indenização para quantia equivalente a duas vezes o valor de cada um dos programas Recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2016i)

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.

1. Exibição. Extinção por perda do objeto diante da exibição na contestação. Fato que leva, em realidade, ao reconhecimento jurídico do pedido (art. 269, II, CPC/1973). Sucumbência. Ausência de comprovação da anterior recusa em exhibir. Exibição dos documentos, em sede judicial, na primeira oportunidade. Descabimento de condenação sucumbencial.

2. Produção antecipada de provas. Necessidade de demonstração da urgência na produção. Procedimento não cautelar de produção antecipada de provas visando o prévio conhecimento dos fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de ação que apenas foi criado com o novo CPC de 2015, então não vigente. Extinção por falta de interesse de agir correta.

3. Recurso parcialmente provido. (SÃO PAULO, 2016j)

Produção antecipada de prova. Improbidade administrativa. Suspeita de desvio de bens e recursos, de emissão de notas fiscais falsas e de contratação fraudulenta e enriquecimento ilícito em contratos administrativos, com dano ao erário municipal. Deferimento de medida liminar de quebra de sigilo bancário e fiscal. Cabimento. Presença dos requisitos legais. Prova destinada a aferir o grau de responsabilidade de cada réu, que não significa admissão de culpa nesse momento processual. Ausência de violação ao direito constitucional à intimidade, cuja invocação não pode servir de salvaguarda para a prática de ilícitos. Agravo de instrumento não provido. (SÃO PAULO, 2016k)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS AJUIZADA SOB A VIGÊNCIA DO NCPC. DECISÃO QUE

DEFERIU A LIMINAR PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, MAS APÓS A CITAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. AS RECORRENTES PRETENDEM A REALIZAÇÃO DA PROVA SEM A PRÉVIA CIÊNCIA DA AGRAVADA. POSTULAM, TAMBÉM, A DECRETAÇÃO

DE SEGREDO DE JUSTIÇA. DECISÃO QUE NÃO É PASSÍVEL DE RECURSO. (SÃO PAULO, 2016l)

AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPAÇÃO DE PROVAS. Pretensão de colheita de depoimento pessoal e de material genético do réu para a realização de exame de DNA, a fim de comprovar a paternidade na ação principal. Inconformismo contra decisão que indeferiu a petição inicial, reconhecendo carência de ação. Noticiado o falecimento do requerido. Ocorrência, de qualquer forma, da perda superveniente do interesse de agir. Decisão de extinção do processo confirmada. RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO, 2016m)

[...]

Nesta ação não se pretende haja qualquer tipo de análise sobre os documentos ou valoração de opinião médica a respeito do estado da falecida, mas apenas e tão somente sejam trazidos os documentos médicos que acompanharam o desenvolvimento de sua doença. Mesmo que a princípio se justifique, após trazidos os documentos, o ingresso da ação anulatória pela aqui também autora, é na possível ação anulatória que os documentos serão analisados pelas então partes e, em conjunto com outras provas, determinar a validade dos atos realizados pela falecida.[...]. (SÃO PAULO, 2016n)

Verifica-se, portanto, que a produção antecipada de provas tem semelhança ao procedimento adotado nos países do sistema “commom law”, só que com características próprias.

Sabe-se que em outros países a produção antecipada de provas tem sido eficaz na solução de litígios pela autocomposição e desse modo espera-se que também ocorra no judiciário brasileiro, sendo utilizada sempre que possível e diante das hipóteses de cabimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova em geral é indispensável em qualquer processo, uma vez que a partir das provas obtidas é que o juiz poderá formar seu convencimento, proferindo uma sentença fundamentada.

Logo, surge a necessidade de que a produção de provas seja pautada nos princípios e garantias fundamentais de forma que o procedimento siga o previsto na legislação, garantindo às partes o exercício ao direito à ampla defesa e contraditório de forma que resulte em um devido e justo processo legal.

Mesmo porque, um procedimento que infringe à Constituição Federal é nulo, e por isso, o novo Código de Processo Civil trouxe inovações procedimentais que dão efetividade à prestação jurisdicional em harmonia com as normas e garantias fundamentais pautadas em enaltecimento, acima de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a mudança na produção antecipada de provas que agora é tratada como um processo autônomo e com procedimento próprio, buscou o legislador dar conhecimento às partes das chances de êxito em futura demanda em face das provas obtidas.

E assim, diante das provas obtidas, em um processo judicial, ou seja, procedimento que atesta que as provas foram produzidas por meios legais e moralmente legítimos, fica mais fácil à solução da discussão de forma extrajudicial, evitando assim, o ajuizamento de nova demanda que levaria tempo para julgamento.

Claro que a parte ainda pode decidir pelo ajuizamento de uma ação, mas, com certeza, trará efetividade ao direito das partes à prova, bem como para possível solução de conflitos.

Portanto, com o estudo realizado, conclui-se que o novo procedimento previsto para a produção antecipada de provas possui o objetivo de dar celeridade e efetividade a prestação jurisdicional sem deixar é claro, de observar as garantias de rigor de um devido processo legal.

Sem mencionar que, esse remodelado instituto possibilitará as partes, munidas das provas produzidas no judiciário, a chegarem na solução extrajudicial do conflito sem a necessidade de recorrerem novamente ao judiciário para discussão dos mesmos fatos.

REFERÊNCIAS

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. **Prova ilícita no processo civil**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MOTTA FILHO, Silvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito**

constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, Jose Roberto F.; BRANDIOLI, Luis Guilherme Aidar **Código de processo civil e legislação processual em vigor.** 45. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, Jose Roberto F.; BRANDIOLI, Luis Guilherme Aidar, FONSECA; João Francisco Naves da. **Código de processo civil e legislação processual em vigor.** 47. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0051013-84.2012.8.26.0562**, da 1º Câmara de Direito Privado. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. São Paulo: 26 de abril de 2016a. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2039920-88.2016.8.26.0000**, da 26º Câmara de Direito Privado. Relator: Antônio Nascimento. São Paulo: 28 de abril de 2016b. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0088026-64.2012.8.26.0224**, da 1º Câmara de Direito Privado. Relator: Augusto Rezende. São Paulo: 03 de maio de 2016c. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1001507-67.2015.8.26.0223**, da 31º Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Ayrosa. São Paulo: 24 de maio de 2016d. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0013584-38.2012.8.26.0577**, da 3º Câmara de Direito Privado. Relator: Egídio Giacoia. São Paulo: 31 de maio de 2016e. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2039706-97.2016.8.26.0000**, da 7ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luiz Antônio Costa. São Paulo: 03 de junho de 2016f. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2050958-97.2016.8.26.0000**, da 25ª Câmara de Direito Privado. Relator: Azuma Nishi. São Paulo: 09 de junho de 2016g. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1005868-87.2015.8.26.0010**, da 7ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luís Mario Galbetti. São Paulo: 14 de junho de 2016h. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1015332-54.2015.8.26.0037**, da 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: José Aparício Coelho Prado Neto. São Paulo: 7 de junho de 2016i. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1010108-62.2015.8.26.0320**, da 7ª Câmara de Direito Privado. Relator: Mary Grün. São Paulo: 29 de junho de 2016j. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2114720-87.2016.8.26.0000**, da 10ª Câmara de Direito Privado. Relator: Antônio Celso Aguilar Cortez. São Paulo: 27 de junho de 2016k. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2111031-35.2016.8.26.0000**, da 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: Alexandre Lazzarini. São Paulo: 26 de julho de 2016l. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1004068-42.2014.8.26.0565**, da 6ª Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Alcides. São Paulo: 03 de agosto de 2016m. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2136293-84.2016.8.26.0000**, da 9ª Câmara de Direito Privado. Relator: Piva Rodrigues. São Paulo: 02 de agosto de 2016n. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 11 ago. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; SANTOS, Evaristo Aragão; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; SATO, Priscila Kei; VASCONCELOS, Rita de Cassia Correa de. **Novo CPC urgente. Guia esquemático para conhecer o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ACÇÃO MONITÓRIA: CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS, ASPECTOS PROBATÓRIOS E PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.105/2015

Novo Código de Processo Civil e teoria geral das provas

Luma Gomes Gândara¹
Mário José Ramos Gândara²

RESUMO

A ação monitória é uma ação de procedimento especial de jurisdição contenciosa em que o titular de uma prova escrita, não executiva, pleiteia ao jurisdicionado a formação desta em título executivo. O presente artigo busca fazer uma análise da ação monitória desde suas concepções mais básicas, no que tange à sua definição, natureza jurídica, finalidade, para se estudar os aspectos probatórios, com relação à prova documental exigida, compilando exemplos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, além de tecer as características do procedimento e, por fim, tratar das principais inovações advindas com o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 em comparação à antiga sistemática.

ABSTRACT

The small claims court is a special procedure of contentious jurisdiction in which the holder of a written, non-executive, plead the claimants its change into enforceable. This article seeks to analyze the small claims court from its most basic conceptions, in regard to its definition, legal nature, purpose, to study the evidentiary aspects, with respect to the documentary evidence required, compiling doctri-

¹ Escrevente Técnica Judiciária no TJSP, lotada na 2ª Vara Cível de Assis – SP; Pós Graduanda em Direito Civil e Processo Civil lato sensu pelos Projuris/FIO (2016), Possui graduação em Direito pela UENP (2014), Endereço: Rua Arthur Franco, nº 322, Centro, Santo Antônio da Platina - PR, CEP: 86430-000, telefone (43) 99648099 e (18) 981123518, e-mail: luma.gandara@msn.com

² Advogado especialista em Processo Civil, Pós Graduado em Direito Processual Civil pelas FIO (2005), Pós Graduando em Direito Civil e Processo Civil lato sensu pelos Projuris/FIO (2016), Possui graduação em Direito pela FUNDINOP (1992), Endereço profissional: Rua Arthur Franco, nº 322, Centro, Santo Antônio da Platina - PR, CEP: 86430-000, telefone (43) 99528029 e (43) 35342024, e-mail: apostello@uol.com.br

nal and jurisprudential examples on the subject in addition to weaving the characteristics of the procedure and finally address the major innovations stemming from the Civil Procedure Code - Law No. 13.105 / 2015 compared to the old systematic.

PALAVRAS-CHAVE

Ação monitória. Procedimento injuntivo. Código de Processo Civil.

KEYWORDS

Small claims court. Injunctive procedure. Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência social com objetivo de proteger todos os seus membros e para tanto se vale de regras de convivência, impondo deveres e assegurando direitos. Ocorre que, quando a harmonia é rompida, surge para o titular do direito ameaçado ou lesado a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter deste uma resposta com relação aos seus bens, sendo-lhe assegurado o direito ao processo. A isso se pode chamar de jurisdição contenciosa.

Outra hipótese em que o judiciário pode ser acionado se refere à denominada jurisdição voluntária, em casos que não há lide, mas que é imprescindível a atuação estatal a fim de formalizar e completar o ato pleiteado.

O presente trabalho cuida do estudo da ação monitória, procedimento especial de jurisdição contenciosa, em que o titular de uma prova escrita, sem força executiva, pleiteia ao jurisdicionado a formação desta em título executivo. Serão abordados aspectos conceituais e finalísticos da ação monitória, adentrando também em sua natureza jurídica.

Será estudada também a introdução do procedimento monitório no Brasil com a Lei nº 9079/95, que fora introduzida como artigos 1.102-a, 1.102-b, 1.102-c do Código de Processo Civil de 1973.

Será tratado do procedimento monitório, das características, dos aspectos probatórios, para, ao fim, serem abordadas as principais alterações advindas com a Lei nº 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil.

O presente artigo busca então, analisar o instituto monitório que foi mantido no Código de Processo Civil de 2015, com novas numerações, encontráveis nos artigos 700 e seguintes. Para isso, foram utilizadas como técnicas de pesquisa, de forma a coletar e examinar os materiais analisados, a pesquisa indireta documental (Código de Processo Civil de 1973, Código de Processo Civil de 2015, súmulas e jurisprudências), além da pesquisa indireta bibliográfica – por meio de doutrinas, legislação e artigos acerca do assunto tratado.

1 AÇÃO MONITÓRIA

Pode-se dizer que a ação monitória, como se conhece, é nova, vez que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.079, de 14.07.1995. Surgiu da necessidade de se criar um instrumento processual que atendesse ao ideal de rapidez e economia, de modo a evitar despesas e perda de tempo ao credor, muitas vezes, preterido em seu direito.

1.1 NOÇÕES PRELIMINARES

A experiência jurídica vinha revelando morosidade na hipótese de o credor, com documento sem eficácia executiva, necessitar recorrer primeiro à ação de condenação para, posteriormente, ajuizar a de execução, mesmo sendo demonstrada com clareza e segurança a existência do seu direito.

O possuidor de título certo, líquido e exigível, previsto como título executivo judicial ou extrajudicial, poderia, respectivamente, manejar cumprimento de sentença (após a Lei nº 11.232/2005³) ou processo de execução.

Antes de surgir a possibilidade da ação monitória, aquele que possuísse prova, sem requisitos de certeza, liquidez e previsão legal, deveria ingressar com processo de conhecimento a fim de tornar sua prova exigível e exequível.

Posteriormente, surgiu a possibilidade de se ingressar com a ação monitória, que será estudada adiante.

1.2 CONCEITO E FINALIDADE DO PROCESSO MONITÓRIO

Diante da situação do credor munido de relativa certeza do direito, mas com documento sem eficácia executiva, introduziu-se uma forma de *summaria cognitio*, que recebeu o nome de procedimento de injunção ou de procedimento monitório. No entendimento de Salvatore Satta:

O procedimento injuntivo consiste na emanção de uma ordem do juiz conforme o pedido do credor, para que o devedor pague uma importância em dinheiro (ou uma quantidade certa de coisas fungíveis), no prazo estabelecido, facultando-se embargos ao devedor, cuja falta a ordem adquirirá o valor de uma sentença condenatória passada em julgado (apud TEIXEIRA, 1996a, p. 456).

Os termos “monitório” e “injuntivo”, em seu significado léxico, são expressões indicativas de ordem, mandamento, imposição. Recebem tais denominações porque o credor inicialmente pede ao juiz a expedição de uma ordem ou mandado, determinando ao devedor que pague a dívida no prazo estabelecido⁴, ao invés de pedir a condenação do devedor.

³ Lei que instituiu o cumprimento de sentença, conhecido doutrinariamente como sincretismo processual.

⁴ CPC/2015, Art. 701 - Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

Assim, o credor, por meio da ação monitória, requer ao magistrado o mandado de pagamento ou entrega de coisa para obter a satisfação de seu direito, cujo crédito esteja comprovado por documento idôneo desprovido de eficácia de título executivo.⁵ Desse modo, o procedimento monitório possibilita a formação de títulos exequíveis que perderam eficácia executiva ou nunca a tiveram. Para tanto, basta que o réu deixe de oferecer embargos no prazo estabelecido em lei, ou se os embargos forem rejeitados ou julgados improcedentes. Assim:

se não houver resistência do devedor, a monitória permitirá a satisfação mais rápida do credor, pois constituirá precocemente o título executivo, sem necessidade de sentença recorrível. Mas, se o devedor impugnar o pedido, de pouca utilidade terá sido o procedimento monitório, pois haverá necessidade de julgamento, com todas as demoras decorrentes. (GONÇALVES, 2014, p. 399)

Nesse sentido, o juiz examina superficialmente a possibilidade da existência do direito, isto é, o juiz, ao expedir o mandado de pagamento ou entrega, concede os resultados da execução forçada sem sequer decidir sobre a existência ou inexistência do direito do autor. O procedimento monitório possui então

uma estrutura particular, em virtude da qual, se aquele contra quem se propõe a pretensão não embarga, o juiz não procede a uma cognição mais do que em forma sumária, e, em virtude dela, emite um provimento que serve de título executivo à pretensão e desse modo autoriza, em sua tutela, a execução forçada. (CARNELUTTI, apud THEODORO JUNIOR, 2016, p. 380)

A ação monitória busca obter economia processual e celeridade na instrumentalização da execução forçada, ante a deformalização do procedimento dos processos de conhecimento e de execução, pois

só eventualmente é que o procedimento de injunção se transformará em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional deduzida em juízo. Enquanto o processo de conhecimento puro consiste em estabelecer, originária e especificamente, o contraditório sobre a pretensão do autor, o procedimento monitório consiste em abreviar o caminho para a execução, deixando ao devedor a iniciativa do eventual contraditório (CALAMANDREI, apud THEODORO JUNIOR, 2016, p. 380).

Assim, o contraditório se torna eventual, cuja iniciativa decorre do réu por meio de embargos. O procedimento desse processo embargado será ordinário

⁵ CPC/2015, Art. 700 - A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz.

com cognição exauriente, transformando-se em contencioso sobre o mérito da relação obrigacional.

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA TUTELA MONITÓRIA

Há divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do procedimento monitorio, alguns defendem a natureza de processo de conhecimento, enquanto outros defendem a natureza de processo de execução.

Para Carnelutti (apud GONÇALVES, 2014, p. 400) constitui uma modalidade distinta de processo, que não se enquadra entre os de conhecimento nem entre os de execução. O monitorio constituiria, portanto, um *tertium genus*, um processo intermediário entre o de cognição e o de execução.

Para Chiovenda, o procedimento monitorio se enquadra

na categoria dos *acertamentos com prevalente função executiva*, cujo escopo é a antecipação da execução forçada, através da limitação da cognição do juiz, e justamente pela sumariedade da cognição (das razões das partes), tais acertamentos teriam caráter provisório. O decreto de injunção, ao ser expedido, não teria por conteúdo, à semelhança de uma sentença de condenação, a afirmação de um direito a uma prestação, mas acertaria simplesmente a existência da condição para obter a injunção, adquirindo valor de afirmação do direito do credor, somente depois de tornado definitivo. (apud ALVIM, 2000, p. 40, grifo do autor)

O processo monitorio pode ser visto como uma modalidade especial de procedimento de acertamento (cognição), no dizer de Chiovenda, com “prevalente função executiva”, dizendo-se assim porque sua finalidade é a criação de um título para executar e não o julgamento da causa. (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 382)

Por outro lado, segundo Garbagnati, o procedimento injuncional

É um processo especial de cognição, no qual o exercício, em forma especial, de uma ação ordinária de conhecimento, provoca a pronúncia também em forma especial, de um provimento jurisdicional, idêntico por natureza àquele pronunciado no exercício da jurisdição declaratória, num processo ordinário de condenação, inobstante a sumariedade do rito. (apud ALVIM, 2000, p. 41)

Desse modo, Garbagnati entende que o provimento jurisdicional da ação monitoria possui natureza declaratória, idêntica ao provimento do juiz num processo ordinário de condenação.

Para Calamandrei, o processo monitorio “é uma forma de processo de cognição especial e extraordinária (processo sumário qualificado); pode-se também

considerar como expressão de uma ação especial, distinta da ação ordinária de condenação (ação sumária). (apud TEIXEIRA, 1996a, p. 456)

Diante dessa conceituação, o processo monitorio não tem a natureza jurídica de processo de conhecimento, porque não há o julgamento do mérito, uma vez que no mandado monitorio não há eficácia declaratória do direito do autor, a qual pode ocorrer no processo dos eventuais embargos, que não se confundem com a ação monitoria. Difere ainda do procedimento comum de cognição pela inversão inicial do contraditório, cuja iniciativa do eventual contraditório advém do devedor.

Ocorre também no processo monitorio uma consequência mais grave que o efeito da revelia do processo de conhecimento. Quando não propostos os embargos ao mandado monitorio, passa-se diretamente à execução, sem prévio julgamento do juiz sobre a existência ou inexistência do direito do autor. Enquanto que, no processo de conhecimento, há o julgamento do mérito, mesmo que ocorra a revelia, pois o efeito da revelia somente autoriza o juiz a dispensar a prova dos fatos alegados na petição inicial, sem deixar de julgar.

Não possui também a natureza jurídica de processo de execução, pois o processo monitorio visa obter a satisfação do crédito sem que o autor disponha previamente de título com eficácia executiva, constituindo título executivo somente em seu curso. Por outro lado, no processo de conhecimento de natureza condenatória há o mesmo objetivo da ação monitoria que é a obtenção do título para executar, por isso o processo monitorio é um “processo misto”, integrado por atos típicos de cognição e de execução (MARCATO, 2004, p. 2578).

Dentre os procedimentos de que se pode revestir o processo de conhecimento, tais como ordinário, sumário e o especial, o processo injuncional não é mero procedimento, mas um “processo diferenciado” (DINAMARCO, 2004, p. 745), fugindo daquela classificação tradicional de conhecimento, execução e cautelar. Sendo, portanto, misto, já que inclui atividades cognitivas e de execução em uma só base processual.

2 PROCEDIMENTO MONITÓRIO: ASPECTOS COMPARATIVOS E PROBATÓRIOS

A ação monitoria foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.079 de 14 de Julho de 1995, a qual acrescentou os artigos 1.102-A⁶, 1.102-B⁷

⁶ CPC/1973, Art. 1.102-A: A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

⁷ CPC/1973, Art. 1.102-B: Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

e 1.102-C⁸ no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973).

Necessário se faz alguns aspectos comparativos da ação monitória introduzida no Código de Processo Civil de 1973 para, paulatinamente, introduzir-se as inovações trazidas pela Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015) – encontráveis nos artigos 700 e seguintes.

2.1 CARACTERÍSTICAS

O processo monitório tem caráter documental, caracterizado pela existência de prova escrita do crédito, desprovida de eficácia executiva. Uma das inovações advindas pelo CPC/2015 foi com relação à ampliação dos meios de prova, possibilitando a prova oral documentada, produzida antecipadamente (art. 700, §1º, CPC⁹), enquanto no CPC/1973, havia apenas a expressão “prova escrita”.

O credor deve demonstrar claramente a constituição de seu crédito para a admissibilidade do procedimento monitório, sendo a cognição inicialmente sumária, pois “na decisão inicial, é necessário que o juiz, somente pelo exame dos documentos juntados, convença-se, ainda que em caráter provisório, e em cognição não exauriente, da existência do crédito” (GONÇALVES, 2014, p. 405-406).

Caso o juiz conclua que o documento não é idôneo, intimará o autor para, querendo, emendar a petição inicial, adequando-a ao procedimento comum (Art. 700, §4º, do CPC/2015). Quando houver suporte fático-jurídico, o juiz determinará a expedição do mandado monitório para que se proceda ao pagamento, entrega da coisa, ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, *inaudita altera parte*¹⁰, passando para momento posterior a possibilidade de contraditório.

Outra característica é a constituição do título executivo como consequência da inércia do réu para se defender, empregando o sistema da preclusão do direito do devedor de embargar a ação monitória. Portanto, somente se alcança a formação do título executivo pela aquiescência tácita do demandado, pelos embargos

⁸ CPC/1973, Art. 1.102-C: No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei. § 1º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios. § 2º Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário. § 3º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

⁹ CPC/15, Art. 700, §1º - A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.

¹⁰ Sem ouvir a outra parte.

improcedentes ou rejeitados liminarmente.

2.2 O PEDIDO E O OBJETO

A pretensão monitoria deve mostrar a certeza e a liquidez da obrigação, ou seja, deve ser certa e determinada, pois não se permite uma posterior liquidação no curso desse procedimento. Se fosse admissível liquidação, a ação monitoria perderia sua razão de ser – oferecer agilidade.

A condenação nas despesas processuais e honorários advocatícios também compõe o pedido, entretanto, se o devedor cumprir o mandado no prazo ficará isento de custas e honorários, por força do CPC/2015, no art. 701, §1^o¹¹.

Com relação ao objeto, no CPC/1973, admitia-se a ação monitoria somente se o pedido do autor tivesse como objeto “soma de dinheiro”, “coisa fungível” ou “determinado bem móvel”, segundo o art. 1.102-A do diploma revogado. Ficavam afastadas, desse modo, as pretensões de fazer ou não fazer, e as que versassem sobre coisa infungível ou sobre bens imóveis.

O objeto da ação monitoria foi ampliado no CPC/2015, passando a admitir, *ipsis litteris*: “Art. 700: I - o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer”. (BRASIL, 2015)

Quando a lei menciona “soma em dinheiro”, refere-se à obrigação de pagar quantia certa, sendo a mesma que se pode reclamar na execução regulada no artigo 824 do CPC/2015.

Não se admite quantia incerta na pendência de liquidez posterior, sendo a especificação indispensável, pois no momento em que o devedor ficar inerte, converte-se logo em mandado de execução por quantia certa. Assim explica Theodoro Junior que “a ação monitoria deve ser instaurada por meio de mandado de pagamento a ser expedido com base na prova inicial, não havendo estágio ulterior em que se possa liquidar o *quantum debeatur*” (2016, p. 387).

Quando a lei fala em “entrega de coisa fungível” refere-se às obrigações de dar coisas genéricas ou incertas, isto é, obrigação de dar coisas que são indicadas pelo gênero e quantidade, conforme os arts. 243 a 246 do Código Civil (CC/2002).

A entrega de coisas infungíveis, móveis ou imóveis, por sua vez, refere-se à obrigação de dar coisa certa, prevista nos arts. 233 a 242 do CC/2002 (THEODORO JR., 2016, p. 387).

Definidas essas premissas fundamentais, conclui-se que se a ação injuncio-

¹¹ CPC/15, Art. 701, §1º - O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

nal tiver como objeto entrega de coisa, pode ser executada conforme o Art. 498, do CPC/2015. Assim, a ação se torna executiva *latu sensu* e os atos práticos e materiais se realizam em fase executiva subsequente à formação do título judicial executivo.

Por fim, possibilitada está ao procedimento monitório a exigência de adimplemento das obrigações de fazer e não fazer, previstas nos arts. 247 a 251 do Código Civil. Portanto, o procedimento monitório será admitido quando a causa tiver por objeto uma pretensão a receber dinheiro, entregar coisa fungível ou infungível, móvel ou imóvel, bem como adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer.

2.3 PROVA

A legislação brasileira não conceitua o que é prova sem eficácia de título executivo, cabendo à doutrina e à jurisprudência fazê-lo.

A prova escrita pode ser tanto a prova pré-constituída quanto a prova casual. Theodoro Junior explica que a prova casual é um escrito surgido sem a intenção direta de documentar o negócio jurídico, mas que é suficiente para demonstrar sua existência (2016, p. 391).

Por prova pré-constituída se entende aquela preparada anteriormente ao nascimento de um direito ou obrigação, a fim de servir de prova do fato que se pretende provar, ou seja, “o documento escrito é aquele idôneo para, em uma análise inicial, fazer crer na existência do crédito afirmado pelo autor. Há de ser uma prova desse crédito que mereça fé, de acordo com as regras do livre convencimento do juiz”. (GONÇALVES, 2014, p. 403)

Como exemplos de prova pré-constituída, podem ser citados “um bilhete privado, uma carta missiva, um bilhete de loteria, um bilhete de rifa, desde que tenha autoria comprovada (no sentido de quem seja o seu autor)”. (ALVIM, 2000, p. 52)

Gonçalves cita outros exemplos:

Valerão como documentos escritos as declarações ou confissões do devedor, em que ele reconheça a existência da dívida, ou prometa pagá-la, ou manifeste seu acordo com o valor que esteja sendo cobrado. Também aqueles que já tenham perdido a força executiva, como os cheques ou promissórias prescritos. (...) A duplicata, acompanhada de nota fiscal de venda de mercadoria, ainda que desacompanhada de recibo de entrega. (2014, p. 403-404).

Percebe-se que a prova não precisa ser revestida das formalidades exigidas pela lei, mas o que se exige é que se trate de documento escrito do qual se possa razoavelmente inferir a existência do crédito afirmado pelo autor. Ensina Paulo Rubens Salomão Caputo que “o Superior Tribunal de Justiça considera como prova

escrita apta à instrução da ação monitória todo e qualquer documento que sinalize o direito à cobrança e que seja hábil a convencer o juiz da pertinência da dívida, independentemente de modelo predefinido”. (2016, p. 671)

Importante salientar que mero começo de prova escrita não é suficiente para o processo monitório, pois não se permite, depois do deferimento do mandado de pagamento, que o credor a complete com testemunhas e outros meios de prova. Neste sentido explica Dinamarco:

É indispensável que inclusive o *valor da obrigação* esteja documentalmente comprovado, porque, quando se trata de obrigação em dinheiro, o mandado de pagamento deve necessariamente indiciar a quantia a ser paga; sem essa indicação, não há sequer como ser cumprido o mandado (2004, p. 751, grifo do autor).

Ainda, com relação à prova escrita, tem-se:

“o documento escrito a que se refere o legislador não precisa ser obrigatoriamente emanado do devedor, sendo suficiente, para a admissibilidade da ação monitória, a prova escrita que revele razoavelmente a existência da obrigação. (...) A ação monitória (...) tem base em prova escrita sem eficácia de título executivo. A prova escrita consiste em documento, que, embora não prove diretamente o fato constitutivo do direito, possibilite ao juiz presumir a existência desse direito alegado. 5. O procedimento injuntivo tem por objetivo obviar a formação do título executivo por meio da simplificação do processo de conhecimento e da concessão de executividade ao título executivo, ou seja, dar-lhe a certeza, a liquidez e a exigibilidade de que é destituído. (...) (STJ - REsp: 755741 SP 2005/0080981-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/06/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.10.2007 p. 218)

Com isso, o STJ reconheceu que ainda que o documento escrito não contenha a assinatura propriamente dita do devedor, se, contudo, o documento é capaz de infirmar a obrigação inequívoca deste, é prova suficiente.

Humberto Theodoro Junior traz outros exemplos de títulos injuntivos que a jurisprudência tem aceitado, como:

O documento particular de reconhecimento de dívida não assinado por duas testemunhas, o título de crédito prescrito, a duplicata mercantil sem comprovante de entrega da mercadoria, a compra e venda mercantil da qual não se expediu a duplicata,

o contrato de abertura de crédito em conta corrente, o saldo do contrato de arrendamento mercantil, contribuições condominiais, extratos bancários, honorários advocatícios, contrato de prestação de serviços, 'romaneio' agrícola, contrato de seguro, contrato de cartão de crédito, cheque prescrito, contrato de serviços hospitalares, compra e venda representada por notas fiscais, e contrato de serviços educacionais. (2016, p. 393-394).

Conclui-se, por conseguinte, que a expedição do mandado de pagamento depende da prova escrita oferecida pelo credor e, também, da demonstração da quantia que pretende receber, pois não haverá oportunidade para o credor completar a comprovação do crédito.

O objetivo da prova escrita (ou oral documentada) na ação monitória é, *ab initio*, o de convencer o magistrado de que o documento somente necessita da exigibilidade – que lhe é destituída –, pois já é certo e líquido.

Com relação à prova oral documentada, o art. 700, §1º, explica que se trata da prova produzida antecipadamente nos moldes do art. 381 do CPC/2015, que é admitida nos seguintes casos, quando:

“I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (BRASIL, 2015).

Com relação ao ônus da prova, o Código de Processo Civil de 2015 não trouxe nenhuma inovação, de modo que vale a regra geral do Art. 373, que preceitua que “ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu incumbe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito” (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 395).

Desse modo, o que se pretende é que o autor evidencie, desde logo, a certeza e liquidez e demonstre que seu título deve e precisa ser revestido de exigibilidade. Por própria segurança do credor é que se exigem tais formalidades, não como forma de tornar excessivamente formal e rigoroso o procedimento, mas como forma de trazer à baila do magistrado *conditio sine qua non* de verossimilhança, pois não haverá oportunidade futura para que tal prova seja feita.

Assim, tem-se entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça:

A prova hábil a instruir a ação monitória, (...) não precisa, necessariamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante. Basta que tenha forma

escrita e seja suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado. 2. Dessarte, para a admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja o juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor. 3. A Corte local, após minucioso exame da documentação que instrui a ação, apurou que os documentos são “mais que suficientes para atender aos requisitos da legislação processual para cobrança via ação monitória, pois servem como início de prova escrita” e que, “em cotejo com as duplicatas apresentadas, demonstram a liquidez e certeza da obrigação, independentemente do aceite” (...) (STJ - REsp: 925584 SE 2007/0015368-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 09/10/2012, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/11/2012).

À vista de todo o abordado, conclui-se que o processo monitório somente será admissível quando a prova escrita for suficiente para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito invocado pelo autor. Por isso, a demanda monitória não pode dar ensejo à tutela pretendida quando não houver qualquer documento escrito, estiver provida de documento insuficiente ou, ainda, de documento que caracterize um título executivo.

3 PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - LEI Nº 13.105/2015

O movimento reformador do Código de Processo Civil está ligado ao advento da Constituição Federal de 1988, que realçou o compromisso do Estado por uma tutela jurisdicional mais efetiva, mediante um processo acessível, justo e realizado em tempo razoável.

Nesse enfoque, a ação monitória foi mantida no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015. Cabe agora a análise das principais alterações atinentes ao procedimento monitório com o advento dessa lei.

3.1 PRINCIPAIS INOVAÇÕES NA AÇÃO MONITÓRIA

Houve modificações no sentido ampliativo.

Poderá ser objeto de Ação Monitória, além do pagamento de quantia em dinheiro, a entrega de coisa fungível e de bem móvel, a exigência de coisa infungível, bem imóvel e o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer (CPC/2015,

Art. 700, incisos I, II e III). Quanto a este primeiro artigo ainda, o *caput* traz o alerta de que a presente ação exige que o devedor seja capaz, portanto, caso o devedor seja um indivíduo incapaz, deverá ser escolhido outro tipo de procedimento.

O § 1º, do Art. 700 no CPC/2015, cria ainda uma figura nova que é a “prova oral documentada” – documento monitório –, documento que deve ser obrigatoriamente produzido anteriormente à distribuição da Ação Monitória, através de uma produção antecipada de prova (art. 381, do CPC/2015), documento produzido em cartório ditado pelo devedor ao tabelião (documento produzido por ocasião da celebração do negócio jurídico) com base em prova escrita, ou algum outro documento gravado pelo devedor que retrate a dívida, como o depoimento pessoal ou testemunhal, além dos já citados quando do estudo dos aspectos probatórios.

Na Ação Monitória para a entrega de coisa ou cumprimento de obrigação de fazer, igualmente deverá conter a expressão econômica perseguida, não mudando nada em relação à Monitória do CPC/1973.

Como já dito alhures, o legislador infraconstitucional concebe o procedimento monitório com técnica destinada a propiciar a aceleração da realização dos direitos e como instrumento capaz de evitar o custo inerente à demora da longa fase de conhecimento. O procedimento monitório existe no intuito de abreviar, com o mandado injuntivo, que dependendo do caso se transforma após o prazo de resposta (que é o mesmo da contestação – quinze dias) em processo de conhecimento.

Partindo desta premissa: da instrumentalização e efetividade processual, através da inversão do ônus de se instaurar a discussão a respeito da existência ou inexistência do direito, visa-se desestimular defesas infundadas e permitir a tutela do direito invocado sem maiores delongas. Caso o Magistrado acredite que o “documento” que instrui a inicial não preenche os requisitos para a Ação Monitória, deverá intimar o autor para que aperfeiçoe tal documento ou transforme seu pedido em Processo de Conhecimento Comum, (Art. 700, § 5º, do CPC/2015).

Já o § 6º, do Art. 700 no CPC/2015, acabou com o ceticismo de muitos que acreditavam não ser possível promover a Ação Monitória contra a Fazenda Pública. Aliás, em que pese existisse no passado esse ceticismo, o STJ já havia editado a Súmula nº 339 que deixava muito clara a posição do Tribunal Superior: “É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública”. (BRASIL, 2007)

Dentre os autores que desde antanho abarcavam a ação monitória contra os entes públicos estão Dinamarco, entendendo que

O pagamento feito em atendimento ao mandado monitório é satisfação voluntária e não cumprimento de sentença judicial; a situação não é diferente dos pagamentos feitos ordinariamente pelo Estado

ao cabo de um serviço recebido ou em seguida ao recebimento de mercadorias compradas. O mandado não atua, para esse fim, de modo diferente do de uma mera interpelação endereçada ao devedor; a Fazenda pagará ou não, sabendo que se o fizer ficará dispensada de pagar os honorários de sucumbência. (2004, p. 749)

No entanto, se resistir

Opondo embargos à ação monitória, ou quedando-se inerte, a Fazenda Pública terá em seu desfavor a constituição do título executivo judicial, e a partir de então dar-se-á o cumprimento de sentença previsto no Art. 534 e ss. do Novo Código de Processo Civil (WAMBIER, 2015, p. 1034).

Já em relação à Fazenda Pública ser autora no processo monitório, não haveria cabimento, uma vez que, a Fazenda Pública tem seus próprios métodos de formalização de cobranças, que envolvem a Lei nº 6.830/80 – Lei da Execução Fiscal, de 22 de Setembro de 1980.

A citação no procedimento monitório admite qualquer das modalidades de citação permitidas para o procedimento comum. Assim prescreve o § 7º do Art. 700 do CPC/2015, *in verbis*: “Na ação monitória, admite-se citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum” (BRASIL, 2015).

Inovou também a Lei nº 13.105/2015, no que diz respeito aos honorários advocatícios, quando no CPC/1973, o devedor adimplisse com a obrigação requerida de imediato, ficava livre do pagamento de honorários de sucumbência. Já o CPC/2015, instituiu para o pagamento imediato, sem discussão, o valor de 5% (cinco por cento) do valor da causa de honorários. (Art. 701, *caput*, *in fine*).

Em não sendo cumprido o mandado no prazo quinze (15) dias e não sendo apresentados os embargos monitórios, sem qualquer outra formalidade constituir-se-á o mandado inicial em título executivo judicial, passando a Execução a tramitar, no que couber, por conta do Título II, do Livro I, da Parte Especial (Do Cumprimento de Sentença). O devedor neste caso só poderá impugnar o cumprimento de sentença nas hipóteses previstas no artigo 525, §1º, do CPC/2015. Caso seja a Fazenda Pública a Ré, não cumprido o mandado no mesmo prazo e não sendo apresentados embargos monitórios os autos serão encaminhados à segunda instância seguindo o rito da Remessa Necessária, de acordo com o CPC/2015, Artigo 496, inciso I.¹².

¹² CPC/2015, Art. 496 - Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

O devedor poderá ainda no prazo dos Embargos, reconhecendo a dívida, lançar mão do princípio da vontade ou boa vontade, de acordo com o CPC/2015, no artigo 916¹³, depositando 30% (trinta por cento) do montante da dívida e requerer que lhe seja deferido o pagamento do restante em 6 (seis) parcelas mensais e consecutivas. Daí a lei diz, neste caso, que a dívida será acrescida de custas e honorários advocatícios, mais atualização monetária e juros de um por cento ao mês.

Cabe aqui, o bom senso e a análise pormenorizada das vantagens e desvantagens de caso a caso. Deverá o devedor, neste caso, fazer contas, para dentro de suas possibilidades: a) não assumir prestação que lhe será muito mais onerosa, podendo se seguir *ipsis literis* o texto de lei; b) mais arriscado é fazer a proposta pedindo que lhe sejam abonadas as custas, bem como os juros mensais, podendo ser aceito pelo Exequente ou não; c) não podendo olvidar que a Execução deve ser menos gravosa para o Executado e, em sendo o caso, com boa vontade se chegar a uma conciliação, que é a tônica do Novo Código de Processo Civil. (Art. 139, VI¹⁴).

O Artigo 701 do CPC/2015, traz ainda em seu § 3º, ser cabível ação rescisória da decisão prevista no *caput* quando ocorrer a hipótese do § 2º. Em comentário a este dispositivo os doutrinadores Teresa Arruda Alvim Wambier et al, dizem que “a ‘sentença’ da ação monitoria, ocorrendo a inércia do réu (ausência de pagamento e não oposição de embargos), será a decisão inicial convertida em título executivo judicial, tanto que dela é cabível ação rescisória (§ 3º do art. 701 do NCPC)”. (2015, p. 1036).

No procedimento monitorio ou da ação monitoria o réu poderá adotar três condutas principais, cada qual com suas consequências relevantes, quais sejam: 1º - O réu poderá cumprir o mandado e terá como resultado a extinção do processo monitorio; 2º - O réu poderá deixar transcorrer o prazo do mandado *in albis* e se constituirá o título executivo de pleno direito; 3º - O réu poderá interpor defesa na forma de embargos monitorios que suspenderá a eficácia do mandado até o seu julgamento. A partir de agora serão tecidos comentários a respeito desta terceira atitude do réu.

¹³ Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

¹⁴ CPC/2015, Art. 139: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais

3.2 EMBARGOS MONITÓRIOS

O artigo 702 do CPC/2015 aduz que “independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitória. § 1º Os embargos podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum” (BRASIL, 2015).

No passado – por ocasião do advento da Lei nº 9079/1995 –, arguia-se, se os embargos monitórios seriam processados nos próprios autos da ação monitória ou em apenso. Na prática muitas comarcas adotavam autuar em apenso, com custas, distribuição e todos os cuidados de uma ação nova seguindo a mesma sistemática dos embargos do processo de execução (ação nova). Principalmente no Estado do Paraná, onde os cartórios são privados e o Escrivão recebia estas custas.

O CPC/2015 esclareceu esta dúvida e colocou uma *pá de cal* em cima da questão: Os embargos monitórios têm natureza de defesa e não de ação nova. Existem como uma contestação e nele podem ser alegadas todas as defesas possíveis que existem no procedimento comum.

Porém, daí para frente todas as matérias de defesa dos embargos em uma execução são passíveis de serem alegadas nos embargos monitórios, por exemplo: excesso de execução, que deverá ser demonstrado efetivamente, com memória de cálculo e justificativas legais, sob pena de serem rejeitados liminarmente.

O Código de Processo Civil de 2015 positivou entendimento do STJ da Súmula 292 com relação à reconvenção. Dita referida súmula: “A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário” (BRASIL, 2004) e o CPC/2015, no Art. 702, §6º, adotou tal orientação: “Na ação monitória admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção” (BRASIL, 2015).

O réu-embargante poderá então, além dos embargos monitórios, propor reconvenção com base em pedido condenatório objeto da mesma causa de pedir que o autor ajuizou a monitória. Vedada, porém, a reconvenção por parte do autor da monitória, o que seria entendido como reconvenção da reconvenção, isto com um propósito claro: evitar o alongamento excessivo da demanda.

Além dos embargos totais, o réu poderá também oferecer embargos parciais. Se ocorrer tal situação poder-se-á estes embargos ser autuados em apartado, continuando a parte considerada incontroversa da monitória seguir como título executivo judicial, § 7º do artigo 702, do CPC/2015, não sendo embaraçada com a discussão dos embargos.

Caso os embargos forem rejeitados, antes ou depois da ampla dilação probatória, o recurso cabível é o de apelação. Uma vez com a sentença de primeiro

grau o autor-exequente pode continuar com os atos de expropriação de bens do devedor, não sendo necessária a espera do resultado da apelação, isto também, faz parte do instituto como um todo - atributo da celeridade processual.

Caso haja o uso indevido da acção monitória, o juiz condenará a parte, assim explica Theodoro Junior: “se o autor ajuizar acção monitória indevidamente e de má-fé, ele será condenado ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa, em favor do réu (art. 702, §10). Condenação de igual valor em favor do autor será imposta ao réu que, de má-fé, opuser embargos (§11)” (2016, p. 404).

Por fim não se pode deixar passar e branco a hipótese de o devedor não ter sido encontrado para a citação. Nesse caso cabe a nomeação de um curador especial, o qual poderá utilizar dos meios de defesa que estiverem ao seu alcance.

Após o estudo das principais inovações e da nova dinâmica do procedimento monitório, que foi ampliado em suas possibilidades – fruto de inovação do legislador e de consolidações jurisprudenciais –, importante trazer um quadro comparativo a fim de que o leitor possa melhor visualizar os artigos em comento.

3.3 QUADRO COMPARATIVO DO CPC/1973 E DO CPC/2015

CPC 1973	CPC 2015
Art. 1.102.a - A acção monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. (Incluído pela Lei nº 9.079, de 14.7.1995)	Art. 700. A acção monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz : I - o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel ; III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer . § 1º A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.
Sem correspondência no CPC	§ 2º Na petição inicial, incumbe ao autor explicitar, conforme o caso: I - a importância devida , instruindo-a com memória de cálculo; II - o valor atual da coisa reclamada; III - o conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico perseguido . § 3º O valor da causa deverá corresponder à importância prevista no § 2º, incisos I a III. § 4º Além das hipóteses do art. 330, a petição inicial será indeferida quando não atendido o disposto no § 2º deste artigo . § 5º Havendo dúvida quanto à idoneidade de prova documental apresentada pelo autor, o juiz intimá-lo-á para, querendo, emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum.

Constitucionalização do Direito Processual

<p>Art. 1.102-C. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)</p>	<p>Art. 702. Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitória.</p> <p>§ 1º Os embargos podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum.</p> <p>§ 2º Quando o réu alegar que o autor pleiteia quantia superior à devida, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado da dívida.</p> <p>§ 3º Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos serão liminarmente rejeitados, se esse for o seu único fundamento, e, se houver outro fundamento, os embargos serão processados, mas o juiz deixará de examinar a alegação de excesso.</p> <p>§ 4º A oposição dos embargos suspende a eficácia da decisão referida no caput do art. 701 até o julgamento em primeiro grau.</p> <p>§ 5º O autor será intimado para responder aos embargos no prazo de 15 (quinze) dias.</p> <p>§ 6º É admissível ação monitória em face da Fazenda Pública.</p> <p>§ 7º Na ação monitória, admite-se citação por qualquer dos meios permitidos para o procedimento comum.</p> <p>Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.</p> <p>§ 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.</p> <p>§ 2º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.</p>
<p>Art. 1.102.b - Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 9.079, de 14.7.1995)</p>	<p>Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.</p> <p>§ 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.</p> <p>§ 2º Constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade, se não realizado o pagamento e não apresentados os embargos previstos no art. 702, observando-se, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.</p> <p>§ 3º É cabível ação rescisória da decisão prevista no caput quando ocorrer a hipótese do § 2º.</p> <p>§ 4º Sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.</p> <p>§ 5º Aplica-se à ação monitória, no que couber, o art. 916.</p> <p>§ 6º Na ação monitória admite-se a reconvenção, sendo vedado o</p>

	<p>oferecimento de reconvenção à reconvenção. § 7o A critério do juiz, os embargos serão autuados em apartado, se parciais, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial em relação à parcela incontroversa. § 9o Cabe apelação contra a sentença que acolhe ou rejeita os embargos. § 10. O juiz condenará o autor de ação monitória proposta indevidamente e de má-fé ao pagamento, em favor do réu, de multa de até dez por cento sobre o valor da causa. § 11. O juiz condenará o réu que de má-fé opuser embargos à ação monitória ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa, em favor do autor.</p>
<p>§ 1o Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios. (Incluído pela Lei nº 9.079, de 14.7.1995)</p>	<p>Art. 701, § 1o O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.</p>
<p>§ 2o Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário. (Incluído pela Lei nº 9.079, de 14.7.1995)</p>	<p>Art. 702. Independentemente de prévia segurança do juízo, o réu poderá opor, nos próprios autos, no prazo previsto no art. 701, embargos à ação monitória.</p>
<p>§ 3o Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)</p>	<p>Art. 702, § 8o Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito o título executivo judicial, prosseguindo-se o processo em observância ao disposto no Título II do Livro I da Parte Especial, no que for cabível.</p>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A palavra monitória no Brasil tomou uma conotação diferenciada da do latim, que dava a entender como “aviso, alerta, advertir”, aqui a palavra passou a ter o sentido de ordem, ou mandamento ou imposição.

No Código de Processo Civil de 2015 o procedimento foi mantido e alçou algumas alterações, tais como: a entrega de coisa infungível, ou de bem imóvel e o adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer.

Conforme se tentou demonstrar em linhas anteriores, na Ação Monitória quando o juiz expede o mandado é para que o “devedor pague”, “entregue determinada coisa”, ou que “faça ou deixe de fazer tal coisa”. O mandado é para pagamento, para que entregue determinada coisa, ou faça ou deixe de fazer algo. A este mandado dá-se o nome de mandado monitório ou injuntivo. No Brasil, tem-se somente o Processo Monitório Documental, caracterizado por uma prova escrita sem força executiva, mas que tem que ser demonstrado com clareza que aquele crédito existe.

Deste mandado podem surgir principalmente três situações: 1) O réu comparece e cumpre o Mandado e tem como consequência a extinção da Ação contra si;

2) Formação do Título Executivo: 2.1 - O prazo transcorre *in albis* ou 2.2 - Oferecidos os Embargos estes forem julgados improcedentes; 3) Se oferecidos os Embargos e estes forem acatados.

A Ação Monitória visa economia e celeridade processual, para a obtenção do pagamento ou formação do título exequível. Porém se houver embargos esta situação cai na vala comum e o processo tornar-se-á tão demorado como qualquer outro processo comum ordinário, daí com cognição exauriente. Por isso o processo monitório não é considerado mero procedimento, mas sim um processo especial diferenciado de jurisdição contenciosa, pois nele há atividades cognitivas e executórias em uma só base.

É processo diferenciado porque não havendo embargos supre-se a fase instrutória, passando da fase postulatória diretamente para a fase decisória.

Em síntese, o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 trouxe à ação monitória, novos instrumentos capazes de lhe emprestar maior utilidade e eficácia. Portanto, a nova ação monitória brasileira, ampliada e incrementada, será utilizada pelos operadores do Direito com maior efetividade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Procedimento monitório*. 3 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2000.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.

_____. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: 2004. Súmula 292: A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário. (DJ 13/05/2004). Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/SUM_STJ.html>. Acesso em: 28 Ago.2016

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: 2007. REsp 755741 SP 2005/0080981-4, Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 12/06/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça 01.10.2007, p. 218. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com>>.

br/jurisprudencia/12238/recurso-especial-resp-755741 >. Acesso em: 28 Ago.2016
_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: 2007. Súmula 339: É cabível ação monitória
contra a Fazenda Pública. (DJ 30/05/2007). Disponível em: http://www.trtsps.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/SUM_STJ.html >. Acesso em: 28 Ago.2016

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: 2012. REsp 925584 SE 2007/0015368-5, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 09/10/2012, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: Diário da Justiça 07/11/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22616017/recurso-especial-resp-925584-se-2007-0015368-5-stj>>. Acesso em: 28 Ago.2016

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. *Código de Processo Civil articulado: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo*. 2 ed. – Leme-SP: JH Mizuno, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUX, Luiz (coordenação); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (organização). *Novo Código de Processo Civil: comparado – Lei 13.105/2015*. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais* – 10 ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, V. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: ação monitória – Lei 9.079/95*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) et al. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996a

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*, vol. II. 50ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE CONSUMO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

PROOF OF BURDEN OF REVERSAL IN LEGAL RELATIONSHIPS OF CONSUMPTION AND THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Daniela Ferreira Dias Batista¹
Marina Perini Antunes Ribeiro²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo favorecer reflexões sobre o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova e as mudanças quanto ao ônus probatório previstas no novo Código de Processo Civil. A importância do tema é evidenciada no dia-a-dia da atual sociedade capitalista e consumista em que vivemos, onde o consumo de produtos e serviços se tornou sinônimo de bem-estar pessoal e social, assim a necessidade de efetivação das normas de consumo é de suma importância para combater os desequilíbrios nas relações de consumo para aquisição dos produtos e serviços considerados essenciais à condição de existência digna do ser humano. O estudo destaca a fundamentação constitucional da defesa do consumidor como garantia e direito fundamental, bem como, trata dos concei-

¹ Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Professora da disciplina de Direitos Difusos e Coletivos do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Professora das disciplinas de Direito do Consumidor, Direito Ambiental e Agrário e Direito Civil Contratual na Fundação Educacional Miguel Mofarrej – FIO. Membro do Grupo de Pesquisa “A intervenção do Poder Público na vida do indivíduo” (vinculado ao CNPq). Realiza pesquisa na área de Direito do Consumidor. Advogada, especialista pela UEL – Universidade Estadual de Londrina/PR.

² Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Pós Graduação em Direito Contemporâneo pela Opet de Curitiba/PR. Professora na UNIP, ministrando aulas nas disciplinas de Constitucional e Direito Civil. Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa CODIP - Constitucionalização do Direito Processual (vinculado ao CNPq). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público e Privado. Autora do livro: A individualização da pena: uma análise sob a ótica da exclusão.

tos básicos para a caracterização da relação jurídica de consumo, os fundamentos do direito à inversão do ônus da prova no direito consumerista, seus requisitos, a polêmica sobre o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova nas demandas judiciais de consumo e sobre a modificação do ônus probatório no Código de Processo Civil em vigor. A inversão do ônus da prova nas relações consumeristas, bem como a dinâmica da distribuição do ônus probatório no processo civil geral representam a efetivação do verdadeiro acesso à justiça, que busca equilibrar as relações jurídicas em seus direitos e deveres, tanto no direito material como no processual.

PALAVRAS-CHAVE

Direito do consumidor; Inversão do ônus da prova; Distribuição dinâmica do ônus da prova.

ABSTRACT

This article aims to promote reflections on the basic right of the consumer to reverse the burden of proof and changes as the evidential burden under the new Civil Procedure Code. The importance of this issue is evident in the day-to-day of present capitalist and consumerist society we live in, where the consumption of goods and services has become synonymous with personal and social well-being, thus the need to effect the consumption standards is of paramount importance to address the imbalances in consumer relations for the acquisition of goods and services considered essential to the existence worthy of human condition. The study highlights the constitutional grounds of consumer protection as security and fundamental rights, as well as addresses the basic concepts for the characterization of the legal relationship of consumption, the foundations of the right to reverse the burden of proof in consumerist law, its requirements, controversy about the appropriate procedural moment for the reversal of the burden of proof in lawsuits consumption and the modification of the evidential burden on the Civil procedure Code in force. The reversal of the burden of proof in consumeristas relations and the dynamics of distribution of evidential burden in general civil procedure represent the realization of the true access to justice, which seeks to balance the legal relations in their rights and duties, both in substantive law and in procedural.

KEYWORDS

Consumer rights; Reversal of the burden of proof; Dynamic distribution of the burden of proof.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado com o objetivo de favorecer reflexões sobre o direito básico e fundamental do consumidor à inversão do ônus da prova em seu favor e as mudanças nas previsões do novo Código de Processo Civil quanto ao ônus probatório, descartando as alterações e sua influência nas relações processuais consumeristas.

A efetivação das normas de consumo é essencial a concretização do direito fundamental a dignidade humana, nos dias atuais são evidentes os efeitos que o consumo de produtos e serviços provoca no indivíduo e no meio social em que este convive. A sociedade, de forma geral, rotula as pessoas de acordo com os bens que consomem, incluindo-as ou excluindo-as de sua convivência, e, muitas vezes, esse “rótulo” não condiz com a verdadeira realidade econômica e social do indivíduo.

Na sociedade em que vivemos, o consumo se tornou uma “máxima” de existência digna do ser humano, e o pior é que não estamos falando de produtos ou serviços essenciais, como alimentos, água e energia elétrica. O que realmente preocupa é o consumo de itens desnecessários e supérfluos, que se tornaram ilusoriamente essenciais para se atingir a um determinado status social ou até uma condição de incluído, de aceito socialmente. Ou seja, certo ou errado, temos que lidar com a atual realidade, em que o consumo é visto pela sociedade como um adjetivo líquido e certo de riqueza, de inteligência, de beleza, de força, de popularidade ou de todos os seus antônimos.

Sendo assim, na sociedade consumista é pública e notória a inversão de valores, na qual é o produto ou o serviço que dita a existência social de uma pessoa; é o celular mais moderno, a roupa da moda ou de grife, o último modelo de carro, que vai determinar a inclusão do indivíduo na sociedade. Dessa forma, sua existência social e por consequência digna, acaba sendo atrelada aos seus bens de consumo e não ao seu valor moral ou ao seu valor como pessoa e como cidadão.

A realidade da exclusão ou inclusão social causada pelo consumismo fica muito bem ilustrada na frase da artista norte-americana, Barbara Krugman, citada em um comentário de economia do sociólogo Joelmir José Beting, que, ao resumir o estado de espírito presente nos tempos atuais, arrisca-se a transformar a famosa máxima da filosofia ocidental “Penso, logo existo”, em “Consumo, logo existo”. (BETING, 2012, *online*).

A sociedade de consumo ou consumista criou um “conto de fadas” onde o final é sempre feliz, levando as pessoas a acreditar no mito de que o consumo é sinônimo de felicidade, bem-estar e objetivo primordial de um processo civiliza-

tório. A medida ou parâmetro para valorizar ou prestigiar socialmente cada um dos indivíduos está diretamente vinculado a capacidade aquisitiva desse mesmo indivíduo que na ânsia de se sentir incluído nesse quadro social consumista, adquire e acumula bens materiais deixando de ser um meio para a realização da vida, tornando-se um fim em si mesmo.

O direito consumerista emanou da previsão expressa na Constituição Federal Brasileira por representar grande influência social, visto que o consumo de produtos e serviços pode determinar, mesmo que erroneamente, a existência digna de uma pessoa em sociedade.

A preocupação do constituinte com os direitos do consumidor foi deveras retumbante, o que se revelou pelo significativo destaque que a matéria mereceu, tendo sido, inclusive, situada entre os direitos e as garantias fundamentais indisponíveis, previsto expressamente no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal Brasileira.

A Constituição Federal prevê a defesa do consumidor como garantia e direito fundamental, conseqüentemente, os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, ganham status de direitos fundamentais protegidos rigorosamente pela Carta Magna brasileira.

Com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, surgiu no Brasil uma regulamentação expressa e específica da proteção e defesa do consumidor, que busca primordialmente atingir o equilíbrio nas relações de consumo. As normas consumeristas trazidas nesse estatuto legal são de ordem pública e interesse social, caracterizando os direitos do consumidor como indisponíveis e dignos de proteção jurídica individual e coletiva.

Sendo assim, não pode o direito do consumidor ser considerado secundário na ciência jurídica, pois este ramo do Direito lida diretamente com o essencial da vida humana, visando garantir os princípios da dignidade humana e o mínimo existencial, este entendido como “o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”. (SARLET, 2007, p. 103).

O consumo de produtos e serviços está diretamente relacionado à dignidade da pessoa e à sua sobrevivência digna, por isso, há a necessidade latente da efetivação das normas de consumo, buscando a conscientização da sociedade e equilíbrio na relação jurídica de consumo, sendo assim, o direito à inversão do ônus da prova é garantia do acesso à justiça para a defesa dos direitos do consumidor.

2. FUNDAMENTOS CONSUMERISTAS PARA O DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

2.1. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Tendo em vista que o direito à igualdade e às questões de justiça social estão diretamente vinculados à condição vulnerável e até de exclusão do consumidor, é necessário fazermos uma breve análise do princípio da vulnerabilidade do consumidor, previsto expressamente no estatuto consumerista.

O Código de Defesa do Consumidor foi criado com a fundamentação de defender e proteger um segmento de pessoas consideradas vulneráveis, ou seja, o consumidor que, antes do surgimento da lei específica, não conseguia proteger efetivamente seus interesses legítimos contra os danos causados pelos fornecedores, tendo em vista a diversidade de condição entre estes.

Sendo assim, prescreve o referido estatuto legal:

Artigo 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (...)

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é uma das medidas essenciais adotadas pelo estatuto consumerista para efetivação da isonomia garantida na Constituição Federal, sendo o princípio básico mais importante para aplicação dos direitos do consumidor, como bem afirma o Superior Tribunal de Justiça:

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. (586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2009).

A vulnerabilidade do consumidor, pessoa física e destinatária final de serviços e produtos, deve ser presumida de forma absoluta, sem que seja necessária prova de sua existência (BENJAMIN, 2010, p. 199).

Quando falamos em consumidor vulnerável significa dizer que este é a parte fraca, mais frágil da relação jurídica de consumo, o que provoca claramente um desequilíbrio, uma desigualdade na relação jurídica e, conseqüentemente, uma afronta ao princípio constitucional da isonomia que busca uma igualdade substancial.

O Código de Defesa do Consumidor, prevendo a vulnerabilidade do consumidor, busca assegurar a igualdade entre as partes da relação de consumo, reconhecendo a sempre lembrada, *Oração aos Moços*, de Rui Barbosa que, inspirado na lição secular de Aristóteles, retrata o direito a igualdade devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. (BARBOSA, 2013, *online*).

Essa “fraqueza” do consumidor em relação ao fornecedor é real, concreta, e pode ser constatada no aspecto técnico, jurídico ou fático.

Em relação ao primeiro aspecto que podemos classificar como **vulnerabilidade técnica**, o consumidor não possui conhecimentos técnicos, específicos o suficiente, sobre o bem que está adquirindo ou o serviço que está utilizando, sendo mais facilmente enganado ou ludibriado quanto às características e, até às qualidades daquilo que está consumindo.

A vulnerabilidade técnica está diretamente ligada aos meios de produção, cujo conhecimento é, em regra, monopólio do fornecedor, ou seja, é o fornecedor que escolhe o que, quando e como, produzir um produto ou prestar determinado serviço; nesse caso, o consumidor não tem poder de decisão ou escolha, ficando à mercê daquilo que é colocado à sua disposição no mercado.

Já no segundo aspecto, ou seja, na chamada de **vulnerabilidade jurídica ou científica**, o consumidor é vulnerável por não ter conhecimentos jurídicos específicos como, por exemplo, conhecer o direito contratual ou normas financeiras para debater em pé de igualdade as cláusulas de um contrato de financiamento de veículo, nesse caso.

Por fim, no terceiro e último aspecto, temos a **vulnerabilidade fática ou socioeconômica**, que “é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo” (BENJAMIN, 2010, p. 198), isto é, normalmente o fornecedor possui uma maior capacidade econômica que o consumidor e ainda existem aqueles comentários populares, muitas vezes errôneos, que enfatizam a perda de tempo em litigar com uma grande empresa.

Por todo o exposto, podemos concluir que a vulnerabilidade do consumi-

dor é o grande fundamento da proteção consumerista, visto que esta busca garantir a igualdade entre as partes, para que a relação jurídica de consumo seja equilibrada a ponto de satisfazer os anseios da sociedade consumista, sem prejudicar a livre iniciativa econômica, necessária ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Com base na vulnerabilidade do consumidor, o legislador consumerista prevê a inversão do ônus da prova em favor do consumidor como um direito básico, necessário para atingir e proteger a igualdade processual das partes envolvidas na relação jurídica de consumo e para buscar a verdadeira efetivação dos direitos materiais previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O mecanismo da inversão do ônus da prova se insere nessa política tutelar do consumidor e deve ser aplicado até quando seja necessário para superar a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer seu equilíbrio processual em face do fornecedor. Não pode, evidentemente, ser um meio de impor um novo desequilíbrio na relação entre as partes, a tal ponto de atribuir ao fornecedor um encargo absurdo e insuscetível de desempenho. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.181).

A inversão do ônus da prova a favor do consumidor é instrumento processual para buscar a igualdade pretendida pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor, visto que este é presumidamente a parte mais fraca da relação jurídica e depende de proteção excepcional para alcançar a efetivação dos seus direitos e o verdadeiro acesso a justiça.

2.2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR E RISCO DO NEGÓCIO

O Código de Defesa do Consumidor estabelece como regra geral a responsabilidade objetiva do fornecedor, ou seja, o consumidor não precisará comprovar a existência de culpa do fornecedor, em nenhuma de suas modalidades, negligência, imprudência ou imperícia, para exigir sua responsabilidade em relação aos produtos e serviços que coloca a disposição no mercado de consumo.

Prevê expressamente o estatuto consumerista:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador **respondem, independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção,

montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (grifo nosso).

Art. 14. O fornecedor de serviços **responde, independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (grifo nosso).

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

A previsão da responsabilidade objetiva do fornecedor, como regra geral, se justifica pela adoção da teoria do risco, que desconsidera os aspectos subjetivos da ação do fornecedor, determinando que o risco da atividade empreendida no mercado deve ser sempre do fornecedor, que optou pela livre iniciativa econômica e obtém, ou pelo menos deveria obter, vantagens com o seu negócio.

Assim, se o profissional coloca máquina, telefone ou senha à disposição do consumidor para que realize saques e este afirma de forma verossímil que não os realizou a prova de quem realizou tais saques devem ser imputada ao profissional, que lucrou com essa forma de negociação ou de execução automática, ou em seu âmbito de controle interno: *cujus commodum, ejus periculum!* Em outras palavras, este é o seu risco profissional e deve organizar-se para poder comprovar quem realizou a retirada ou telefone. Exigir uma prova negativa do consumidor é imputar a este pagar duas vezes pelo lucro do fornecedor com atividade de risco no preço pago e no dano sofrido. Daí a importância do direito básico assegurado ao consumidor de requerer no processo a inversão do ônus da prova. (MARQUES, 2010, p.258).

Sendo assim, fica evidente a fundamentação da inversão do ônus da prova na responsabilidade objetiva do fornecedor, que deve ter informações técnicas suficientes para responder pela qualidade dos seus produtos e serviços, inclusive na produção de provas, quando estas forem necessárias.

3. O DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O direito do consumidor, ao contrário do que possa parecer, busca atender rigorosamente ao princípio da igualdade, regulamentando as relações jurídicas de

consumo para equilibrá-las, ou seja, para colocar as partes no mesmo nível de capacidade contratual e consequentemente processual. Como já foi apreciado neste estudo, o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e assim necessita de uma proteção específica para se igualar de forma técnica, jurídica e econômica em relação ao fornecedor, por isso, as normas consumeristas estabelecem direitos aos consumidores, tratando os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

A previsão da inversão do ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) - desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim, a inversão pode dar-se em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC. (DIDIER JR., 2009, p.82).

O Código de Defesa do Consumidor, por admitir que em geral, o consumidor é a parte mais fraca no mercado, prevê em seu artigo 6º, VIII o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova em seu favor, como instrumento processual de facilitação da defesa dos seus direitos, deste que, a critério do juiz e segundo as regras ordinárias de experiência, seja verossímil a alegação do consumidor ou quando este for hipossuficiente.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Como podemos verificar a inversão no direito do consumidor não seria compulsória, dependendo de dois requisitos alternativos e, ainda dos critérios de experiência do juiz, sendo assim, para que o consumidor requeira o seu direito a inversão do ônus da prova, deverá demonstrar verossimilhança nas suas alegações ou comprovar sua hipossuficiência em relação ao fornecedor. Ressalta-se que o legislador utilizou a partícula “ou” quando estabeleceu os requisitos para inversão, sendo assim, é necessária a caracterização de apenas um desses requisitos para a concessão da inversão a favor do consumidor.

O primeiro requisito previsto pela lei é a verossimilhança nas alegações do consumidor, que consiste na grande probabilidade de serem verdadeiros os fatos por ele alegados, assim não haveria necessidade de prova do fato constitutivo do direito do consumidor ali demandado, basta apenas que o magistrado alcance

um juízo de probabilidade segundo as regras ordinárias de experiência, através da narrativa dos fatos apresentados pelas partes e dos documentos juntados aos autos.

A verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito “segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 180).

Para verificar a verossimilhança da alegação do consumidor, deve o juiz, “utilizando-se de sua experiência tanto de vida como de magistrado, sentir que a alegação suscita uma aparente verdade, convence-lhe que tem foros de veracidade.” (WAMBIER, 2008, p.16).

O outro requisito, não cumulativo, previsto legalmente para inversão do ônus em favor do consumidor é a sua hipossuficiência, que consiste na fragilidade processual do consumidor na produção de prova que, para ele, seria demasiadamente difícil e altamente custosa, o que não ocorreria para o fornecedor que pela própria natureza de sua atividade econômica já detém o conteúdo necessário das provas.

A hipossuficiência do consumidor ocorre quando este depender de conhecimentos técnicos ou informações que estão em poder do fornecedor, tornando a produção da prova muito mais difícil ou quase impossível. (WAMBIER, 2008, p. 17).

A falta ou diminuição da capacidade técnica, econômica ou de qualquer outra natureza, do consumidor em produzir no processo provas da causa do dano sofrido, cuja responsabilidade objetiva é legalmente imputada ao fornecedor, caracteriza a hipossuficiência processual e autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Sendo assim, ressalta-se que a inversão do ônus da prova, em regra, não é automática, dependendo do preenchimento de um dos requisitos legais tratados acima e da determinação do magistrado, excepcionalmente temos a inversão do ônus obrigatória, determinada por previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, nos casos de publicidade: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

A dicção legal é clara e precisa: não se dá automaticamente a inversão do ônus da prova, no processo civil, quando se está diante de relação de consumo. Essa inversão há de passar pelo crivo da

discricionariedade do juiz, diante das circunstâncias fáticas que lhe forem apresentadas, devendo-se observar os fundamentais critérios da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência. (BITTAR FILHO, 2007, p.48).

O legislador ao definir o direito do consumidor à inversão do ônus, busca equilibrar a condição processual das partes litigantes, para efetivação das normas de ordem pública contidas no Código de Defesa do Consumidor, sendo assim, parece-nos obrigatória a inversão do ônus da prova quando presente um dos requisitos acima especificados, ou seja, a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência em relação ao fornecedor demandado, ficando a constatação dos requisitos a cargo da subjetividade do juiz.

Assim, na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor. Vale dizer, *deverá* o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova. (NUNES, 2009, p. 781).

Por ter o estatuto consumerista status de norma de ordem pública, também caberia a inversão do ônus da prova em favor do consumidor *ex officio*, ou seja, pode o juiz determinar a inversão sem requerimento ou inciativa da parte interessada, buscando o acesso devido acesso à justiça e a efetiva tutela do direito material do consumidor, direito esse fundamental conforme previsão expressa da Constituição Federal.

O direito do consumidor à inversão do ônus da prova, como todo o ordenamento jurídico consumerista, busca equilibrar a relação de consumo, colocando os consumidores no mesmo nível de igualdade, principalmente técnica e econômica, dos fornecedores para então, garantir a efetivação das normas materiais de consumo e conseqüentemente, a justa distribuição das responsabilidades e dos bens de consumo, necessidade latente para a vida digna do ser humano na sociedade atual consumista.

4. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE CONSUMO

O tema é polêmico e causa grande divergência na doutrina, que se divide em basicamente dois entendimentos, o primeiro afirma que o momento processual

correto para a determinação judicial da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, seria na sentença, pois como demonstra a sistemática geral do processo civil comum, o ônus da prova é considerado critério de julgamento, sendo assim, não há necessidade de avaliação do magistrado durante o curso do processo.

Nos comentários ao Código de Defesa do Consumidor o professor Kazuo Watanabe ensina:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese. (GRINOVER, 2011, p. 10-11, vol. II).

Para essa primeira corrente a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença, pois somente após a devida instrução do feito, poderá o magistrado, no momento da valoração das provas, verificar se há concretizada a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor demandado ou se realmente existe verossimilhança nos fatos alegados pelo consumidor, em qualquer outro momento processual, não se daria de forma plena e justa, a avaliação dos requisitos legais para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

A mesma corrente ainda defende que se o juiz declarar invertido o ônus da prova antes de proferir a sentença, estaria procedendo ao pré-julgamento da causa, o que é de todo inadmissível. (GRINOVER, 2011, p. 11, vol. II).

O ônus da prova é regra de julgamento. Será nesse momento que o juiz irá verificar que, não encontrando a comprovação das alegações feitas nos autos (*non liquet*), decidirá em desfavor daquele a quem competia provar e não o fez. (WAMBIER, 2008, p. 37).

Sendo assim, caberá ao magistrado verificar se realmente se trata de hipótese de inversão do ônus da prova quando proferir a sentença, pois não é seu dever avisar as partes litigantes a respeito de seu posicionamento sobre a causa, antes da sentença, podendo configurar um pré-julgamento ou até uma decisão com nulida-

de, por não haver nos autos elementos necessários para a devida fundamentação de sua decisão pela inversão.

Porém, existe uma segunda corrente que defende que a decisão sobre a inversão ou não do ônus da prova em favor do consumidor, deve se dar entre o pedido inicial e o momento do saneamento do processo, para assim, ficar garantido o princípio da ampla defesa e do contraditório, onde consumidor e fornecedor saberão de forma concreta, quem será responsável pela prova a ser produzida.

A regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois "se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia". (DIDIER JUNIOR, 2012, p. 82).

Essa segunda corrente entende que se o magistrado decidir sobre a inversão do ônus somente no final do processo, ou seja, na sentença, as partes litigantes não saberão durante a instrução processual, qual prova incumbirá a ela ser produzida sob pena de não ter sua pretensão jurisdicional atendida, visto que o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VIII, estabelece que o juiz decidirá pela inversão ou não, de acordo com as regras ordinárias de experiência e se preenchido um dos requisitos, seja a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações do consumidor, sendo assim, a inversão não é certa e determinada e a verificação dos requisitos fica a cargo da subjetividade do juiz.

A posição que sustenta que a determinação da inversão do ônus da prova deve ocorrer entre o pedido inicial e a fase do saneamento do processo, "homenageia o princípio do contraditório e da ampla defesa afirmando que, se for invertido o ônus da prova, terá que ser assegurada ao fornecedor a oportunidade de desincumbir-se do novo encargo, sob pena de violação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal." (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 354).

Sendo assim, se o magistrado somente se manifestar quanto a inversão do ônus da prova, na sentença, não seria possível para a parte prejudicada produzir novas provas em grau de recurso, trazendo uma ruptura com o devido processo

legal e ofendendo a garantia do contraditório e da ampla defesa. Não podemos, por exemplo, penalizar o fornecedor que tem o ônus da prova invertido somente na sentença e não faz prova da veracidade ou inveracidade de determinada alegação do consumidor, sem que se tenha conferido a ele a oportunidade de fazê-la.

As normas de repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes. (...) a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra geral até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus - que para ele não existia antes da adoção da medida -, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir. (MOREIRA, 1997).

Exigir que o fornecedor, apenas por vislumbrar a possibilidade da norma consumerista de inversão do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, como também da inexistência de fato constitutivo do direito do consumidor, é tornar obrigatória e legal a inversão que o legislador prevê como judicial, ou seja, exige a análise do Poder Judiciário através da pessoa do juiz e o preenchimento, no caso concreto, dos requisitos legais.

O professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Dr. Rizzatto Nunes, entende que a determinação do momento processual da inversão do ônus da prova é uma simples questão de raciocínio lógico decorrente da própria previsão legal, visto que o artigo 6º, III do Código de Defesa do Consumidor, traz expressa a necessidade de avaliação pelo magistrado, da existência ou não de um dos requisitos legais (hipossuficiência ou verossimilhança das alegações), de acordo com as regras ordinárias de experiência e não de acordo com as provas apresentadas no processo, se não vejamos:

(...) o raciocínio é de lógica básica: é preciso que o juiz se manifeste no processo para saber se o elemento da verossimilhança está presente. (...) novamente o raciocínio é de singela lógica: é preciso que o juiz se manifeste no processo para saber se a hipossuficiência foi reconhecida. E, já que assim é, o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento. (NUNES, 2009, p. 784-785).

As decisões dos tribunais também são divididas em relação ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CAUSA DE PEDIR. CEGUEIRA CAUSADA POR TAMPA DE REFRIGERANTE QUANDO DA ABERTURA DA GARRAFA. PROCEDENTE. OBRIGAÇÃO SUBJETIVA DE INDENIZAR. SÚMULA 7/STJ. PROVA DE FATO NEGATIVO. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PROVA DE AFIRMATIVA OU FATO CONTRÁRIO. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC. - Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: o ato ilícito, o dano experimentado pela vítima (ii) e o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ. - Tanto a doutrina (atual art. 186 do CC) doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”. - **Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.** Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 422778 SP 2002/0032388-0, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 18/06/2007, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJ 27.08.2007 p. 220). (grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO ‘OPE JUDICIS’ (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (‘ope legis’), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (‘ope judicis’), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produ-

to (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope iudicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. **A inversão 'ope iudicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.** Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ. Segunda Seção. REsp 802832/MG Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe 21/09/2011). (grifo nosso).

Porém, uma decisão recente da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre um embargos de divergência, parece indicar que o entendimento jurisprudencial está caminhando para se pacificar no sentido de que a inversão do ônus da prova seria uma regra de instrução e, sendo assim, deve a decisão judicial sobre a inversão do ônus da prova se dar preferencialmente na fase de saneamento do processo.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESADO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importa-

dor), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida **“preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade”** (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (STJ. Segunda Seção. EREsp 422778/SP. Relator(a) p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. DJe 21/06/2012 RSTJ vol. 227 p. 391). (grifo nosso).

Verificamos que ainda não existe um posicionamento certo e determinado quanto ao momento ideal, visto que a própria decisão utiliza o termo “preferencialmente”, o que ainda nos leva a possibilidade de decidir sobre o deferimento ou não da inversão em qualquer momento do processo que não até seu saneamento, sendo assim, até mesmo na sentença como regra de julgamento, por isso o acórdão do STJ, tendo em, vista sua tamanha importância como órgão superior do Poder Judiciário somente indica um possível entendimento a ser considerado e respeitado pela jurisprudência.

Sendo assim, podemos concluir que o tema do momento processual para a inversão do ônus da prova em matéria de direito do consumidor ainda é muito polêmico devido as posições contrárias de doutrinas de grande referência acadêmica e da própria divergência jurisprudencial.

5. REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

No “antigo” Código de Processo Civil (CPC), Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, atualmente revogado, o ônus probatório era atribuído de forma estática, em regra, à parte que alega os fatos, ou seja, a parte tem o encargo de comprovar a existência ou inexistência dos fatos que forem controvertidos no processo, buscando a convicção do magistrado para que este, aplicando as normas legais cabíveis, julgue a causa a seu favor.

Sendo assim, o ônus da prova “consiste na conduta processual exigida

da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz". (THEODORO JÚNIOR, 2012, p.446).

Importante ressaltar que a expressão "ônus da prova" não nos remete a uma obrigação ou dever de provar algo, nem em contrapartida, a um direito de exigir a prova da outra parte litigante, na verdade a regra processual aqui atribuída é a produção de provas como critério de julgamento para o magistrado, ou seja, cabe a parte proceder da forma que mais lhe interesse na produção das provas, buscando convencer o juiz a julgar a causa ao seu favor.

Conforme previsão expressa do artigo 333 do CPC de 1973, cabia ao autor comprovar os fatos alegados que constituem seu direito, objeto da ação judicial proposta, cabendo ao requerido comprovar somente os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do requerente.

O referido estatuto processual em seu artigo 334, obviamente isentava as partes do ônus da prova quando os fatos alegados no processo forem notórios, confessos pelas partes, admitidos como incontroversos ou que gozem de presunção legal de veracidade ou existência.

Quando o legislador especificava quais os fatos incumbe prova as partes, deixava claro aos litigantes que, mesmo não sendo um dever, a falta da comprovação da existência ou veracidade de um fato alegado, poderia custar a perda da ação judicial e conseqüentemente, da tutela jurisdicional do direito pretendido, sendo assim, a determinação legal expressa quem será o responsável pela ausência de prova de um determinado fato.

A posição do réu é até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o fato constitutivo do direito do autor. Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe - independentemente de qualquer esforço probatório do réu. (CHIOVENDA, 1969, p.379).

Em termos gerais a regra do ônus da prova esclarece ao autor da causa que poderá perder sua pretensão de tutela se não provar a veracidade ou existência dos fatos que constituírem o direito objeto da ação judicial, cabendo ao requerido, também sob pena de perder a causa, provar somente a existência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor, afinal é de seu interesse que tal direito não seja reconhecido pelo magistrado.

O atual ou "novo" Código de Processo Civil (NCPC), Lei 13.105 de 16 de março de 2015, inicia seu artigo 373, *caput* e *incisos*, exatamente da mesma forma

como era prescrito no artigo 333 do CPC antigo, porém seu parágrafo primeiro trouxe uma significativa alteração na dinâmica probatória no processo civil, possibilitando ao magistrado que module o ônus da prova de acordo com o caso concreto e com a situação das partes em relação às provas necessárias para devida instauração do processo.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Tal mudança traz um impacto direto as partes que, num primeiro momento, não saberão quem deverá provar o que, tanto nas suas relações processuais, bem como nas atuações processuais, até que o juiz redistribua o ônus probatório, sendo assim, a melhor opção seria que todos aqueles que participem de qualquer tipo de relação processual se resguarde da melhor forma possível para comprovar os seus fundamentos de fato e de direito no caso de atuação processual.

Pela interpretação do §1º acima citado temos a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, onde o autor nem sempre precisará ou deverá comprovar a veracidade dos fatos que alega e muito menos o requerido precisará provar o contrário do que foi alegado pelo requerente, pois o magistrado está autorizado, desde que preenchidos os requisitos legais, a redistribuir o ônus da prova no caso concreto.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surge em 1823 pela exposição do filósofo inglês Jeremias Bentham que previa a distribuição do ônus como uma regra geral: “La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos”. (BENTHAM, 1971, p. 149)

A jurisprudência, mesmo antes do estatuto processualista em vigor, já vinha aplicando a teoria da dinâmica das cargas processuais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação civil pública ambiental - Ônus da prova a cargo do requerido - **Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas** que está lastrada na simples ideia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre em melhor condição para produzi-la - Recurso provido. (TJ-SP - AG: 8040135000 SP, Relator: Samuel Júnior, Data de Julgamento: 23/10/2008, Câmara Especial de Meio-Ambiente, Data de Publicação: 07/11/2008). (grifo nosso)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPUGNAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ALUSÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. Mantém-se o decreto judicial que acolhe a impugnação à gratuidade judiciária, quando o impugnado deixa de comprovar com suficiência sua impossibilidade em atender os ônus do processo e os elementos colacionados aos autos evidenciam a potência financeira dos litigantes. A garantia constitucional que assegura o benefício da assistência jurídica integral e gratuita exige, além da simples 'afirmação da pobreza', também a 'comprovação' da hipossuficiência de recursos (CF, artigo 5º, LXXIV), o que enseja a discricionariedade judicial em sua avaliação. **Cabe ao requerente, assim, como parte mais habilitada, cumprir a demonstração, em respeito à 'teoria da distribuição dinâmica da prova', fornecendo todos os elementos de convicção que persuadam sobre alegada hipossuficiência.** APELO DESPROVIDO. (TJ-RS - Apelação Cível: 70010284180, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 16-3-2005). (grifo nosso)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Médico - Clínica - Culpa - Prova. **Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.** Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo Juiz. Regularidade. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido. (STJ - 4ª T.; Rec. Esp. nº 69.309- SC; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; j. 18.06.1996). (grifo nosso)

Segundo o autor Antônio Janyr Dall'Agnol Junior (2001, p. 11), são pre-

missas decorrentes da teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios:

a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.

Sendo assim, se impõe ao demandado o ônus de desde sempre, se resguardar de todo documento ou material possível, até mesmo antecipando as despesas necessárias para a produção de perícia destinada à produção de provas, pois é ele que deve cuidar tecnicamente de ser preciso e rigoroso nas suas atividades, como por exemplo nas ações de responsabilidade por má prática profissional, onde o profissional é o mais capacitado para esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade de sua profissão, seria sim estranho para não dizer injusto, cobrar da outra parte que não possui qualquer conhecimento profissional da área demandada, uma prova cabal e específica dos fatos.

José Maria Rosa Tesheiner entende que por esta teoria, distribui-se o ônus da prova caso a caso, segundo o prudente arbítrio do juiz. Renuncia-se à fixação de regras gerais, necessariamente apriorísticas. Em lugar da lei, a consciência do juiz. (MARINONI, 2005, p.3650)

Para a efetiva aplicação da dinâmica de distribuição ou redistribuição das provas é necessário observar os requisitos expressos no próprio artigo 373, § 1º, NCPC: a) impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilitação da prova do fato contrário; b) fundamentação da decisão; c) respeito ao contraditório.

Luiz Guilherme Marinoni nos ensina que a modificação do ônus da prova só deve ocorrer quando "ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência". (MARINONI, 2016, *online*)

Portanto, a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, adotada pelo Código de Processo Civil em vigor, permite ao magistrado, de acordo com seu livre convencimento, de forma fundamentada, mas sem lei anterior positivada quer especifique seus critérios, distribuir o ônus da prova de todos os fatos alegados pelas partes, de acordo com sua situação particular em relação à cada prova, dentro do caso concreto em questão.

Aos olhos de expressiva corrente doutrinária, o que hoje importa é tornar operativo o princípio no plano substancial, de tal modo que se assegure às partes, independentemente de desníveis culturais, sociais, econômicos, verdadeira igualdade de oportunidades no processo. Tal aspiração põe de novo em foco, por outro ângulo, o problema da atribuição de papel mais 'ativo' ao órgão judicial, convocado a suprir, em certa medida, as falhas da atuação dos litigantes. A propensão a acentuar com muita ênfase semelhante exigência, sensível em certos setores, pode gerar dificuldades na perspectiva da conciliação, às vezes problemática, entre a função 'assistencial', que se quer ver assumida pelo juiz, e a preservação de sua indispensável imparcialidade. Mas o risco de comprometer esse delicado equilíbrio não tem impedido o legislador, em vários países, de consagrar para o órgão judicial um dever, mais amplo ou mais restrito, de assinalar às partes a necessidade de praticar certos atos, e até discutir com elas aspectos fáticos e jurídicos do litígio, para induzi-las ao esclarecimento e à complementação de suas afirmações. (BARBOSA, 1983, p. 203-204)

A aplicação da dinâmica no ônus probatório, permite ao magistrado retirar da parte mais debilitada, daquela que não tem condições fáticas e financeiras, o ônus de provar aquilo que contrariamente é muito mais fácil, possível e financeiramente possível para outra parte, assim, verificando a necessidade, a facilidade e a real possibilidade de cada prova a ser produzida e por quem, busca-se a efetivação do verdadeiro acesso à justiça, pois torna o processo um instrumento mais equilibrado e conseqüentemente mais eficaz, exigindo da parte que tem mais facilidade e mais condições que produza a prova necessária para a solução mais justa possível do conflito.

Cabe ressaltar que o legislador manteve como regra a distribuição estática do ônus da prova (art. 373, I e II, NCPC), porém com a exceção da distribuição dinâmica, de forma fundamentada, quando houver disposição de lei ou diante de características específicas da causa e das próprias partes, sendo que exatamente por se tratar de exceção à regra geral, a possibilidade de distribuição do ônus probatório, está prevista no mesmo artigo através de parágrafos (art. 373, §1º, NCPC).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova se mostra corolário com o princípio constitucional do acesso à justiça, pois busca facilitá-lo e garanti-lo ao consumidor, considerado vulnerável em relação ao fornecedor, outra parte da relação jurídica formada no mercado de consumo.

O acesso à justiça esperado com a inversão do ônus da prova representa a facilitação da defesa dos direitos do consumidor com o objetivo de efetivar as normas de consumo no Brasil, para o alcance da justiça no acesso e na distribuição dos bens materiais de consumo, principalmente dos produtos e serviços considerados essências, garantindo assim, o mínimo existencial a cada ser humano.

A nova dinâmica de distribuição do ônus da prova adotada pelo Código de Processo Civil em vigor, num primeiro momento, sem mais reflexões, nos leva a pensar na inversão do ônus da prova do direito consumerista como um bom exemplo de sua recepção no ordenamento legal, pois como vimos a mesma prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando este for hipossuficiente ou quando for verossímil sua alegação.

Porém, como já vimos, se verificarmos de forma mais cuidadosa, o ordenamento processualista civil optou por deixar o juiz muito mais “livre”, ou seja, pela sua discricionariedade, assim, desde que fundamentada, sua decisão não fica atrelada ou submetida a qualquer requisito legal preestabelecido. No estatuto consumerista a existência da hipossuficiência ou a verossimilhança da alegação do consumidor já determinam a inversão, deixando de caracterizar qualquer dinâmica ou até discricionariedade no ônus da prova, pois a regra nas relações de consumo ainda é estática.

A pergunta que surge então é: nas demandas que tenham por objeto uma relação de consumo e não ficar evidenciada nenhum dos requisitos do artigo 6º, VIII do CDC, poderia ser aplicada a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova? A matéria é nova e ainda demanda muita discussão na doutrina e na jurisprudência para que possamos chegar a uma conclusão, mas num primeiro momento poderíamos afirmar que por ser legislação especial, de ordem pública e interesse social, é obrigatória a aplicação do estatuto consumerista nas relações de consumo, aplicando as demais legislações gerais somente em suas lacunas, sendo assim a regra nas relações consumeristas ainda seria do ônus estático da prova.

No direito consumerista a regra do ônus da prova ainda continua fixo, pois o magistrado está vinculado aos requisitos da hipossuficiência e da alegação ve-

ríssimil já estabelecidos pelo legislador e sempre a favor do consumidor, enquanto que no Código de Processo Civil em vigor o juiz pode agir com discricionariedade quanto a distribuição do ônus probatório para qualquer uma das partes, por isso mesmo é chamada de teoria dinâmica, pois vai depender sempre das partes envolvidas, do momento processual e dos fatos concretos demandados, não há nada e nem qualquer requisito preestabelecido, nem mesmo a condição de consumidor ou fornecedor como nas relações consumeristas.

Se aplicássemos a possibilidade do artigo 373, §1º do NCPC nas relações de consumo poderíamos causar um prejuízo enorme ao consumidor, visto que o magistrado, embasado na dinâmica da distribuição do ônus probatório, poderia em algum momento processual alterar o ônus da prova em favor do fornecedor entendendo que para ele, as provas ou uma determinada prova dos fatos narrados nos autos, é impossível de ser apresentada, já para o consumidor é possível e até muito mais fácil.

Esse cenário da distribuição dinâmica das provas é inconcebível para o direito consumerista, pois vai de encontro com um dos princípios mais fundamentais da proteção do consumidor que é o seu reconhecimento como parte vulnerável dessa relação jurídica, ademais ainda teríamos a responsabilidade objetiva que é adotada como regra no estatuto consumerista e não coaduna em perfeita harmonia com a distribuição do ônus da prova, visto que as excludentes de responsabilidade sempre devem ser provadas por quem lhe interessa excluí-la.

O direito do consumidor é essencial ao desenvolvimento econômico e social digno de qualquer ser humano, e os problemas causados pelos desacertos das relações de consumo trazem uma realidade social muito distante da concepção de justiça distributiva que seria necessária a uma sociedade ideal.

Com a devida aplicação do direito básico e fundamental do consumidor à inversão do ônus da prova com o objetivo de garantir a facilitação ao acesso à justiça, esperamos a verdadeira efetivação das normas consumeristas, alcançando o equilíbrio nas relações de consumo, conscientizando as partes envolvidas, consumidor e fornecedor, das consequências de suas ações no mercado de consumo, consequências estas, que afetam suas vidas diretamente e acabam por refletir na sociedade em geral, principalmente nos grupos sociais menos favorecidos e marginalizados.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, José Carlos Moreira. Tendências contemporâneas do direito processual civil in **Revista de Processo** n. 31. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 02 mar. 2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. Coord. de Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. [et al]. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971. v. II.
- BETING, Joelmir. Análise do dia. Traduzindo o economês. **Eu consumo; logo, existo**. Disponível em: <http://www.joelmirbeting.com.br/noticias.aspx?IDgNews=2&IdNews=3265>. Acesso em: 18 jul. 2013.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: dano moral e cláusulas abusivas**. 2.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 29 jul. 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- CDC - Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078/1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2016.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil**. n.º 80. São Paulo, 1990.

CPC – Código de Processo Civil. **Lei 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 29 ago. 2016.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, nº 280, fev.2001.

DIDIER JR., Fredie. [et al]. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 4. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

GAMA, Hélio Zagueto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 2. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atualiz. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I. Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atualiz. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II. Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 1119).

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e a defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 16 jul. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, coordenador. **Sobre o Ônus da Prova**. In Estudos de direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima[et al]. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, Revista de Direito do Consumidor, nº 22 abril-junho, 1997. Editora RT.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Programa de pós-graduação, mestrado e doutorado em Direito da PUC/RS. n^o. 9. Rio Grande do Sul: HS Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 61. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. I. 53^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orientação). **Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor**. Coord. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO NCPC NO DIREITO DO TRABALHO A PARTIR DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 39 DO TST

Luana Pereira Lacerda¹

RESUMO

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) tem aplicação subsidiária e supletiva, em caso de omissão, pelo Direito Processual Civil (NCPC), o artigo 15. Entretanto, a adaptação do NCPC em face da CLT deve ser observada com o pressuposto da compatibilidade, bem como os princípios gerais do Direito Processual do Trabalho. Nesse sentido, destaca-se a dinâmica da inversão do ônus da prova, perante o §§1º e 2º do artigo 373 do NCPC, este com aplicabilidade na CLT, na finalidade de demonstrar a problemática que envolve; o momento processual adequando em que o juiz do trabalho poderá inverter o ônus probante, e ao mesmo tempo, garantir o princípio do contraditório e da ampla defesa. Portanto, a proposta do presente estudo consiste na análise crítica, com base nos métodos dedutivos e averiguações bibliográficas do pressuposto da teoria geral da prova no NCPC e, posteriormente, na justiça do trabalho, para garantir maior possibilidade ao magistrado do convencimento motivado sobre dos fatos trazidos nos autos e provados.

PALAVRAS-CHAVE

Provas; Código de Processo Civil; Processo do Trabalho; Dinâmica da Inversão do Ônus da Prova.

Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, bolsista Institucional, especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2015-2016) na Faculdade Damásio, Graduação em Direito (2010-2014) na Faculdade de Direito de Marília - Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM, bolsista no Programa de Universidade para Todos (PROUNI), advogada, membro e Secretaria Geral do Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Pesquisa de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas. Direito e Fraternidade. Realiza as atualizações da página Direito e Fraternidade, desde 2015. E-mail:luanaplacerdaadv@gmail.com

ABSTRACT

The Consolidation of Labor Laws (CLT) has subsidiary and supplementary application in the event of default by the Civil Procedure (NCPC), Article 15. However, the adaptation of the NCPC in the face of the Labor Code must be observed with the assumption of compatibility, and the general principles of Procedural Law of Labor. In this sense, there is the dynamics of the reversal of the burden of proof, to the paragraphs 1 and 2 of Article 373 of the NCPC, the applicability to the Labor Code, in order to demonstrate the problems involved; the procedural time adjusting to the labor court may reverse the evidential burden, and at the same time ensuring the *audi alteram partem*. Therefore, the purpose of this study is to review, on the basis of deductive methods and bibliographical investigation of the assumption of the general theory of proof NCPC and later in the labor courts, to ensure greater chance the magistrate motivated conviction on the facts brought in the records and proven.

KEYWORDS

Evidences; Code of Civil Procedure ; Process Work; Dynamics of Burden of Proof Inversion .

INTRODUÇÃO

No Direito Processual Civil, vários são os institutos que afirmam novas interpretações; bem como novos procedimentos. Além disso, também, verificar-se seus reflexos em outros ramos da ciência do direito, por exemplo, na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Nessa perspectiva, o presente estudo em primeiro momento buscará demonstrar breves conceitos sobre a teoria geral das provas e do processo e, posteriormente, verificará como o Direito do Trabalho é estabelecido dentro desses institutos.

Em segundo momento, passará a destacar os novos procedimentos estabelecidos pela Instrução Normativa n. 39 de 2015, do pleno do Superior Tribunal do Trabalho (TST) e, também, no que tange a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n.º 5516, e os seus reflexos ao processo do trabalho.

Nessas considerações, posteriormente, destacar os §§1 e 2º do artigo 373 do NCPD referente à distribuição dinâmica do ônus da prova nos ramos dos direitos: civil e do trabalho, principalmente, a discussão correspondente ao momento processual na justiça do Trabalho.

Por fim, pelo levantamento bibliográfico e a análise crítica, com base no método dedutivo foram sintetizadas diferentes interpretações quanto à inversão dinâmica do ônus da prova na CLT, entretanto, pela necessidade do convencimento motivado do juiz e da maior possibilidade de uma das partes em produzir a prova, registra-se um possível momento, considerando-o mais adequado.

1. CONSIDERAÇÕES DA TEORIA GERAL DAS PROVAS

A doutrina, ainda, diverge sobre o conceito da prova. A prova seria tudo aquilo que puder influenciar na formação da convicção do juiz e, posteriormente, de forma motivada acolher em parte ou no todo o pedido do autor, bem como rejeitar. Para Gonçalves (2016, p.21), “Em síntese, as provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo.”.

Nessa análise, pode-se observar que não pode a prova visar qualquer ato ou fato, mas que tenham relevância para caso concreto de forma; direta, imediata com o fato, e indireta ligada a um fato distinto, e ao mesmo tempo, por meio de induções e raciocínios, possa chegar a concluir pela sua existência de acordo com o fato a ser provado, ambos na pretensão ali colocados ao juiz.

Nesse sentido, também, afirma Cassio Scarpinella Bueno:

Não é qualquer fato que precisa ser provado em juízo. Objeto da prova recai sobre os fatos **relevantes** e os **pertinentes** para formação da convicção do juiz diante dos limites objetivos e subjetivos da postulação, estabilizada no momento do saneamento (art. 329, II). Estes fatos, não por acaso, são aqueles mesmos que, desde o saneamento e a organização do processo, devem ser explicados nos termos do inciso II do art. 357 (BUENO, 2015, p. 314, grifo do autor).

Para Dinamarco, o conceito de prova está associado a um conjunto de ação, para a busca da verdade.

Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é **um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevante para o julgamento**. Mas nem sempre a prova é necessária sob pena de o fato ser havido por inexistente. Em princípio, a prova só é necessária em caso de *controvérsia* sobre sua ocorrência ou inoocorrência, não sendo dependentes de prova as alegações feitas por uma parte e não impugnadas por outra (inclusive quando o réu é revel ou quando confessa): executadas as ressalvas postas pela própria lei, o fato incontroverso ou confessado é aceito pelo juiz como existente (arts. 302, 319, incs. I-II). Também são aceitos sem provar, ainda que controvertidos entre as partes, os fatos de conhecimentos geral, chamados **notórios** (art. 334, inc. I) (DINAMRICO, 2002, p. 45, grifo do autor).

Para Leite (2011, p. 573), O conceito jurídico processual de prova está associado à existência de fato, o convencimento do juiz, e os meios de provas. “Pode-se dizer, portanto nessa perspectiva tradicional, isto é, do Estado Liberal, que prova, nos domínios do direito processual, seria o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência”.

Nessa linha, é de grande valia ressaltar, que a prova também está associada à sua exigência, daquilo que pretende provar, ou seja, a busca pela verdade em que está embasado por sua confiabilidade, probabilidade e certeza.

Nesse ínterim, Marcelo Cristiano Pendeza, ressalta quanto à sua exigência:

A exigência da prova em determinado fato é a busca da verdade daquilo que não presenciou. Isso é o que também ocorre no pro-

cesso judicial. Quando há apresentação de fatos opostos, faz-se necessário a sua prova para se ter um pronunciamento judicial de acordo com a verdade. O julgamento não pode ser baseado na convicção subjetiva do julgador em relação aos fatos, tendo em vista que as suposições e impressões pessoais sempre estarão à mercê do erro (PENDEZA, 2014, p. 35).

Nessas considerações, a doutrina registra, também, que a prova não deve ser confundida como meio de prova, pois estes são considerados instrumentos, ou seja, técnicas processuais trazida pela lei processual civil, e que estas são avaliadas como úteis, para que o juiz possa ter conhecimento do objeto da prova, fatos relevantes e pertinentes.

Nessa linha, o NCPC, registra-se quais são os meios de provas: Da Ata Notarial (artigo 384); do Depoimento Pessoal (artigos 385 a 388); da Confissão (artigo 389 a 395); da Exibição de Documento ou Coisa (artigos 396 a 404); da Prova Documental (artigos 405 a 441); da prova pericial (artigos 464 a 479); da inspeção judicial (artigos 481 a 484) e da prova emprestada no artigo 372.

Convém registrar, que os meios de provas devem ser analisados sob a ótica da sua ilicitude.

Nesse sentido, afirma:

Para que sejam admitidos, os meios de prova não podem estar contaminados pela imoralidade, que os torna ilegítimos. Tal condição vale não apenas para os meios de prova não previstos no Código, mas também para os meios expressamente disciplinados, os quais devem atender aos princípios da moralidade e lealdade (GRECO FILHO, 2009, p. 199).

Nessa vereda, a Constituição Federal de 1988, especificadamente, em seu inciso LVI artigo 5º estabelece um dos princípios constitucionais, o da Proibição da Prova Obtida ilicitamente, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, afirma-se que as provas ilícitas devem em tese ser descon sideradas. Em âmbito penal, fala-se também em “frutos da árvore envenenada”, ou seja, a comunicação do vício da ilicitude, que, posteriormente, tem-se a ilicitude por derivação.

Nesse entendimento constitucional, o NCPP em seu artigo 369 registra o princípio da atipicidade da prova ao afirmar “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os **moralmente legítimos**, ainda, que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou

a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (grifo nosso).

Assim, o NCPC ao mencionar os meios moralmente legítimos, pode-se entender como a proibição de provas ilícitas e as obtidas por meios ilícitos.

Para o Direito do Trabalho, fala-se em determinado casos concreto da possibilidade da mitigação do princípio da proibição da prova obtida licitamente, pelos paramentos dos princípios da proporcionalidade e/ou razoabilidade.

[...] segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo seu empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste (LEITE, 2011, p.582).

Nessas considerações, Cassio Scarpinella Bueno, relata quanto às questões envolvendo as provas obtidas por meio ilícito e o princípio da proporcionalidade:

Como se trata, contudo, de **princípios constitucionais**, o exame de cada caso concreto pode conduzir a **necessários** temperamentos e mitigações da rigidez [...] pelo que a prova **obtida** por meios ilícitos pode acabar sendo admitida em juízo. Para tanto, faz-se necessário o uso do chamando “princípio da proporcionalidade” [...] nunca, entretanto, a prova ilícita, que deve ser entendida como totalmente proscria do ordenamento jurídico brasileiro (BUENO, 2011, p.276, grifo do autor).

Percebe-se que, ainda, há algumas discussões no que se refere ao conceito de prova e provas ilícitas.

Entretanto, pode-se observar que o direito de produzir prova é dado às partes e ao juiz, mas, sempre, observando os princípios do contraditório, isonomia da moralidade etc. na finalidade de promover um à decisão motivada justa.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O Direito do Trabalho no Brasil teve influência com aparição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, e a elaboração das leis trabalhistas, que ocorriam na Europa que, conseqüentemente, incentivaram a mudança social e a criação de novas normas no país (MARTINS, 2011 p.10).

Nessa vereda, no âmbito interno, ocorreram mais reivindicações por meio de greves, a política trabalhista desenvolvida por Getúlio Vargas e a tutela em níveis constitucionais, como, por exemplo, a Constituição de 1934, como ideia de pluralismo sindical, ou seja, autorização concedida para criação, na mesma base territorial, de mais de um sindicato, entre outras manifestações (DELGADO, 2011, p.108).

Diante dos breves relatos, entende-se que as transformações supramencionadas propiciaram a existência de várias normas trabalhistas, de assuntos variados e de formas distintas. A partir isto, houve a necessidade de unificar as regras e, para tal, foi editado o decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, que teve a aprovação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), tratando-se, então, não de um código, mas, sim, da reunião, consolidação das leis.

Nascimento faz um resalta a CLT:

A CLT, embora um março em nosso ordenamento jurídico, tornou-se obsoleto, surgiu a necessidade de modernização das leis trabalhistas, especialmente para promover as normas sobre direitos coletivos, dentre os quais as de organização sindical, negociação coletiva, greve, também, é omissa sobre direitos de personalidade do trabalhador (NASCIMENTO, 2013, p. 52).

O Direito Processual do Trabalho é estabelecido na CLT, em especial, a partir do artigo 626, assim, regem-se seus princípios e regras próprias e autonomia em face do processo comum.

Entretanto, pela natureza jurídica de direito público do processo trabalhista, pode-se afirmar que o processo do trabalho não afasta a possibilidade de outros ramos de direitos. Para tanto, afirma própria a CLT em seu artigo 769 “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Ainda, nessas reflexões Garcia afirma (p.1), “O processo, na atualidade, é entendido como o instrumento por meio do qual a jurisdição é exercida, objetivando-se alcançar os escopos de atuação e aplicação do direito material, alcançando-se, assim, a pacificação dos conflitos que ocorrem na vida em sociedade”.

Na teoria geral do processo, o processo tem como um dos objetivos, harmonizarem os institutos e as garantias, conseqüentemente, forma-se o sistema processual, nesse passo, a teoria registra quatro institutos considerados pela doutrina como fundamentais: jurisdição, ação, defesa e processo, e, também, a referida teoria ao mesmo tempo estabelecem a cada um as funções, os conceitos que é desenvolvida dentro do próprio sistema processual (DINAMARCO e LOPES, 2016, p.16).

No direito processual em si e, também, em seus outros ramos do direito, em participar, é composto por: na estrutura; pela representação do poder que a desempenha, pelas posições dos indivíduos e pela formas; com um conjunto de situações jurídicas difíceis e subjetivas que por consequências expande em atos direcionados à objetividade que está preexistente, e que terá relação ao legado de uma tutela jurisdicional da razão (DINAMARCO e LOPES 2016, p. 16).

Nesse sentido, registram Dinamarco e Lopes (2016, p.16, grifo dos autores), “Tudo que se diz a respeito do processo comporta distinções e especificações conforme a análise se dirija ao processo **civil, trabalhista, eleitoral, administrativo, penal, legislativo** ou mesmo **não estatal**”.

Nessas considerações, o processo do trabalho é autônomo, porém, a própria CLT possibilita a complementaridade com base no aspecto da compatibilidade, entretanto, não só com as regras, mas, também, com os princípios gerais do processo do trabalho, para tal, recentemente o Novo Código de Processo (NCPC) Lei 13.105 de 16 de março de 2015, colocou em discussão a revogação do artigo 769 da CLT, pelo instituto da revogação expressa.

A problemática voltou-se em face do artigo 15 do NCPP “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”. Isto por que, o artigo não mencionou a indispensabilidade da palavra “compatibilidade”, na aplicação do Direito Processual Civil aos processos trabalhistas.

Nessa vereda, afirma:

Diante disso é que alguns autores começaram a interpretar a nova norma conferindo-lhe caráter amplo, compreendendo que o Direito Processual Civil é naturalmente compatível com o Processo do Trabalho, merecendo aplicação em todo e qualquer caso de omissão da CLT (LORENTZ, 2016. p.1).

Porém, em decisão recente, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST), diante, de algumas dúvidas doutrinárias em face do NCPC perante Direito Processual do Trabalho, aprovou a Instrução Normativa n. 39/2016, sobre as categorias: não aplicáveis, aplicáveis e aplicáveis com ressalva.

O TST afirmou a corrente considerada, majoritária pela doutrina, defendida entre outros, pelo autor Mauro Schiavi. Este afirmava que o NCPC é aplicável na CLT em caso de omissão total ou parcial observando a compatibilidade, a principiologia do direito do trabalho, em cada caso (SCHIAVI, 2015, p. 1-2).

Assim, trata-se de lacuna na CLT, o NCPC ao mencionar o termo supletivi-

dade está relacionada à complementaridade e ao aprimoramento, na finalidade de alcançar a eficácia e a justiça. Entretanto, a subsidiariedade significa aplica o NCPC quando a própria CLT não disciplina tal material na análise do caso concreto, por exemplo, ordem preferencial de penhora, artigo 837 aos 853 do NCPC. Assim, não houve revogação do artigo 769 e 889, da CLT (SCHIAVI, 2015, p.2).

Nessas considerações registra:

Posto isso, a moderna doutrina vem defendendo um diálogo maior entre o processo do trabalho e o processo civil, a fim de buscar, por meio de interpretação sistemática e teleológica, os benefícios obtidos na legislação processual civil e aplicá-los ao processo do trabalho. Não pode o juiz do trabalho fechar os olhos para normas de Direito Processual Civil mais efetivas que a Consolidação das Leis do Trabalho, e, se omitir sob o argumento de que a legislação processual do trabalho não é omissa, pois estão em jogo interesses muito maiores que a aplicação da legislação processual trabalhista. O Direito Processual do Trabalho deve ser um instrumento célere, efetivo, confiável e que garanta, acima de tudo, a efetividade da legislação processual trabalhista e a dignidade da pessoa humana (SCHIAVI, 2015, p. 9-10).

Por fim, pode-se observar que o Direito Processual do Trabalho, encontra-se dentro do sistema processual composto pela teoria geral do processo, afirmando os seus princípios: a segurança jurídica, a ampla defesa e ao contraditório etc. e, também, como um dos ramos da ciência do direito, o processo do trabalho é autônomo que possui regra própria e princípios.

Assim, pela IN 39/2016 do TST a artigo 15 do NCPC não revogou o artigo 869 da CLT, com isto é possível afirma que o processo comum pode ser aplicado no processo do trabalho de forma supletiva e subsidiariamente, pelas observações da compatibilidade da CLT, cuja finalidade entre um dialoga entre as fontes que possibilitem maiores celeridade e efetividades na tutela jurisdicional.

4. INSTRUÇÃO NORMATIVAS N. 39 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

A IN n. 30/2017, foi edita pelo Pleno do TST sobre a aplicação de alguns artigos do NCPP em face da CLT que causaram grandes dúvidas, em especial, no Direito Processual do Trabalho, após a entrada em vigor em 16 de março de 2015 do NCPC.

Em primeiro momentos, os juristas, pesquisadores etc., do Direito come-

çaram apontar o aspecto da necessidade do poder judiciário posicionar o que seria aplicado na CLT, por exemplo, a inversão do ônus da prova (art. 373, §1º ao 3º, NCPC), audiência de conciliação ou de mediação (art.334, NCPC), prazo para contestar (art.335, NCP), entre outros.

Assim, um dos pontos ressaltado, está relacionado o Princípio da Segurança Jurídica estabelecido pela CF/88 de forma implícita em seu artigo 5º XXXVI “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”, isto por que, o Estado democrático de direito deve garantir a estabilidade e a harmonia nas relações jurídicas.

Nesse sentido, como ficaria o Direito Processual do Trabalho sobre a possibilidade de conduzir vários processos, diante, de procedimentos variados? E a segurança jurídica nas relações?

Nessas considerações, o TST com varias considerações e, ainda, de forma não exaustivas estabeleceu sobre as características de aplicáveis e a inaplicáveis em observância com o compromisso aos princípios constitucional da ampla defesa, do contraditório, bem como do devido processo legal.

Nesse sentido, Bueno afirma, sobre os princípios acima mencionados, especificamente, no Direito Processual Civil: (2015, p.39, grifo do autor) “Eles ocupam-se especificamente com a conformação do próprio **processo**, assim entendido o método de exercício da função jurisdicional”.

Entretanto, a referida IN provocou uma discussão sobre a indagação se poderia o TST editar normas limitadoras, diante, da falta de competência constitucional e/ou legal.

Nessa vereda, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho -(Anamatra) ajuizou a Ação direta de Incondicionalidade (ADI) n. 5516 perante o Supremo Tribunal Federal (STF) requerendo a declaração de nulidade, por vício formal e material de inconstitucionalidade da instrução.

Os fundamentos jurídicos e principiologicos, entre outros, da ADI n.5516 é sobre a violação do artigo 22, I, da CF/88, alegando a invasão da competência federal, o art. 5º, II, da CF, com base no princípio da reserva legal e o art. 96, I, “a”, que estabelece aos Tribunais a competências a possibilidade de editar norma, porém o Regimento Interno sobre matérias correspondente ao Tribunal. Este ao editar IN estaria violando ao princípio da independência dos magistrados, art. 95, I, II e III da CF/88 e o artigo 5º, incisos XXXVII e LIII (ANAMATRA, 2016, 1-2).

Portanto, afirma:

Devia o TST, no máximo, ter editado enunciados ou expedido recomendação, para que os juízes e Tribunais observassem o

entendimento que a Comissão de Ministros compreendeu que seria o mais adequado e correto. Nunca, d.v., realizado a edição de uma Instrução Normativa, que submete os magistrados à sua observância, como se fosse uma lei editada pelo poder legislativo (ANAMATRA, 2016, p. 2)

Destacam-se, sem prejuízo de outros artigos, que a artigo 15 do NCPC, perante a ADI n. 5516 em face dos artigos 769 da CLT deve ser entendido e interpretado ao tempo da condução do processo bem como sua utilização de procedimentos, assim, os juízes tanto em âmbito do 1º e 2º grau pela tem a independência funcional em funções ao decidir em cada fase dos autos do processo, e, a partir de, então, analisar pela aplicação do NCPC ou não. Posteriormente, a jurisprudência começaria posicionar, e só, então, o TST faz necessário a editar “súmula” ou “orientações jurisprudência” para ser notada pelo âmbito da Justiça do Trabalho (ANAMATRA, 2016, p.5).

Em análise, o Leone Pereira na palestra organizada pela Organização da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo cujo tema: “Repercussões do Novo CPC no Processo do Trabalho”, demonstra sua preocupação no que tange o afastamento do artigo 769 da CLT, pelo artigo 15 do NCPP, afirmando, ainda, que perante IN n.º 39 “alguém precisa se posicionar” e que os juízes têm o livre convencimento motivado, analisando as provas, fatos etc., julgarem e promoverem uma decisão fundamentada. Assim, discorda da ideia que vem sustentando perante do CLT e NCPC, que os juízes teriam a liberdade de atuação processual, ou seja, sequencia de atos processuais (PEREIRA, 2015).

Registra-se, ainda, caso a ideia do TST em editar ao IN n. 39 foi para trazer uma uniformidade de atuação com base no princípio da ponderação de interesse para ele “já basta”, mas, lembra que nada impede que o TST, posteriormente, vem voltar a fazer outros posicionamentos (PEREIRA, 2015).

Ainda, nesses apontamentos o TST registrou posteriormente a publicação da IN n. 39 do TST.

Imagine o caos interpretativo que se instauraria, em se tratando de código com tantas inovações, se não houvesse esse norte mais ou menos claro”, afirma. “Inúmeros recursos subiriam apenas para discutir se tal ou qual norma seria aplicável, com nulidades acolhidas, fazendo retornar o processo à estaca zero”. Essas novas controvérsias só seriam pacificadas pelo TST depois de vários anos, deixando o sistema instável durante todo esse período. “Assim, o Tribunal assumiu sem titubear a sua missão

institucional de pacificar a aplicação do direito laboral". Ives Gandra Filho lembra que em outras ocasiões o Tribunal também agiu com esse mesmo intuito, ao editar, em 1999, Instrução Normativa 16, sobre agravo de instrumento, e Instrução Normativa 17, sobre recurso de revista, em face de inovações no antigo CPC, e, em 2015, com as Instruções Normativas 37 e 38, sobre a aplicação da Lei 13.015/2014 à uniformização de jurisprudência em recursos repetitivos no âmbito do TST e TRTs (NOTICIA DO TST, 2015, p.1, grifo do autor).

Nessas considerações, observa-se, ainda, uma discussão complexa perante a edição da IN n.º 39/2016, pois segundo a ANAMATRA o Tribunal não teria competência em legislar em âmbito federal, entretanto, o TST e doutrina afirmam que não poderia a Justiça do Trabalho ficar inerte, não se posicionar, diante, das dúvidas que causaram nos procedimentos a serem seguidos no processo do trabalho, conseqüentemente, sofrendo uma insegurança jurídica.

Por fim, o que se verificar para momento é aplicação da IN n. 39 de 2015, no Direito Processual do Trabalho e aguardar a decisão do STF sobre constitucionalidade ou incondicionalidade da ADI n.º 5516, bem com posicionamento da doutrinária. Ademais, registra-se que a nosso ver, pelas considerações acima registra, o posicionamento do TST, bem como da ressalva do doutrinador Leone Pereira ser mais recomenda para Justiça do Trabalho, diante, da possibilidade da insegurança jurídica pela as sequencia de atos processuais.

3. APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA DO NCPP NO DIREITO DO TRABALHO

No Direito Processual do Trabalho o momento para acolher as provas é na instrução, fase do processo de conhecimento, assim, o juiz irá observar os fatos narrados tanto pelo autor como o do réu. Registra-se que a autores que falam em uma demarcação da referida instrução, assim, fala-se na instrução que abrange provas e alegações ou a instrução que abarca só as provas (LEITE, 2011, p.573).

Entretanto, conforme o artigo 848 da CLT é na sentença que o juiz irá apreciar as provas e as alegações pelo seu convencimento motivado:

Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido

determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

§ 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

Nessas considerações, percebe-se que as partes têm o direito de produzir provas sobre o prisma do contraditório e da ampla defesa, entretanto, é possível verificar que a CLT não estabelece de forma ampla os procedimentos a serem seguindo, utilizando-se do direito processual comum, e nessa situação a lei processual civil, diante, da aplicação subsidiária do artigo 769 da CLT e do artigo 818 da CLT estabelecem que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Nesse contexto, o NCPP em seu artigo 373 estabelece ao autor cabe provar o fato constitutivo e ao réu o impeditivo, modificativo ou extintivo. Para Gonçalves (2016, p. 26), “Isso é de suma importância, porque o juiz fica adstrito, ao proferir o julgamento, aos fatos alegados pelas partes. Ele não pode tomar em considerações fatos que não tenham pelas partes. Ele não pode tomar em considerações fatos que não tenham sido invocados por elas”.

Assim, As partes não têm o dever de produzir prova, porém a partir dos momentos que a fizer terá o ônus de fazer-las.

Nesse sentido, especificadamente, passa-se analisar a artigo 373, §§ 1º 2º, uma que pela IN n.º 39 do TST é aplicável a CLT, entretanto, os §§ 3º e 4º não seria aplicável, uma vez que, não é permitido na Justiça do Trabalho as partes conveniarem a “distribuição diversa do ônus da prova”.

Nessas considerações, os §§ 3º e 2º têm por base o Instituto da Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, a inversão da produção de provas por modificações apenas: legal ou judicial, para o Direito Processual do Trabalho, a quem melhor passo produzir.

Registra a autor Gonçalves (2016, p.28) sobre a questão de modalidade de inversão “Ela pode ter três origens distintas: legal, convencional ou judicial. Nas três hipóteses o resultado será o mesmo, a alteração da distribuição legal do ônus”.

Considerações a distribuição dinâmica da prova está associada e evolução do direito:

A sociedade e o direito material encontram-se em intensa transformações (cf. comentário ao art. 1º), razão pela qual a regra geral disposta no art 373 (distribuição **estática** do ônus de provar) não pode ser aplicado de modo inflexível, a qualquer hipótese. Excepciona-se a regra geral e permite-se a distribuição **dinâmica** do ônus da prova quando, presentes certas circunstâncias, uma das partes estiver em melhores condições de produzir a prova que a outra (MEDINA, 2015, p.373).

Nessa análise, a regra clássica da distribuição do ônus da prova é aquela em que o juiz verificando o caso concreto e observando a hipossuficiência, porém não apenas econômica, mas, a de informação e a técnica. E, também, a verossimilhança a qual está associada à presunção da realidade, a verdade. Registra-se que um requisito não depende do outro. Diante disso, o juiz procederá inverter nus da prova, diante, da não possibilidade da outra parte não conseguir fazê-la (GONÇALVES, 2016, p. 31).

A referida regra tem embasamento legal no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em especial no artigo 6º, VIII “VIII. Nesse sentido:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

No Direito Processual do Trabalho tem como exemplo a inversão do ônus probante, nos casos envolvendo o assédio sexual ou moral, assim, o reclamante poderá ser dispensado corresponde às alegações, e o juiz verificando os indícios, a prática do ato e a conduta abusiva, com isto o empregador cabe caberá provar (BOLDINI, 2013, p. 172-173).

Outras modificações são as judiciais e as legais, previstos nos §§ 2º e 3º do artigo 373 no NCPC, o qual foi expressamente estabelecido no NCPC, uma vez que, já vinha sendo aplicado ao processo, porém não era previsto em lei.

[...] inovam ao admitir e disciplinar expressamente os casos em que pode haver **modificação** (legal ou judicial) das regras constantes dos incisos do *caput*. O § 1º deixa claro que deve haver decisão judicial **prévia** que determine a modificação e que crie condições para que a parte efetivamente se desincumba do ônus respectivo, com as condicionantes do §2º, que veda o que usualmente é conhecido como “prova diabólica”, isto é, aquela impossível ou excessivamente difícil para uma das partes (a prova negativa de um fato inespecífico, como, por exemplo, nunca ter estado em um determinado lugar).

Pelo critério objetivo, é regra de julgamento, então, o momento processual da inversão do ônus da prova seria na sentença e, assim, o juiz teria maior possibilidade da valoração das provas produzidas nos autos do processo e, posteriormente,

de forma fundamentada afirma se foi suficiente ou não para criação do seu convencimento (GONGALVES, 2016, 32).

No critério subjetivo, é por meio da distribuição legal do ônus que as partes poderão saber antes do julgamento a quem caberá produzir determinada prova, conseqüentemente, não ocorrendo uma surpresa na sentença. Assim, com base no princípio do contraditório caso juiz faça a inversa do ônus da prova, o momento seria na decisão de saneamento, ou seja, na fase postulatória ou da instrução do processo através do despacho saneador (GONGALVES, 2015, p.33).

Nessa perspectiva afirma Medina (2015, p. 373) “[...] o ônus da prova é regra de julgamento, mas, tendo em vista que esta regra não é aquela que é ordinariamente utilizada, deve a parte contra a qual se inverteu o ônus da prova ser informada de que se observará tal alteração”.

Entretanto, no Direito Processual do Trabalho, diante, da possibilidade de aplicação do NCPC com base na IN n.º 39 qual seria o momento adequado para o juiz posso a dinâmica da inversão o ônus probante? Antes da audiência de instrução ou na prolação da sentença (PEREIRA, 2016).

O porquê está relacionado nos procedimento e na dinâmica da audiência trabalhista, pois pela não existência do despacho saneador, uma vez que, em regra as audiências são unas no processo do trabalho e ao juiz cabe fracionar ou não, artigo 765 da CLT.

Ainda, não existe um entendimento pacífico na doutrina:

Parece-nos, porém, que por se regra de julgamento, cabe ao juiz, na sentença, fundamentar (CF, art.93, IX) a respeito de quem era o *onus probandi*, informando, inclusive, a razão que levou a inverter o ônus probatório. Afinal, tal declaração, além de atender ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, encontra-se em sintonia com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa [...] a declaração de inversão do ônus da prova pode ocorrer até mesmo no julgamento da demanda na instância ordinária [...] (LEITE, 2011, p. 603).

Em posição contrária, Baldini afirma que pela busca da verdade real e pela possibilidade da parte que agregou ônus probante obter meios para produzir, poderá o juiz na audiência de instrução, caso seja una, adiar para promover o contraditório e evitar surpresa.

A audiência de instrução poderá, inclusive, ser adiada em razão da dinamização, para garantir que a parte onerada pela técnica tenha oportunidade de produzir provas de acordo com a nova

regra. Ainda que haja certo prejuízo ao princípio da celeridade processual, entendemos que, neste caso, deverá ser dada prevalência aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como ao escopo social do processo, buscando-se ao um julgamento pautado nas provas efetivamente realizadas, e não na aplicação de regras formais de distribuição dos encargos. Entre a celeridade processual e a justiça da decisão de mérito, em nosso entendimento, está última deverá prevalecer (BOLDINI, 2015, p.135-136).

Na análise do NCPC registra que a dinamização da inversão do ônus da prova está relacionada a uma questão de procedimento o inciso III do artigo 357 “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo [...] definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373[...]”. Entendo-se que é uma decisão antes do início da fase de instrução, bem como da produção da própria prova em questão (BUENO, 2016, p. 315).

Nessas afirmações registra Bueno (2015, p. 315, grifo do autor) “O CPC de 2015 consagra o tema, destarte, como regra de **procedimento**, e não, como pensam alguns no âmbito do CPC de 1973, como regra de **juízo**. É mais um caso em que o modelo de processo cooperativo é concretizado por regra do próprio CPC 2015”.

Por fim, conforme as considerações acima mencionadas, verifica-se que a questão do momento processual da dinamização do ônus da prova, tanto no Direito Processual Civil como no Direito Processual do Trabalho, ainda, não é pacificada o entendimento se seria regra de julgamento ou de procedimento e a partir disso afirma qual momento adequado o juiz pode fazer a dinamização.

Para o Direito Processual do Trabalho, entendemos conforme o exposto, em garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa o juiz em caso de audiência uma poderá postergar observando a impossibilidade de uma das partes em produzir provas incubando a que melhor tem capacidade de forma fundamentada, dinâmica da inversão ônus da prova, ou no caso de audiência fracionada fazer na audiência de conciliação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 18 de março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil Lei 13.105 de 2015, porém mesmo no período de vaticio legis, 1 ano, já era possível observar discussão sobre a aplicabilidade ao Direito Processual do Trabalho.

Nesse sentido, verificaram-se sobre alguns parâmetros, em especial ao instituto das provas, os reflexos que casou na Justiça do Trabalho.

Nessa vereda, o pleno do Tribunal Superior do Trabalho, com considerações, editou a Instrução Normativa n. 39 de 2015, que registra o que é aplicado e não aplicável a CLT. Diante disso, afirma que o artigo 15 do NCPC não revogou de forma expressa a artigo 769 da CLT, que possibilita em caso de omissão a aplicação subsidiária do direito processual comum e, também, registrou pela aplicação da compatibilidade como CLT e os princípios gerais do Direito Processual do Trabalho.

Ainda, pode-se verificar que o instituto das provas no Direito do Trabalho não comporta pela convenção das partes a distribuição diversa do ônus da prova. Entretanto, afirmou pela aplicação do instituto na modalidade judicial e legal.

Porém, constou que na doutrina não é pacificado em qual momento adequado, o juiz de forma fundamentada, e com base na possibilidade da parte encarregada da incumbência do ônus probante produzir, poderá fazer a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Observou-se, também, que referida discussão volta-se em conceituar que o ônus da prova seria: regra de julgamento, o momento seria na sentença, em sentido contrário, um procedimento, o momento seria da instrução.

Pode-se verificar uma tendência no que tange ao processo do trabalho pela aplicação na audiência de instrução ou na conciliação, caso seja fracionada. Nesse sentido, tal afirmação parece ser mais acertada, pois ônus da prova como regra de procedimento pela nova visão do NCPC tem como base principiologica a garantia do princípio do princípio do contraditório e da ampla defesa, mesmo que em caso da justiça do trabalho o princípio da celeridade seja colocado posterior, pela busca da verdade dos fatos.

5. REFERENCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento ordinário e sumário**. 4 ed. ver., atual e ampl. - São Paulo: Saraiva 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____, Candido Rangel. **Instituição de direito processual civil**. 3º Ed.. São Paulo: Malheiros. 2003

BRASIL, **Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva**. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 20 de ago. 2016.

_____, **ADI n. 5516. Ação direta de inconstitucionalidade**. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4977107>>. Disponível em: 15 de ago. de 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Considerações sobre a Autonomia do Processo do Trabalho**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25789636_CONSIDERACOES SOBRE A AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO.aspx>. Acesso em: 20 de ago. de 2016

GONÇALVES, Marcus Vinicus Rios. **Novo Curso de direito processual civil, v. 2: parte de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 12. Ed. São Paulo, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro, atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. V.2, 20. Ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva. 2009

LIETE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2011.

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

SCHIAVIL, Mauro. **Novo Código de processo civil: A aplicação supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho**. 2015. Disponível em:< http://www.trt7.jus.br/escolaju-dicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf>. Acesso em 19 de ago. de 2016.

PROVA INSUFICIENTE E RESOLUÇÃO DE MÉRITO: DECISÃO INCONSTITUCIONAL E POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO

Paulo Alessandro Padilha de Oliveira Silva

RESUMO

O inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil prevê de forma clara e expressa a hipótese de solução de mérito quando o juiz rejeitar o pedido formulado na ação. Usualmente, é adotado pelos julgadores a conclusão de que, inexistindo provas suficientes a comprovar o direito alegado pela parte, o pedido meritariamente é improcedente. No entanto, tal posicionamento não nos parece razoável; uma vez que o direito possui natureza subjetiva e depende de um conjunto probatório para ser declarado, a inexistência de provas suficientes para declarar ou não a existência do direito não pode implicar em coisa julgada que inviabilize a propositura de nova demanda, principalmente considerando que o processo se traduz em um instrumento para persecução e consolidação do direito, não sendo razoável considerar o processo como um instrumento de obstrução do direito latente mas não reconhecido. Inexistindo provas suficientes, a ação subjetiva é improcedente, com coisa julgada formal, mas o direito (ou inexistência dele) não deve ser objeto de declaração judicial. A inconstitucionalidade do inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil parece surgir quando em análise ao disposto no artigo 5º, inc. LIV e LV da Constituição Federal, que garantem o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, sem estabelecer, em sede constitucional, a regulamentação das mencionadas garantias em legislação infraconstitucional.

ABSTRACT

The item I of article 487 of the Civil Procedure Code provides clearly and explicitly the merits solution hypothesis when the judge rejected the request on the action. It is usually adopted by the judges to the conclusion that the absence of sufficient evidence to prove the right claimed by the party, the application is unfounded worthily. However, this position does not seem reasonable; once the right is subjective in nature and depends on a probationary set to be declared, the absence

of sufficient evidence to declare whether or not the existence of the right can not result in res judicata to deny the bringing of new demand, especially considering that the process translates into an instrument for the pursuit and consolidation of law, it is not reasonable to consider the process as a tool of obstruction of latent right but not recognized. The absence of sufficient evidence, the subjective action is unfounded, with formal res judicata, but the right (or lack there of) should not be judicial declaration object. The unconstitutionality of section I of Article 487 of the Civil Procedure Code seems to arise when under review the provisions of Article 5, inc. LIV and LV of the Federal Constitution, which guarantee the right to contradictory, full defense and to due process, without establishing in constitutional office, the regulation of the aforementioned guarantees in infra-constitutional legislation.

PALAVRAS CHAVE

Provas insuficientes; inexistência de coisa julgada material; possibilidade de ajuizamento de nova ação

KEYWORDS

Insufficient evidence; lack of res judicata; possibility of new process

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil atualmente vigente trouxe no inciso I do artigo 487 a possibilidade de ocorrência mérito quando for acolhido ou rejeitado o pedido de autor, elemento este que em princípio parece acertado. No entanto, uma análise pontual do conceito de 'mérito' nos conduz ao entendimento de que tal artigo se tomba em inconstitucionalidade, na medida em que o mesmo afasta garantias erigidas em sede constitucional, uma vez que equivale o silêncio no pronunciamento do direito em razão da insuficiência do teor probatório à efetiva dicção da inexistência do direito vindicado pela parte.

A normatividade do processo judicial se trata de um modo de regulamentar os procedimentos pelos quais a tutela jurisdicional é outorgada àqueles que buscam a tutela estatal. Tem como finalidade precípua garantir, de forma ordenada, justa e pré-estabelecida os modos pelos quais deverão as partes se comportar no curso da demanda judicial, garantindo que, de forma justa, o Estado ampare a pretensão das partes envolvidas na demanda.

Entre os diversos elementos que constituem o processo, os que se tem maior relevância prática são *o pedido*, do qual advém duas consequências: a defesa direta, eficiente e direcionada à negativa (ou não) da pretensão autoral, e *as provas*, as quais possuirão dupla finalidade: o convencimento jurisdicional acerca do cerne da questão debatida e o efetivo convencimento do adverso acerca dos motivos pelos quais entende a parte que está correta.

O ônus processual é naturalmente atribuído àquele que pretende provar suas alegações. Como corolário natural de tal distribuição probatória, a declaração de existência do direito buscado terá espaço quando o autor efetivamente comprovar que faz jus ao direito vindicado; já a declaração de inoccorrência do direito terá seu advento quando o requerido comprovar a inexistência do direito vindicado pelo autor.

No entanto, na prática, a decisão judicial é acobertada por uma falha de interpretação destas premissas; ocorre uma supressão de condições de julgamento *pró-requerido*, de tal forma que, quando da decisão, a inexistência de comprovação pelo autor do direito, sem que ocorra a comprovação pelo requerido de inoccorrência do direito, ainda assim vem implicando, sistematicamente, a declaração de inexistência do direito vindicado ao autor.

Não nos parece coerente tal posicionamento, na medida em que o processo se trata de instrumento de persecução do direito, não sendo razoável considerar que a incapacidade probatória (questão processual) se sobreponha à impossibilidade

de de se alcançar o efetivo direito (questão axiológica), o que justifica a direcionada atenção a tal problemática.

Desta forma, por meio de uma dialética discursiva fundamentada em referências bibliográficas sobre o tema, buscaremos traçar um conceito de uma nova óptica da teoria geral das provas como norteadora da efetiva busca do direito e alcance da mais digna e eficiente justiça por meio da possibilidade de rediscussão meritória fundamentada em novas provas quando o acervo probatório se mostrar insuficiente à efetiva dicção do direito, o que nos conduz, à uma primeira análise, de uma possível inconstitucionalidade do disposto no inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil.

1. AFINAL, O QUE É “MÉRITO”?

Em linhas preliminares, se faz relevante a análise do conceito de ‘mérito’, para que se possa direcionar o objeto deste estudo ao cerne da problemática principal: é possível o julgamento de mérito quando a decisão não abordar apenas a insuficiência probatória por parte do autor sem declarar oficialmente a existência do direito materialmente perquerido?

Em princípio, buscamos socorro no conceito comum, leigo, acerca de ‘mérito’. Segundo o dicionário CALDAS AULETE Digital, mérito significa: “sm. 1. O mesmo que merecimento. [Antôn.: demérito; desmérito] 2. Jur. Questão ou questões centrais, de fato ou de direito, e que servem de base para a decisão em um litígio.”. (CALDAS AULETE, 2010)

Percebe-se que o conceito leigo não se revela suficiente para alcançar a dimensão pretendida; mérito não pode ser apenas as questões centrais de fato ou de direito que servem de base para a decisão em um litígio. Para derrubar tal posicionamento, basta considerar as condições de ação, que podem servir de base para uma decisão judicial sem que exista a observância de qualquer direito material.

No entanto, usualmente, o mérito da demanda é confundido com o direito vindicado em si, como se o direito e o processo se fundissem num único elemento, de tal forma que a extinção de um implicaria na extinção de outro. Conceito este que é meramente usual, inexistindo qualquer posituação neste sentido. Logo, considerando a necessária posituação da norma, e considerando ainda a inexistência de previsão constitucional acerca do tema, se mostra prudente a cautela de buscar socorro na doutrina acerca da matéria.

Em conceitos tipicamente jurídicos, observamos a lição de Eliézer Rosa, na Enciclopédia Saraiva do Direito, a qual nos oferece o conceito de mérito mais pró-

ximo do direito postulado do que o pedido efetuado em esfera processual:

“É a lide. Julgar o mérito é julgar a lide, ou, noutras palavras, é julgar o pedido do autor qualificado pela resistência do réu (...) ter-se-á a conceituação de mérito consubstanciada na própria lide, submetida à apreciação de órgão jurisdicional, com os limites impostos pelo autor, ao deduzir sua pretensão em juízo, por meio de uma petição inicial.”. (FRANÇA, 1980)

Liebman traz talvez a definição de mérito que talvez seja a mais eficiente:

“O conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de decidir se o pedido formulado no processo é procedente ou improcedente e, em conseqüência, se deve ser acolhido ou rejeitado. Todas as questões cuja resolução possa direta ou indiretamente influir em tal decisão formam, em seu complexo, o mérito da causa.” (LIEBMAN, 1984).

Tal definição nos parece mais coerente, na qual as análises de acolhimento ou rejeição dos *pedidos formulados* constituem o mérito da causa. A diferença entre acolhimento ou rejeição do pedido como caracterizadoras do mérito transmudam a coisa julgada numa questão essencialmente processual, a qual poderá ou não alcançar o direito efetivamente vindicado na demanda. Logo, quando for prolatada decisão que não declara a procedência ou não do direito do autor mas atinge apenas o pedido formulado, não se está examinado o mérito da questão.

O que talvez se mostre o cerne do presente estudo é a confusão, realizada na maioria esmagadora das vezes por precedentes judiciais, entre pedido e direito; o pedido é elemento constitutivo da ação e sobre ele, sempre rígido, se verifica a possibilidade de declaração acerca da procedência ou não sobre uma situação de fato devidamente delimitada na demanda; já o direito, embora seja o elemento que possibilita o pedido, é simultaneamente rígido e flexível; rígido, enquanto texto de lei; flexível enquanto dependente de uma situação de fato, apenas se confundindo o mérito com o direito em uma demanda exclusivamente “de direito”.

Mérito então, em nossa óptica, corresponderá apenas ao limite da ação, se tratando de uma efetiva análise probatória sobre o pedido realizado, não se constituindo na declaração típica do direito, salvo na demanda em que não for necessário qualquer ato probatório. E, neste aspecto, as decisões com resolução de mérito não declaram necessariamente a procedência ou improcedência de um direito sobre algo, mas a configuração ou não de um enquadramento jurídico caracterizador de um direito sobre um acervo probatório previamente constituído na demanda.

2. EQUÍLÍBRIO PROCESSUAL E ENCARGO PROBATÓRIO

Muito se fala sobre o equilíbrio processual e o encargo probatório; tanto que o atual Código de Processo Civil traz elementos flexibilizadores do encargo probatório que não eram percebidos nos códigos anteriores; a rígida disposição do Código de Processo Civil de 1939 sobre o ônus probatório, constante no art. 209 do mencionado Código, assim distribuía o encargo das provas: o fato alegado por uma parte e não contestado por outra é admitido como verídico se o conjunto probatório não induzir a raciocínio diferente; a negativa do fato pelo réu implica ao autor o encargo probatório e a admissão pelo réu da veracidade do fato, ainda que alegando a extinção (do fato) ou outra situação que obste os efeitos do referido fato delimitam como sendo do réu o ônus probatório.

O Código de Processo Civil de 1973 manteve a postura rígida sobre o desencargo probatório, atribuindo ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu o ônus de provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor; além disto, reconhecendo o avanço da contratualística, o CPC de 1973 cuidou de prever que seria nula a convenção que distribuísse de forma diversa o ônus da prova que recaísse sobre direito indisponível da parte ou que tornasse demasiadamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Já o CPC de 2015 avançou de forma ímpar no cenário de distribuição da prova; mantendo os preceitos básicos do CPC de 1973, estabeleceu no parágrafo primeiro do artigo 373 que, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos moldes regulares ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, por meio de decisão fundamentada (no despacho saneador, conforme art. 357, inc. III), dando oportunidade à parte que ficou atribuída do encargo probatório a possibilidade de deste se desincumbir.

Tal avanço do CPC de 2015 não foi o marco inicial das possibilidades de distribuição de prova de forma diversa à regra geral, se tratando em verdade de uma positivação da prática jurídica amadurecida pela prática forense; o Código de Defesa do Consumidor, datado de 1990, já previa entre os direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova no processo civil, quando a *alegação* for verossímil e o consumidor o hipossuficiente na relação segundo regras ordinárias de experiência; além disto, o Tribunal Superior do Trabalho criou súmulas estabelecendo o ônus da prova de modo diverso, atribuindo à parte que administrativamente é detentora legal de determinada

obrigação o encargo probatório em juízo acerca do fato da referida obrigação administrativa (p. ex., a Súmula 338 do TST, quanto ao encargo probatório da empresa em comprovar a jornada de trabalho do empregado quando esta possuir mais de 10 empregados – percebe-se que basta ao empregado *alegar* determinada jornada de trabalho que o encargo probatório acerca da real jornada de trabalho será da empresa; sequer se exige a verossimilhança da alegação, prevista no CPC).

Tais avanços legais e jurisprudenciais caminham junto ao propósito máximo do devido processo legal: um resultado justo, garantindo que a verdade real dos fatos seja devidamente lançada no processo, para que a outorga da tutela jurisdicional seja compatível com o ideal de justiça que se espera da decisão do processo judicial.

No entanto, se de um lado temos que o objetivo primordial da demanda judicial é o efetivo alcance do mais subjetivo conceito de justiça, por outro lado, temos que é impossível negar a existência de disparidade entre *alegação* e a *verdade real dos fatos*. Esta última compreende, como o próprio nome sugere, a verdade dos fatos efetivamente ocorridos na relação jurídica posta sob *judice*. Por sua vez, a alegação é ampla, e corresponde a uma mera pretensão daquilo que a parte pretende que seja reputada como verdade, sem poder ser considerado no momento em que a alegação é efetuada se a alegação corresponde à verdade real dos fatos.

Na realidade, a alegação não é outra coisa que um ato linguístico mediante o qual uma parte asseve que um fato se verificou de certa forma. Trata-se, portanto, na terminologia de Searle, de uma asserção com função meramente locutória, enquanto o seu autor afirma alguma coisa. Sobre o perfil epistêmico, isto que é afirmado é um enunciado hipotético: este pode ser verdadeiro ou falso em si, mas no momento em que é expresso e, enquanto não for formulada a decisão final, esse não é verdadeiro nem falso. (TARUFFO, 2016)

No entanto, a grande problemática do processo judicial é manifestada quando o acervo probatório é *insuficiente* para que o direito que fundamenta o pedido seja declarado como existente ou não, nos colocando no cenário abordado no capítulo I deste trabalho. Verdadeira problemática, pois tal decisão judicial usualmente gera coisa julgada sobre o *pedido* e não sobre o processo, o que, conforme considerações abordadas em itens anteriores e sobre as quais discorreremos com maior cuidado a seguir, nos parece um grave erro histórico da jurisprudência.

Isto porque, a litispendência e a coisa julgada *apenas* surgem em um momento: a *reprodução de ação anteriormente ajuizada*. A litispendência ocorrerá então quando a ação reproduzida ainda estiver em curso e a coisa julgada ocorrerá quan-

do a ação reproduzida já tiver decisão da qual não cabe recurso. O conceito de reprodução, salvo melhor juízo, exige que a demanda seja idêntica; tanto é que, se fosse de forma diversa, o §2º do art. 337 do atual CPC (art. 301, §2º do CPC de 1973) seria totalmente desnecessário.

Por sua vez, o §4º do art. 337 do CPC prevê a coisa julgada ocorre quando *se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado* (art. 301, §3º do CPC de 1973). Assim, é necessário verificar quais são os elementos que identificam uma ação, para que possa analisar a identidade da mesma. Os elementos da ação, de forma incontroversa, se resumem a: identidade de partes, causa de pedir e pedido.

Dentre os três conceitos, o que nos parece mais complexo é a causa de pedir: a identidade das partes é de fácil análise e o pedido é de igualmente fácil verificação. Porém, a causa de pedir é o motivo pelo qual determinada situação de fato justifica o pedido narrado (tanto é que a narrativa – ou mesmo os fatos – não são considerados elementos essenciais da ação).

De tal raciocínio surge um horizonte ao objeto de nossa pesquisa: entre as mesmas partes, o pedido sobre determinado fato poderia ser repetido inúmeras vezes, desde que a causa de pedir seja distinta. Pois neste caso, não ocorreria a coisa julgada, que exige, por expresso texto legal, a identidade entre as causas de pedir para que a ação seja reputada idêntica.

Porém, mais uma vez a solução para o problema estudado se mostra difícil: como considerar que existem duas causas de pedir (ou seja, o motivo pelo qual determinado direito é pleiteado) para um mesmo fato, mas que convirjam a um mesmo pedido? Ou pior: como considerar a possibilidade de uma mesma situação de fato, motivando idêntico pedido, seja juridicamente válida?

'Provas' nos parece ser a solução razoavelmente lógica.

Dentre os *requisitos* da petição inicial, é estabelecido que a petição inicial indicará, entre outros, as *provas* com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. Assim, uma vez que as provas se constituam um requisito essencial da petição inicial, as provas se constituem por corolário lógico um requisito obrigatório do processo. Sem a indicação das provas com as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, o processo *não pode* existir, visto que a petição inicial estará inepta. Logo, inexistindo especificação de provas, inexistente processo.

Por sua vez, considerando que um mesmo fato, pelo qual a parte pretende vindicar o mesmo direito, pode ser provado por mais de uma forma, ainda que em momentos diferentes, tem-se por consequência lógica que um processo apenas e tão somente se reproduzirá quando, inclusive, as mesmas provas forem fornecidas ao mesmo. Por outro lado, se as provas pelas quais o autor pretender provar os fa-

tos alegados e que fundamentam o pedido pelo mesmo teor probatório previamente utilizado, se tratará de uma simples tentativa de reexame da matéria, vedada por força da coisa julgada.

3. PRINCÍPIOS TUITIVOS DO DIREITO E DIGNIDADE PROCESSUAL

Hodiernamente, ainda que sem aparente respaldo legal ou constitucional, a análise da possibilidade da relativização da coisa julgada em razão da alteração do conjunto probatório disponível para a análise do mérito da demanda esbarra em princípios do Direito, tais quais a coisa julgada, a segurança jurídica e a prescrição. No entanto, se tais elementos se constituem princípios do Direito, e por tal definição seriam invioláveis, nos resta o questionamento: eventual injustiça material promovida pelos cumprimentos de uma suposta justiça processual seria 'de Direito'?

Tal questionamento nos envereda num viés filosófico da matéria, conduzindo a um questionamento: o que é 'Direito' e o que é 'Justiça'? Tais conceitos se revelam essenciais à solução do conflito entre justiça material x justiça processual, uma vez que não nos parece razoável admitirmos como admissível em termos éticos-morais uma injustiça material em decorrência de uma simples ocorrência de uma justiça jurídico-processual, principalmente considerando que o processo é meio e o direito é o objetivo.

A análise jurídica de tal cenário se mostra clara: não parece razoável considerar que o direito subjetivo se deteriore em razão da insuficiência probatória da parte quando da propositura da ação que primeiramente foi ajuizada, corolário que é da independência do direito frente ao processo. Ao contrário, consideramos que a legislação possui recursos e elementos necessários e suficientes tanto a possibilitar o ajuizamento de nova ação considerando um teor probatório diferente do que anteriormente foi posto sob *judice*, da mesma forma que possui elementos necessários para punir o ajuizamento de ação de modo temerário, o que, destaca-se, não equivale ao ajuizamento da ação com acervo probatório insuficiente.

Mais do que isto, é de ser considerado que os princípios tuitivos do Direito norteiam a positivação de normas que espelhem a finalidade do direito, que numa análise filosófica, equivalem à efetividade da Justiça; não há como considerar a existência de norma que possibilite a positivação de um procedimento injusto, tendo como consequência natural o advento de um processo que se constitui num binômio perseguição do direito x resistência fundamentada à violação de direito. O que ultrapassar tal natureza será manifestamente inconstitucional.

Advém então a conclusão: não poderia o constituinte limitar o direito de

ação da parte à existência do elemento subjetivo 'prova', vez que este é relativo, temporal, flutuante e se constitui mero elemento para análise do direito efetivamente guerreado pela parte. A análise do direito permite ao juízo a solução do mérito. A análise do acervo probatório permite ao juízo a dicção processual da solução da demanda e nada mais.

No entanto, por mais que os princípios tuitivos do direito nos conduzam a tal compreensão, é de ser ponderado que o ordenamento jurídico brasileiro é vinculado à Constituição, não sendo demais considerar que princípios não positivados em sede constitucional não são vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Cumpra a consideração do que são princípios. Vejamos a precisa lição de Luis Roberto Barroso:

Princípios são normas jurídicas que não se aplicam na modalidade tudo ou nada, como as regras, possuindo uma dimensão de peso ou importância, a ser determinada diante dos elementos do caso concreto. São eles mandados de otimização, devendo sua realização se dar na maior medida possível, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente. Vale dizer: princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos. (BARROSO, 2010).

Efetuando tais considerações, temos como exemplo claro de princípio de direito que existe mas que não é constitucionalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, que é o *duty to mitigate the loss*, princípio existente na legislação estrangeira que prevê a obrigação de mitigação da perda; tal princípio, dominante nos Estados Unidos, prevê a obrigação das partes mitigarem as perdas. Em território brasileiro, no entanto, tal princípio é aplicável caso a caso, conforme espaços existentes na legislação. Na legislação estrangeira, por exemplo, os danos causados por culpa pelo empregado são naturalmente repartidos. Em território brasileiro, tais danos apenas serão somente repartidos se existir previsão contratual expressa neste sentido.

A questão principiológica não raramente surpreende os operadores de direito, na tentativa de buscar positividade de conceitos pré-estabelecidos, naturais aos princípios, sobre os quais são construídas as formações, opiniões e conceitos sobre determinados aspectos.

Logo, se mostra relevante buscar na Constituição a existência de elementos que permitam o alcance do objeto do presente trabalho, convertidos na hipótese de inexistência de coisa julgada quando o teor probatório dos autos for insuficiente

ao julgamento do direito, permitindo apenas e tão somente a análise do elemento processual subjetivo. Necessário então analisar a previsão de posituação constitucional quanto à regulamentação em legislação infraconstitucional do direito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

4. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À REGULAMENTAÇÃO LEGISLATIVA

O direito possui natureza essencialmente subjetiva; abarcando diretamente conceitos como a verdade e a prova; daí advém a conclusão de que o direito poderá efetivamente ser pronunciado quando a verdade dos fatos que embasam o pedido for convertida em um acervo probatório que efetivamente permita a dicção do direito. Caso contrário, o que será analisada é a condição de procedibilidade do pedido em razão da maturidade processual, e não o direito propriamente dito.

A Constituição Federal, ao assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, assim o fez:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

Percebe-se de tal texto que a Constituição, de forma soberana que é, previu o direito de ação, o direito ao devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a legalidade impositiva de obrigações. Ou seja, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Por consequência, o direito de ação previsto em sede constitucional não possui nenhum óbice constitucionalmente previsto.

Vale ainda ponderar que quando o Constituinte pretendeu delimitar em sede legal as limitações do exercício das garantias fundamentais, consignou de

forma expressa a exigência de regulamentação legal, não sendo demais trazer algumas das hipóteses de tais previsões, incluindo quanto às garantias individuais trazidas nos incisos artigo 5º da Constituição:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, **nos termos da lei**, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (destaque nosso)

XXVIII - são assegurados, **nos termos da lei**:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; (destaque nosso)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, **nos termos da lei**; (destaque nosso)

Não é demais observar que mesmo quando não se trate de direitos e garantias e fundamentais erigidas no rol do artigo 5º, mas ainda nas hipóteses de obrigações, a Constituição Federal foi taxativa nas hipóteses em que a regulamentação seria realizada por meio de texto legal. Destaca-se que não nos parece um acaso que o Constituinte tenha efetuado tal dicção. Ao contrário, é claramente perceptível o interesse do constituinte em consignar de forma expressa as situações que dependeriam de regulamentação legislativa típica. Vejamos exemplos:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, **nos termos da lei**, mediante: (destaque nosso)

Art. 143. O serviço militar é obrigatório **nos termos da lei**. (destaque nosso)

Ora, não restam dúvidas de que nas hipóteses em que a obrigação, direito ou garantia teriam limitações ou regulamentações legais, o Constituinte foi categórico ao as prever. Logo, questiona-se: se não há permissivo constitucional para obstaculização ao direito de ação em razão da insuficiência probatória de demanda previamente ajuizada, de onde adveio a legitimidade para que o legislador limitasse o texto do artigo 5º, incs. II, LIV e LV da Constituição Federal?

Não existe.

Como consequência da inexistência de previsão constitucional apta a justificar uma limitação ao direito de ação, a positivação prevista no inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil é manifestamente inconstitucional. Nos parece no mínimo incorreto considerar que a rejeição do pedido formulado pela parte implica na ocorrência de julgamento do mérito da demanda, corolário que é da possibilidade de inexistência de análise judicial do direito propriamente vindicado, se constituindo apenas e tão somente uma análise do acervo probatório existente nos autos.

Faz-se um parêntese neste tópico acerca da ação rescisória. A ação rescisória, prevista nos artigos 966 e seguintes do Código de Processo Civil, possui as seguintes hipóteses de ajuizamento:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Compulsando o citado artigo, percebe-se que o inciso VII prevê que, caso após o trânsito em julgado o autor obtiver prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, será possível a rescisão da decisão de mérito transitada em julgado.

Tal artigo parece colocar um óbice jurídico ao problema enfrentado. No entanto, o mesmo diz respeito ao mérito da decisão anteriormente ajuizada, ou seja, a rescisão da dicção do direito sobre o pedido efetuado em demanda prévia no qual um determinado acervo probatório já estava estabelecido. Se trata de situação jurídica distinta da discutida no presente feito: no caso, a hipótese do inciso VII diz respeito à hipótese de modificação no convencimento do julgador com base em prova nova.

Neste estudo, não se considera a modificação no convencimento do julgador. Antes, é considerado o surgimento de uma nova relação jurídico-processual, na qual um novo acervo probatório seja capaz de convencer o juízo acerca da legitimidade e procedência do pedido efetuado, estabelecendo regular contraditório, inclusive sem a obrigatoriedade de que o novo acervo probatório seja suficiente, por si mesmo, de convencer o juízo. A nova demanda poderá também ser improcedente e o novo acervo probatório também poderá ser reputado como insuficiente à convicção do juízo.

Efetuadas tais ponderações, retoma-se que a dicção da parte final do inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil permite duas conclusões, abaixo transcritas:

a) (...) rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção: a rejeição do pedido formulado pela parte se dará *em razão do juízo não verificar a existência do direito propriamente pleiteado pela parte*, hipótese na qual o mérito da questão (a existência ou não do direito) será pronunciado e, por consequência, somente se permitirá a revisão do mérito na hipótese de ação rescisória;

Na hipótese acima, a solução de mérito é clara: o direito consubstanciado no pedido foi apreciado e, neste caso, restou comprovado que inexistente elemento de fato ou jurídico que embasa a pretensão vindicada, o que culmina de fato na improcedência do pedido formulado pela parte. Porém, vejamos a segunda possibilidade de interpretação do mesmo dispositivo:

b) (...) rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; a rejeição do pedido formulado pela parte se dará *em razão de não se verificar nos autos teor probatório suficiente à declaração de ocorrência ou não do direito pleiteado pela parte*, hipótese na qual o mérito da questão (a existência ou não do direito) *não será* pronunciado, e por consequência, a coisa julgada seria exclusivamente formal (ou seja, em relação ao processo), permitindo a propositura de nova ação com novas provas a embasar o direito pretendido.

Ora, na hipótese do item *b)* acima, o *pedido* é improcedente. Mas como se admitir que o direito não existe, se o que não existe eram provas à análise da efetividade do direito pleiteado? Nesta hipótese, a consequência lógica com fundamento em todo o objeto já pesquisado é que não ocorre a solução do mérito propriamente dito, mas apenas a solução do processo, sem a análise meritória do pleito da parte.

De forma a plenamente ilustrar a situação narrada, considera-se caso hipotético: determinado empregado ajuizada reclamatória trabalhista, na qual em razão de lavar carros em sua empregadora, um lava-rápidos de veículos, alegava estar sujeito à situação de trabalho insalubre. Na audiência, após a rejeição da tentativa de conciliação e apresentação da defesa, na qual a reclamada nega a exposição a agentes insalubres, o reclamante não efetua o pedido de prova pericial, instrumento essencial à comprovação da condição de trabalho insalubre. A instrução processual é encerrada e o juiz deve prolatar a sentença.

É impossível considerar, no exemplo, como comprovada a situação de trabalho em condições insalubres. Por sua vez, poderia o juízo declarar que a condição de trabalho do obreiro *não era* insalubre? E, pior, poderia o juízo declarar que o reclamante, em definitivo, não faz jus ao pleiteado adicional? Se o mérito da demanda consiste na existência de condições de trabalho insalubres, como entender que no presente caso houve resolução de mérito, se a ocorrência ou não de trabalho em condições insalubres não foi analisada por prova competente para tal finalidade?

Percebe-se então que a dicção final do inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil, ao considerar a solução de mérito pela simples rejeição do pedido da parte, o que inclui necessariamente a hipótese na qual o acervo probatório é insuficiente para a dicção do direito propriamente dito, se mostra inconstitucional, na medida em que a mesma efetivamente apresenta negativa ao direito de ação com base no contraditório e na ampla defesa, que não perceberam limitações constitucionais. A solução da questão acima seria a prolação de decisão extinguindo o feito com resolução de mérito processual, pela improcedência da demanda, em razão da insuficiência do acervo probatório, sendo impossível a declaração da existência ou não do trabalho em condições insalubres.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, o legislador não criou um devido processo legal apto a promover injustiças. Ao contrário, os mesmos forneceram elementos categoricamente delineados para possibilitar a ocorrência de uma efetiva busca pela efetivação do direito pretendido. Vale dizer: não se tratou de uma alternativa de relativizar a coisa julgada ou flexibilizar sua existência: a mesma simplesmente não existirá em relação a um processo no qual novas provas tenham sido produzidas, face à inexistência de identidade de ações.

O disposto no inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil se mostra inconstitucional, na medida em que o mesmo obsta o direito constitucional de ação

na hipótese de rejeição do pedido da parte em decorrência da simples insuficiência probatória em demanda previamente ajuizada. A inconstitucionalidade paira na expressão “resolução de mérito”, uma vez que se trataria, no máximo, de “resolução da ação”.

Por sua vez, não percebemos durante a realização da pesquisa elementos que pudessem permitir a ocorrência de coisa julgada ou litispendência quando os acervos probatórios das demandas forem distintos; isto porque, considerando que a causa de pedir constitui os motivos pelo qual o pedido é formulado, e considerando ainda que a coisa julgada apenas advém com a reprodução de um processo idêntico, não percebemos óbice natural ao ajuizamento de uma ação fundamentada nos mesmos fatos e com o mesmo pedido, desde que fundamentada na disponibilidade de nova prova que não estivesse disponível em ocasião anterior, hipótese que estará constituída uma nova causa de pedir, fundamentada em nova prova.

Observa-se nestas considerações derradeiras a necessidade de uma evolução constitucional do processo, passando o processo a ser observado como instrumento à persecução e efetivação do direito, atingindo a finalidade primordial da justiça, que é a plena distribuição daquilo que é devido ao efetivo detentor do direito pleiteado. Busca-se muito mais uma humanização do processo judicial, a efetiva possibilidade de que o processo judicial atinja sua finalidade precípua, o reestabelecimento da harmonia entre os homens, instrumento que é de reequilíbrio de discrepâncias e pacificação social.

5. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. V1. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRITTO Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

CALDAS AULETE. Dicionário. (<http://www.aulete.com.br/mérito>; Consulta em 11/05/2016)

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Julio Fabris, 1988.

CRUZ, Alvaro Augusto Fernandes da; POZZOLI, Lafayette. **Princípio Constitucional da dignidade humana e o Direito Fraternal**. In: XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza, CE. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi - Fortaleza CE. Florianópolis. SC: Conpedi, 2010.

FRANÇA, Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. Ed. Saraiva. 1980. São Paulo. p. 296.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 2. Ed. Rio de Janeiro : Forense. 1984

LUIS ROBERTO BARROSO. A Dignidade Da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos E Critérios De Aplicação. In: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf

PASTORE, José. **A Culpa é da Justiça do Trabalho?** O Estado de São Paulo, 16/03/1999. In: http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_056.htm

TARUFFO, Michele. **Verdade negociada**. Adequar citação.

ASSÉDIO MORAL E DANO MORAL NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: AFRONTA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Marcelo Rodrigues Francisco¹

RESUMO

A presente pesquisa visa trabalhar uma visão inicial ampla da dignidade da pessoa humana. É um princípio fundamental não apenas por estar prescrito na Constituição Federal, e sim porque é parte integrante da vida do ser humano como um todo. Abordar o Assédio Moral dentro da relação de emprego e a ocorrência do Dano moral. Em seguida, demonstrar o que seria um ambiente de trabalho com suas características, embasamento constitucional e da OMS – Organização Mundial da Saúde. Diante da conduta do assédio moral ocasionando um dano moral, interferindo de modo direto na vida do empregado, ocorrendo graves danos à saúde física e mental. Diante disso, estudar a responsabilidade civil do empregador, bem como seu dever de indenizar o dano moral sofrido pelo empregado. Contudo, demonstrando que o fato deve ser comprovado mediante provas, ou seja, ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade da Pessoa Humana; Assédio Moral; Dano moral; Ônus da prova; Responsabilidade Civil.

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Especialista em Direito Educacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Advogado. Secretário Geral e Procurador Institucional da FAJOPA – Faculdade João Paulo II. Analista de Educação a Distância pela Universidade Católica de Brasília- UCB. E-mail: marcello_rodrigues@msn.com

ABSTRACT

The present research aims to work an initial vision of the dignity of the human person. It is a fundamental principle not only to be prescribed in the Federal Constitution, but because it is an integral part of human life as a whole. Addressing the bullying within the employment relationship and the occurrence of moral injury. Then demonstrate what would be a work environment with its characteristics, based on constitutional affairs and the WHO - World Health Organization. Before the conduct of the bullying causing a moral injury, interfering directly in the life of the employee, serious damage to physical and mental health. In addition, studying the civil liability of the employer, as well as its duty to indemnify the damage suffered by the employee. However, demonstrating that the fact must be proved by evidence, in other words, burden of proof.

KEYWORDS

Dignity of the Human Person; Moral Harassment; Moral Damage; Burden of proof; Civil Liability.

INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana está prescrito em nossa Constituição Federal de 1988, sendo objeto de estudo em uma forma ampla, ou seja, ser humano com direitos e deveres fundamentais.

A dignidade da pessoa humana está relacionada diretamente ao bem maior que temos que é a vida, e quando é atingida principalmente através do assédio moral, atinge toda estrutura humana, física, psicológica, moral, acarretando em doenças, estresse, depressão, desânimo, síndromes, entre outros sintomas. O meio ambiente de trabalho é o local onde o empregado passa mais tempo, mais do que em sua casa e/ou família. Por isso, deve ser um lugar sadio, harmônico, respeitoso e ético.

Um das decorrências geradas ao empregado pelo ato violento do empregador, utilizando-se do abuso de poder para assediar moralmente seus subordinados é o dano moral, que atinge diretamente o estado psíquico e com consequências podendo chegar ser até mesmo físicas.

Contudo, o empregador pode ser obrigado a indenizar o empregado se comprovado que seu ato resultou em um dano, fazendo com que responda por sua responsabilidade civil perante a justiça. Mas, não basta apenas alegar os fatos, eles devem ser comprovados, e o ônus da prova caberá a quem alegar a agressão do assédio moral e a ocorrência o dano moral.

Assim, o presente artigo tem o intuito de demonstrar um pouco destes aspectos, a trajetória da dignidade humana, o ser humano no aspecto da moral, o meio ambiente de trabalho, bem como o assédio moral, o dano moral sofrido e a responsabilidade civil do empregador.

1 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana está descrita no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, como um dos princípios fundamentais, de suma importância, com valores jurídicos e morais. A dignidade da pessoa humana, no início de sua concepção, tinha um entendimento para proteção da personalidade pública, relacionado a imagem pública de alguém, a dignidade humana só teve mesmo relação de significado a natureza humana depois de algum tempo.

Kenza Borges Sengik cita Ingo Wolfgang Sarlet, que explica o entendimento da dignidade humana na Antiguidade:

[...] “dignitas”, referia-se à posição Social em que pertencia a pessoa, de modo que existia a noção de pessoa mais digna e pes-

soa menos digna, mas já era um termo utilizado como qualidade do ser humano. Em Roma, com as formulações de Cícero, a idéia de dignidade deixa de ser qualidade social. Com o Cristianismo, mais precisamente com o Papa São Leão Magno, dignidade passa a ter concepção divina, já que Deus criou o homem a sua imagem e semelhança, dignificando a existência do homem. Já na Idade Média, surge a noção que influenciou a contemporânea de dignidade, retomada por São Tomás de Aquino, definindo a pessoa humana como substância individual de natureza racional. (SENGIK, 2014, p.49).

A partir da Revolução Francesa obtém o resultado da conscientização de que o homem possui direito e deveres, que se mostravam necessários para a revolução industrial, retirando o homem do sistema feudal e o transportaria para o sistema capitalista. Desta forma leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

É a partir da Revolução Francesa (1789) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no mesmo ano, que os direitos humanos, entendidos como o mínimo ético necessário para a realização do homem, na sua dignidade humana, reassumem posição de destaque nos estados ocidentais, passando também a ocupar o preâmbulo de diversas ordens constitucionais, como é o caso, por exemplo, das Constituições da Alemanha (Arts. 1º e 19), da Áustria (Arts. 9º, que recebe as disposições do Direito Internacional), da Espanha (Art. 1º, e arts. 15 ao 29), da de Portugal (Art. 2º), sem falar na Constituição da França, que incorpora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (OLIVEIRA, 2004, p.12).

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948², que foi o marco divisorio em matéria de direitos humanos, em relação à dignidade da pessoa humana.

Desta Declaração destacarei o artigo 1º “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Que prescrevem pela liberdade e igualdade dos homens. E a primeira parte do artigo 2º que repudia a descriminalização e preconceito de qualquer tipo.³

² Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data.

³ Artigo 2º - “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Há outros artigos que iremos encontrar prescrevendo o direito à vida, segurança, proibição da escravidão, tortura ou tratamento desumano, ou seja, proteção dos direitos fundamentais inclusos.

Portanto, diante destes artigos citados, podemos chegar a um entendimento que as pessoas já nascem livres e iguais, com dignidade e direitos, pelo simples fato de serem seres humanos.

Ingo Wolfgang Sarlet traz uma conceituação de dignidade bem ampla, ajudando a visualizar a dimensão que é:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p.62).

Todo ser humano é digno simplesmente por existir, tendo seu direito à vida, à intimidade, ao respeito, não sendo tratados como objeto ou por interesses comerciais como ocorreu na época da escravidão, onde a sociedade era dividida em senhores e escravos.

Na visão de Kant só o homem enquanto ser racional pode ser fundamento para um imperativo categórico:

Ora, eu digo: o homem - e de modo geral todo ser racional - existe como fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer, mas tem de ser considerado em todas as suas ações, tanto dirigidas a si mesmo quanto aos outros. (KANT, 2009, p.239).

O convívio em sociedade em qualquer local, no trabalho, na rua e até mesmo no âmbito familiar, significa colocar a dignidade humana como o centro desta convivência, pois com ela seguirá todas outras dimensões da vida.

No ano de 2000 a Campanha da Fraternidade teve como tema: Novo milênio sem exclusões e como lema: Dignidade Humana e Paz, fazendo uma abordagem ampla em seu manual, em que todos deveram ser vistos como pessoas humanas, com moral, ética e princípios.

“Todo agressor à dignidade humana que não respeita o outro, seja quem for, se corrompe moralmente. E a sociedade, que, diante do desrespeito aos direitos humanos, permite, incentiva ou assiste indiferente, compactua e se torna mais mesquinha e sujeita à manipulação de quem detém o poder”. (CONIC, 2000, p.31).

Mas não é só a sociedade, o próprio Estado viola a dignidade, que impõe sua força, dificultando a soberania popular, limitando os próprios deveres e direitos da pessoa, dizendo o que ela deve ou não fazer, perdendo o valor do ser humano como um fim, e passando a tratar como um meio.

Neste sentido Immanuel Kant na segunda formulação do imperativo categórico e como fundamenta: “Age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”. (2009, p.243).

A proteção à dignidade deve existir, como direito à vida, a integridade física e psicológica. Não podemos deixar de lado a proteção jurídica, se já com elas os judeus, negros, pessoas com identidade de gênero, por exemplo, sofreriam um ataque muito mais violento e preconceituoso à sua dignidade e credo.

Se olharmos nossa carta de direitos fundamentais, encontraremos um razoável conjunto de direitos que circulam diretamente na órbita do direito à dignidade, como proteção à vida, expressa pelo caput do art. 5º, o direito à integridade física, psíquica e moral, protegida pelo inciso III do mesmo artigo, ao afirmar que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, ou ainda, a vedação às penas de morte, de Caráter perpétuo ou cruel, estipulada pelo inciso XLVII, ainda do art. 5º. (VIEIRA, 2006, p.68).

Esta conquista vem a ser um momento grandioso para o Direito. A nossa Constituição Federal de 1988 além de prescrever a dignidade humana como um princípio fundamental, também atribui os direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana.

As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Assim, aplicam valoração de ordem objetiva. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico. (MARINONI; ARENHAN; MITIDIERO, 2016, p.76).

O princípio da dignidade na maioria das ordens constitucionais contemporâneas dos Estados que atêm intenção de uma construção de Estado Democrático de Direito, no caso o brasileiro, passa a ser construído pelos paradigmas principiológicos.

2 - O SER HUMANO E A MORAL

Quando falamos do mundo interior do ser humano, podemos partir do princípio que este “mundo interior” é uma junção das ciências, do mundo físico, do conhecimento, social e político. Assim, nesta premissa, podemos dizer que cada um dos seres humanos habita em vários mundos, consoante as circunstâncias e o seu pensamento.

Os filósofos pré-socráticos caminhavam com o objetivo da busca do princípio único, a arché de todas as coisas. As suas reflexões sempre estavam relacionadas para o Universo e o Cosmo. Com Sócrates, passou a compreensão do próprio homem no seu sentido mais íntimo. Logo após, os questionamentos sobre o homem por filósofos e também suas funções só progrediram.

O ser humano começa a perceber que em sua volta há diversas realidades que existem independentemente de si, queira ele ou não. Realidades que, não raro, se opõem ao próprio ser humano, e que dificultam a sua compreensão da natureza, desafiando a sua inteligência, a sua sensibilidade, a sua curiosidade e, até, a sua resistência física e intelectual.

Portanto, podemos adentra no aspecto moral, que está diretamente ligado a dignidade da pessoa humana. Pois, quando violentado a identidade da pessoa humana, ocorre um efeito em cadeia atingindo sua satisfação no trabalho, sua saúde e até mesmo levando toda insatisfação fora do meio ambiente do trabalho, podendo ocorrer problemas no âmbito familiar.

Segundo Oscar Vilhena Vieira, expressa em relação à moral:

[...] seria mais correto dizer que o papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade, pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados. (VIEIRA, 2006, p.67)

A questão moral dentro do meio ambiente de trabalho, principalmente entre empregador em relação a seu empregado, não é algo novo, contudo, nos dias

de hoje as ocorrências de assédio moral vem aumentando. Pois, na era capitalista, há um crescimento e relativização em termos de valores, mas não éticos, morais, mas sim, materiais.

A esfera da vida moral está portanto restrita à esfera dos atos voluntários. As condições do ato voluntário São: primeiro, o conhecimento de si, do ato praticado das circunstâncias e conseqüências, assim como dos fins que se pretenda atingir; segundo, a liberdade na escolha, quando a determinação a agir parte do próprio sujeito. (FARIA, 1994, p.75)

A moral é uma teoria da convivência justa com os outros, está relacionado a forma individual de conquistas, com o respeito que deve ter perante aos outros, colocando em prática a regra de ouro.

Na cidade de Chicago, no ano de 1993, o Parlamento Mundial das Religiões, através da Declaração para uma Ética Mundial, proclamou que a Regra de Ouro é o princípio comum da grande maioria das religiões. A declaração inicial, que continha a frase “devemos tratar os outros como queremos que os outros nos tratem”.

Hoje a agressão moral atinge os valores da pessoa humana, podemos refletir então que a moral trata do conjunto de valores, de normas e de noções do que é certo ou errado, proibido e permitido, dentro de uma determinada sociedade, de uma cultura.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento:

A agressão moral a uma pessoa, como ação que lesa a honra ou a boa fama, é um ato instantâneo que, de per si, engendra um dano. Por isto, não se pode confundir a agressão moral (em outras palavras, a causa), ou o dano moral (correspondendo este ao efeito), com a concepção de assédio moral. Este é tipificado de modo mais amplo, pois exige um tipo determinado de comportamento: ser travado de forma reiterada ou sistemática, podendo tornar insuportável a continuidade do contrato de emprego. (NASCIMENTO, 2003, p.323)

Podemos assim dizer que esta regra de ouro em relação ao objeto da moral é um ato bom, porém, não perfeito, sua ordem constitui um caminho para a plenitude, trazendo em si a transcendência e a perfeição última do homem.

3 - DANO MORAL

Podemos encontrar em nosso ordenamento jurídico uma proteção especial aos direitos de personalidade, entre os quais a respeito da moral do empregado, assim, também compreendendo: o direito à vida, à integridade física e moral, à liberdade e à vida privada; e que visam preservar e resguardar a dignidade humana de pessoa.

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2014, p.64)

Importante destacar que o nosso direito positivo reprime e prevê modos de reação a qualquer conduta que viole os direitos de personalidade, e com isso impõe algumas sanções ao transgressor na esfera cível.

Uma destas sanções é o direito à indenização, previsto no art. 5º inc. X da Constituição Federal⁴ pelo dano moral e/ou material sofrido.

Antes de adentrarmos um pouco mais no dano moral, é de grande valia contextualizar a pessoa humana de um modo mais amplo, abrangendo vários tipos de saúde, conforme Barchifontaine citado por Leo Pessini:

Lembre-mos sempre de que o sujeito da nossa atenção é a pessoa humana. Essa é um ser físico, psíquico, social e espiritual. Para entender melhor, usarei a palavra saúde no sentido ideal para qualificar as quatro dimensões do ser humano: Saúde física: é a ausência de mutilações, de lesões, de dor, de cansaço, de fome, de sede. É o desenvolvimento normal do indivíduo, é o equilíbrio entre os componentes orgânicos; *Saúde psíquica*: implica orientação no tempo e no espaço, ausência de alienação, capacidade de equilibrar-se nas diversas situações de vida, autorrealização, abertura para o outro e para si mesmo, liberdade de pensamento, de expressão e de criação; *Saúde social*: é o ajustamento do indivíduo no grupo social (entende-se por ajustamento a capacidade que a pessoa tem de situar, de se relacionar com as outras). A saúde social implica habitação adequada, equilíbrio dos fatores econômicos (trabalho e salário condizentes), lazer, educação (que permita, pela observação e análise, o questionamento da realidade), amizade, simpatia, relaciona-

⁴ Artigo 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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

mento; *Saúde espiritual*: se revela na maneira de encarar a vida: toda pessoa tem uma finalidade na vida, sede de um absoluto (transcendente). Para os cristãos, *Deus*; para os muçulmanos, *Alá*; para os ateus, o *Homem*. Esse absoluto é fundamental para a superação das dificuldades, de um sofrimento ou de uma doença. (PESSINI, 2012, p.361).

Com esta belíssima descrição de pessoa humana poderá observar melhor como o dano moral vem lesionar ao empregado, agredindo desde seu psíquico até mesmo podendo resultar em danos como depressão, fadiga em excesso, irritabilidade constante, anorexia e podendo chegar ao suicídio.

O dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente, cujo conteúdo não é pecuniário.

A moral se faz pela função social que ela cumpre, de acordo com a estrutura social existente, tornando-se necessária para regular e estreitar as relações entre os indivíduos tanto na sociedade em geral, quanto no ambiente de trabalho.

Uma questão para deixar claro, que não é imoral compensar o dano moral sofrido pelo empregado em valores, ou seja, indenização em dinheiro, pois apesar de não ser um dano patrimonial, contudo, busca-se atenuação do sofrimento sofrido, com efeitos psicológicos, da imagem, da honra e até mesmo da autoestima, que pode até chegar a uma depressão.

Importante comentar que o dano moral é um dos principais elementos para configurar a responsabilidade civil. O abuso do poder diretivo do empregador (prerrogativa conferida a este por força dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho), o desvio de sua finalidade econômica ou social, ou ainda a violação de qualquer cláusula do contrato de trabalho (como acossar o empregado na tentativa de usurar-lhe o direito à promoção social no emprego, negar-lhe o direito à estabilidade etc.), constituem atos todos passíveis de responsabilização. Não apenas porque o direito civil é fonte subsidiária formal do direito do trabalho, pelo disposto no parágrafo único do art. 8º da CLT, mas porque a conceituação de responsabilidade civil quanto para o direito do trabalho. (MUÇOUÇA, 2014, p.156).

Um dos principais interesses do trabalhador que sofre o dano moral, sob a ótica de sua moralidade, é resguardar seu bem maior, ou seja, a real tutela do bem da vida com dignidade que lhe é de direito.

Pautando-se do acelerado aumento de conflitos de interesses não solucio-

nados no âmbito extrajudicial, o empregado deve cobrar através da Justiça Trabalhista uma resposta rápida e adequada das lesões sofridas.

4 - MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente do trabalho está descrito no art. 200, VIII, da Constituição Federal de 1988: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (BRASIL, 2016, p.80).

A Constituição Federal de 1988 como pode ser observado, não traz a conceituação do meio ambiente laboral, e isso se deve em razão de o próprio conceito jurídico de meio ambiente ainda não encontrar consenso no meio científico. Contudo, isso não atrapalha em sua proteção normativa, que é ampla, embora ainda careça da efetividade desejada pela sociedade e, em especial, pelos trabalhadores.

Para se ter um pouco mais do entendimento do que venha a ser um meio ambiente do trabalhado, Norma Sueli Padilha cita a definição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Rodolfo de Camargo Mancuso dá-nos a seguinte definição, apontando o meio ambiente do trabalho como “habitat laboral”, isto é, tudo que envolve, condiciona, direta e indiretamente, o local onde o homem obtém os meios para prover o quanto necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento, em equilíbrio como o ecossistema. Assim, quando aquele habitat se revele inidôneo a assegurar as condições para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, aí se terá uma lesão ao meio ambiente do trabalho”. (PADILHA, 2002, p.41)

Também é oportuno trazer outra conceituação de meio ambiente do trabalho através da ótica de Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

“o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.)”. (FIORILLO, 2000, p.21)

Outra referência normativa de importante subsídio para se alcançar uma definição satisfatória do meio ambiente do trabalho é encontrada no art. 3, alínea

'c', da Convenção n. 155 da OIT: Art. 3 – Para os fins da presente Convenção: c) a expressão 'local de trabalho' abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que estejam sob o controle, direto ou indireto, do empregador;

Quando o empregado é admitido pelo empregador, não só há uma relação de emprego, mas sim uma série de bens jurídicos que acompanham o emprego como a vida, saúde, capacidade de trabalho, dignidade e moral do empregado.

Conforme preceitua José Afonso da Silva:

O meio ambiente integra-se “de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive”; o meio ambiente é, assim, a interdependência desses elementos que “propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais”. (SILVA, 1995, p.2)

A falta de condições e proteção ao empregado atinge sua integridade física, ou seja, seu direito de personalidade. Em sua grande maioria as condições que são oferecidas ao empregado para exercer sua função no meio ambiente de trabalho, não estão adaptadas à sua capacidade física e mental, podendo decorrer acidente de trabalho, enfermidades profissionais, assim gerando uma tensão e com elas a fadiga e a insatisfação atingindo diretamente sua saúde e bem estar.

Para a OMS – Organização Mundial da Saúde, saúde “é o completo bem-estar psíquico, mental e social do indivíduo”. Assim, se não respeitado o completo bem-estar do empregado, ademais dos aspectos elencados acima, pode ocasionar transtorno do aparelho digestivo, irritabilidade excessiva, perturbação do sono, entre outros.

O dano à saúde deverá ser considerado como diminuição da integridade psicofísica do trabalhador, em toda a sua dimensão humana concreta, provocada pelo empregador, por meio de uma conduta dolosa, culposa ou por um risco criado. O pedido de ressarcimento desse dano tem, em geral, como causa, a negligência na adoção de medidas necessárias à tutela das condições de trabalho. O dano à saúde poderá implicar não só na diminuição da aptidão laboral da vítima, mas lesão nas suas faculdades culturais, artísticas, desportivas, religiosas, sexuais, etc. (BARROS, 2016, p.701)

O meio ambiente de trabalho é um local que o empregado obtém seu sustento e de sua família, pois é dele que irá obter os meios para prover sua subsis-

tência, para que possa desfrutar com dignidade, uma qualidade de vida saudável. Um empregado realizado no trabalho, também se torna realizado na sociedade e na vida familiar.

A lei humana é assim, em seu ser-aí universal, é a comunidade; em sua atividade em geral, é a virilidade; em sua atividade efetiva, é o Governo. Mas a família é, ao mesmo tempo, seu elemento em geral: a base universal ativadora da consciência singular. Quando a comunidade só se proporciona sua subsistência mediante a destruição da felicidade-familiar, e da dissolução da consciência-de-si na consciência universal, ela está produzindo, para si mesma, seu inimigo interior naquilo que reprime, e que lhe é ao mesmo tempo essencial. (HEGEL, 2011, p.329)

Um dos fatores que atinge diretamente o empregado no meio ambiente de trabalho é a “discriminação”, no artigo 1º da Convenção n. 111 da OIT de 1958⁵, e no artigo 1º da Lei n. 9.029/95⁶, estabelecem a proibição de qualquer tipo de discriminação.

Este ato impulsionado pela razão, fazendo do empregado um ser indiferente diante do empregador, não poderia acontecer, pois a indiferença por questões raciais é um dos aspectos mais abomináveis que existe. Nenhuma razão pode justificar um ato agressivo e violento em relação a moral de uma pessoa, ainda mais de um subordinado, que depende do suor e dedicação do seu trabalho para seu sustento e/ou de sua família.

Nesse sentido se expressa Sebastião Geraldo de Oliveira:

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida

⁵ Artigo 1º da Convenção n.111 da OIT - “...distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão”.

⁶ Artigo 1º da Lei n. 9.029/95 - É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

sem ter a qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse espírito, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, VI). (OLIVEIRA, 1998, p.79).

5 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

As condutas são bem interligadas no Assédio Moral resultando Dano Moral, pois sempre irá causar uma lesão à vítima, vindo exercer um fator de agregação que resultará no seu desequilíbrio final do empregado que sofreu a lesão.

Essas condutas do empregador, normalmente passam de formas isoladas e despercebidas pelas outras pessoas que estão no mesmo ambientes da vítima, ou seja, do empregado.

A ação ou omissão aparece como o primeiro requisito, constituindo como a própria causa do dano. No entendimento de Diniz, a conduta é:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2005, p.43)

Para ter a configuração do dano moral temos que observar imprescindível a pessoalidade do ato na relação de emprego cometido pelo empregador contra o empregado que pleiteia a indenização por dano moral.

O dano moral pertence a uma pessoa ou um conjunto delas, porém, tem que ser pessoal, pois às vezes para uma mesma ofensa em um conjunto de pessoas, apenas uma delas pode se sentir lesado, por isso o dano moral tem que existir a pessoalidade.

Todo empregado em seu ambiente de trabalho tem direito a proteção à sua honra, sua moral deve manter-se íntegra, pois isso também favorece para um desenvolvimento laboral sadio.

“Para enxergarmos o fundamento da responsabilidade civil, devemos considerar que a sociedade democrática de direito é composta de homens livres que detém o livre-arbítrio para escolher

os caminhos que pretendem trilhar em sua vida. Entre as opções possíveis, há inúmeras que não convém, porque são lesivas ao seu semelhante. A partir desta dialética, advém o princípio geral de direito de que a ninguém é permitido prejudicar outrem, consubstanciado pela máxima romana *neminem laedere*, também chamada de *alterum nonm laedere*". (DALLEGRAVE NETO, 2010, p.98)

Trata-se, a responsabilidade civil, dentro no nosso ordenamento jurídico, que está destinado a impor ao causador do dano, ou vir a ser responsável por dano a terceiro, a obrigação de reparar o prejuízo. Assim, estabelece a punição em relação àquele que ao cometer o ato ilícito, inevitavelmente causa algum dano a outrem.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.47), o instituto da responsabilidade civil, pela teoria clássica, assenta-se por três pressupostos: dano culpa e relação de causalidade entre o fato culposos e o dano.

Neste contexto, o empregador poderá ser responsabilizado pelo abuso de forma assediadora do poder, quanto às condições de trabalhos, extrapolar os limites legais do poder de direção, em prevalência da hierarquia em relação ao empregado, sem obedecer aos limites que a própria lei estabelece, vindo a causar algum dano ao empregado.

Esclareça-se, na linha do Enunciado n.539, da VI Jornada de Direito Civil, que "o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano". De fato, cabem, por exemplo, medidas preventivas se o abuso de direito estiver presente, independentemente da presença do dano. Todavia, para que o abuso de direito seja analisado dentro da matéria deste capítulo, o dano deve estar presente, conforme se abstrai do art. 927, *caput*, do CC/2002, que exige o elemento objetivo do prejuízo para que surja a consequente responsabilidade civil do agente. (TARTUCE, 2016, p.489).

Na seara trabalhista, através dos Tribunais que vem reconhecendo o abuso de direito como um ato ilícito e consequentemente, decidindo em favor do empregado, ou seja, que seja indenizado pelo empregador.

Para melhor entendimento, podemos observar na decisão do TRT da 4ª região (Tribunal Regional do Trabalho) em uma decisão que preservou a dignidade humana do empregado:

DESPEDIDA ARBITRÁRIA. EMPREGADO DEPENDENTE QUÍMICO. DANOS MORAIS. O Direito do Trabalho deve promover o tratamento digno dos empregados, principalmente por meio de ações positivas que visem o respeito aos princípios constitucionais de igualdade e a não discriminação entre os trabalhadores. A busca pela efetividade dos direitos e a dignidade da pessoa humana devem ser os objetivos principais não só do judiciário trabalhista, mas da sociedade como um todo. Assim, embora não exista impedimento legal à despedida do Reclamante por ser dependente químico, forçoso concluir pela especial fragilidade da sua condição, decorrente da enfermidade que possui, presumindo-se, nos termos da Súmula n. 443 do TST, que a despedida tenha ocorrido em função da patologia que apresenta, mormente quando bastante próxima a data de retorno ao trabalho e o despedimento sem justa causa. Desta forma, correta a Sentença em condenar a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. (TRT-4 - RO: 00008573520115040451 RS 0000857-35.2011.5.04.0451, Relator: LUIZ ALBERTO DE VARGAS, Data de Julgamento: 10/07/2014, Vara do Trabalho de São Jerônimo) (BRASIL, 2014)

A responsabilidade subjetiva decorre de o empregador reparar o dano, porém, tem que haver quatro pressupostos: ação ou omissão, dano, elo de causalidade entre ação/omissão e dano e o dolo ou culpa do agente causador.

O art. 186 do Código Civil⁷ é um exemplo que expressa uma responsabilidade subjetiva, inspirando a idéia de culpa, o dever do agente em reparar o dano é se define se a conduta lesiva praticada foi culposa ou dolosa.

O Direito brasileiro, fiel à teoria subjetiva trazida pelo artigo 186 do Código Civil, prevê que para que haja responsabilização, é necessária a demonstração da culpa. A reparação tem como um dos pressupostos a prática de ato ilícito. Sem prova de que o agente não tem culpa, não persiste a obrigação em reparar. Todavia, por outros dispositivos e mesmo leis extravagantes, a responsabilidade objetiva é admitida, sendo aquela que independe de culpa do agente. (GONÇALVES, 2012, p.48).

Já na responsabilidade civil objetiva independe da existência de culpa, tendo apenas a existência do elo de causalidade entre o dano e o ato do agente.

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2016, p.188).

Temos o artigo 927 do Código Civil de 2002 que prescreve uma responsabilidade objetiva em seu parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso) (BRASIL, 2016, p.228).

Silvio Rodrigues nos preceitua que:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois desde que exista relação de causalidade entre dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, que tenha este último agido ou não culposamente. (RODRIGUES, 2002, p.11)

Todos os danos devem ser ressarcíveis a reparação do dano produto da teoria da responsabilidade civil, sendo uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do empregado.

Não se fala em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo empregador, contudo, não quer dizer que não possa vir existir um dano futuro ou perda da oportunidade do empregado em se restabelecer no mercado de trabalho. Mas para isso as lesões devem ser uma consequência certa e previsível da ação que resultou o ato violento.

Em regra não pode haver responsabilidade civil sem dano, e para sua comprovação deve haver o ônus da prova. Contudo, em relação ao ônus da prova apenas do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT⁸ não é suficiente para a demonstração do direito violado, fazendo-se necessária a aplicação subsidiária do artigo conforme artigo 373, I, do Código de Processo Civil - CPC/2015⁹.

As alegações das partes em juízo não são suficientes para demonstrar a verdade ou não de determinado fato. É necessário que a parte faça prova de suas alegações, pois os fatos não comprovados são inexistentes no processo.

A prova judicial é a confrontação da versão de cada parte, com os meios produzidos para aboná-la. O juiz procura reconstituir os fatos valendo-se dos dados que lhe são oferecidos e dos que pode procurar por si mesmo nos casos em que está autorizado a proceder de ofício.

⁸Artigo 818 da CLT - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer. (BRASIL, 2016, p.936).

⁹Artigo 373 do CPC - O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (BRASIL, 2016, p.381).

Em algumas situações a inversão do ônus da prova do dano e/ou prejuízo é admissível. Conforme entendimento de Flávio Tartuce:

Ademais, o Novo CPC ampliou essa inversão para qualquer hipótese em que houver dificuldade na construção probatória, tratando da *carga dinâmica da prova*. Nos termos do §1º do seu art. 373, nos casos previstos em lei ou diante da peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. (TARTUCE, 2016, p.521)

O assédio moral como já explicado, é um fenômeno social que na seara trabalhista há vários danos, além do dano moral causado ao empregado, pode ocorrer fruto deste assédio como: despedida abusiva, suspensão do contrato em virtude de acometimento de doença do trabalho, fadiga em excesso, irritabilidade com frequência, depressão, déficit de atenção, entre outros.

Mas para ser comprovado o dano e a responsabilidade civil do empregador deve procurar os meios judiciais e com o novo CPC – Código de Processo Civil positivou o princípio da demanda.

O novo CPC positivou o princípio da demanda ao estabelecer que o processo civil começa por iniciativa da parte interessada mediante a propositura da ação (arts. 2º e 312), reservando às partes ainda a faculdade de delimitar o mérito da causa no que tange à alegação dos *atos constitutivos* do direito na petição inicial (arts 141 e 319, III) e no que diz respeito à alegação dos fatos *impeditivos, modificativos ou extintivos* do direito na contestação (arts. 336). Vale dizer: o mérito da causa é formado por alegações fáticas-jurídicas formuladas pelas partes, sendo vedado ao juiz conhecer de alegações a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes (art. 141). (MARINONI, 2016, p.287)

Como o CPC é normal Geral, poderá ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho, caso ocorra alguma lacuna na lei trabalhista ou que venha ser incompleta, desde que não haja incompatibilidade entre ambos, nos termos do artigo 769 da CLT¹⁰. Esta fundamentação esta descrita também no

¹⁰ Artigo 769 da CLT - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. (BRASIL, 2016, p.932).

artigo 15 do novo CPC/2015¹¹.

Portanto, cito mais uma jurisprudência do TRT da 4ª Região, onde reconheceu a responsabilidade civil do empregador, fazendo com que o assédio moral e como consequência o dano moral sofrido pelo empregado fosse indenizado:

Assédio moral. Danos morais. Assim, pela prova oral, restou comprovada que a reclamante era xingada de burra e incompetente na frente de seus colegas. Desta forma, tenho por suficientemente comprovada a lesão e à honra e à imagem da reclamante, já que a empregadora, por seus prepostos, extrapolou o poder de comando que lhe é outorgado. Como esclarece o Des. Alexandre Corrêa da Cruz, no processo nº 0001021-23.2011.5.04.0411 (em 14/03/2013, Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Maciel de Souza, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente), “in verbis”: (...) Para que haja a caracterização do dever de indenização por danos morais, faz-se necessária a verificação de abuso de direito por parte do empregador, abuso este que se exterioriza mediante atitudes tendentes a macular a imagem do trabalhador, humilhá-lo ou submetê-lo a condutas discriminatórias por meio do uso exagerado do poder de comando que lhe é conferido. Prova dos autos que confirma o abuso de direito e a exposição vexatória da demandante. Situação, pois, que extrapola o razoável, ofendendo diretamente os direitos de personalidade da autora, assegurados nos arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, X, da Constituição da República, na Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, no art. 11 e seguintes do atual Código Civil e na Lei 9.029/95. Apelo provido para condenar a ré ao pagamento de R\$5.000,00. [...] (TRT 4ª Região. Processo nº 0001021-23.2011.5.04.0411/RO). (BRASIL, 2011)

Conclui-se neste contexto, que o judiciário está atento as questões morais na relação de emprego, fazendo com que o empregador assumira sua responsabilidade civil diante do dano moral que através do assédio moral causou ao empregado.

Mas como foi abordado, somente os fatos não comprovam o dano moral causado, deve ser comprovado através de provas, e o ônus da prova incumbirá a quem alegar o fato.

¹¹ Artigo 15 do CPC - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (BRASIL, 2016, p.341).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana é um dos fatores principais da democracia e cidadania, não encontrando paralelo em qualquer outro da nossa história constitucional.

Neste sentido, engloba diversos fatores, que ajuda o trabalhador a construir parâmetros morais, que toda relação, inclusive de trabalho deve ser pautada e tratada com a máxima dignidade.

Com a Constituição Federal de 1988 as proteções dos empregados aumentaram, tendo artigos próprios e até mesmo a dignidade humana sendo uma dos princípios fundamentais.

A moral do ser humano, principalmente, como empregado, é a mais atingida pela violência imposta através do assédio moral. Tem um intuito de desvalorizar, humilhar, desqualificar o empregado.

O meio ambiente de trabalho deve ser sadio, sendo um “habitat natural” do empregado, e não uma prisão. Ali que ele vai passar o maior tempo da sua vida, se dedicando para não só desenvolver um bom trabalho, mas também pensando no seu sustento.

O Assédio moral como visto neste estudo, traz diversos transtornos ao empregado que sofre o assédio moral, vindo acarretar o dano moral que pode ser de consequências crônicas à sua saúde, além de correr o risco de perder seu emprego, atingindo sua subsistência e patrimônio.

Para combater este tipo de agressão primeiro tem que haver uma conscientização através de informações por profissionais do meio da educação, psicólogos e até mesmo juristas.

Realização de treinamento do empregador e dos empregados, visando e conciliando a harmonia, informação, educação e um ambiente laboral sadio; declaração expressando que não serão toleradas condutas que constituam abuso de poder e avaliação contínua de riscos psicossociais na empresa. Estas são algumas formas de coibir o assédio moral no meio ambiente de trabalho.

Podendo ser aplicado um sistema de proteção a este tipo de violência, evitando consequências futuras no aspecto moral, patrimonial e pela subsistência do empregado e de sua família.

Contudo, se mesmo com estas medidas protetivas o assédio moral continuar ocorrendo, o empregado tem as vias judiciais para socorrer-se, reivindicando seus direitos e solicitar indenização pelo dano moral sofrido, fazendo que o empregado responda por sua responsabilidade civil.

Entretanto, o ônus da prova para comprovação de que ocorreu o assédio moral e o dano moral será de quem os alegar, não bastando apenas o relato da agressão.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo. Ed. LTr 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**; tradução Humberto Laport de Mello - 3. Reimpressão - Belo Horizonte: Forum, 2014.

BRASIL. Lei 9029/95 - **Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM. Acesso em 04 de agosto de 2016.

BRASIL. **Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região**, <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129134187/recurso-ordinario-ro-8573520115040451-rs-0000857-3520115040451/inteiro-teor-129134194>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

BRASIL. **Jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, Processo 0001021-23.2011.5.04.0411/RO**, <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128424117/recurso-ordinario-ro-9489020115040010-rs-0000948-9020115040010/inteiro-teor-128424127>. Acesso em 03 de setembro de 2016.

BRASIL. **Vade mecum compacto de direito RIDEEL**. 12.ed. São Paulo: RIDEEL, 2016.

Conselho Nacional de Igrejas Cristãs do Brasil. **Dignidade humana e paz: Novo milênio sem exclusões**: Manual / CONIC. São Paulo: Editora Salesiana Dom Bosco, 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 25 de julho de 2016.

Declaração n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm. Acesso em 04 de agosto de 2016.

Declaração n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm. Acesso em 04 de agosto de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. **Aristóteles: a plenitude como horizonte do ser**. São Paulo. Ed. Moderna, 1994.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. TRD. Paulo Meneses; com a colaboração de Karl-Heinz Efen e José Nogueira Machado. 6ª Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes: Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo. Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHAN, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil [livro eletrônico]: teoria do processo civil**, volume I / Luiz Guilherme Marinoni, 2.ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. **Assédio moral coletivo nas relações de trabalho** / Renato de Almeida Oliveira Muçouçah – 2ª Ed. – São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Observações sobre os direitos morais do trabalhador e suas formas de configuração e violação**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 28, n. 51, p. 327, jul./dez. 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à saúde do trabalhador**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 1998.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo. Ed. LTr. 2002.

PESSINI, Leo [et al] (organizadores) **Ética e Bioética Clínica no pluralismo e diversidade: teorias, experiências e perspectivas**– São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Idéias & Letras, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Responsabilidade civil**. São Paulo: 2002.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENGIK, Kenza Borges. **Assédio Moral na família: a tutela jurisdicional da personalidade e o acesso à justiça**. 1ª Ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2ª Ed. , São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6ª Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF**. Ed. Malheiros. 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COM REFLEXO NO PROCESSO DO TRABALHO

*Kleber Henrique Saconato Afonso¹
Leila Renata Ramires Masteguin²*

RESUMO

Pretende-se com o presente estudo fazer uma análise sobre a prescrição atual do artigo 6º do CPC que se refere ao princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, para apontar a desnecessidade da sua prescrição expressa diante da celeridade e lealdade processual já previstas em norma Constitucional e Infraconstitucional, assim como, uma análise a quem se destina a cooperação e o objeto a cooperar, já que as partes estão no processo em situação antagônica e a cooperação entre elas seria uma prática possível ou apenas uma previsão normativa. Desta análise, pretende-se valorar as vantagens que a cooperação tem para uma solução de mérito célere e justa, no entanto, sem que interfira em princípios fundamentais de processo quando da ampla defesa e contraditório, além de limitar-se, inclusive, por previsão processual ao âmbito da prova apenas à dinâmica de distribuição do ônus, já que não se pode fechar os olhos para a natureza antagônica das partes envolvidas em um processo. Além do aspecto da cooperação supra, tem-se com fim uma análise deste modelo no campo tão importante do processo que se refere à prova, mormente, diante do aspecto trazido pela aptidão do ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVE

Cooperação. Boa-fé. Direito fundamental do processo. Sujeitos do processo. Prova. Ônus da prova. Distribuição. Aptidão do ônus da prova. Limites.

¹ Advogado; Professor contratado da Unilago de São José do Rio Preto – SP e da Fundação Padre Albino – Fipa de Catanduva e Professor convidado da Escola Superior da Advocacia – ESA, nas áreas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Especialista, Pós graduado e mestrando da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília/SP.

² Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino - FIPA de Catanduva/SP.

ABSTRACT

Is intended with the present study is to make an analysis of the current requirement in Article 6 of the CPC referred to the principle of cooperation between the subjects of the process, to point the unnecessary of your prescription expresses on celerity and procedural loyalty already foreseen in constitutional and infra-constitutional norm, as well as an analysis who is it for the cooperation and the object to cooperate, since the parties are in the process of antagonistic situation and cooperation between them would be possible to practice or just a normative forecast. This analysis is intended to value the advantages that cooperation has to a speedy and fair merit solution, however, without interfering in the process of fundamental principles when legal defense and contradictory, and limited, including for prediction the scope of procedural proof only the dynamic distribution of the burden, since it can not close its eyes to the antagonistic nature of the parties involved in the process. In addition to the above aspect of cooperation, we have to order an analysis of this model in such an important field of the process that refers to the test, especially before the aspect brought by the ability of the burden of proof.

KEYWORDS

Cooperation. Good faith. Fundamental right of the process. Process subject. Proof. Burden of proof. Distribution. Ability of the burden of proof. Limit.

INTRODUÇÃO

Uma das inovações trazidas pela Lei 13.105, de 16 de Março de 2015 (CPC/2015) é a preponderância dos princípios e garantias fundamentais do processo, disciplinando o Livro I – Parte Geral para as normas fundamentais do Processo Civil composto pelos artigos 1º a 11.

Entre os citados dispositivos dá-se destaque ao artigo 6º³ do diploma processual que visa o modelo de cooperação processual entre todos os sujeitos do processo, com o fim de que seja proferida, em tempo razoável, uma solução de mérito justa e efetiva.

Desta forma, por se tratar de norma aplicável ao processo e que este visa solucionar um conflito das partes com interesses totalmente antagônicos, analisa-se a incidência em relação as partes ou ao juiz quanto a celeridade processual.

Outro aspecto também valorado por esse estudo se refere a cooperação em relação ao campo da prova, já que conforme antes dito, tem-se interesses antagônicos, o que dificulta sua aplicabilidade, sendo esta limitada à dinâmica de distribuição do ônus da prova.

Neste sentido cita-se, por exemplo, a visão apresentada por Teixeira Filho (2015, p. 28) ao comentar o artigo 6º de forma crítica ao comportamento das partes e o interesse antagônico que envolve o processo:

O preceito em exame, a despeito de seu propósito elogiável, tem um sentido mais romântico do que pragmático, pois fica difícil admitir a possibilidade de as partes, como sujeitos do processo, estando envolvidas em um conflito de interesses – que, em regra, lhe exacerba os ânimos – cooperarem entre si, para os fins previstos em lei. Sejamos francos: beira a surrealismo essa disposição do Código, até mesmo porque contraria a própria natureza humana.

Afinal, como iria, por exemplo, o réu colaborar com o autor, sabendo-se que essa colaboração é contrária aos interesses dele, réu, e pode acarretar-lhe o insucesso na causa?

Mesmo que entenda que essa colaboração não deve ser *entre as partes*, senão que destas em relação ao processo, ainda assim esse preceito legal será de difícil observância no plano da realidade prática, levando-se em conta os inegáveis interesses contrastantes das partes em relação ao fim do processo e à celeridade deste.

³ Art. 6º-Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

No entanto, a cooperação processual merece ser valorada voltando-se para a celeridade e efetividade das decisões, respeitando os interesses e limites em relação a produção de prova, a fim de evitar que a desigualdade, a exemplo, no campo do processo do trabalho, tem-se a regra de aplicação da aptidão do ônus, onerando o empregador em todas as relações processuais com o ônus da prova.

Como um dos fundamentos que justificam a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, consagra-se o princípio da aptidão para o prova, já aplicado por entendimento jurisprudencial no âmbito do processo do trabalho e atualmente positivado no artigo 373, § 1^o do CPC que autoriza a dinâmica de distribuição do ônus da prova atribuindo a quem tem maior facilidade de produzir, além da cooperação, cuja finalidade é a de colaborar com o juiz para o descobrimento da verdade (artigo 378 do CPC⁵) e da preservação legal de não produzir prova contra si, artigo 379⁶ do citado diploma legal.

O artigo tem também como foco a aplicabilidade das normas do processo civil relativas ao ônus da prova no processo do trabalho, diante do que já dispunha o artigo 769 da CLT⁷ e atual artigo 15 do CPC⁸, precisamente, diante da natureza do crédito trabalhista.

Deste modo, considerando as discussões sobre quem estaria sujeito ao dever de colaboração, o presente estudo se faz necessário para evitar qualquer abuso processual, mormente, no âmbito da prova do processo que tem como objeto crédito de natureza alimentar.

⁴ Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...]

§ 1^o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

⁵ Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁶ Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.

⁷ Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

⁸ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Para, ao final, concluir, partindo, inicialmente, da análise da legislação e dos princípios de ordem constitucional, do processo civil, do processo do trabalho e da análise de entendimentos doutrinários, sobre a necessidade de a cooperação ser expressa no dispositivo legal, assim como, a importância para efeito de celeridade e efetividade processual, além dos limites no quanto da prova.

1. DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

O atual CPC tem como divisão uma Parte Geral, composta de Seis Livros e uma Parte Especial composta por Três Livros e um Livro Complementar, sendo que dentro da Parte Geral, chama-se a atenção para o Livro I que coleciona de forma positivada vários princípios constitucionais referentes ao devido processo legal.

São eles de forma específicas os artigos 1º até o 11º do CPC.

Entre estes dispositivos processuais, tem-se a atenção voltada ao artigo 6º do CPC que traz como norma fundamental a cooperação de todos os sujeitos do processo para que se obtenha, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva, ou seja, *no sentido de buscar a aplicabilidade do processo*, solucionando a questão posta em juízo e com isso dar efetividade ao título executivo judicial.

Dispositivo que deve ser lido em conjunto com os artigos 4º⁹ e 5º¹⁰ do CPC que visam, desta feita, também a cooperação das partes, tornando-o juntamente com demais normas do processo, mera reprodução do sistema cooperativo.

Independente da necessidade de estar expresso ou não no artigo 6º do CPC, a cooperação reluz modelo participativo e que visa atender o diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio entre os sujeitos do processo para atender a decisão de mérito e efetiva.

2. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O atual CPC prescreve em seu artigo 6º a cooperação no sentido de que todos os sujeitos envolvidos no processo têm o dever de cooperar entre si, para que o processo tenha uma decisão justa e efetiva em tempo razoável.

⁹ Art. 4º-As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

10 Art. 5º-Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Da leitura do mencionado dispositivo legal, extrai-se que o dever de cooperação deve ser pautado na dialética processual, garantindo a efetividade do devido processo legal e, ainda, proporcionando ampla participação das partes de forma igualitária, de modo que assim passam a ter maior relevância no desenvolver do processo, influenciando na decisão do juiz e que com esse possam dialogar.

Assevera Lessa (2015, p. 147-148):

A colaboração ou cooperação é um modelo de processo civil que surge como uma resposta ao modelo adversarial, com a proposta de um renovado formalismo processual, isto é, uma nova forma de organização do processo. Deste modelo decorre o princípio da cooperação, que vem expressamente encampado no novo Código de Processo Civil e prevê a necessidade de uma dialética entre o juiz e as partes, com a finalidade de dar maior celeridade ao processo, bem como assegurar e promover um verdadeiro equilíbrio nas posições processuais, alcançando, dessa forma, um processo justo.

O dever de colaboração imposto a todos os sujeitos que participam do processo decorre dos princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, ampla defesa, da duração razoável do processo, e da efetividade, como também dos princípios infraconstitucionais da boa-fé objetiva. Tem como um de seus objetivos, sob o enfoque constitucional de um processo justo, permitir que o juiz estabeleça o equilíbrio entre as partes, garantindo-lhes igualdade de condições para o cumprimento dos atos processuais e maior participação.

Há que se observar também que, em decorrência da constitucionalização do processo, do caráter público dos atos processuais e da necessidade de uma prestação jurisdicional justa, o princípio da cooperação se faz imprescindível na sistemática processual, pois tem a finalidade de tornar o procedimento mais democrático, com maior confiança das partes para que a decisão proferida seja justa e efetiva.

O juiz, portanto, deixa de ser mero espectador na relação processual e passa a atuar mais ativamente, sem, inclusive, relação de superioridade para com as partes, todavia, no momento decisório deve manter sua imparcialidade e assimetria hierárquica.

Na lição de Mitidiero (2011, p. 81):

[...] o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo.

Importante esclarecer que o princípio da cooperação não deixa de lado o litígio inerente ao processo, haja vista que as partes possuem interesses antagônicos e, por óbvio, não podem ser obrigadas a praticar atos processuais que lhe tragam prejuízos, inclusive no âmbito da prova, já que não são obrigadas a produzirem prova contra si, artigo 379 do CPC, não obstante não possam eximir de colaborar (artigo 378 do CPC).

O que decorre do dever de as partes litigarem dentro dos limites da boa-fé e da probidade. Deste modo, pode-se concluir que os deveres de colaboração são atribuídos aos juízes para que estes, através de seus poderes instrutórios, conduzam a relação processual com paridade de condições às partes, pois, somente assim, poderá obter a colaboração das partes com o juízo, e ao final, garantir uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

E, em se tratando de colaboração destinada pelo artigo 6º do CPC a todos os sujeitos do processo, se faz necessário, uma análise de seu alcance dentro do campo da prova processual, eis que pedra fundamental para a decisão de mérito justa e efetiva.

3. A prova e sua importância no desenvolvimento do processo

Dada sua importância para o processo, a prova pode ser conceituada como um direito das partes exercido por qualquer meio admitido e que seja capaz de demonstrar a veracidade dos fatos ou acontecimentos, com o objetivo de comprovar o direito de determinada parte, bem como para a formação da convicção do julgador, neste aspecto tem-se o disposto no artigo 369 do CPC¹¹.

¹¹ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

O CPC, de certa forma, apresenta uma amplitude probatória como meio das partes para demonstrar a verdade das alegações de cada litigante, inclusive, acrescentou como meio de prova, a ata notarial (artigo 384 do CPC¹²), além dos meios que já existiam no CPC de 1973, como depoimento pessoal, documentos, testemunhas, perícia e inspeção judicial.

Desta forma, a prova é um direito das partes.

Segundo a lição de Almeida (2013, 173-174):

Na Constituição da República de 1988, o direito à prova é reconhecido, de forma expressa e implícita, o que dá no Título II da Constituição, no qual são disciplinados os “Direitos e Garantias Fundamentais”, tratando-se, portanto, de um direito fundamental. O expreso reconhecimento do direito à prova está no art. 5º, LV. Com efeito, ao reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa, a Constituição faz o mesmo relação à prova, na medida em que a prova é um dos meios inerentes à defesa dos direitos em juízo (a parte tem o direito de se defender provando). De outro lado, o reconhecimento do direito à prova é uma consequência necessária do reconhecimento do direito: a) à dignidade da pessoa humana, posto que esta somente se realiza no gozo pleno dos direitos que lhes são inerentes, para o qual contribui, no processo, a prova; b) de liberdade, vez que a prova constitui uma exigência e uma dimensão da liberdade das partes; c) de acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, ao processo justo, à não admissão da prova ilícita, à democracia processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento. Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático, é reconhecer o direito à prova, posto que no processo verdadeiramente democrático as partes têm o direito de participar da formação do provimento jurisdicional e uma das formas de fazê-lo é fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência de tais fatos controversos.

O direito à produção de provas não se limita apenas aos sujeitos envolvidos na relação processual, pois, além de servir como garantia do direito pretendido, interessa também a toda a sociedade na medida em que os esclarecimentos dos fatos alegados interessam a todos. Por essa razão, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser garantidos.

¹² Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Cumprе salientar que o fato a ser provado deve ser controvertido, ou seja, alegado por uma parte e contestado pela outra, (artigo 374 do CPC¹³). E que, em decorrência do princípio da necessidade da prova, as partes possuem o ônus de comprovar as suas alegações em juízo e, em se tratando de processo do trabalho tem-se disposição expressa no artigo 818 da CLT¹⁴, no entanto, por ser ampla a disposição legal, admite-se a aplicação subsidiária do artigo 373 do CPC¹⁵ em relação aos fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos do direito.

Além deste aspecto tem-se como forma de facilitação do ônus da prova a previsão normativa do princípio da aptidão do ônus da prova no § 1^o¹⁶, do artigo 373 do CPC, que atribui ao juiz o poder de distribuir o ônus da prova para quem possuir melhores condições de realizar, valorando o caso concreto em conjunto com a impossibilidade ou dificuldade excessiva de produção por uma das partes envolvidas no processo, verificando se tratar de cooperação processual e o limite de alcance deste dispositivo.

4. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é a conduta processual exigida da parte para que demonstre ao julgador a veracidade de seu direito e se encontra disciplinado segundo duas teorias construídas pela doutrina processualista, a Estática e a Dinâmica.

De acordo com a Teoria Estática, também denominada como Teoria Clássica onde há distribuições prévias do encargo probatório, atribuindo-se ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu o de provar os fatos modificativos, impeditivos e extintivos dos direitos alegados pelo autor (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, v. 2, p. 259).

¹³ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

¹⁴ Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

¹⁵ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁶ § 1^o - Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Já pela Teoria Dinâmica o ônus da prova é atribuído à parte que possui melhores condições de produzi-la, levando-se em consideração as especificidades do caso em concreto (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, v. 2, p. 107).

O ônus da prova está intimamente relacionado com a possibilidade de a parte suportar um resultado desfavorável, caso não produza prova para comprovar o fato por ela aduzido (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, v. 2, p. 260).

O que não se pode confundir é que, se a parte não se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, não significa, necessariamente, que o resultado da demanda lhe será desfavorável, isto porque o objetivo da dilação probatória é o de proporcionar o convencimento motivado do juiz sobre os fatos alegados no processo.

Para a doutrina, a exemplo, as lições de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, v. 2, p. 107) o ônus da prova se classifica em ônus subjetivo (ou formal) e ônus objetivo (ou material):

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo (ônus formal, segundo Barbosa Moreira) ou *função subjetiva* das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”.

[...]

Sucedem que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado o *non liquet*. É aí que entra a *segunda* perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre o ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma *regra de julgamento*), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em ônus objetivo (ou *material*, segundo Barbosa Moreira).

Sendo que a respeito da Teoria, o CPC de 1973 adotava a Teoria Estática, conforme redação de seu artigo 333, *caput* e incisos I e II. Apesar disso, o antigo Código previa uma exceção à regra, inteligência do parágrafo único e incisos I e II do artigo 333, de modo que as partes poderiam dispor sobre a distribuição do ônus da prova, todavia, somente quando a demanda versasse sobre direitos disponíveis ou quando não ocasionasse oneração excessiva ao exercício de referido direito pela outra parte.

A regra adotada pelo CPC de 1973 foi inspirada na doutrina italiana de Chiovenda, Carnelutti e Betti (PACÍFICO, 2001, p. 167).

Apesar de ser muito respeitada, essa Teoria acabava provocando o engessamento do sistema processual, tendo em vista que em diversas situações os litigantes não desfrutavam de igualdade de condições na produção de provas, ocasionando, em certos casos, um julgamento injusto, bem como violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional e efetiva preconizado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Em razão da pouca eficiência da Teoria Estática, surgiu, na Argentina, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, tendo como principal precursor Jorge W. Peyrano, que assim asseverou (PEYRANO, 1992, p. 263 *apud* CHEHAB, 2015, p. 111):

Para identificar a categoria “ônus probatório dinâmico”, temos visualizado – entre outros – como fazendo parte da mesma aquela segundo a qual cabe o ônus probatório para quem – pelas circunstâncias do caso e independentemente de agirem como demandante ou demandado – está em melhor posição para produzir a respectiva prova.

E, seguindo essa mesma linha, assim leciona Chehab (2015, p. 112):

Dessa definição, identificam-se os elementos caracterizadores da teoria dinâmica: a) distribuição do encargo probatório, na qual o encargo da prova é imputado a uma das partes; b) circunstâncias do caso concreto, que revela que sua incidência é excepcional considerando a dificuldade concreta na produção da prova; c) por quem tem maiores condições em produzir a prova, segundo a qual o encargo é imposto a quem se mostra mais apto a realizar a prova do fato controvertido.

O que se percebe é que a distribuição dinâmica do ônus da prova não tem como finalidade obrigar uma das partes a produzir prova contra si, mas sim, procura estabelecer uma paridade nas condições do ônus da prova, levando em consideração as especificidades de cada uma, tendo em vista que para determinadas situações a produção da prova se mostra mais fácil a uma delas.

Precisamente, se analisar o processo do trabalho onde o empregado é a parte hipossuficiente em face do empregador, o que leva na vigência do CPC de 1973 a incidência do princípio da aptidão do ônus da prova.

Neste aspecto tem-se o poder do juiz em valorar o caso concreto e a impossibilidade ou excessiva dificuldade de prova por uma das partes.

Na lição de Câmara (2005, p. 15), a teoria dinâmica contribui para a solução dos problemas relacionados à “prova diabólica”:

Não se trata, porém, de se fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas.

Prova diabólica, ou também chamada de “prova difícil”, é considerada como uma prova muito difícil de ser produzida, ou impossível. Geralmente, faz referência à comprovação de alegações que versem sobre um fato extremamente difícil de ser provado, tendo em vista que nenhum meio de prova será capaz de demonstrá-lo (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2015, v. 2, p. 114).

Como exemplo os autores apresentam (2015, v. 2, p. 114):

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito.

Ainda a respeito da prova diabólica, temos como exemplo, nos termos do entendimento da jurisprudência, a prova negativa ou ainda em prova extremamente impossível da parte hipossuficiente demonstrar, por exemplo, atribuir o ônus da prova ao trabalhador quanto a ausência de fiscalização do contrato de trabalho quando envolve terceirização de ente público ou, ainda, prova de negativa de vínculo recair sobre o empregador¹⁷.

¹⁷ RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA Nº 331, V, DO C. TST. ÔNUS DA PROVA. APTIDÃO DE PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE OBREIRA. Consagrou-se responsabilidade estatal (administração direta e indireta) pelo descumprimento de parcelas trabalhistas, no caso de terceirização lícita, na forma subsidiária, desde que comprovada conduta culposa do ente público, não bastando a configuração objetiva, conforme se alinha ao entendimento seguido pelo E. STF, após a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/1993. ADC 16. Contudo, a matéria não pode ser resolvida simplesmente pela aplicação dos princípios de supremacia e indisponibilidade do interesse público, art. 37 da CFRB/1988, nem pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, haja vista que o Estado não pode se prevale-

Embora não houvesse previsão expressa, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo Civil e no Processo do Trabalho, conforme antes escrito, já ocorria mesmo na vigência do CPC/1973 e se dava em razão da observância dos seguintes princípios:

cer de sua magnitude para se sobrepor a direito humano fundamental: o trabalho (artigos 1º, IV; 6º e 170, caput, da CFRB/1988). Assim, seria forçoso atribuir à parte hipossuficiente da relação a carga de comprovar que o tomador de serviços descumpria os deveres de fiscalização ou elegera de forma irregular o contrato firmado com a empresa intermediadora de mão de obra, em configuração de ilegítima prova diabólica (art. 373, §2º, CPC/2015). Nada mais justo que ao Ente Público da Administração Indireta, com notória aptidão para produção da prova, já que dotado de todo o aparato de servidores, recursos e serviços burocráticos, outorgue-se o ônus probatório acerca da regularidade do contrato firmado com a empresa terceirizante, não se exigindo esforço desmedido, já que o controle exercido perpassa por documentações que apenas pertencem à Administração Pública (direta e indireta) e à empresa intermediadora. Noutro giro, não se pode desprezar que a busca da verdade real prescreve que ambas as partes possuem interesse no esclarecimento dos fatos, a fim de que se sustente a decisão de forma justa e efetiva, havendo dever coparticipativo das partes, forte no art. 6º do CPC/2015. In caso, o módico acervo probatório não comprovou que a litisconsorte de fato fiscalizava o contrato firmado com a reclamada em relação às obrigações trabalhistas existentes aos terceirizados, nem sequer há indícios nos autos que houvesse algum controle sobre a atuação da reclamada. Firmou-se, assim, a responsabilidade subsidiária do ente público da administração indireta por culpa in vigilando. Rejeito a violação do art. 5º, incisos II e LV, dos princípios da isonomia, legalidade e contraditório e art. 37, inciso II, §2º, da CF/88, uma vez que existente a culpa in vigilando da Amazonas Distribuidora de Energia. Recurso conhecido e não provido. (TRT 11ª Região - RO 0001869-33.2015.5.11.0101; Segunda Turma; Relª Desª Ruth Barbosa Sampaio; DOJTAM 26/08/2016; Pág. 283).

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. PROVA NEGATIVA. Diante do princípio da aptidão para a prova e da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é do empregador o dever legal de documentação do contrato de trabalho. Contudo, na hipótese dos autos, o próprio reclamante juntou aos autos os documentos do contrato, não cabendo transferir ao empregador o ônus da prova de fatos negativos, por constituir a chamada prova diabólica, vedada pelo ordenamento jurídico. Apelo negado. (TRT 4ª Região - RO 0000167-24.2014.5.04.0702; Oitava Turma; Rel. Des. Juraci Galvão Junior; DEJTRS 01/07/2015; Pág. 89)

VÍNCULO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. Na hipótese em que é negada pelo reclamado a prestação do serviço, o ônus probatório recai sobre o autor. Consubstancia prova diabólica caso se imputasse ao réu a incumbência de comprovar fato negativo (a ausência de prestação de serviço por parte do reclamante em seu favor). A situação é diversa daquela em que o reclamado admite a prestação do serviço mas sustenta que a relação de trabalho não preencheu os requisitos legais para caracterizar uma relação de emprego, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT. No segundo caso, é estabelecida a presunção favorável ao trabalhador no viés de que havia liame empregatício caso não reste comprovada a formação regular de outra espécie de relação jurídica, já que se trata de fato impeditivo que compete ao reclamado demonstrar (art. 333, II, do CPC). No caso vertente, os reclamados apresentaram defesa direta negando a prestação de serviço e o autor não conseguiu se desincumbir do encargo de comprovar que trabalhou em prol dos reclamados, fato constitutivo de seu direito (arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC). Mantida, portanto, a sentença que julgou improcedente o pedido de declaração do vínculo de emprego. (TRT 4ª Região - RO 0000228-56.2013.5.04.0721; Quarta Turma; Rel. Des. Marcelo Gonçalves de Oliveira; DEJTRS 08/05/2015; Pág. 103)

a) igualdade (arts. 5º, *caput*, da Constituição e 125, I, CPC) – deve haver uma paridade real de armas, e não apenas formal, promovendo-se o equilíbrio entre as partes com a atribuição do ônus da prova a quem tem meios para satisfazê-lo; b) lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16 a 18, e 125, III, CPC) – a parte não pode agir ou se omitir de forma artilosa para prejudicar o ex-adverso; c) colaboração com a Justiça (arts. 339, 340, 342, 345 e 355, CPC) – todos têm o dever de ajudar o magistrado a descobrir a verdade dos fatos; d) devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição) – o processo devido é que produz resultados justos e equânimes; e) acesso à justiça (art. 5º, XXXV, Constituição) – a distribuição do ônus da prova não pode ser impossível à uma das partes, sob pena de negar-lhe o acesso a tutela efetiva do Estado. (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2007, p. 60)

Percebe-se que, mesmo sem a previsão expressa para a aplicação da teoria dinâmica, uma vez constatada a real desigualdade entre as partes litigantes e que uma delas possuía melhores condições para a produção da prova, ao juiz cabia promover a distribuição do ônus da prova, pois, sendo omissis, estaria desrespeitando dispositivos constitucionais, tais como o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere, conforme previsão no artigo 5º, XXXV¹⁸ e LXXVIII¹⁹.

¹⁸ 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;

¹⁹ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Neste mesmo sentido caminhava o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante julgamento proferido no Recurso Especial nº 1.286.704/SP²⁰ e inclusive o Colendo Superior Tribunal do Trabalho.^{21 22}

Deste modo, mesmo que o CPC/1973 tenha se omitido quanto à possibilidade de aplicação da teoria dinâmica, fato é que os princípios constitucionais e do processo civil eram suficientes para autorizar a sua utilização.

Diante disto, o CPC/2015 previu expressamente possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, libertando-se da distribuição pré-concebida, o que nem sempre se revelava a mais adequada.

Apesar de festejada a previsão, há doutrinadores que criticam a teoria da distribuição do ônus da prova, alegando que o autor, abusando desta vantagem que lhe foi conferida, poderá elaborar pedido destituído de fundamento real e que derive de prova impossível, ou até mesmo servindo como incentivo à proposituras de ações fúteis, onde o autor passaria a buscar

²⁰ CIVIL E PROCESSO CIVIL. [...] PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. [...] 6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme circunstâncias fáticas de cada caso. (STJ; Recurso Especial n. 1.286.704/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: 28/10/2013)

²¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIFERENÇAS DO FGTS. ENCARGO PROBATÓRIO. DECISÃO REGIONAL CONFLITANTE COM A JURISPRUDÊNCIA DO TST ACERCA DA MATÉRIA. ARTIGO 896, A, DA CLT. A distribuição estática do ônus probatório tem sido atualmente abrandada na Justiça do Trabalho pela aplicação do princípio da aptidão para a prova e, sob esse prisma, é do empregador a aptidão para a prova quanto à regularidade dos depósitos do FGTS. Isso porque, embora o trabalhador atualmente possa acompanhar os depósitos feitos em sua conta vinculada por diversas formas, o empregador tem obrigação prevista em lei de guardar e ter sempre disponíveis para eventual fiscalização os documentos relativos aos recolhimentos efetuados no curso da relação de emprego e, assim, tem mais facilidade de comprovar o regular depósito do FGTS. Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista por provável divergência jurisprudencial quanto à matéria. Agravo de Instrumento provido. [...]. Recurso de Revista a que se dá provimento. (TST - RR 0000803-79.2013.5.02.0443; Sexta Turma; Rel. Des. Conv. Américo Bedê Freire; DEJT 11/12/2015; Pág. 2742)

²² RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. QUANTIDADE DE EMPREGADOS. ÔNUS DA PROVA. A aptidão para a prova acerca da quantidade de empregados é da Reclamada, pois detentora dos documentos necessários para tanto. Ademais, atraiu para si o ônus de tal prova ao alegar contar com menos de 10 empregados. Ilesos, portanto, os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de Revista não conhecido. [...]. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR 0001040-16.2013.5.03.0143; Oitava Turma; Rel. Min. Marcio Eurico Vitral Amaro; DEJT 23/10/2015; Pág. 2899)

na Justiça um “prêmio de loteria”, apostando na possibilidade de conseguir algum proveito econômico em face dos mecanismos probatórios (JAKUTS, 2015, p. 433).

No entanto, neste ponto deve-se ter a cooperação decorrente da boa-fé e lealdade processual antes sustentado, até porque, há no diploma processual norma que penaliza o comportamento desleal, a exemplo, o Capítulo II, Seção I e II do Livro III²³. Não obstante isto, da leitura do artigo 373 do CPC percebe-se que o legislador já previa tais situações e, por tal razão, trouxe uma ressalva expressa, ou seja, impedindo a atribuição de modo diverso quando resultar em encargo impossível ou excessivamente difícil.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2007, p. 62) apresentam as seguintes características inerentes à distribuição dinâmica do ônus probatório:

- a) o ônus da prova não é repartido prévia e abstratamente, como acontece na teoria estática, mas, sim, casuisticamente, em face das peculiaridades do caso concreto e/ou da aptidão para a prova;
- b) a distribuição não é estática e inflexível, mas dinâmica;
- c) não importa a posição processual das partes, se estão no polo ativo ou passivo da demanda;
- e d) não é relevante a natureza do fato controvertido e sim quem tem maiores possibilidades de prová-lo, ou seja, não interessa para a teoria dinâmica se o fato aduzido em juízo é constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito.

Sendo assim, sob o viés do acesso a uma tutela jurisdicional justa e efetiva, a igualdade real das partes no processo, bem como pelos princípios da aptidão para a prova e o da cooperação, a teoria dinâmica do ônus da prova é a que mais adapta ao modelo processual democrático cooperativo, pois, em contraposição ao ônus estático, observa as especificidades de cada parte, não obstante deva-se respeitar os limites da prova produzida contra si (artigo 379 e § 2^o²⁴ do artigo 373 ambos do CPC).

5. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA

A teoria dinâmica consagra o princípio da aptidão para a prova, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que detenha melhores condições processuais, materiais ou técnicas, independente de quem detenha o ônus probatório inicialmente.

²³ Dos Deveres das Partes e de Seus Procuradores e Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual.

²⁴ § 2^o-A decisão prevista no § 1^o-deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Princípio que já vinha sendo aplicado nos processos do trabalho, conforme entendimento da jurisprudência anteriormente transcrita.

Basicamente, o princípio da aptidão para a prova se consagra à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes (SCHIAVI, 2016, p. 674).

Sua aplicação no processo do trabalho traz maior efetividade à tutela jurisdicional, especialmente em relação à condição de hipossuficiência do empregado face ao seu empregador e também pela dificuldade probatória suportada pelo trabalhador em determinadas situações. Não obstante, o juiz do Trabalho ao aplicar o mencionado princípio deve avaliar as circunstâncias do caso concreto, além de observar os princípios da razoabilidade.

Como bem adverte De Paula (2010, p. 122-123):

A aplicação no ônus da prova do princípio da aptidão atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos. [...] O fundamento para aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. Indiscutivelmente, o princípio será todas as vezes em que o empregado não puder fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária contenha. Partindo do princípio da boa-fé, que informa a conduta processual dos litigantes, todas as vezes que o documento, por seu conteúdo, for comum às partes, haverá também a inversão do ônus da prova, competindo ao empregador colacioná-lo, sob pena de serem admitidas como verdadeiras as alegações feitas pelo empregado.

No processo do trabalho, a questão referente ao ônus da prova encontra respaldo legal no artigo 818 da CLT em relação a regra da distribuição do ônus da prova. Nas lições de Leite (2010, p. 74) obra anterior ao novo CPC, para demonstrar a aplicação da aptidão do ônus da prova no processo do trabalho, mesmo diante da ausência de norma expressa:

O direito processual do trabalho consagra-o no art. 818 da CLT, *in verbis*: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.” Modernamente, tem-se mistigado o rigor das normas acima transcritas, quando o juiz, diante do caso concreto, verificar a existência de dificuldades para o trabalhador se desincumbir do ônus probandi. Daí o surgimento de um novo princípio, que permite ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a aptidão de quem se encontra em melhores condições de trazer a juízo a prova da verdade real.

No entanto, no processo trabalhista, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova já vinha sendo adotada há algum tempo, especialmente em ações que versem sobre relação de emprego (ações envolvendo empregados, artigo 3º da CLT, e empregadores, artigo 2º da CLT), o que se pode extrair da análise de algumas súmulas do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a título de amostragem, Súmulas 212²⁵, 338,²⁶460²⁷ e 461²⁸.

²⁵ S. 212 do C. TST. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

²⁶ S. 338 do C. TST. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA
I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

²⁷ S. 460 do C. TST. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA - É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

²⁸ S. 461 do C. TST. FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA - É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Situações fáticas em que se nota a presença da dinâmica do ônus da prova, na vigência do CPC de 1973 e no atual, que dispõe de norma expressa e positiva, que deve ser aplicada no processo do trabalho em face do disposto no artigo 769 da CLT²⁹ e artigo 15 do CPC³⁰, visto que compatível com o ordenamento jurídico, tanto que já era aplicável por entendimento da jurisprudência.

6. A COOPERAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A criação de um processo cooperativo é criticada, na medida em que se tem no processo partes com interesses totalmente antagônicos, o que tornaria impossível as partes atuarem com vínculos de solidariedade processual, já que, em tese, têm interesses opostos e são parciais e elogiada na medida que tem como finalidade o diálogo e aproximada das partes e o juiz, com dever de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio.

Por tais razões, sustenta-se que a cooperação processual se dá em relação das partes com o juiz, decorrente da boa-fé e lealdade processual para o fim de atender a celeridade e efetividade satisfativa que visa o processo.

Não há como esperar a cooperação entre as partes diante dos interesses antagônicos, precisamente, quando a questão envolver provas, pois, a cooperação que se tem refere-se ao andamento legal do processo.

A respeito, cita-se o ensinamento de Streck (2014), no sentido de que a única solução para salvar a redação do artigo 6º do CPC seria interpretá-lo da seguinte forma: “Todos os sujeitos do processo [leia-se: o juiz] devem cooperar entre si [leia-se: com as partes] para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito, justa e efetiva”.

Didier Jr. (2011, p. 211) assevera que o princípio da cooperação decorre dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, e ressalta que o processo deve estruturar-se de modo a incluir o órgão jurisdicional no rol dos sujeitos envolvidos no diálogo processual.

Ainda, segundo o autor (2011, p. 214), em decorrência desse modelo processual, surge para as partes os seguintes deveres:

²⁹ Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

³⁰ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC).

Não obstante, o princípio da cooperação também traz deveres relacionados ao órgão jurisdicional, quais sejam:

a) *dever de esclarecimento*: consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas; b) *dever de consulta*: não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex-officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se; c) *dever de prevenção*: dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. [...] São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos poucos claros, o caráter lacunar da exposição de fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte. (DIDIER JR., 2011, p. 215-216)

Desta forma, o novo diploma normativo, através do modelo processual cooperativo, traz maior amplitude aos poderes do juiz e, passa a não admitir que o Estado-juiz seja visto com superioridade, pelo contrário, valoriza-se o processo como instrumento de garantia dos direitos das partes, especialmente, os fundamentais.

A respeito do modelo processual Mitidiero (2015, p. 69-70) destaca o papel do juiz, precisamente, considerando como duplo, ou seja, paritário do diálogo com as partes e assimétrico nas decisões e que em razão desta forma de condução do processo de modo cooperativo tem-se gravado os deveres de *esclarecimento, prevenção, debate e auxílio*:

A propósito, pode dever de esclarecimento (*'Aufklärungspflicht'*) entende-se 'o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo' (a propósito, o dever de esclarecimento normalmente é acompanhado por um *dever de indicação*, *'Hinweis-pflicht'*, que impõe ao juiz o *dever de apontar precisamente* aquilo que deve ser esclarecido pela parte). Por dever de prevenir (*'Präventionspflicht'*), o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos 'ser frustrado pelo uso inadequado do processo.'. Por dever de debate (*'erörterungspflicht'*), o dever de o órgão judicial dialogar com as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo de ser imprimido à causa e a respeito do conteúdo das decisões (a propósito, o dever de consulta implica *vedação à prolação de decisões-surpresa*, *'Verbot der Überraschungentscheidungen'*). Por dever de auxílio, 'o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou cumprimento de ônus ou deveres processuais.

E arremata o autor (2015, p. 70-71):

O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. *As partes, porém, não tem deveres recíprocos por força da colaboração.* Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6º do CPC/2015. *Essa é a razão pela qual quem está gravado pelos deveres de cooperar na condição do processo é o juiz. As partes não tem o dever de colaborar entre si.*

Percebe-se, portanto, que a postura ativa do juiz em relação às partes tem o intuito de compensar a desigualdade processual destas, garantindo a plena eficácia do princípio do contraditório, pois, se, como requisitos da relação processual, cada parte possui deveres a serem cumpridos, cabe ao Estado, através do Poder Judiciário, proporcionar meios para o seu efetivo cumprimento, sem que isto afete ou vicie a imparcialidade.

Do mesmo modo que se garante às partes a devida participação no processo, havendo recusa injustificada, poderá o juiz utilizar-se de medidas coercitivas para o fiel cumprimento de suas determinações.

Ademais, cabe ressaltar que no caso de impossibilidade de realização do ato, quando este for extremamente difícil ou oneroso, a conduta da parte não poderá ser objeto de sanção sob a alegação de desrespeito ao dever de colaboração, pois aqui não houve recusa.

Nesse sentido, ensina Marinoni (2015, p. 73-74):

Encarar o processo civil como uma comunidade de trabalho regida pela ideia de colaboração, portanto, é reconhecer que o juiz tem o dever de cooperar com as partes, a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de efetivo “dever de engajamento” do juiz no processo. Longe de aniquilar a autonomia individual e auto-responsabilidade das partes, a colaboração apenas viabiliza que o juiz atue para a obtenção de uma decisão com a incrementação de seus poderes de condução no processo, responsabilizando-o igualmente pelos seus resultados. A colaboração não apaga obviamente o princípio da demanda e as suas consequências básicas: o juízo de conveniência a respeito da propositura ou não da ação e a delimitação do mérito da causa continuam sendo tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes. O processo não é encarado nem como coisa exclusivamente das partes, nem como coisa exclusivamente do juiz – é uma coisa comum ao juiz e às partes (*chose commune des parties et du juge*).

Por tais razões, tem-se o limite do princípio da cooperação, não se aplicando no âmbito da produção de prova em face das partes interessadas no processo, mas sim, de que seja aplicado na relação do juiz para com as partes, especialmente no momento em que haja necessidade de distribuição do ônus probatório observado o princípio da aptidão para a prova, atendendo, assim, a boa-fé e a lealdade processual e, evitando-se, a exemplo, condução temerária ao utilizar os benefícios da lei para acesso ao poder judiciário como meio desleal de atingir o fim, a exemplo, insistir em oitiva de testemunhas que não compareceram em audiência, no caso do processo do trabalho e, que não terá nenhum desfecho ou interesse para a solução do conflito, cuja intenção é protelar a solução de mérito ou mesmo práticas irrelevantes de atos processuais por cartas precatórias.

Sobre o assunto, importante lição de Lessa (2015, p. 150-151):

A colaboração, como se percebe, não ocorre entre as partes, e sim entre juiz e a parte e entre a parte e o juiz. Conforme ressalta a doutrina, essa colaboração não existe entre as partes, pois estas não querem colaborar entre si. E isto é de todo lógico, uma vez que as partes têm o único objetivo em comum no processo: a resolução do conflito. Ocorre que cada qual quer ver seu pedido atendido, já que buscam a resolução do conflito de forma favorável à sua própria pretensão. Sendo favorável à uma das partes, será automaticamente desfavorável à outra, de modo que colaborar com a parte contrária causaria um prejuízo para si no processo. A colaboração é das partes com o juiz e do juiz com as partes, para que, em conjunto, se supere as dificuldades decorrentes do processo em desequilíbrio e seja possível a resolução do litígio de forma imparcial. Coloca-se as partes em equilíbrio processual, para aquele que conseguir demonstrar maior probabilidade do direito em um processo justo e seja declarado vencedor.

Conforme já demonstrado, a distribuição dinâmica do ônus da prova acarreta o deslocamento do ônus previamente fixado pelo legislador e, isso ocorre exatamente pela necessidade de o Estado proporcionar uma solução efetiva em tempo razoável, entretanto, há que se ressaltar que essa distribuição exige que o juiz demonstre, de maneira fundamentada, sua necessidade.

A opção feita pelo CPC remete, portanto, a ideia de que a regra geral deverá ser afastada pelo juiz no caso concreto quando esta se mostrar ineficiente a uma tutela jurisdicional justa e efetiva, não se esquecendo de que há expressa proibição quanto à imposição de *prova diabólica* a uma das partes, devendo, também, ser aferido se a parte que inicialmente encontrava-se desincumbida desse ônus probatório, possui realmente maior facilidade na produção da prova.

Sendo assim, nota-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova tem por finalidade a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, de modo que possa determinar o cumprimento de atos essenciais ao deslinde processual, estabelecendo a dialética com as partes, sempre buscando esclarecer todas as situações apresentadas na demanda, atendendo às premissas instituídas pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais, a exemplo, da celeridade e a busca pela verdade.

Eis a finalidade da cooperação no processo, pois não se pode esperar das partes a cooperação em relação à produção de prova, mesmo diante do disposto no artigo 378 do CPC, o que se espera é que tenham uma postura ética dentro da relação processual, ou seja, a atuação das partes deve ser pautada na lealdade processual e na boa-fé, evitando-se a criação de embaraços que impeçam o bom andamento do processo, atingindo-se à cooperação esperada pelo Legislador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tais razões, tem-se que o princípio da cooperação atualmente prescrito no artigo 6º do CPC é, diante do disposto no artigo 769 da CLT e artigo 15 do CPC, aplicável ao processo do trabalho, eis que omissa a CLT e compatível com o ordenamento.

Contudo, a cooperação sempre existiu no processo diante do dever de lealdade das partes e, ainda, faz-se necessário interpretar apenas na relação do juiz para com as partes e destas com o juiz, uma vez que as partes litigam com interesses distintos, o que torna, difícil à cooperação.

Não obstante isto, cabe ao juiz da causa utilizar dos deveres compostos no processo cooperativo, como dever de esclarecimento, diálogo, consulta, prevenção e auxílio para proferir a decisão de mérito efetiva, em tempo razoável, atendendo a princípio de ordem constitucional que prima pela celeridade e efetividade, atendendo-se o devido processo legal.

No campo da prova, tem-se o direito à prova como um direito fundamental e por isto deve o poder judiciário oferecer subsídios para seu pleno exercício.

Trata-se de um elemento essencial à formação de um processo justo, onde ambas as partes tenham as mesmas condições para agir. Além disso, o juiz deverá conduzir o processo objetivando a interação com as partes, estimulando a produção das provas para o seu convencimento e, ao final, garantir que a instrução processual alcance um resultado efetivo, sem que tenha qualquer vício na imparcialidade.

E a colaboração tem seu papel também destacada neste campo, posto que em razão da colaboração, cabe ao juiz, utilizando-se da possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, com o fim de dar efetividade à tutela jurisdicional, cooperar com as partes, ou seja, atribuir o ônus probatório àquela parte que detém melhores condições e dentro do limite da possibilidade de realização.

Não obstante a dificuldade das partes colaborarem entre si, em razão de interesses antagônicos, é certo que possuem o dever de agir em observância aos princípios da boa-fé, lealdade processual e probidade, evitando uma conduta processual abusiva, o que atende a cooperação pretendida pelo legislador.

A boa-fé deve ser compreendida como o modo de atuação em relação aos atos processuais, ou seja, as partes não podem litigar se utilizando de meios ardilosos com o objetivo de dificultar a atuação da parte adversária. De tal modo, o processo cooperativo deve ser conduzido de forma ética, conferindo às partes condições de igualdade na participação.

Deste modo, considerando que o princípio da cooperação, como já demonstrado, decorre dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual, e que destes princípios já havia o dever das partes se posicionarem no processo de forma ética, mostra-se desnecessária a previsão expressa no artigo 6º do CPC, não obstante a sua previsão serve para dar maior ênfase ao ponto em questão.

Verifica-se que o atual modelo cooperativo instituído pelo CPC mais se aproxima do processo constitucional, na medida em que o juiz conduzirá o processo com efetivo diálogo com as partes, prezando pela busca da verdade e pelo contraditório equilibrado, tornando evidente a presença mais ativa do Estado nas relações sociais.

E a cooperação se aplica também ao processo do trabalho, eis que norma fundamental e nesta seara já se aplicava a cooperação quanto a dinâmica da distribuição do ônus da prova, aplicando-se o princípio da aptidão do ônus da prova.

Sendo assim, o certo é que, permanece para as partes o dever de se comportarem de forma ética no processo, agindo sempre em conformidade com os princípios da lealdade processual e boa-fé, cabendo ao juiz, por meio das atribuições impostas pelo processo cooperativo, zelar pelo bom andamento do processo, garantindo que as partes litiguem com igualdade, utilizando-se, inclusive, da distribuição dinâmica do ônus da prova como forma de proporcionar o equilíbrio da relação processual e, a partir disto, em tempo razoável, decidir o mérito de forma justa e efetivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de Maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, 2ª Turma, Recurso Ordinário n. 0001869.33.2015.5.11.0101. Recorrente: Amazonas Distribuidora de Energia S/A. Recorrido: Relatora: Wilkison Santana Farias e Elo Sistemas Eletrônicos S.A. Desembargadora Ruth Barbosa Sampaio. Publicado em: 26.08.2016. Disponível em: <<https://consultajurisprudencia.trt11.jus.br/jurisprudencia/download.xhtml?cid=2>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 8ª Turma, Recurso Ordinário n. 0000167.24.2014.5.04.0702. Recorrente: Ronaldo de Brito de Amorim. Recorrido: Vanderlei Ribeiro dos Santos - ME. Relator: Desembargador Juraci Galvão Júnior. Publicado em: 01.07.2015. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 4ª Turma, Recurso Ordinário n. 0000228.56.2013.5.04.0721. Recorrente: Zeno Rodrigues. Recorrido: Cláudio Espíndola Engenharia Ltda e Município de Caçapava do Sul. Relator: Desembargador Marcelo Gonçalves de Oliveira. Publicado em: 08.05.2015. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/acordaos>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1.286.704. Recorrente: Transbrasil S/A Linhas Aéreas; General Eletric Capital Corporation e outros; Nas Holdings LLC e Aercap Ireland Limited e outro. Recorrido: os mesmos. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicado em: DJe 28.10.2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102426968&dt_publicacao=28/10/2013>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, 6ª Turma, Recurso de Revista n. 0000803.79.2013.5.02.0443. Recorrente: Rogério da Silva Novaes. Recorrido: Supermercado Varandas Ltda. Relator: Desembargador Convocado Américo Bedê Freire. Publicado em: DEJT 11.12.2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2020803-79.2013.5.02.0443&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAANLSAAR&dataPublicacao=11/12/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 06 set. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, 8ª Turma, Recurso de Revista n. 0001040. 16.2013.5.03.0143. Recorrente: Nilton Neves Júnior. Recorrido: Parati SA. Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Publicado em: DEJT 23.10.2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201040-16.2013.5.03.0143&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAOSBAAI&dataPublicacao=23/10/2015&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 06 set. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. In: Revista Dialética de Direito processual. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova e a sua aplicação no processo trabalhista brasileiro*. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, vol. 19, n. 19, 2015.

DE PAULA, Carlos Alberto Reis. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. In: Revista de Processo, vol. 198, ano 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 10. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

JACUTS, Paulo Sérgio. *A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista*. In: MIESSA, Élisson. (Org.) *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

LESSA, Guilherme Thofehrn. *Ausência de colaboração e evidência do direito*. In: Revista de Processo, vol. 246, ano 40, p. 147-169. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova do direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Bruno Freire e. *O novo cpc e o processo do trabalho*. I Parte Geral. São Paulo: LTr, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 04 set. 2016.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentário ao novo código de processo civil – sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

CAPÍTULO 5

CAPÍTULO 5

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES

TUTELA E CURATELA: ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E CONFRONTAÇÕES COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Paulo Cezar Dias¹

Mônica Tucunduva Spera Manfio²

RESUMO

Este artigo objetiva analisar o instituto da Interdição no ordenamento jurídico Brasileiro, levando-se em consideração as mudanças implementadas através da Lei 13.105/15, qual seja: o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, bem como através do Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/15. O instituto foi ressignificado, uma vez que é perceptível a preocupação do legislador em conferir tratamento digno e humanizado ao interdito, cujos interesses merecem ser tutelados, em harmonia com o estado democrático de direito e para com o respeito aos direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal. Destaca-se que o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 1.072, inciso II, revogou as disposições contidas nos artigos 1.768 a 1773 do Código Civil, que tratavam de alguns aspectos processuais da interdição, agora definidos somente pela nova legislação.

¹ Mestre em "Teoria do Direito e do Estado" da UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Foi membro do CETRA – Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento de Servidores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Regional de Assis. Especialista em Direito Processual com Formação em Magistério Superior pela Rede Luiz Flávio Gomes e Universidade do Sul de Santa Catarina. Conciliador e Mediador pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Instrutor de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, Doutorando em Direito junto à Faculdade de Direito de São Paulo/ FADISP.

² Juíza de Direito da Vara da Família e Sucessões da Comarca de Assis/SP, Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania e Oficina de Pais e Filhos Assis/SP, Graduada pela Universidade Paulista –Unip – São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE

Interdição. Curatela. Legitimidade. Processo Judicial. Interditos Institucionalizados.

ABSTRACT

This article aims to analyze the Prohibition of the institute in the Brazilian legal system, taking into account the changes introduced by Law 13,105 / 15, namely: the New Brazilian Civil Procedure Code, as well as through the person's status with disabilities - Law 13,146 / 15. The institute was given a new meaning, since it is apparent the concern of the legislature to confer dignified and humane treatment to interdict, whose interests deserve to be protected in accordance with the democratic rule of law and with respect for the fundamental rights established in the Constitution . It is noteworthy that the new Civil Procedure Code, in its art. 1072, II, repealed the provisions of Articles 1768 to 1773 of the Civil Code, which dealt with some procedural aspects of the ban, now defined only by the new legislation.

KEYWORDS

Interdiction. Curatorship. Legitimacy. Judicial Process. Institutionalized interdicted.

1 INTRODUÇÃO

Em vigor no ordenamento jurídico Brasileiro, o atual Código de Processo Civil, proporciona diversas modificações no instituto da interdição, se comparado com o diploma processual anterior, promulgado em 1973 e também comparado com a lei material civil incutida no Código Civil de 2002 (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

Pode-se dizer que será sentido um forte impacto da Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, a partir, especialmente, da jurisprudência, que se formará no decorrer dos anos vindouros.

O referido estatuto da pessoa com deficiência, nos termos do parágrafo único do seu art. 1º, tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, estes ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008 e, mister oportuno citar que, promulgados pela Lei 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

Pode-se dizer que diante da amplitude de suas normas, o Estatuto traduziu uma verdadeira conquista social, ao inaugurar um sistema normativo inclusivo, que homenageia, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a entrada da legislação em vigor, a pessoa com deficiência, aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do seu art. 2º não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84º, do diploma, rezam que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

E mais, mesmo que, para atuar no cenário social, seja necessário se valer de institutos assistenciais e protetivos como doravante temos a tomada de decisão apoiada ou a curatela, a pessoa deve ser tratada, em perspectiva isonômica, como legalmente capaz.

Este artigo tem a finalidade de proporcionar uma análise crítica dos dispositivos contidos na nova legislação processual civil relativa à matéria, especialmente, a dignidade da pessoa humana. Utilizou-se uma metodologia descritiva, ancorada na doutrina civil-constitucional.

2 DESCONSTRUÇÃO IDEOLÓGICA

Vale citar que a mudança é de alta relevância, uma verdadeira desconstrução ideológica, o que, incorrerá, por certo, em efeitos colaterais, sendo necessário, portanto, adaptação hermenêutica (STOLZE, 2016).

Com efeito, invocando o Princípio da Vedação ao Retrocesso, como aduz Canotilho (2001), buscar-se-á uma solução pertinente, porém, é preciso dar oportunidade e aplicabilidade ao Estatuto, tudo com o objetivo de preservar o melhor interesse das pessoas com deficiência. Oportuno, pois, desviar das pedras encontradas no caminho da interpretação da legislação atual.

Será preciso se desvincular e romper os paradigmas referentes a legislação anterior, onde se buscava o procedimento da interdição para todos os fins, inclusive, previdenciários, o que, outrora, fora modificado.

3 FINALIDADE DA CURATELA E AS CAUSAS DA INTERDIÇÃO

Primeiramente, oportuno fazer uma breve e sintética explanação sobre o instituto da curatela, as causas e finalidade para que se possa viabilizar a compreensão acerca de como estas mudanças refletirão sobre o instituto, bem como as vantagens e desvantagens para o interditando e para o curador.

O instituto da curatela está ligado à capacidade plena dos indivíduos, uma feita que é destinado à proteção de pessoas, as quais, embora e em tese poderiam ser consideradas aptas a praticar por si sós os atos da vida civil sem a interferência de terceiras pessoas, por portarem ou sofrerem alguma limitação, encontram-se temporária ou permanentemente incapacitadas de gerir sozinhas a própria vida tornando-se dependente da assistência ou representação de outrem, para que com o auxílio destes possam praticar atos da vida civil, sem que referidos atos possam ser impregnados de vícios, os quais afetarão sua validade e eficácia perante terceiros.

Pode-se dizer que a curatela é, portanto, um encargo público, conferido, por lei, a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens de maiores, que por si, não possam fazê-lo (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

Define-se interdição como a privação legal que determinada pessoa sofre no tocante ao gozo e exercício de seus direitos, restando impossibilitada de gerir, por si só, sua vida e seus negócios, bem como de responder pelos atos que pratica, tudo em virtude de suas limitações, o que a torna dependente dos cuidados de pessoa legalmente habilitada e encarregada para tal mister, através de nomeação

em processo judicial pertinente (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

Encontra-se as causas da interdição na lei material, no artigo 1767³ e 1779, ambos do Código Civil, os quais foram recepcionados pelo NCPC⁴ uma vez que o diploma legal não possui dispositivo semelhante, bem como não revogou expressamente os citados artigos. Sendo: enfermidade ou deficiência mental, situações que impeçam o interditando de exprimir sua vontade, ébrios habituais, toxicômanos, pródigos. Ainda, não se pode esquecer de a possibilidade de promover a interdição em casos excepcionais de enfermidade ou deficiência física, do surdo-mudo e da curatela do nascituro.

Segundo Rodrigues (2004), as figuras da interdição são conhecidas como interditando / interdito / curatelando e curador.

4 QUEM TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR A AÇÃO DE INTERDIÇÃO

Elenca no artigo 747 do NCPC sobre as pessoas que podem propor a ação de interdição. No declinado dispositivo encontra-se a primeira mudança no procedimento, uma feita que, além de ter alterado a ordem preferencial para a propositura da ação, também viabiliza que a ação seja proposta pelo companheiro e pelo representante de entidade onde o interdito se encontre abrigado nos casos em que o convívio domiciliar é inviável.

Vale destacar que não havia previsão legal no CPC/73 que autorizasse ao companheiro promover a ação de interdição, embora lhe fosse permitido atuar como curador, por força do permissivo legal contido no artigo 1775 do Código Civil. Todavia, nem mesmo a lei material lhe conferia legitimidade para propor a ação de interdição que era restrita ao cônjuge (artigos 1768, II, do CC e artigo 1177, II, CPC/73).

Assim, a chamada ordem preferencial das pessoas legitimadas a propor a ação também foi alterada. Tanto a lei processual quanto a material previam que a interdição poderia ser proposta em primeiro lugar pelos pais ou tutores, em segundo lugar pelo cônjuge, qualquer parente no caso do CC/02 ou qualquer pa-

³ Art. 1767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V - os pródigos.

⁴ Novo Código de Processo Civil

rente próximo no caso do CPC/73 e, por fim, pelo órgão do Ministério Público.

Atualmente, com o NCPC o cônjuge ou o companheiro tem preferência em detrimento dos parentes ou tutores, pois o dispositivo não fala mais nos pais, mas dos parentes em geral e ainda atribui preferência ao representante de entidade onde o interditando esteja abrigado. Por último, a legitimidade do Ministério Público quando as pessoas elencadas anteriormente não existirem ou se existirem não se dignarem propor a ação, ou ainda, quando forem igualmente incapazes.

O Parquet atuará como fiscal da ordem jurídica de acordo com o parágrafo 1º do artigo 752 do NCPC, sendo que na vigência do CPC/73 ao Ministério Público era conferida a condição de representante do interditando a não ser nos casos em que atuava como requerente da ação (artigo 1182, § 1º CPC/73). Poder-se-ia, igualmente, intentar a ação em casos de anomalia psíquica, sendo que, pelo NCPC poderá propor a ação apenas em caso de doença mental grave, não especificando, contudo, quais seriam essas doenças que provavelmente serão objeto de enquadramento doutrinário.

Vale ressaltar, que não mudaram as duas leis, no sentido de previrem a obrigatoriedade de os requerentes, independentemente de quem sejam, comprovarem a legitimidade para atuar como requerente da ação.

5 ALTERAÇÕES INSERIDAS PELO NCPC NO PROCESSO JUDICIAL

Pode-se observar, que além das inovações no processo judicial de interdição, não se pode ignorar que houve modificação em algumas terminologias utilizadas no texto legal.

No CPC/73 prescrevia que o juízo examinaria e interrogaria[8] o interditando. Já o NCPC estabelece que o juiz entrevistará o interditando e mais, prevê a possibilidade de o juízo se deslocar até o interditando em casos de impossibilidade de este se apresentar em juízo e que esta entrevista poderá ser acompanhada por especialista, além de ser empregados recursos tecnológicos capazes de auxiliar o interditando a manifestar sua vontade e responder as perguntas formuladas.

Há previsão de a possibilidade de ouvir os parentes e pessoas próximas ao interditando, não havendo qualquer dispositivo equivalente no CPC/73, sem, portanto, definir quem seriam essas pessoas, o que certamente ficará à cargo da doutrina.

Outra alteração, diz respeito ao prazo de impugnação do pedido, que antes era de 05 (cinco) dias a contar da data da entrevista passou a ser de 15 (quinze) dias. Poderá, o interditando constituir advogado, assim como era possível no

CPC/73, agora, caso não o faça, seu cônjuge, companheiro ou algum parente de interditando poderá intervir como assistente. Não havia dispositivo semelhante do CPC/73. É válido acrescentar que o código vigente dispõe que quando a ação for proposta pelo Ministério Público incumbe ao juiz nomear um curador à lide (artigo 1179 CPC/73).

Hoje, vale declinar também que, nos moldes do parágrafo 2º do art. 752 do NCPC, o interditando poderá constituir advogado, não o fazendo, deverá ser nomeado curador especial.

No tocante à realização de perícia, o NCPC fala em equipe de experts com formação multidisciplinar. Equipe multidisciplinar seria a reunião de um grupo composto por especialistas em diversas e distintas áreas de formação acadêmica, permitindo uma troca e uma abrangência maior de conhecimentos destes profissionais, com intuito de avaliar o interdito, bem como seu estado.

Há abordagem também, no tocante ao laudo, o qual deverá indicar especificamente os atos para os quais o interditando necessita da curatela, ponto crucial. A curatela poderá ser parcial e seus limites serão fixados em sentença. Essa inovação não tem qualquer correspondente seja na lei processual de 1973, seja na lei material, para as quais a interdição é total.

A novidade, encontra-se expressa no parágrafo segundo do artigo 755 e no artigo 757, ambos do NCPC, que descrevem que se ao tempo da interdição houver incapaz sob a guarda ou responsabilidade do interdito a curatela deverá ser atribuída àquele que puder atender aos interesses de ambos e não apenas do interdito. Referida previsão legal semelhante, existe apenas no CC, mais especificamente no artigo 1778.

Quanto à publicidade da sentença, os locais onde deverá ser publicada e os prazos que devem perdurar a publicidade foram ampliados. Além da perpetuação da obrigatoriedade de inscrição da interdição no registro das pessoas naturais, o que não foi modificado, a sentença que a decretar deverá ser publicada na rede mundial de computadores, mais especificamente no sítio do tribunal perante o qual a ação tenha tramitado, na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde deverá permanecer por seis meses.

Junto à imprensa local será publicada uma única vez e no órgão oficial será publicada três vezes consecutivas com intervalo de dez dias cada publicação. Outro ponto importante é que deverá constar no edital os limites da curatela, quando a interdição não for total, bem como os atos que o interdito poderá praticar sozinho.

Em havendo levantamento da interdição, caso reste provada a cessação

dos motivos que a ocasionaram, a publicação dessa sentença deverá atender as mesmas exigências e prazos da sentença que a decretou.

Uma inovação do legislador foi ao dispor no artigo 756, § 4º, do NCPC, que o levantamento poderá ser parcial se o interdito demonstrar sua capacidade para praticar alguns atos sozinho.

Com relação a Seção X do código atual que trata das “Disposições Comuns à Tutela e à Curatela”, foram poucas as alterações, tendo o NCPC se mantido fiel ao texto do CPC/73.

Outra inovação importantíssima apontada na “Seção X” diz respeito ao dever de prestar contas finda a curatela. O CPC/73 tratava da matéria nos artigos 914 e seguintes, porém não na mesma seção da curatela, ou seja, esse tema era tratado de forma geral pelo codex e, portanto, cabia para qualquer situação. Hodiernamente, preocupou-se em tratar da questão especificamente com relação ao tema, o que já era feito pela lei material, mais especificamente no artigo 1755 e seguintes do Código Civil, dispositivos esses que se aplicam à curatela por força do permissivo contido no artigo 1774.

Foi dispensada a prestação de contas abordada pelo artigo 1755 CC quando o curador for o cônjuge casado com o interditado sob o regime da comunhão universal de bens, nos termos do artigo 1783, também do Código Civil, nada sendo mencionado a esse respeito pelo NCPC.

Por fim, verifica-se que alguns artigos do CPC/73 sucumbiram, dentre eles os artigos 1185, 1188 segunda parte, 1189, 1190, 1196, outros foram desmembrados em artigos, incisos e parágrafos, tais como o artigo 1180 que se transformou no parágrafo único do artigo 747 e no artigo 749 e que houve a concentração da “Seção I” e da “Seção II” do CPC/73 na “Seção X” supracitada, sendo as modificações acima as mais pertinentes a serem abordadas neste momento.

6 QUAIS ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL FORAM EXPRESSAMENTE REVOGADOS PELO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Não obstante as modificações acima relatadas, o artigo 1072 do NCPC revogou expressamente os artigos 1768 e 1773 do Código Civil de 2002.

O artigo 1768 trata a respeito da legitimidade para a propositura da ação, assunto declinado acima e que não será reiterado.

E o artigo 1773 dispõe acerca dos efeitos da sentença que apesar de estar sujeita a recurso, produz seus efeitos desde logo.

Observa-se coerência na revogação do artigo 1773, uma vez que se existe

a possibilidade de recurso, considerando que a interdição retira do interdido o direito de exercer por si só os atos da vida civil, a aplicação imediata dos efeitos da sentença implicaria em prejuízo ao direito do interdito de buscar reverter sentença injusta, eis que, se considerarmos que o interdido trata-se de pessoa incapaz, por certo que uma vez considerado como tal, os poderes conferidos por ele a patrono eleito serão cassados automaticamente, nos termos do artigo 682, II, do CC, o que inviabilizaria a busca de reversão da sentença.

7 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A CAPACIDADE CIVIL

No Estatuto, a pessoa com deficiência, ou seja, aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º, não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, já que, nos arts. 6º e 84, do declinado diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

No art. 84, há previsão de que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Observa-se que diante do dispositivo, a pessoa com deficiência é legalmente capaz, ainda que pessoalmente não exerça os direitos postos à sua disposição. Desta sorte, pode-se apontar que o Estatuto inaugura um novo conceito de capacidade, paralelo àquele previsto no art. 2º do Código Civil? (LOBO, 2015)

Segundo Stolze (2015), não há um novo conceito, voltado às pessoas com deficiência, paralelo ao conceito geral do Código Civil, pois, se assim o fosse, haveria um viés discriminatório que a nova Lei exatamente pretende acabar.

Em verdade, o conceito de capacidade civil foi reconstruído e ampliado.

O autor, aduz que, com efeito, dois artigos matriciais do Código Civil foram reestruturados. Um, o art. 3º do Código Civil, que dispõe sobre os absolutamente incapazes, teve todos os seus incisos revogados, mantendo-se, como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor impúbere, menor de 16 anos (STOLZE, 2015).

Já o art. 4º, por sua vez, que cuida da incapacidade relativa, também sofreu modificação. No inciso I, permaneceu a previsão dos menores púberes (entre 16 anos completos e 18 anos incompletos); o inciso II, doutra banda, suprimiu a menção à deficiência mental, referindo, apenas, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”; o inciso III, que albergava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passou a tratar, apenas, das pessoas que, “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade”; por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo. Ele, não está convencido em inserir as pessoas sujeitas a uma causa temporária ou permanente, impeditiva da manifestação da vontade, como aquela que esteja em estado de coma, no rol dos relativamente incapazes (STOLZE, 2015).

Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa, a norma resultou meio deslocada. Uma alternativa, seria, caso não optasse por inseri-lo no próprio artigo art. 3º, que cuida dos absolutamente incapazes, consagrar-lhe dispositivo legal autônomo.

Considerando-se o sistema jurídico tradicional, vigente por décadas, no Brasil, que sempre tratou a incapacidade como um consectário quase inafastável da deficiência, pode parecer complicado, em uma leitura superficial, a compreensão da recente alteração legislativa.

Como já mencionado, o Estatuto pretendeu homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada, em uma perspectiva constitucional isonômica, dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada⁵, por

⁵ Trata-se de instituto consagrado pelo Estatuto. Sempre que possível, deve ser a primeira opção assistencial, antes de se pretender a sujeição à curatela: “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. § 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos

exemplo, e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.

8 O ESTATUTO E A CURATELA

Salutar, relembrar como era no ordenamento jurídico a questão de interdição. A interdição ou curatela significava a restrição nos direitos civis da pessoa maior que não apresentava discernimento para tomar sozinha suas próprias decisões. Nomeava-se uma outra pessoa para representá-la em todos os atos. Aplicava-se a idosos com problemas cognitivos, tais como: Mal de Alzheimer, adultos que sofreram traumatismos com danos neurológicos, pessoas portadoras de necessidades especiais, Síndrome de Down para portadores de patologias psiquiátricas que pudessem comprometer seu próprio sustento, drogadição, bipolares, esquizofrênicos, entre outros (STOLZE, 2015).

Necessidade de confirmação médica: não basta a pessoa ter uma doença ou condição psicológica, é preciso uma confirmação médica de que ela não compreende o que se passa ou não pode sozinha decidir sobre seus atos na vida civil e o destino de seus bens e rendas. O alcance da restrição de direitos pode ser total ou parcial, quando a pessoa pode gerir pequenas quantias para o dia-a-dia mas não pode dispor sozinha de seu patrimônio sem risco de dilapidar.

- Dependente químico: dependente químico, principalmente de crack, pode ser interditado parcialmente para que não possa usar sua renda, pensão por morte, aposentadoria, a fim de que um familiar

direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. § 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo. § 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. § 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. § 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. § 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. § 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. § 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. § 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. § 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.”

impeça que ele gaste tudo com o vício. A interinação compulsória é um outro procedimento jurídico que pode ou não ser feito em conjunto com a interdição.

- **Prestação de Contas:** o familiar nomeado para ser curador do incapaz deve prestar contas ao Ministério Público de que não está tirando proveito. Em alguns casos, pode ser concedida uma remuneração, mas tudo através de um processo judicial em que será avaliada a conveniência. Os demais parentes do incapaz podem fiscalizar e denunciar eventuais irregularidades.

- **Laudo médico:** importante, providenciar que o médico que atende o incapaz faça um laudo descrevendo a doença, seus limites e o seu código (CID), pois dentro do processo judicial poderá evitar que se gaste com uma nova perícia técnica, bastando o juiz interrogar diretamente o interditando e decidir, se aceita aquele laudo para formar seu convencimento.

- **Idosos:** se a pessoa idosa está sendo distanciada dos familiares pelo cuidador, podem os demais parentes pedir que se assegure direito de convivência em dias e horários específicos. A concessão disso vai depender se o idoso pode ou não decidir e se é conveniente para a sua saúde. Entende-se que a manipulação psicológica pode ocorrer nessas relações e deve ser invocado o Estatuto do Idoso.

Procuração não é interdição: é muito perigoso substituir a Interdição Judicial por uma procuração, pois juridicamente esta última perde o valor quando o outorgante não tem mais discernimento. Sem contar que a procuração não dispensa da necessidade de recadastramento presencial na Previdência Social

Com o atual Estatuto, desde 06 de Janeiro de 2016, entrou em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015. Serão promovidas importantes mudanças na capacidade civil e no processo de interdição envolvendo o discernimento mental do indivíduo. A nova legislação procura dar um tratamento mais digno para que a pessoa nessa condição possa se integrar melhor na sociedade (STOLZE, 2015).

Destacar-se-á as principais alterações na esfera familiar, são elas:

- **Restrições à Curatela:** o processo de interdição passará a ser medida de exceção e a restrição de direitos civis deverá durar o menor tempo possível (Art. 84). Os efeitos da curatela se restringirão aos direitos patrimoniais e negociais (Art. 85). O juiz para decidir este processo deverá se embasar em parecer de equipe multidisciplinar (Art. 114). Passará a ser permitida a Curatela Compartilhada, que já vinha sendo praticada pela Jurisprudência (STOLZE, 2015);

- **Capacidade Civil:** até agora, a pessoa com discernimento restrito era equiparada aos menores de 16 anos, de modo que estavam

impossibilitados de praticar atos civis (Art. 3º do Código Civil). Com a nova lei, a pessoa portadora de sofrimento psíquico, antes denominada deficiente mental, agora será considerada plenamente capaz. Somente haverá restrição relativa da capacidade civil para aqueles que não puderem expressar sua vontade. A pessoa portadora de deficiência mental poderá, por exemplo, se casar, tanto expressando sua vontade ou através do seu curador (alterando o art. 1.550, § 2º, do Código Civil) (STOLZE, 2015);

- Tomada de Decisão Apoiada: com a Interdição sendo medida excepcional, a regra passa a ser a Tomada de Decisão Apoiada, que se trata de um processo em que a pessoa com deficiência solicitará ao juiz que duas pessoas da sua confiança passem a lhe apoiar na prática dos atos da vida civil. Esses apoiadores prestarão compromisso judicial, deverão prestar contas e tornarão os atos incontestáveis perante terceiros (STOLZE, 2015);

- Dependência Previdenciária: para receber pensão por morte da previdência, o filho maior precisava ser declarado incapaz judicialmente. Com a nova lei (art. 101), não se fala em incapacidade ou de interdição judicial, bastará comprovar a existência de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave (STOLZE, 2015).

Tem-se, então que, a existência de deficiência mental por si só não afetará a capacidade civil. A restrição relativa apenas ocorrerá quando impossibilitado de expressar a sua vontade, o que ainda permitirá a interdição judicial. Nas demais situações a pessoa poderá pedir o apoio para determinados atos, através de procedimento judicial. O terceiro que estiver negociando com a pessoa portadora de deficiência mental ou intelectual poderá se resguardar solicitando que apoiadores assinem o negócio jurídico, com a inclusão pela nova Lei do Art. 1783-A, § 5º do CC.

De acordo com este novo diploma, a curatela, restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, passa a ser uma medida extraordinária (art. 85):

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Note-se que a lei não diz que se trata de uma medida especial, mas sim, ex-

traordinária, o que reforça a sua excepcionalidade. E, se é uma medida extraordinária, é porque existe uma outra via assistencial de que pode se valer a pessoa com deficiência, livre do estigma da incapacidade, para que possa atuar na vida social: a tomada de decisão apoiada, processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (STOLZE, 2015).

Pessoas com deficiência e que sejam dotadas de grau de discernimento que permita a indicação dos seus apoiadores, até então sujeitas a uma inafastável interdição e curatela geral, poderão se valer de um instituto menos invasivo em sua esfera existencial.

Note-se que, com isso, a autonomia privada projeta as suas luzes em recantos até então inacessíveis.

Segundo Lôbo (2015, p. 3) é preciso muito cuidado no enfrentamento da questão interdição com a entrada em vigência, visto que:

“não há que se falar mais de interdição, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos”.

A medida em que o Estatuto é expresso ao afirmar que a curatela é extraordinária e restrita a atos de conteúdo patrimonial ou econômico, desaparece a figura da interdição completa e do curador todo-poderoso e com poderes indefinidos, gerais e ilimitados (LÔBO, 2015).

Mas, por óbvio, o procedimento de interdição ou de curatela, segundo Simão (2015) continuará existindo, ainda que em uma nova perspectiva, limitada aos atos de conteúdo econômico ou patrimonial.

Pode se dizer que é o fim, portanto, não do procedimento de interdição, mas sim, do *standard* tradicional da interdição, em virtude do fenômeno da flexibilização da curatela (ABREU, 2015).

Assim, pode-se observar que a curatela estará mais “personalizada”, ajustada à efetiva necessidade daquele que se pretende proteger, sendo assim, o procedimento de interdição subsiste, ainda que em uma nova perspectiva. Portanto, vale mencionar algumas considerações, tendo em vista a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil (LÔBO, 2015).

É imprescindível interpretar adequadamente o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o CPC-15, para se tentar amenizar os efeitos de um “verdadeiro atropelamento legislativo”. Para ele, tal atribuição, não será tarefa fácil, visto que o novo CPC surge com muitos dispositivos atingidos pelo Estatuto, exemplo disso, é o artigo do Código Civil que trata da legitimidade para promover a interdição (art. 1.768), revogado pelo art. 747 do CPC-15, onde, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por seu turno, ignorando a revogação do dispositivo pelo novo CPC- acrescentando-lhe um novo inciso (art.1.768, IV, CC), para permitir que a própria pessoa instaure o procedimento de curatela (TARTUCE, 2015).

Observa-se que, o art. 747 do CPC entrou em vigor com este novo inciso e será um intenso exercício de hermenêutica que deverá ser guiado sempre pelo bom senso e não como menciona Lênio: “Decido conforme minha consciência”⁶ (STOLZE, 2015).

9 O ESTATUTO E AS INTERDIÇÕES EM CURSO

Com intuito de compreensão, é necessária uma incursão na Teoria Geral do Direito Civil, já que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou normas que dizem respeito ao status da pessoa natural, indicando sua situação jurídica nos contextos político, familiar e individual (STOLZE, 2015).

Segundo Gomes (1977) define-se estado no direito privado, como noção técnica destinada a caracterizar a posição jurídica da pessoa no meio social e existem três espécies de estado, são elas:

a) estado político: categoria que interessa ao Direito Constitucional, e que classifica as pessoas em nacionais e estrangeiros. Para tanto, leva-se em conta a posição do indivíduo em face do Estado;

b) estado familiar: categoria que interessa ao Direito de Família, considerando as situações do cônjuge e do parente. A pessoa poderá ser casada, solteira, viúva, divorciada ou judicialmente separada, sob o prisma do direito matrimonial. Quanto ao parentesco, vinculam-se umas às outras, por consanguinidade ou afinidade, nas linhas reta ou colateral. O estado familiar leva em conta a posição do indivíduo no seio da família. Note-se que, a despeito de a união estável também ser considerada entidade familiar, desconhece-se o estado civil de concubino ou convivente, razão pela qual não se deve inserir essa condição na presente categoria;

⁶ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

c) estado individual: essa categoria baseia-se na condição física do indivíduo influente em seu poder de agir. Considera-se, portanto, a idade, o sexo e a saúde. Partindo-se de tal estado, fala-se em menor ou maior, capaz ou incapaz, homem ou mulher.

Entende-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou normas reguladoras de um aspecto fundamental do estado individual da pessoa natural, a sua capacidade.

Com efeito, referidas normas, por incidirem na dimensão existencial da pessoa física, têm eficácia e aplicabilidade imediatas.

Assim, estando em curso um procedimento de interdição, ou mesmo findo, o interditando (ou interditado) passa a ser considerado, a partir da entrada em vigor do Estatuto, pessoa legalmente capaz.

Imperioso e importante observar que a interdição e a curatela, enquanto procedimento e instituto assistencial, respectivamente, não desapareceram, havendo, em verdade, passado por uma flexibilização.

Vale dizer, não sendo o caso de se converter o procedimento de interdição em rito de tomada de decisão apoiada, a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca ao termo de curatela, que deverá expressamente consignar os limites de atuação do curador, o qual auxiliará a pessoa com deficiência apenas no que toca à prática de atos com conteúdo negocial ou econômico.

O mesmo raciocínio é aplicado no caso das interdições já concluídas.

Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais.

Pois, preocupante e com riscos à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, automaticamente inválidos e ineficazes os milhares, ou milhões de termos de curatela existentes no Brasil.

Outro ponto a se fazer menção, diz respeito à denominada “curatela compartilhada”, prevista no art.1.775-A do Código Civil, alterado pelo novo diploma estatutário: “Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa”.

Trata-se de uma previsão normativa muito interessante que, em verdade, tornará oficial uma prática comum. Isso porque, nas famílias, na maioria das ve-

zes, há mais de um parente, além do próprio curador, que poderá conduzir a vida da pessoa com deficiência, dispensando-lhe os necessários cuidados.

Fica evidenciado então, que no instituto atual, se permitirá, no interesse do próprio curatelado, a nomeação de mais de um curador, e, caso haja divergência entre eles, caberá ao juiz decidir, como ocorre na guarda compartilhada.

Não se pode esquecer ainda de citar uma importante modificação, onde, a título ilustrativo, o art. 8º da Lei 9.099 de 1995, que impede o incapaz de postular em Juizado Especial, hoje, com o Estatuto em vigor, certamente perderá fundamento a vedação, quando se tratar de demanda proposta por pessoa com deficiência.

Pode-se, então, observar que, a nova previsão legal veio em boa hora, ao conferir um tratamento digno às pessoas com deficiência.

10 O INTERDITO INSTITUCIONALIZADO E A FIGURA DO CURADOR

A fim de se fazer menção mais específica no tocante à legitimidade para propor ação de interdição atribuída ao representante de entidade onde o interditando se encontra abrigado, e também sobre seu dever em prestar contas, mister tecer algumas considerações sobre a institucionalização e seus motivos derivados.

Existem alguns casos de institucionalização do idoso por motivos familiares e destacam que a redução do número dos componentes familiares em detrimento do padrão antigo de famílias extensas ao mesmo tempo em que há a convivência simultânea entre várias gerações numa mesma família, os divórcios e a questão financeira são alguns dos fatores que contribuem para a institucionalização do idoso, uma vez que, dificultam a dispensa de cuidados com os idosos e geram confronto entre os membros devido à divergência de idéias, valores e comportamentos (FERREIRA; SIMÕES, 2011).

Em alguns casos, tendo em vista que, a sociedade não está preparada para lidar com esses conflitos, muitos dos idosos acabam sendo deixados por seus familiares em instituições de longa permanência, como os asilos, o que permite aos parentes uma situação mais cômoda quanto aos cuidados do idoso, porém, em algumas situações, a opção resulta em abandono e solidão. O abandono, além do distanciamento físico propriamente dito também é caracterizado pela exclusão desse indivíduo do seu convívio familiar, não havendo pessoa que assuma a responsabilidade pelo idoso, é o afastamento do afeto (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

Nestes casos se torna necessária a representação do idoso por pessoa alheia à família. No caso quem melhor pode atender as necessidades do idoso acaba sendo o representante do abrigo, pois em se tratando de pessoa dependente e

sem capacidade, outra solução não há, a não ser a interdição requerida pelo representante do abrigo, para que este possa representar o idoso proporcionando-lhe melhores condições e possa lhe providenciar o que for necessário, fazendo as vezes dos parentes que preferiram abdicar desses cuidados, porém é preciso sopesar que tal situação poderá, em algum momento, dar margem ao surgimento de conflito de interesses vez que, por determinação legal⁷, as entidades de longa permanência deverão firmar contrato de prestação de serviços com os idosos ali abrigados. Se assim o é, por óbvio que em se tratando de representante de instituição, o qual muitas vezes se trata do proprietário do estabelecimento, há de se questionar quais interesses se sobreporiam, se os da entidade ou o do idoso/interdito, em se tratando da questão financeira propriamente dita e não dos cuidados dispensados pelo estabelecimento e pelo curador ao idoso (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

Isto porque no caso o representante estaria fazendo as vezes de algum familiar ao assumir a posição de curador. Poderia ele firmar o contrato com a entidade de longa permanência da qual ele é proprietário? Fica nossa indagação. São questões que irão surgir com a implementação desse dispositivo.

Por isso, percebe-se a preocupação do NCPC em tratar acerca do dever de prestar contas, reforçando o que já era regulado pelo Código Civil de 2002.

Então, nomeado curador, especificamente seria o representante da instituição de longa permanência, além dos cuidados pessoais dirigidos ao interdito, deverá, ainda, administrar-lhe os bens e rendimentos. Esta administração tem início com a prolação da sentença de interdição, ou a partir da publicidade da decisão que deferiu curatela provisória. Assim, os bens, rendimentos e a pessoa do interditado ficarão sob os cuidados do curador, o qual passará a exercer a sua função de forma direta, mas sob a fiscalização e nos limites fixados pelo Juiz, em sentença (QUINTILIANO; VECCHI, 2015).

Ao assumir a curatela provisória ou definitiva, o curador deverá ter conhecimento das suas obrigações e responsabilidades. Razão pela qual o encargo de curador tem relevância jurídica e é exercido por pessoa idônea, nomeada pelo Juiz.

Inobstante o fato de a prestação de contas ser disciplinada pelo CPC/73, mais especificamente nos artigos 917 e seguintes, não se dirigia especificamente

⁷ Refere-se ao “caput” e ao § 3º do artigo 35 da lei nº 10.741/2003, também conhecida como estatuto do idoso, que assim estabelece: Art. 35. Todas as entidades de longa permanência, ou casa-lar, são obrigadas a firmar contrato de prestação de serviços com a pessoa idosa abrigada. [...] § 3º Se a pessoa idosa for incapaz, caberá a seu representante legal firmar o contrato a que se refere o caput deste artigo.

para os casos de curatela, razão pela qual a previsão contida no artigo 763, § 2º do NCPC trata-se de inovação do diploma legal em comento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se que, este atual Código de Processo Civil trouxe a trará impacto em outros ramos do Direito Brasileiro, inclusive no âmbito processual, resultando em uma reconstrução valorativa na tradicional forma do sistema jurídico brasileiro da incapacidade civil.

O grande desafio é a mudança de mentalidade, na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro.

Certamente, surgirão grandes desafios de interpretação a enfrentar, assiná-lo que a doutrina e a jurisprudência extraíam do Estatuto o que há nele de melhor, valorizando o seu sentido, a sua utilidade, seu fim e especialmente a intenção, qual seja, de proteger a dignidade da pessoa com deficiência.

É imprescindível que haja mudanças na forma de perceber e enxergar o outro, enquanto expressões do nosso próprio eu, só assim compreender-se-á a dignidade da pessoa humana em toda sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras Linhas sobre a Interdição após o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba: Ed. CRV, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIDIER Jr. Fredie. Editorial 187 - **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão**. Disponível <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>. Acesso em 29, jun. 2016.

FERREIRA, Lucilene; SIMÕES, Regina. **Idoso asilado: qual a sua imagem?**. 1ª ed. Várzea Paulista, SP: Fontoura. 2011.

LÔBO, Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 29 de jun 2016.

QUINTILIANO, Márcia Regina; VECCHI, Sabah Fachin de. **A Interdição no Novo Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: <http://marciaquinti22.jusbrasil.com.br/artigos/268653395/a-interdicao-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 20 de jun 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. Ed. Rev. E atual. Por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2004. V. 6.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade, Parte 01**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 29, jul. 2016.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9fev.2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46409>. Acesso em: 20, jul. 2016.

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

SEPARATION AND DIVORCE IN NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Bruno Baldinoti¹
César Augusto Luiz Leonardo²

RESUMO

A partir da aprovação do novo Código de Processo Civil, todas as atenções dos estudiosos estão focadas nas disposições da novel legislação, e por conseguinte, a revisitação aos velhos institutos e novas roupagens apresenta dúvidas, reacende polêmicas e fomenta o debate. Assim, este trabalho tem como objetivo, analisar o disposto no novo Código de Processo Civil a respeito da separação e do divórcio, não sem antes enfrentar a polêmica da persistência ou não do instituto da separação judicial (e extrajudicial) em nosso sistema jurídico, bem como a possibilidade de concessão de tutelas de urgência para dissolução do vínculo conjugal e, ainda, em linhas gerais, será analisada a proposta legislativa de divórcio por arbitragem. Sendo que, para tanto, a metodologia utilizada foi de caráter hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica. Desta forma, é esperado chamar atenção dos operadores do direito para a importância do debate sobre a análise do atual momento de transição entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, de modo que ao final, será possível uma análise crítica e científica sobre as modificações realizadas na nova ordem processual a respeito do tema direito das famílias.

1 Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, orientado por César Augusto Luiz Leonardo e coorientado por Luís Henrique Barbante Franzé. Integrante do grupo de pesquisa “Constitucionalização do Direito Processual (CODIP)”, vinculado ao CNPq-UNIVEM. Monitor na Matéria de Direito Empresarial, no UNIVEM. Membro da AOM Assessoria e Consultoria Jurídica. E-mail: bruno.baldinoti@hotmail.com.

2 Professor Orientador. Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (2013). Graduado em Direito pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP (2006). Atualmente é Defensor Público - Defensoria Pública do Estado de São Paulo, na Regional de Marília, e leciona a disciplina de Direito Civil no Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). E-mail: calleonardo@hotmail.com.

PALAVRAS CHAVE

Código de Processo Civil; Direito das Famílias; Tutela Provisória; Vínculo Conjugal; Arbitragem.

ABSTRACT

From the adoption of the new Civil Procedure Code, all the attention of the scholars are focused on the provisions of novel legislation, and therefore, the return to the old institutions and new guises has doubts, rekindles controversy and fosters debate. This work aims to analyze the provisions of the new Code of Civil Procedure regarding the separation and divorce, but not before facing the controversy of persistence or not the institute of legal separation (and extrajudicial) in our legal system, as well the possibility of emergency guardianships award for dissolution of marital ties and also, in general, the legislative proposal for divorce by arbitration shall be analyzed. Since, therefore, the methodology used was hypothetical-deductive character from literature. Thus, it is expected to draw attention of law professionals of the importance of the debate on the analysis of the current moment of transition between the Civil Procedure Codes 1973 and 2015, so that at the end, a critical and scientific analysis will be possible on the changes made in the new procedural issue regarding the right of families.

KEYWORDS

Code of Civil Procedure; Law of Families; Provisional protection; Conjugal relationship; Arbitration.

INTRODUÇÃO

Em virtude das disposições do novo Código de Processo Civil, todas as atenções dos estudiosos estão focadas nas disposições da novel legislação. Assim, a revisitação aos velhos institutos e novas roupagens apresenta dúvidas, reacende polêmicas e fomenta o debate.

Não é diferente no que diz respeito à separação e ao divórcio, contemplados com procedimentos especiais no novo sistema processual civil. Todavia, para a adequada compreensão do tema, é imprescindível que se lance um olhar para trás, compreendendo o momento histórico em que as disposições se apresentam. É dizer, seria impossível uma compreensão adequada do objeto de estudo sem antes verificar alguns aspectos histórico-evolutivos do casamento e de suas formas de extinção.

É partindo desta premissa que, em um primeiro momento desse presente trabalho, buscará fazer uma breve análise das vicissitudes que o casamento teve ao longo dos anos, partindo de suas remotas origens, até os dias atuais, de modo que, também será investigado como o casamento, que era enxergado como um vínculo indissolúvel que detinha monopólio como formador de uma família legítima, passou a ser visto hodiernamente.

Desse modo, não se pode ignorar a atual concepção da pluralidade conceitual das famílias, a partir do reconhecimento da união estável e da família monoparental como entidades familiares, desde o advento da Constituição Federal de 1988, bem como o divórcio, outrora vedado por lei, atualmente concebido como um direito verdadeiramente potestativo, após a reforma realizada pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010.

Por sua vez, diante do atual cenário de evolução do tratamento constitucional do casamento (e de sua dissolubilidade), bem como das disposições do direito material (sempre se recordando da missão instrumental do processo civil), é que se analisará o disposto no novo Código de Processo Civil a respeito da separação e do divórcio, não sem antes enfrentar a polêmica da persistência ou não do instituto da separação judicial (e extrajudicial) em nosso sistema jurídico, bem como a possibilidade de concessão de tutelas de urgência para dissolução do vínculo conjugal e, ainda, em linhas gerais, será analisada a proposta legislativa de divórcio por arbitragem.

Como método de estudo do novo Código de Processo Civil, buscar-se-á o cotejo das suas disposições com aquelas contidas no Código de Processo Civil de 1973, verificando quais foram as modificações feitas pelo Legislador. Esta análise comparativa se mostra importante no atual momento de transição entre os dois sis-

temas codificados, de modo que ao final, será possível uma análise crítica e científica sobre as modificações realizadas na nova ordem processual a respeito do tema direito das famílias.

No mais, esta análise teórica não tem a pretensão esgotar o tema em si mesma, pretende-se, pelo contrário, não só trazer informações e contribuir para a discussão sobre as modificações propiciadas pelo novo Código de Processo Civil ao plano material do direito das famílias, mas também fornecer subsídios teóricos para a atividade jurisdicional, especialmente àquela ocupada com as relações familiares.

1. ANÁLISE HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO CASAMENTO E SUA DISSOLUÇÃO

Em uma breve síntese histórico-evolutiva, percebe-se que o casamento possuía o monopólio da formação de uma família legítima³. O casamento, exclusivamente entre homem e mulher, era o elemento que legitimava os filhos de um casal, pois os filhos havidos fora do casamento não tinham os mesmos direitos dos filhos “legítimos”. Ademais, o casamento era vínculo indissolúvel, sendo vedado o divórcio. Assim, qualquer outro relacionamento amoroso estava à margem do direito.

Em verdade, desde o livro de Gênesis, a lei hebraica já permitia o divórcio, embora o tratasse como o direito que o marido tinha de repudiar a sua mulher, permitindo que ele se casasse novamente com outra mulher (AZEVEDO, 2011, p. 35).

Na Grécia Antiga, a dissolução da sociedade conjugal era admitida se fundada na esterilidade e, com o passar do tempo, passou-se a admitir também pela vontade do marido, da mulher ou mesmo pelo consenso entre ambos⁴. Na Roma clássica, o casamento era fundado no conceito de contrato, de modo que subsistia pela vontade das partes e, portanto, esta mesma vontade poderia extingui-lo (SOUZA, 1997, p. 750).

Os motivos que permitiam o divórcio podem ser resumidas à inexistência de *affectio maritalis*, mas as causas iam desde o adultério, tentativa de morte, impotência funcional, exercício de culto diverso ou mesmo a simples falsificação de chaves (BITTAR, 1978, p. 1).

³ Mesmo à luz da Constituição de 1988 havia quem seguisse o entendimento de que o casamento era a única forma de constituição legítima da família (SOUZA, 1997, p. 759).

⁴ SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Dissolução do vínculo conjugal. *Revista dos Tribunais*, v. 742, p. 747-760, ago./1997, p. 750.

Por volta do século X, na Itália e na França, os noivos costumam a se dirigir à igreja para solicitar a benção do padre à união, costume que evoluiu até a celebração de uma missa e a transformação da cerimônia em solenidade (e sacramento), que perdura até os dias atuais (COSTA, 2011, p. 23).

O Direito Canônico sempre se mostrou avesso à dissolução do vínculo conjugal, principalmente a partir do Século VIII (BITTAR, 1978, p. 2). Todavia, sob os auspícios do cristianismo, que defendia como regra impositiva a indissolubilidade do vínculo conjugal, estabelecia requisitos como pressupostos para a convalidação de núpcias, cuja inobservância acarretaria a nulidade ou a anulabilidade do matrimônio (Ibidem).

Como se pode perceber, a distinção entre o divórcio (e o desquite) e a anulação (e a nulidade) do casamento, se mostra que naqueles, as causas estão ligadas a fatos subsequentes ao casamento e que conduzem à insustentabilidade da vida comum, ao passo que estes últimos (nulidade ou a anulação) estão relacionados com algum vício na própria formação do vínculo (Ibidem).

Com a separação entre Estado e Igreja, o casamento, que antes estava sob os auspícios da Igreja, passou a ser regido pelo Direito Civil, conquanto o próprio Estado mantenha interesse na manutenção da família (SOUZA, 1997, p. 748).

2. O CASAMENTO E SUA DISSOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, sob a forte influencia do Direito Canônico, em Decreto de 3 de novembro de 1827 tornava obrigatórias as disposições do Concílio de Trento, admitindo somente a separação pessoal estabelecida pelo Direito Canônico (SOUZA, 1997, p. 751); já a Constituição de 1891 reconheceu o casamento civil, não com o intuito de regulamentar a vida em sociedade, mas para passar a mensagem da secularização do Estado (CRUZ; WAQUIM, 2014, p. 22), ao passo que o Código Civil de 1916, em sua redação original, previa causas de nulidades e de anulações (art. 315, ns. I e II), além do desquite, que somente era permitido em caso de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave ou abandono voluntário do lar, durante dois anos contínuos (art. 317) (BITTAR, 1978, p. 07). Também era requisito para a o desquite consensual que o casamento tivesse sido realizado há mais de dois anos (Ibidem).

Todavia, a Constituição de 1934, com preocupação mais centrada na normatização das relações familiares (CRUZ; WAQUIM, 2014, p. 23), proclamou a indissolubilidade do casamento, declarando-o sob a proteção do Estado e conferindo à lei ordinária a determinação das hipóteses de anulação de desquite (art. 114),

linhas que foram mantidas nas Constituições posteriores (BITTAR, 1978, p. 07). Houve também uma reaproximação do Estado e da Igreja, com o reconhecimento do casamento religioso com efeitos civis como forma de iniciar uma família (CRUZ; WAQUIM, 2014, p. 27).

Uniões afetivas não celebradas formalmente eram estigmatizadas de concubinato e, portanto, alijadas de proteção estatal (Ibidem, p. 24). Sem a formação do vínculo conjugal, mediante pagamento de encargos (devido à Igreja ou ao Estado), “a união não era abençoada por Deus nem protegida pelos Poder Públicos” (Ibidem, p. 27). Como nem todos podiam arcar com os custos de um casamento ou simplesmente não queriam cumprir esse rito, conviviam em concubinato (Ibidem).

Foi com a Emenda Constitucional n. 9, de 28.06.1977, que introduziu-se o divórcio no Brasil, modificando a disposição do texto constitucional para o fim de prever que o casamento possa ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos ou separação de fato, devidamente comprovada em juízo, pelo prazo de cinco anos. Assim, continuou prevendo como regra a indissolubilidade do vínculo, sendo que a dissolução somente poderia ocorrer nos casos expressos em lei, desde que haja separação judicial prévia por mais de três anos ou, se anterior à Emenda, a separação poderia ser de fato, desde que comprovada em juízo e pelo prazo mínimo de cinco anos (BITTAR, 1978, p. 08-09).

Sobreveio, então, a Lei n. 6.515, de 26.12.1977, a chamada Lei do Divórcio, que regulamentou os termos da Constituição após a Emenda supracitada, que substituiu a expressão “desquite” por “separação” (Ibidem, p. 14).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi abolida a desigualdade de filhos de diferentes origens, pouco importando se gerados dentro ou fora do casamento; equilibrou-se a relação entre marido e mulher na vida conjugal e no exercício da parentalidade; ampliou o conceito de entidades familiares para além do casamento (CRUZ; WAQUIM, 2014, p. 29).

A Carta Maior de 1988 reconheceu expressamente como família: a matrimonial (formada pelo casamento), a informal (união estável entre homem e mulher) e a monoparental (um dos pais e seus filhos). Não reconheceu expressamente, portanto, a família homoafetiva, dentre outras manifestações que atualmente se discute em doutrina (família anaparental, poliafetiva etc.). Além disso, continuou prevendo como requisito ao divórcio a prévia separação, judicial, pelo prazo mínimo de um ano, ou meramente de fato, pelo prazo de, ao menos, dois anos (art. 226, da Constituição Federal, em sua redação original).

O Código Civil de 2002, atento aos valores agasalhados pela Constituição de 1988, regulamentou as disposições, reconhecendo a união estável e regulamen-

tando o casamento, a separação e o divórcio. Todavia, neste ponto, o Código sofreu diversas críticas, pois ainda se baseava na apuração da culpa para determinar os efeitos do fim do relacionamento, como se em todo fim de relacionamento conjugal houvesse um cônjuge “culpado”, que deveria sofrer sanções em decorrência desta culpa, e outro “inocente”⁵. A ideia de culpa e, portanto, de punição e vingança, sempre esteve arraigada no nosso ordenamento, mas desde a Lei do Divórcio já vinha dando sinais de enfraquecimento, na medida em que este diploma já permitia a separação sem culpa (FARIAS, 2003, p. 48).

Além disso, os limites temporais estabelecidos pela Constituição, foram rigorosamente observados pelo Legislador infraconstitucional. O artigo 1.572, §1º, somente permitia a separação judicial se um dos cônjuges provasse a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição; também restringia a separação judicial no caso de enfermidade mental grave manifestada após o casamento que tornasse impossível a continuação da vida em comum, condicionando esta hipótese ao reconhecimento da improbabilidade da cura da enfermidade, após a duração de dois anos (art. 1.571, §2º, do Código Civil), estabelecendo uma verdadeira cláusula de dureza, que impedia a separação antes deste prazo.

O divórcio poderia ser requerido mediante conversão da separação judicial, após um ano do trânsito em julgado da sentença de separação judicial (ou cautelar de separação de corpos), ou por meio do “divórcio direto”, desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos (art. 1.580, §2º, do Código Civil).

A insatisfação com todos esses requisitos para colocar fim ao relacionamento conjugal gerava situações de perplexidade, que impunha o jugo do casamento a quem não mais queria permanecer casado (TARTUCE, 2015).

3. A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010

Sobreveio a Emenda Constitucional n. 66, de 2010, que deu nova redação ao artigo 226, §6º, da Constituição Federal, que em sua redação original previa: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”, e, após a Emenda, suprimiu toda a parte final do dispositi-

⁵ Isso pode ser percebido quanto ao direito ao uso do nome de casado (art. 1.578, e parágrafos, do Código Civil); no direito aos alimentos (Artigo 1694, §2º e 1.704, do Código Civil); na permanência da condição de herdeiro pelo cônjuge inocente mesmo depois de mais de dois anos de separação de fato (art. 1.830, do Código Civil).

vo, restando somente: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Diante de uma interpretação histórica e sistemática, há quem sustente que houve “revogação” (*rectius*, não recepção ou inconstitucionalidade superveniente) de todos os dispositivos que tratam da separação ou de quaisquer outros requisitos (temporais ou de apuração de culpa, por exemplo) para o divórcio, que pode ser imediato. Mesmo antes do advento da Emenda Constitucional, já se defendia na doutrina especializada, que o direito de não permanecer casado era decorrência da dignidade da pessoa humana (FARIAS, 2003, p. 49).

Diante da nova realidade Constitucional, com a abolição dos requisitos para o divórcio, uma corrente doutrinária sustenta que tal dispositivo tem eficácia plena e imediata, de modo que não mais há cogitar-se sobre separação ou lapsos temporais para o divórcio. Com a supressão da expressão “na forma da lei”, bem como com fulcro no princípio da máxima efetividade, força normativa da constituição e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, Flávio Tartuce sustenta a desnecessidade de qualquer alteração infraconstitucional para a plena eficácia da norma constitucional (TARTUCE, 2015).

Aliás, Paulo Lôbo sustenta que a novidade veio em boa hora, pois a separação era instituto anacrônico e cuja manutenção não se justifica de qualquer prisma (LOGO, 2010). É bem verdade que existiram oposições a este entendimento na doutrina e na jurisprudência (SANTOS, 2015). No entanto, apesar da polêmica e das discussões envolvendo o tema, prevalece a ideia de que os dispositivos que impõem requisitos ao divórcio não subsistem diante do atual panorama constitucional, não havendo mais sentido na manutenção da separação judicial.

3.1 A manutenção do procedimento de separação no novo Código de Processo Civil

Reconhecendo a ausência de definição pelos Tribunais Superiores quanto a constitucionalidade ou não da separação judicial, o Legislador houve por bem, por prudência, regulamentar não somente o procedimento para o divórcio (consensual ou litigioso), mas também para a separação judicial.

Neste ponto, há quem entenda que há o Legislador incidiu em grave retrocesso⁶, ao “repristinar” a já extinta separação (STRECK, 2015). Houve a apresentação

⁶ “Uma grande infelicidade, um total retrocesso. Com essas fortes palavras pode ser resumida a manutenção da separação judicial e extrajudicial no Novo Código de Processo Civil Brasileiro” (TARTUCE, 2015, p. 368).

de emendas para a retirada do texto do novo Código de Processo Civil os dispositivos referentes à separação, mas todas foram afastadas pelo Senador Vital do Rego, sob a alegação de que a Constituição Federal apenas afastou a exigência prévia de separação para o divórcio, mas não repeliu expressamente a previsão infraconstitucional da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal, de modo que enquanto as disposições do Código Civil não forem revogadas expressamente, deve o Código de Processo Civil, por seu caráter instrumental, contemplar as vias processuais dos institutos previstos na lei material (TARTUCE, 2015, p. 368-369).

A manutenção da previsão também foi festejada por parcela da doutrina (CAMARGO, 2015), que considera a previsão absolutamente consentânea com a ordem Constitucional⁷. É possível vislumbrar, outrossim, que a manutenção da previsão da separação judicial e extrajudicial no novo diploma processual civil, corrobora a tese da dualidade na dissolução do casamento, sendo o divórcio e a separação duas vias a disposição dos cônjuges (COSTA FILHO; CASTRO JR, 2014).

3.2 Tutelas da urgência na separação e divórcio e arbitragem no divórcio

A doutrina sempre buscou diferenciar a separação de corpos (de caráter satisfativo, com a finalidade de fazer cessar os deveres conjugais, em particular, o de coabitação), do afastamento temporário do cônjuge ou companheiro (de caráter cautelar, com o fim de retirar o cônjuge do convívio do lar) (RIBEIRO, 2009, p. 138-139).

A Lei de Violência Doméstica (Lei n. 11.340/2006), em seu artigo art. 22, inciso II, também prevê medida protetiva consistente no “afastamento do lar, domicílio ou local de convivência, em razão de qualquer forma de violência doméstica contra a mulher”.

Por seu turno, o art. 1.562, do Código Civil, estabelece que antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.

A separação de corpos tem por finalidade a cessação da vida comum, colocando fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, ao passo que a tutela provisória de afastamento do cônjuge da morada do casal serviria apenas para docu-

⁷ COSTA FILHO, Venceslau Tavares e CASTRO JR., Torquato. *Ao regular separação judicial, novo CPC tira dúvidas sobre instituto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto>. Acesso em 06.10.2015.

mentar a data em que isso, de fato, ocorreu CAMARGO NETO, 2015, p. 10).

Decretada a separação, os cônjuges separados poderão constituir validamente união estável com outros companheiros, conforme inteligência dos artigos 1.723, parágrafo 1º, e 1.521, ambos do Código Civil⁸.

Ainda em sede de tutela provisória na ação de divórcio, está em voga a discussão a respeito do divórcio liminar, ou seja, a possibilidade de a antecipação da tutela desconstitutiva do vínculo matrimonial.

A partir da concepção de que o direito ao divórcio passou, com as inovações constitucionais advindas da Emenda Constitucional n. 66, de 2010, a ter natureza de direito potestativo, o magistrado poderia conceder o divórcio *inaudita altera parte*, uma vez que não há matéria de defesa quanto a esse pedido.

Assim, diante de uma demanda envolvendo divórcio, o magistrado poderia antecipar os efeitos desconstitutivos da tutela almejada, apenas e tão somente para conceder o divórcio, relegando à decisão final os demais pontos que serão objeto do contraditório (*v. g.*, partilha, guarda e alimentos). Pode-se vislumbrar, no caso, verdadeira tutela da evidência, diante da inexistência de qualquer defesa que pudesse levar à improcedência do pedido de divórcio. Seria possível, ainda, cogitar-se em tutela da urgência, diante do interesse de contrair novas núpcias, por exemplo.

O problema, muitas vezes ignorado nas notícias e artigos que celebraram a inovação, é verificar se a tutela provisória é o meio adequado para a tutela deste interesse. Ora, seria a precariedade de uma tutela antecipada (no sistema do Código de Processo Civil de 1973) compatível com o divórcio? Caso haja a antecipação da tutela e, com base nesta antecipação, seja permitido à parte casar-se com outra pessoa, como ficaria a situação diante do advento de uma revogação desta liminar, desistência da ação etc.? Quais seriam os efeitos para o segundo casamento?

Enfim, as questões suscitadas visam somente demonstrar que a antecipação da tutela não parece ser o meio correto e adequado para a pronta obtenção do divórcio. Mas a solução parece vir com o novo Código de Processo Civil, que regulamenta o julgamento antecipado parcial do mérito, no artigo 356. Esta técnica parece mais adequada e consentânea com os institutos em jogo.

Por fim, deve ser registrada a existência do Projeto de Lei 4.019/2008, que permite seja realizado o divórcio por meio da arbitragem. O projeto estabelece como requisito que o casal não tenha filhos menores e incapazes, e permite que

⁸ Código Civil. art. 1723. [...] § 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

questões como partilha de bens, alimentos entre ex-cônjuges, uso do nome etc., sejam decididos pelo árbitro.

A proposta legislativa está em andamento pelas Comissões (Seguridade Social e Família; Comissão de Constituição e Justiça), mas já encontra algum eco em produção acadêmica, sustentando que o fim do casamento não é monopólio da jurisdição, de modo que mesmo o Tabelião pode, por escritura pública, colocar fim à sociedade conjugal ou ao próprio matrimônio, de modo que não haveria motivo de cercear os cônjuges da solução arbitral, uma vez que o árbitro atua como juiz de fato e de direito, exercendo equivalente jurisdicional.

3.3 Separação e divórcio extrajudiciais

O novo Código também prevê o divórcio, a separação e a extinção da união estável, desde sejam consensuais e que não haja nascituro ou filhos incapazes, por meio de escritura pública, independente de homologação judicial (art. 733, do novo CPC). O dispositivo prevê ainda que a escritura constitui título hábil para qualquer registro ou levantamento de importância depositada em instituições financeiras (art. 733, parágrafo 1º). O parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que a escritura somente será lavrada se os interessados estiverem assistidos por advogado ou defensor público.

Como se vê, o Código conservou, em linhas gerais, os mesmos requisitos que a Lei n. 11.441/07, ao inserir o artigo 1.124-A no Código de Processo Civil de 1973, regulamentou o divórcio extrajudicial. As diferenças ficam pela inclusão do termo “nascituro” ao lado dos filhos incapazes, a fim de impossibilitar o divórcio extrajudicial também diante da existência de um nascituro. Além disso, o dispositivo previa no §3º, do artigo 1.124-A, do Código de Processo Civil de 1973, que a escritura e demais atos notariais seriam gratuitos àqueles que se declarassem pobres⁹, previsão inexistente no novel diploma, e que já está a gerar controvérsia.

Diante da ausência de previsão de gratuidade no novo CPC, o divórcio extrajudicial não poderá ser gratuito àqueles que se declararem pobres? Flávio Tartuce (2015, p. 371-372) critica a falta da previsão, dizendo que em razão dos altos custos para a maioria da população brasileira, às pessoas sem condições econômicas restaria somente o caminho do divórcio judicial, o que contrariaria o espírito da nova codifi-

⁹A Resolução n. 35, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe em seu artigo 7º, que basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, para obter a gratuidade, ainda que estejam assistidas por advogado constituído.

cação, que adota a “*agilização e a desjudicialização* como motes principiológicos”.

O autor segue sustentando que a norma do artigo 1.124-A, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil de 1973, continuaria em vigor, em razão do disposto no artigo 1.046 do novo Código de Processo Civil, que estabelece em seu caput a revogação da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973), mas em seu parágrafo 2º, dispõe que “*permanecem em vigor disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código*”, de modo que a gratuidade dos procedimentos extrajudiciais seguiria vigente, uma vez que foi introduzida por lei especial (Lei n. 11.441/2007).

Assevera, ainda, que a gratuidade de justiça para os atos extrajudiciais decorre da tutela da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988) e da solidariedade social (Art. 3º, inciso I, da mesma Constituição), além de haver menção expressa à gratuidade no artigo 5º, inciso LXXIV, da mesma Carta Maior, que assegura a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos (Ibidem).

Até o presente momento, a lei somente previa expressamente a possibilidade de divórcio e separação consensuais extrajudicialmente, mas já se alcançava a possibilidade de extinção da união estável por escritura pública, como decorrência do sistema como um todo. A inovação veio em boa hora para explicitar esta hipótese, que já era admitida pela leitura sistemática do Ordenamento (Ibidem).

Aliás, no sistema atual, há quem admita a escritura pública de separação de corpos, perante Tabelião do Cartório de Notas (DIAS, 2013, p. 1674-1675). Há, ainda, quem sustente que Autoridade Consular também possa realizar divórcio extrajudicial, sendo eficaz a partilha quanto aos bens situados no Brasil (respeito à Soberania do país estrangeiro).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muitos anos, o casamento foi visto como único meio para a formação de uma família legítima. Ele era compreendido como um vínculo indissolúvel, entre um homem e uma mulher. Qualquer outro relacionamento afetivo que não tivesse a chancela estatal (ou eclesiástica) estava relegada à margem do Direito, sem qualquer tutela Estatal.

Assim, qualquer pessoa que desejasse constituir uma família sob a égide do Estado deveria se submeter ao rito do casamento, ao qual permaneceria eternamente vinculado.

Todavia, a evolução da Sociedade e, portanto, do Direito, modificou esta

compreensão, sobretudo a partir da valorização do afeto como principal elemento do direito de família. A partir desta concepção, que ganha força no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, o Direito passa reconhecer como família não somente a matrimonial (formada a partir do casamento), mas também aquela formada por uma união estável ou mesmo por um dos genitores e seus filhos.

O divórcio e a separação judicial já estavam regulamentados no direito pátrio desde a Década de 1970, embora a Lei (e a própria Constituição então vigente) impusesse sérios requisitos para a sua concessão, inclusive mediante limitações temporais. Tais limitações foram abrandadas com a Constituição da República em 1988, e regulamentadas com o advento do Código Civil de 2002. Entretanto, para divorciar-se ainda era necessário passar pela prévia separação de fato (pelo prazo mínimo de dois anos) ou judicial (pelo prazo mínimo de um ano).

A Lei n. 11.441, de 2007, inovou ao permitir que o casamento (ou a sociedade conjugal) fosse extinto sem a intervenção do Poder Judiciário, por escritura pública, desde que de modo consensual e que não houvesse interesse de incapaz (filhos menores).

Na mesma linha, sobreveio a Emenda Constitucional n. 66, de 2010, que retirou da Constituição Federal todos os requisitos então existentes para a concessão do divórcio, o que levou a doutrina a compreender que o divórcio passou a ter natureza jurídica de um direito potestativo, ao qual não seria possível impor requisitos de qualquer ordem (prazos, aferição de culpa etc.).

Diante desta inovação, existe forte corrente doutrinária e jurisprudencial, no sentido de que todos os dispositivos que regulamentam a separação judicial ou extrajudicial, ou que impõem qualquer requisito para o divórcio, estariam abrogados diante da nova ordem Constitucional, que teria aplicação plena e imediata. É bem verdade que esta corrente não é pacífica, havendo vozes que sustentam a sobrevivência da separação no sistema atual, ao menos como uma faculdade dos cônjuges que não queiram mais continuar convivendo juntos, mas que não desejam colocar fim ao relacionamento de forma imediata e irrevogável.

Diante da polêmica posta, o Legislador preferiu manter o procedimento da separação judicial no novo Código de Processo Civil. Diante desta opção, há quem vislumbre um novo argumento pela manutenção da separação como forma de colocar fim à sociedade conjugal, sem, contudo, extinguir o vínculo matrimonial.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Né de. Divórcio e dissolução da família. In: **Doutrinas Essenciais: Família e Sucessões**. v. 3. São Paulo: RT, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. O divórcio no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. RT 511/30, mai./1978.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil**: anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973

CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volpe et al. **Regulamentação da separação consensual no Novo CPC merece aplausos**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-24/regulamentacao-separacao-consensual-cpc-mercede-aplausos>. Acesso em 22.10.2015.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil comentado**. Cezar Peluso (coord.). 7ª ed. Barueri: Manole, 2013

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Divórcio imediato e desaparecimento do direito de família. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP)**. v. 28, p. 19-29. jul.-dez./2011.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JR., Torquato. **Ao regular separação judicial, novo CPC tira dúvidas sobre instituto**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/regular-separacao-judicial-cpc-tira-duvidas-instituto>. Acesso em 06.10.2015.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; SILVA, Ana Carolina Alves da; SOUZA, Felipe Barros de. Perspectivas para a conciliação e mediação de conflitos familiares no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendên-**

cias do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

CRUZ, Mônica da Silva; WAQUIM, Bruna Barbieri. A (curiosa) transformação legislativa do direito de família brasileiro. **Revista dos Tribunais**. V. 944, jun./2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Separação judicial e divórcio:** aspectos fundamentais. In: *Doutrinas Essenciais: família e sucessões*. v. 3. São Paulo: RT, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Proclamação da liberdade de não permanecer casado (ou: um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). **Revista de Direito Privado**, v. 16, p. 46-64, out.-dez./2003.

FERREIRA, Luís Pinto. O divórcio no Brasil. In: **Doutrinas Essenciais: Família e Sucessões**. V. 3. São Paulo: RT, 2011.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Antonio da Costa. **O novo divórcio e a emenda 66/2010**. Disponível em: www.professorcostamachado.com. Acesso em 30.10.2015.

MAGALHÃES, Alex Pacheco. Divórcio liminar: instrumento de realização da felicidade afetiva. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4040, 24 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30424>>. Acesso em: 24 out. 2015.

MORAES, Mayna Marchiori de; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Possibilidade de aplicação da arbitragem no divórcio – eficiência e celeridade ao acesso à Justiça. In: **Revista dos Tribunais Sul**. V. 1/2013, p. 123-140, set.-out./2013.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil:** inovações, alterações e supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O sistema dual facultativo de dissolução do casamento no projeto do novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil:** estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. V. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio: cedo para comemorar**. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br>. Acesso em 30.10.2015.

SILVA, Erica Barbosa e; TARTUCE, Fernanda. Previsões sobre a via extrajudicial no novo CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil:**

estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. Dissolução do vínculo conjugal. **Revista dos Tribunais**, v. 742, p. 747-760, ago./1997.

STOLZE, Pablo. Divórcio liminar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3960, 5 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28187>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Novo CPC e Direito de Família. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4359, 8 jun. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/39838>>. Acesso em: 25 out. 2015.

STRECK, Lenio. **Por que é inconstitucional ‘repristinar’ a separação judicial no Brasil**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>. Acesso em 30.10.2015.

TAVARES, Fernando Horta; ASSIS, Zamira de. **O divórcio e a dissolução da sociedade conjugal no projeto do novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos**. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. V. 2. Salvador: JusPodivm, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Processos de família após a Emenda Constitucional 66/2010: repercussões processuais no divórcio e panorama do novo CPC**. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/index.php?view=download&alias=347-aspectos-processuais-novo-divorcio-fernanda-tartuce&category_slug=artigos-da-professora&option=com_docman&Itemid=217. Acesso em 25.10.2015.

TARTUCE, Flávio. **Argumentos constitucionais para o fim da separação de Direito**. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com>. Acesso em 25.10.2015.

_____. **O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

ZARIF, Cláudio Cintra. Das ações de família. In: **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A REGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO MECANISMO DE CONTROLE

*Tatiane Rochiti
Rafaela Rabelo Daun*

RESUMO

O trabalho aqui exposto, aborda Alienação Parental. Esta síndrome é estudada através da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, e tal lei dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. A Alienação Parental ocorre após a separação ou divórcio dos pais casados, no momento da escolha da guarda, uma vez que passam a manipular os filhos, quando não chegam em um acordo sobre quem vai ficar com eles. O código civil dispõe dois tipos de guarda: guarda unilateral e compartilhada e a doutrina traz um novo conceito de guarda, que é a alternada. Sendo assim a presente pesquisa tem como objetivo estabelecer uma relação entre os tipos de guarda e a Alienação Parental, porém a guarda unilateral é a que mais tem a tendência de desencadear a alienação. Ademais, a metodologia consiste em analisar jurisprudências e posicionamentos doutrinários acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE

Alienação parental, Divórcio, Guarda unilateral, Direito de visitas, Síndrome da alienação parental.

INTRODUÇÃO

A Alienação Parental é a mais grave forma de abuso emocional, ela se desencadeia após a separação conjugal, uma vez que o genitor faz com que a criança rejeite o outro genitor, através de manipulação. Geralmente essa reação ocorre por sentimento de vingança pelo ex-cônjuge e também para conseguir a guarda, e a síndrome da alienação parental é instaurada a partir do momento que a criança rejeita o alienado a ponto de não querer proximidade.

O Código Civil instaura que a guarda dos filhos menores, a princípio, seja exercida pelos pais, contudo há casos no qual o juiz determina que estes não possam exercê-la. Ainda que culturalmente seja mais viável que a criança permaneça com a mãe, quando houver conflito entre os pais, a guarda caberá sobre quem tiver melhor condições de cumpri-la, consoante o artigo 1.584, § 5º do código civil.

Antes do divórcio, ou separação conjugal, os pais exercem guarda simultânea sobre os filhos. Mas a guarda se altera após a desunião do casal, através do Código Civil brasileiro, que traz a opção da guarda unilateral ou compartilhada e da doutrina que adiciona a guarda alternada.

A guarda unilateral é a mais utilizada atualmente. A criança reside com apenas um dos genitores que fica incumbido de decidir sobre a vida da criança, e concomitantemente o outro fiscaliza e supervisiona, tendo o dever de visitas, que é um direito da criança. Já nasegunda opção de guarda, os pais devem dividir de forma equilibrada o tempo de permanência com os filhos, e desta forma deliberam juntos sobre a melhor educação dos filhos, sem que haja relação de chantagem, visando a harmonia. E o terceiro tipo que é a guarda alternada não é frequentemente utilizado.

Este resumo expandido aborda temas contemporâneos que são: síndrome da alienação parental e guarda de filhos em concomitância com o advento do novo código de processo civil. E o objetivo desta pesquisa, é ampliar o conhecimento dos pais e familiares sobre o assunto, uma vez que seus filhos podem estar sofrendo com este mal e necessitam de auxílio. Diante disso, o primeiro passo é reconhecer os efeitos negativos provocados por esta doença e sob a luz do novo código de processo civil, encontrar amparo constitucional e medidas conciliatórias que visa estimular a harmonia entre os cônjuges separados e o menor impúbere, no intuito de evitar transtornos mentais e afetivos tanto para os pais quanto para a criança.

CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA SÍNDROME

O tema da alienação parental, embora esteja presente nas relações humanas, encontra-se destacado recente no âmbito do direito de família, tendo em vista

que o próprio divórcio, se comparados à relação familiar, são institutos novos.

A promulgação da Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010 foi uma conquista para combater a alienação parental. E traz em seu artigo 2º a seguinte definição:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Figueiredo e Alexandridis (2011) classificam a alienação parental da seguinte forma:

Um fenômeno que geralmente está relacionado a uma situação de ruptura da família, diante da quebra dos laços existentes entre os genitores. Nestes casos um dos genitores, geralmente aquele que detém a guarda do menor, por intermédio do fomento de mentiras, ilusões criadas para intervir de forma negativa na formação psicológica da criança, com o intuito de minar a relação existente com o outro genitor por falsear ao alienado a realidade que o cerca em relação ao outro genitor. (FIGUEIREDO E ALEXANDRIDIS, 2011)

Lima e Mei (2009) em sua obra utilizam a definição da Alienação Parental elaborada por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica do depar-

tamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, assinalando quais as consequências provocadas pela influência emocional dos seres humanos.

É uma perturbação que acontece após a separação conjugal, que consiste no genitor “programar” de forma consciente ou inconsciente a criança que rejeite ou odeie o outro genitor sem justificativa, objetivando o afastamento e o desenvolvimento de afetos negativos da criança para com o outro genitor. A alienação parental é um fenômeno comum e corriqueiro que qualquer pessoa já deve ter observado, mesmo pessoas que não trabalhem com o tema ou tampouco tenham ouvido falar no assunto antes. (LIMA e MEI 2009, p. 60 - 61.).

Gardner acrescenta três estágios da Alienação Parental, sendo estes: leve, médio e grave. No estágio leve, há a dificuldade do genitor que possui a guarda em entregar o filho para visitar o outro. Porém, nesta situação a empatia do filho com ambos é positiva, a correlação é amigável e respeitosa.

Já no estágio médio, o alienador usa de vários recursos para afastar o filho do outro genitor, no intuito da criança sentir receio em conviver com este último. A compatibilidade de amor é resistente, mas não é benéfica em virtude do menor não conseguir se aproximar de um dos seus genitores.

E o terceiro e último estágio é o grave, marcado pelo pânico, gritos e comportamentos violentos por parte da criança diante da possibilidade de ter que visitar o outro genitor, a visita é praticamente impossível e o laço com o alienador: forte e patológico. Mas o carinho com o alienado parece desfeito.

Inicialmente, as crianças que sofrem de Alienação Parental apresentam um sentimento de culpa, na medida em que são manipuladas e envolvidas em mentiras, estão diante do amor e do ódio. Por isso é imprescindível que haja convívio e vínculo, para que o indivíduo possa construir uma visão assertiva do outro genitor que está semoto.

A alienação parental é também um abuso emocional que se concretiza em dizer, fazer, ou exigir algo de modo sistemático, e desta forma afeta o desenvolvimento emocional, além de desencadear dificuldade em estabelecer relações interpessoais por se sentirem usadas por quem mais amam. Tal abuso emocional pode desencadear doenças psicossomáticas, depressão, ansiedade e agressividade. Quando adulto, pode desenvolver patologias como: depressão crônica, insegurança e baixa autoestima. (LIMA E MEI, 2009).

EFEITOS DO DIVÓRCIO DOS PAIS SOBRE OS FILHOS

A separação dos cônjuges de fato não é sinônimo de separação entre pais e filhos. Ocorre que, se os genitores não chegam num consenso a respeito de quem vai ficar com a criança, o juiz é obrigado a intervir na guarda e impor questões relevantes como o direito de visita.

Neste sentido O Código Civil, em seu artigo 1.632 dispõe:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Ademais, Lobo (2006) ao falar sobre o poder familiar, lecionou:

A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade. (LOBÔ, 2006).

O nobre autor Madaleno (2013) dispõe em sua obra, a consequência do divórcio dos pais sobre os filhos, e os efeitos colaterais provocados nas etapas de crescimento do ser humano. É notório que cada pessoa cresce em etapas e quando estas são superadas de maneira esclarecedora e baseadas no conformismo com a realidade, resultará em um sujeito com o ego fortalecido e satisfeito.

A primeira etapa é após o nascimento, marcada pela confiança versus a desconfiança, pois o bebê percebe que não está em um ambiente hostil e precisa identificar confiança por parte da mãe, de modo que se sinta protegido e acolhido. Desta forma, o amadurecimento acontece de forma equilibrada se sentir segurança pela pessoa que está ajudando no seu desenvolvimento.

A segunda etapa é caracterizada pela autonomia em contraste com a vergonha e dúvida. A criança começa a explorar o mundo sozinha e percebe que existe regras sociais a serem seguidas. Por tanto, é imprescindível ser bem desenvolvido os paradigmas coletivos no tocante ao certo e errado para que floresça a autoestima positiva e determinada sobre o meio social. Nesta fase, o papel dos pais

é fundamental, por que cabe a eles de forma convicta indicar quais as condutas éticas e morais para se conviver em grupo.

A terceira etapa é a da iniciativa concomitantemente com a culpa da não realização de certas tarefas. É a fase de crescimento intelectual em que há uma maior percepção das diferenças sexuais, onde as meninas se inspiram nas mães e os meninos se inspiram nos pais.

A quarta etapa é a da diligência em relação a inferioridade, caracterizado pelo momento do aprendizado para a vida adulta e também o desenvolvimento de certas habilidades (motora, linguística, esportiva etc.).

O quinto ciclo é identificado por intimidade versus isolamento, marcada pela adolescência, onde acontece com frequência a confusão dos papéis, onde não se sabe se é adulto ou criança e é comum o isolamento caso ocorra alguma decepção. Na sexta etapa o jovem está em busca de relacionamentos duradouros e na impossibilidade de convivência com o próximo, sente-se perplexo, confuso e isolado. A sétima etapa é a da geratividade versus estagnação, pois o ser humano está na meia idade e quer transmitir seu legado.

A oitava e última fase, é a da integridade de ego versus desespero, nesta etapa estão presentes os idosos, que avaliam sua vida e muitos se desesperam pela impossibilidade de começar tudo de novo.

Estas etapas são crises pessoais do desenvolvimento humano e a separação é uma dessas crises que estende seus efeitos aos filhos. Contudo a dissolução altera o cotidiano da família, e os filhos são afetados se sentindo rejeitados e muitas vezes se sentem culpados pela separação.

TIPOS DE GUARDA E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA APLICAÇÃO DE DETERMINAÇÕES LEGAIS

O direito das famílias traz as classificações categóricas de guarda, bem como suas convicções práticas. O artigo 1.583 do código civil conceitua e fixa os requisitos da guarda unilateral e compartilhada.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve

ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

O código civil postula regras a ser cumprida no tocante a guarda do menor, não obstante, deixa de vislumbrar sob os efeitos colaterais da guarda unilateral, omitindo muitas vezes num caso concreto a proteção jurídica da criança que não possui aptidão mental para fazer escolhas tão sérias. Neste sentido, Welter (2009) faz a seguinte análise:

A guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos. (WELTER, 2009).

É possível que a guarda unilateral ou compartilhada seja requisitada por um dos pais, de acordo com artigo 1.584, inciso I do código civil.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

O ilustríssimo promotor de justiça, Leonardo Barreto Moreira Alves pondera acerca do instituto da guarda unilateral, partindo do ponto de vista negativo que sua má aplicação pode suscitar na vida da criança, pois ocasionalmente, um dos genitores solicita a guarda unilateral em juízo como apetrecho para manipular seu filho contra o ex cônjuge e assim, objetivando o ciclo vicioso de brigas e desentendimentos.

Não obstante, há de se ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, utilize-se dos seus próprios filhos como “arma”,

instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca dele, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade, fenômeno que já foi alcunhado como Fenômeno da Alienação Parental, responsável pela Síndrome da Alienação Parental (SAP ou PAS). (ALVES, p. 01).

A guarda alternada é pouco empregada nas decisões judiciais, possui aspectos capazes de prejudicar a vida social, escolar e afetiva da criança. Jorge Augusto Pais de Amaral (1997) traz o exímio conceito de guarda alternada.

A guarda alternada caracteriza pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, sendo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis se invertem. (AMARAL, 1997, p. 168).

Um dos modelos mais aplicáveis é a guarda compartilhada, eis que neste paradigma, tanto o pai quanto a mãe contribuem para o bom desenvolvimento da prole. Maria Antonieta Pisano Motta (1996) aborda este tipo de guarda como sendo um meio de resolução de conflitos.

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole. De ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. (MOTTA, 1996. p. 19).

O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) sistematiza a obrigação decorrente da guarda.

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Ocorre que o artigo 33 (caput) do ECA não especifica quais necessidades materiais, morais e etc. Por isso, Maria Helena Diniz (2004) faz a seguinte indagação:

“... Que melhores condições seriam essas? Econômico-Financeiras? Morais? De saúde, por não ser portador de um mal físico ou psíquico? De afinidade? Retidão de conduta? De manter o mesmo padrão de vida que a criança ou adolescente tinha, antes da separação dos pais? De proporcionar melhor educação ou qualidade de vida? permitindo o pleno desenvolvimento, inclusive o emocional da prole? De disponibilidade de tempo para cuidar dos filhos?”. (DINIZ, 2004. p. 279).

Apesar do artigo 33 do ECA não abordar medidas esclarecedoras, cumpre ao magistrado, no momento que for decidir a respeito da guarda, averiguar a condição social, mental e econômica de suprema insuficiência para o menor e fixar recursos legais para que os pais, mesmo aquele que não detém a guarda do menor, providenciar tais direitos indisponíveis.

O direito de visitas está previsto no artigo 1.589 do Código Civil. Além de ser uma garantia para a criança, também abrange o genitor que não esteja com a guarda, inclusive de seus familiares. Independentemente da escolha do menor ou a determinação legal sob quem ficará com o menor, a presença do pai ou da mãe que não detenha a guarda é fundamental para que a criança se sinta amparada e amada. Com base nisso, o referido diploma legal retro mencionado esclarece:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

PROTEÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONAL CONTRA A ALIENAÇÃO PARENTAL DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A lei 13.105, de 16 de março de 2015 trouxe uma reforma significativa no novo Código de Processo Civil, peculiarmente no que tange ao direito de família. Uma inovação considerável foi a introdução do instituto jurídico da alienação parental, inserida no capítulo X (Das ações de família). O que antes era uma mera prática abusiva, atualmente está regulamentado num Código baseado em princípios constitucionais. O artigo 699 do Código de Processo civil designa a precisão de especialistas no momento em que o juiz for ouvir o depoimento da criança ou adolescente. Este dispositivo, traz em sua essência uma medida protetiva para evitar a síndrome da alienação parental, situação corriqueira no judiciário e no cotidiano de muitos cidadãos.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

O juiz é a figura primordial na relação processual, pois ele julgará procedente aquilo que lhe convir sensato mediante a exposição dos fatos e do direito. Ocorre que em determinadas circunstâncias, o magistrado não possui aptidão técnica para examinar o psicológico ou a condição social do menor, razão pelo qual fará jus a um profissional habilitado para isso, no intuito de auxiliá-lo no desfecho da lide.

O código Civil de 2002, ao tratar do direitos das famílias trouxe grandes reflexos dos princípios constitucionais da Constituinte de 1988, notadamente no aspecto da afetividade. Em concomitância com o novo Código de processo Civil, vigente desde março de 2016 observa-se a sua aplicabilidade como forma de valorizar os direitos inerentes ao homem

“Assim, as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade” (PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E AS RELAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES).

O legislador ao incorporar a alienação parental no tópico das ações de famílias constatou a extrema imprescindibilidade de regulamentá-la fundada nas vertentes constitucionais, tencionando as boas relações familiares, razão pela qual um profissional dotado de conhecimentos específicos deverá fornecer equilíbrio na relação jurídico-processual, incentivando os pais a não praticarem ato atentatório contra a dignidade afetiva de seus filhos e consequentemente influenciar sobre quem detém a guarda. A conciliação entre os pais separados deve ocorrer antes de iniciar o procedimento da guarda, no intuito de bloquear qualquer interferência de afetividade negativa para o incapaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verifica-se que este mal assolador da humanidade existiu por muito tempo sem nenhuma proteção jurídica, social e psicológica eficaz. Percebe-se que somente nos dias atuais, em pleno século XXI é que fora desenvolvido medidas legais para sanar este problema que atinge constantemente milhares de pessoas. A aplicação da norma recaí num revérbero prático, ou seja, a decisão judicial é que norteia o futuro do menor, apesar deste, a partir de certa idade optar qual genitor será responsável por sua guarda, mas é neste ponto que mora o perigo, pois havendo esta oportunidade requer uma análise mais aguçada do magistrado para eliminar qualquer indícios da alienação parental.

Grandes mestres da psicanálise, citados no presente resumo expandido, interpretaram a síndrome da alienação parental como uma doença. Em virtude disso, o Código de Processo Civil tem a missão de adentrar nos litígios que versas sobre estes tipos de doenças, oferecendo auxílio para os ex cônjuges manterem a harmonia entre si, deletando qualquer ressentimento do passado que posso intervir sobre a afinidade com os filhos.

O novo Código de Processo Civil com caráter constitucional terá o poder de coibir práticas arbitrárias provocadas por um dos pais, ou até mesmo de ambos se for o caso. Visa promover a salvaguarda dos direitos fundamentais do menor incapaz, que sendo vítima de uma síndrome parental corre a ameaça de não ter alguns direitos básicos como a alimentação, educação, saúde, convivência familiar dentre outros, tudo isso pela questão de estar totalmente dominado pelo alienante. A dominação é tão forte que produz repúdio no outro genitor que em determinados casos, descumpra com suas obrigações.

REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Gergios. *Alienação Parental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Wania Claudia Gomes Di Lorenzo. MEI, Sueli Nery. **Psicologia Jurídica: A em foco**. Editoran Impetus. 2009.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental, importância da detecção, aspectos legais e processuais**. Editoran Forense. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371>>. Acesso em: 23 de agosto de 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. **“Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”**. In: *Guarda Compartilhada*. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. **A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/08**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-n-11-698-08>>. Acesso em: 23 de agosto de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º Vol. São Paulo: Saraiva, 2004.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: uma solução possível**. Revista Literária do direito, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996.

ANDRADE, Mariana Sobral. **Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=8400> Acesso em: 24 de agosto de 2016.

BRASIL, Código de Processo Civil (2016). **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 24 de agosto de 2016

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.

BRASIL, Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.

O DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO NO NOVO CPC

Nivaldo Fernandes Gualda Junior¹

RESUMO

Toda mudança na legislação, especialmente na Constituição gera controvérsias e entendimentos em vários sentidos, não foi diferente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 que fez despontar dúvidas e questionamentos de cunho jurídico e social. Buscamos estudar e analisar as alterações do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal que conferiu mudanças de suma importância ao instituto do divórcio. Na presente pesquisa, observou-se as diferenças entre dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal, como parâmetro introdutório a fim de apreciação do tema. Analisa ainda as alterações e discussões em relação ao Novo Código de Processo Civil que trouxe novas regras procedimentais para o divórcio e a separação. Buscamos apresentar os argumentos e entendimentos da doutrina, por fim, busca apresentar as mudanças trazidas pelo divórcio e separação e como dever-se-á proceder em relação a renovação deste importante instituto.

PALAVRAS-CHAVE

Divórcio. Separação. Casamento. Emenda Constitucional nº 66. Novo Processo Civil.

¹ Mestrando em Direito, em Teoria do Direito do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Pós Graduada na área de direito e processo civil pela Escola Superior da Advocacia () e pós graduado na área de direito e processo do trabalho pelas Faculdade Integradas Antônio Eufrasio de Toledo em Presidente Prudente – SP. Bacharel em direito pela Universidade do Oeste Paulista (2001). Professor universitário na Faculdade de Presidente Prudente (UNIESP). Advogado militante com ênfase em Direito civil, Direito Previdenciário, Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito de Família e sucessões. E-mail: advgualda@gmail.com

ABSTRACT

Every change in the law, especially the Constitution is controversial and understandings in many ways, it was no different with the enactment of Constitutional Amendment No. 66 of 2010 did emerge doubts and questions of legal and social nature. We seek to study and analyze the change of the 6th paragraph of Article 226 of the Federal Constitution which gave very important changes to the Divorce Institute. In this research, we observed the differences between the dissolution of the marriage partnership and the marital bond, as an introductory parameter to theme appreciation. It also analyzes the changes and discussions in relation to the New Civil Procedure Code which brought new procedural rules for divorce and separation. We present the arguments and understandings of the doctrine, finally, seeks to present the changes brought about by divorce and separation and how will it should proceed with the renewal of this important institute.

KEYWORDS

Divorce. Separation. Marriage. Constitutional Amendment No. 66. New Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade a análise de alguns artigos do código Civil que tratavam de assuntos referente ao casamento, divórcio, separação e sucessões ao direito de família no Código Civil e no novo Código de Processo Civil e as alterações sofridas pela Emenda Constitucional 66 e pelo novo código processualista.

Não temos a intenção de tratar inteiramente do assunto, ou de resolver todos os problemas, tanto de compatibilidade ou incompatibilidade dos referidos artigos junto a Constituição Federal.

O referido assunto apesar de já esta em discussão a 6 anos ainda é polemica, pois referida Emenda foi promulgada, mas, expressamente não tratou de revogar qualquer dos artigos referente a separação do Código Civil, até porque não seria possível tal alteração pela Emenda Constitucional. Cabe nesse caso a análise quanto a recepção da Constituição Federal frente a esses artigos específicos.

Deve-se ainda atentar que por ser tão recente o tema alguns assuntos não trarão decisões de julgamentos por tribunais, que será analisado sobre questões doutrinarias, dando opiniões com ênfase na legislação.

Com o surgimento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) ocorreram alterações quanto ao procedimento, exigências e formalidades para propositura da ação de divórcio e separação, o que a principio demonstra a possibilidade da manutenção de ambos os institutos.

Assim o presente trabalho aborda cada uma das justificativas apresentadas por doutrinadores e busca apresentar algumas soluções quanto a manutenção ou não da separação.

1. DIVORCIO E SEPARAÇÃO

No primeiro momento se faz necessário trazer algumas considerações sobre conceito, surgimento, evolução e diferenciação do divórcio e separação.

Iniciamos por um breve estudo histórico sobre o instituto da separação e do divórcio em nosso ordenamento jurídico, como leciona Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Stolze, 2010. p. 33) existiu quatro fases distintas:

É possível, inclusive vislumbrar quatro fases bem clara da evolução histórica do divórcio no Brasil.

- a) Indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal (ausência de divórcio);

- b) Possibilidade jurídica do divórcio, com imprescindibilidade da separação judicial como requisito prévio;
- c) Ampliação da possibilidade do divórcio, seja pela conversão da separação judicial, seja pelo seu exercício direto;
- d) O divórcio como simples exercício de um direito potestativo;

É certo que o casamento é um instituto dos mais antigos na humanidade já que seu fundamento é todo baseado em bases religiosas, sendo esse a principal forma de constituição familiar, mas não a única.

Diante desse aspecto religioso é que sempre se debateu quanto a possibilidade de tornar o mesmo solúvel o que sempre foi atacado pelos conservadores religiosos, como diz Maria Berenice Dias:

Foi a enorme influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal que levou à consagração do matrimônio como eterno: até que a morte os separe! (DIAS, 2010. p. 17)

Naquela época o Estado também tinha interesse em manter o casamento, pois essa era a única forma que se vislumbrava a conservação da família, que a muito tempo é considerara a base da sociedade e que lhe é conferida especial proteção, como até hoje é conforme artigo 226 da Constituição Federal.

Por força da igreja católica, religião com maior força em nosso País, até hoje o casamento realizado na igreja é indissolúvel, situação essa apreciada no Código Canônico em seus artigos 1134² e 1141³, que trouxe grande influência no Código Civil de 1916.

Esse mesmo código religioso em seu artigo 1151⁴ e 1152, § 1⁵, trazia a possi-

² Do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo que, por sua natureza, é perpétuo e exclusivo; além disso, no matrimônio cristão, os cônjuges são robustecidos e como que consagrados, com o sacramento especial, aos deveres e à dignidade do seu estado.

³ O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte.

⁴ Os cônjuges têm o dever e o direito de manter a convivência conjugal, a não ser que uma causa legítima os escuse.

⁵ Embora se recomende vivamente que o cônjuge, movido pela caridade cristã e pela solicitude do bem da família, não negue o perdão ao outro cônjuge adúltero e não interrompa a vida conjugal; no entanto, se não tiver expressa ou tacitamente perdoado sua culpa, tem o direito de dissolver a convivência conjugal, a não ser que tenha consentido no adultério, lhe tenha dado causa ou tenha também cometido adultério.

bilidade do chamado desquite, desde que tenha uma causa legítima, vejamos Maria Berenice Dias:

Mesmo indissolúvel o casamento, havia o desquite, que significava “não quites”, ou seja, alguém em débito para com a sociedade”. Tratava-se de um eufemismo: o desquite rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o vínculo do casamento. (DIAS, 2010, p. 17 e 18)

Se buscarmos os artigos originais do código Civil de 1916 em seu artigo 317, veremos que o desquite só poderia ocorrer pelos motivos elencados, ou seja, por uma justa causa, vejamos:

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I. Adultério.

II. Tentativa de morte.

III. Sevícia, ou injúria grave.

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Posterior à fase que não aceitava o divórcio, surgiu o movimento que, por força da evolução dos direitos individuais onde buscava a menor interferência do Estado na vida das pessoas, começou a aceitar alguma forma de dissolução do casamento, esse movimento é explanado por Maria Berenice Dias:

Os juízes não conseguiram conviver com invisibilidade a que estavam condenadas as uniões extramatrimoniais. Para evitar o enriquecimento sem causa, distinguiram companheiros de concubinos para driblar as restrições legais. Primeiro, timidamente, ditas uniões foram admitidas como relações de emprego. Via-se labor onde existia amor. Depois como meras sociedades de fato e não sociedades de afeto. Tais avanços acabaram por forçar o fim da hipocrisia. Daí o movimento para acabar com indissolubilidade do casamento. (DIAS, 2010, p. 17 e 18)

Entretanto esse movimento, que atendia o anseio de parte da sociedade, estava legalmente engessado em razão de não constar na Constituição Federal de 1967. Assim somente com a Emenda Constitucional nº 9/1977⁶ que alterou o artigo

⁶ Fato interessante sobre determinada emenda é comentada por Maria Berenice Dias Dias, que diz: A resistência era de tal ordem que foi preciso, inclusive, mudar o quórum de emenda à Constituição: de dois terços foi reduzido para maioria simples. (Maria Berenice. Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pg 19)

175 da CF de 1967 é que foi inserido a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial, com a seguinte redação.

O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Vê-se que no mesmo ano foi promulgada a Lei 6.515/77, chamada de Lei do Divórcio, que trazia a dissolução com a terminologia de separação e o Código Civil manteve a palavra desquite (redação original do artigo 267), porém utilizado ambos institutos de forma idênticas, já que ambos terminavam com a sociedade conjugal mas não dissolvia o vínculo matrimonial.

Referida lei (lei 6515/77) trazia em seu bojo além do divórcio, assuntos sobre a separação judicial, a guarda de filhos, o uso do nome, etc, e até a promulgação do atual código civil de 2002, esta lei era o ponto de referência sobre o direito de família sendo o Código Civil de 1916 utilizado de forma supletiva.

Atente-se ainda que até hoje a lei 6515/77 ainda é utilizada em alguns assuntos que versam sobre o direito de família especialmente matéria processual.

Com a Lei do Divórcio (6.515/77) que alterou o desquite para Separação no Código Civil, e com o respaldo Constitucional, passou-se admitir o divórcio porém, era necessário, anteriormente a separação.

Assim tínhamos dois institutos que colocavam fim ao casamento: (I) separação e (II) divórcio.

O instituto da separação não colocava fim a vinculo matrimonial, apenas a sociedade conjugal, sendo que o divórcio extinguiu o casamento.

Existiam duas formas para se pedir o divórcio os chamado divórcio indireto que consistia em passar por uma separação judicial, aguardar 3 anos e posteriormente transformar em divórcio.

Por outro lado existia a possibilidade do divórcio direto, que consistia em dissolver o vínculo conjugal antes da existência de uma separação judicial, assim era preciso preencher três pressupostos, sendo eles: I) estarem separados de fato há cinco anos; II) o prazo (5 anos) ter sido implementado antes da Emenda Constitucional; III) ter uma causa para separação.

Com a Constituição de 1988 houve alterações no instituto do divórcio direto e indireto, que em seu artigo 226 original trazia a família como base da sociedade, consagrando especial proteção do estado, e em seu § 6º instituía a forma de dissolução do casamento:

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia

separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Assim para que ocorresse o divórcio na modalidade direta era necessário que o casal estivesse separados de fato a mais de 2 anos, e não mais 5 anos, e não constou a necessidade de a culpa

Já quanto ao divórcio indireto era necessário a separação judicial por um período de 1 (um) ano para que pudesse ocorrer o divórcio.

Tais regras foram seguidas pelo atual Código Civil (lei 10.406/2002), em seu artigo 1580.

Já em 2010 com a Emenda Constitucional nº 66, chamada de “PEC do Amor” alterou o § 6º do artigo 226, tendo hoje a seguinte redação:

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

Em razão dessa nova redação surgiu novas discussões sobre como poderia ocorrer o divórcio, ou seja, se os artigos do Código Civil, relacionados a separação, ainda seriam mantidos ou se os mesmos foram implicitamente revogados, perdendo sua efetividade.

A doutrina majoritária, do qual incluímos os ilustres Pablo Stolze, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Paulo Lobo, dizem que, como a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição a mesma desapareceu da legislação infraconstitucional, dizendo que “é o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito potestativo” (Stolze. 2010. p. 13).

Por outro lado temos aquele grupo de doutrinadores que entendem não ter a Emenda Constitucional alterado a legislação infraconstitucional, essa teoria está sendo predominantemente utilizada nos tribunais do Rio Grande do Sul, no sentido de se manter o divórcio direto (após 2 ano de separação de fato) e o indireto (após 1 ano da separação judicial).

E a última corrente traz o entendimento de que cabe aos cônjuges a definição de qual instituto utilizar.

Para chegar a um raciocínio lógico precisamos expor as forma de dissolução do casamento:

2. FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

O Código Civil em seu artigo 1.571, traz as formas de dissolução do casamento, sendo elas:

Art. 1.571: A sociedade conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Assim merece atenção os institutos contidos no artigo 1571, que trata das formas de dissolução da sociedade conjugal, já que esse artigo seria afetado pela Emenda Constitucional nº 66, a qual faremos breve relatos sobre cada um dos casos.

Tanto a morte real como a presumida é a primeira forma de dissolução do casamento contida no Código Civil, e não poderia ser diferente até porque a morte cessa a existência da pessoa natural, sujeito esse de direito, e deixando essa de existir, inexistente seu direito.

Diante do § 1º podemos ver que a morte não só extingue a sociedade conjugal mas dissolve totalmente o casamento.

Com a morte de um dos cônjuges o outro passa para outro tipo de estado civil, saindo de casado para viúvo, alterando sua personalidade jurídica de casado, como ensina Maria Helena Diniz:

A morte de um dos consortes produz efeito dissolutório tanto da sociedade como do vínculo conjugal, fazendo cessar o impedimento para contrair novo casamento. Como tal falecimento, passa o outro cônjuge ao estado de viuvez, a que estão ligados determinados efeitos, principalmente se é o marido que morre. P. ex.: a mulher tem o direito de continuar usando o nome do marido, de herdar seus bens não havendo descendentes ou ascendentes, de casar-se após 10 meses de viuvez, a menos que tenha dado à luz a algum filho antes do término desse prazo. (DINIZ. 1996. p 200)

Não vamos nos aprofundar mais quanto a esse tipo de dissolução, mas para que fique claro, que a atual legislação admite a morte presumida como forma de dissolução do casamento trazemos o ensinamento de Rodrigo da Cunha Pereira:

Admite-se declaração judicial de morte presumida sem decretação de ausência em casos excepcionais, para viabilizar o registro do óbito, resolver problemas jurídicos gerados com o desaparecimento e regular a sucessão causa mortis, apenas depois de esgotadas todas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do óbito. O óbito deverá ser justificado judicialmente, diante da presunção legal da ocorrência do evento morte. E a data provável do óbito, fixada em sentença, demarcará o dies a quo em que a declaração judicial da morte presumida irradiará efeitos jurídicos e determinará a lei que irá reger sua sucessão (Código Civil, artigo 2041). Tal sentença, na lição de Mário Luiz Delgado, apesar de produzir efeitos erga omnes, não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que surjam novas provas, se tenha notícia da localização do desaparecido ou se dê o seu retorno. O declarado morto, com o seu regresso, volta ao status quo ante e a sentença declaratória judicial do seu falecimento deixará de ter existência ex tunc. (PEREIRA, 2011)

Portanto falecendo um dos cônjuges ou sendo declarado ausente, o casamento torna-se dissolvido, passando o cônjuge supérstite ao status de viúvo, como consta claramente no artigo 1571, § 1º do Código Civil. A segunda forma de termino da Sociedade Conjugal, é a invalidade do casamento em razão da nulidade ou da anulabilidade. O Código Civil em seu artigo 1.521⁷ apresentou aqueles que não podem se casar, são os impedidos, e o desrespeito acarreta a nulidade do casamento (artigo 1.548). A legislação civilista também traz aqueles que não devem casar, em um rol taxativo no artigo 1.523⁸, e a infringência sujeita à anulação do casamento:

A validade ou invalidade são atributos para a existência do casamento, sendo o que não chegou a existir como casamento para a ordem jurídica, não pode ter tido como válido ou inválido.

Para Fábio Ulhoa Coelho:

⁷ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁸ Art. 1523. Não devem casar: I) O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II) A viúva, ou mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III) O divorciado, enquanto não houver sido homologado ou decidida a partilha dos bens do casal; IV) O tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

A invalidade do casamento, por sua vez, pode derivar de sua nulidade ou anulabilidade. A única diferença de direito substancial entre as hipóteses é a possibilidade de convalidação do casamento anulável pelo decurso do tempo, enquanto o nulo não se convalida jamais.

“... no tocante à supressão dos efeitos do casamento inválido, esta se verifica na mesma medida tanto no casamento declarado nulo como cuja anulação se decretou. Desde a data da celebração, é como se o casamento não tivesse existido. Entre o marido e a mulher, o mínimo resquício de que um dia eles foram casados se apaga por completo. Na invalidação, ficam ressalvados apenas os direitos de terceiros de boa-fé e os resultantes de sentença transitada em julgado”. (COELHO, 2009, p. 60)

Faz-se necessário, destacar que em seu artigo 1563, C.C, nos esclarece que: *“a sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem resultante de sentença transitada em julgado”*.

Como terceira forma de dissolução da sociedade conjugal do artigo 1571 do Código Civil, traz separação judicial.

Quando o referido artigo diz que a separação judicial termina a sociedade conjugal quer dizer que *“põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido”*(GONÇALVES, 2009, p. 191)

Com a separação fica mantido os outros deveres do artigo 1566 do Código Civil, sendo: respeito e considerações mútuas, sustento, guarda e educação dos filhos e mútua assistência.

A separação pode ocorrer de forma consensual, quando resulta da vontade e conveniência das partes, sendo que nesse tipo pode ser tanto judicial como administrativa, mediante escritura pública nos termos da lei 11.441/2007, porém nesse caso só pode ocorrer se não houver filhos menores, ao contrário só caberia via judiciário.

O artigo 1574 do Código Civil trouxe uma limitação de tempo para que o casal possa requerer a separação consensual, sendo necessário o prazo mínimo de 1(um) ano de casado.

A separação também pode ser litigiosa, conforme artigo 1572 do Código civil, devendo fundamentar em uma das três espécies existentes: sanção ou culpa, falência ou remédio.

A separação por sanção ou culpa é baseada quando um dos cônjuges viola os deveres do casamento e torna insuportável a vida em comum, situação essa tra-

zida no artigo 1573 do Código Civil, in verbis:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Quando o casal está separado de fato a mais de 1 (um) ano, sem perspectiva de reconstituição, estamos diante da separação falência.

A última forma de separação ocorre quando um dos cônjuges estiver acometido de doença mental de cura improvável, por no mínimo 2 (dois) anos, estaríamos diante da separação remédio.

Deve-se atentar que a maioria dos processos de separação são baseada na separação sanção ou culpa, porém esse tipo de situação mantido pelo Código Civil, *“destoa da doutrina e jurisprudência moderna, que há muito tem se posicionado no sentido de não mais existir justificativa para atribuição da culpa a qualquer dos cônjuges, quando já ocorreu a falência da vida em comum e do vínculo afetivo que unia duas pessoas”* (CARVALHO, 2010, p 27)

Assim a separação dissolve apenas a sociedade conjugal, do qual traz o estado civil de separado, sendo uma situação jurídica intermediária entre o casamento e sua dissolução por meio do divórcio, sendo que a única vantagem, a princípio, do referido instituto é que o mesmo permitia a reconciliação do casal, restituindo a sociedade conjugal, não necessitando de um novo casamento

Vejamos o que Arnaldo Camanho de Assis expõem sobre a situação do separado:

“A separação judicial criava uma situação interessante: o casal, a rigor, já não era mais um casal, mas os cônjuges continuavam presos um ao outro pelo vínculo do casamento, que não se rompia com a sentença que decretasse a separação judicial. Isso exigia que, após a separação, e eventualmente superados possíveis dramas e traumas próprios do fim de um relacionamento, o casal se visse obrigado a se reencontrar para que fosse possível transformar o casamento em divórcio, reavivando, desnecessariamente, sofrimentos que já tinham sido vencidos” (ASSIS, 2010, pg 21)

Enquanto separados os cônjuges não podem contrair novo matrimônio, diferente do divórcio, última forma do artigo 1571, que não só termina a sociedade conjugal como dissolve o casamento.

O artigo 1571 em seu parágrafo 1º afirma que *o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio*, ou seja a separação não acabava com os vínculos jurídicos do casamento.

Dependendo do instituto – Separação ou divórcio – traria o fim a deveres diferentes do casamento.

Vejamos quais as obrigações do casamento que o artigo 1566 do Código Civil traz:

- Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
- I - fidelidade recíproca;
 - II - vida em comum, no domicílio conjugal;
 - III - mútua assistência;
 - IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
 - V - respeito e consideração mútuos.

Não nos cabe, nesse momento, analisar esses deveres dos cônjuges até porque não é esse tema do nosso trabalho, o que importa é que com o casamento os cônjuges terão as 5 (cinco) obrigações acima citadas.

Agora vejamos o que o próprio código civil em seus artigos 1575 e 1576 falam da exclusão dos deveres quando da separação judicial:

- Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.
- Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Assim é possível verificar nos artigos acima que a separação não extinguiu o casamento mas apenas 2 (dois) dos 5 (cinco) deveres elencados no artigo 1566, restando ainda a mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, que deve ser visto com ressalva, já que essa obrigação é independente do estado civil, e o respeito e consideração mútuos.

Concluimos que a separação nunca foi e não é o modo de extinção do casamento, mas apenas da sociedade conjugal, e esse instituto sempre existiu e ainda existe em nossa legislação.

Já quanto ao divórcio o Código Civil, baseado no texto original do artigo 226, § 6º da CF, instituiu algumas exigências temporais para sua concessão, sendo elas que o casal estivesse separado judicialmente a mais de 1 (um) ano ou que esti-

vesse separado de fato por mais de 2 (dois) anos.

O divórcio é mais abrangente que a separação, pois dissolve totalmente o casamento bem como a sociedade conjugal, não havendo mais nenhum vínculo entre os cônjuges, extinguindo todas as obrigações do artigo 1566 com exceção do IV que trata do sustento, guarda e educação dos filhos, que são inerentes ao Estado Civil.

Após o divórcio os cônjuges passam a ter o estado civil de divorciados, podendo inclusive contrair novo casamento, diferente da separação.

O presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, faz uma grande consideração sobre o divórcio e a separação:

Desde a Lei 6.515/77 tem sido feita a distinção entre 'terminar' e 'dissolver' o casamento. Foi necessário este jogo de palavras para dar alguma coerência ao incoerente e inútil instituto da separação judicial. Com já dito, ele veio substituir o desquite para satisfazer àqueles cuja religião não permite o divórcio. Dissolver ou terminar um casamento tem o mesmo sentido: o casamento acabou. A diferença essencial é que não se pode casar quem apenas se separou judicialmente, enquanto com divórcio é possível casar novamente.⁹

Assim tendo como base tais entendimentos é clarividente que não faz sentido prático, social, econômico e jurídico a manutenção da separação, porém temos que considerar que tal situação é moderna e que nossa legislação, tenta, mas nem sempre consegue alcançar tal modernidade.

A Emenda Constitucional nº 66 tem como fundamento primordial a facilitação do divórcio, as duas maiores questões que se apresentam é se a referida alteração extingue o instituto da separação judicial e se mantém a exigência de prazo para que ocorra o divórcio.

Tal questão é tão controversa que a Associação Paulista de Magistrados¹⁰ fez uma enquete com seus associados indagando se o instituto da separação ainda existia, sendo que dos 557 dos magistrados que responderam, 292 afirmaram que não extingui a separação e 265 tiveram posição contrária.

⁹ Pereira, Rodrigo da Cunha. A emenda constitucional nº 66/2010 www.ibdfam.org.br

¹⁰ http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=46641utm_source=PmwebCRM-AGECOMUNICACAO&utm_medium=Edi%C3%A7%C3%A3o%20N.%201222%20-%2016.SET.2010

3. MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO NO ORDENAMENTO JURIDICO

Como já dito a doutrina majoritária vem entendendo que a Emenda Constitucional nº 66 trouxe a extinção do instituto da separação.

Essa parte da doutrina tem como fundamento primordial que o divórcio é muito mais vantajoso que a separação, como expõem Pablo Stolze Gagliano,:

Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o *strepitus fori* – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e; finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos (STOLZE, 2010, p. 56).

Assim são bem claros os benefícios do divórcio em comparação a separação, sendo essa a maior razão para extinguir esse instituto, inclusive sendo fundamentada pela justificativa apresentada pelo deputado Dep. Sérgio Barradas Carneiro¹¹ que assinou o projeto de alteração da Constituição.

¹¹ “A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 33/07)

Outros doutrinadores também trazem suas justificativas, como Rodrigo da Cunha Pereira:

A tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos ocidentais é que o Estado interfira cada vez menos na vida privada e na intimidade dos cidadãos. Se não há intervenção do Estado na forma e no modo de as pessoas se casarem, por que ele interfere tanto quando o casamento termina? Os ordenamentos jurídicos de países cuja interferência religiosa é menor não têm em seu corpo normativo a previsão deste sistema dual. (PEREIRA, 2010)

Analisando essas premissas, a separação (contida no Código Civil) realmente estaria extinta, porém tais fundamentos não parece respeitar as regras Brasileiras de revogação legislativa contidas no artigo 2º da lei de introdução ao Código Civil :

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Veja que a lei mais nova (EC nº 66) não expressa em seu texto a revogação da mais antiga (Código Civil), também não dispõem de forma especial sobre o tema já existente, de forma que, juridicamente, parece que não seria revogado o instituto da separação.

Os autores que defendem a extinção da separação também responderam a tal questionamento afirmando que ocorre a inconstitucionalidade superveniente das normas legais ordinárias, já que a referida lei é anterior a alteração Constitucional, vejamos Pablo Stolze:

Em síntese, com a nova disciplina do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto do ordenamento brasileiro, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda da norma validante (entendimentos que abraçamos, do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos) (STOLZE, 2010, p 59)

Portanto verifica-se que essa parte da doutrina vem explicitando que a legislação que trata da separação é incompatível com a nova redação do § 6º do artigo 266 da Constituição Federal, devendo revogar tais disposições, sendo esse também o entendimento do Presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira:

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. (PEREIRA, 2010)

O grande doutrinador do direito de família, Paulo Lobo, afirma:

(...) a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal, que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela Constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal (LÓBO, 2009, p 9).

Sobre tal situação é que nesse caso, de inconstitucionalidade interveniente, quem deve verificar é o STF, por meio do controle concentrado de Constitucionalidade, porém até a presente data o mesmo não se pronunciou.

Essa corrente afirma que com a extinção da separação não haveria mais a necessidade de separação judicial por 1 (um) ano ou da separação de fato por 2 (dois) anos, passaria o divórcio a ser um direito potestativo da parte.

Além do mais não teríamos mais a necessidade de culpar algum dos cônjuges para que reconheça o divórcio.

Por tal corrente estariam revogado os artigos 1572 a 1578 do Código Civil.

Contrário as alegações acima, temos a corrente que afirma a manutenção da separação, corrente essa muito utilizada no estado do Rio Grande do Sul, e abraçada pelos doutrinadores: Flavio Tartuce, Francisco Vieira Lima Neto, Adriano Mar-

telete Godinho, Euclides de Oliveira, Nemércio Rodrigues Marques.

Essa corrente afirma que não haveria revogação dos artigos do Código Civil que tratam da separação, mantendo assim a necessidade de passar pela separação judicial por 1 (um) ano ou de fato por 2 (dois) anos, não podendo ser feita diretamente.

Para sustentar a referida tese nos reportaremos inicialmente ao entendimento e explicação mais do que plausível do Francisco Vieira Lima Neto:

“O primeiro argumento em defesa dessa nova tese é normativo: surge da leitura comparada da redação anterior da Constituição e da atual (§ 6º do art. 226); ela nos permitirá concluir que o texto da Emenda 66 limitou-se a excluir do parágrafo a referência à Separação (judicial ou de fato) como requisito para se obter o Divórcio. Mas, isso não significa dizer que a Separação desapareceu do mundo jurídico.

O segundo argumento é de ordem teleológica: qual a finalidade da Emenda? Como está claro nas exposições de motivos do projeto, o objetivo foi o de facilitar o divórcio. E o Congresso Nacional atingiu esse objetivo ao extinguir o único requisito que persistia para decretação do divórcio: o “tempo de separado”. Assim, não há mais “tempo de separado” a ser cumprido: uma pessoa pode se casar hoje e se divorciar amanhã. O propósito da alteração Constitucional não era acabar com a Separação Judicial, mas sim com o período de tempo em que as pessoas deveriam permanecer separadas para que pudessem se divorciar. Vale dizer, a Separação (judicial, extrajudicial ou de fato) deixou de ser aquele “estágio probatório” que o casal deveria cumprir antes de requerer o divórcio.

O terceiro argumento tem a ver com a liberdade; como se sabe, o Direito Civil, ao contrário de outras áreas do Direito, procura ser o reino da liberdade, tanto é que um de seus princípios fundamentais é o da Autonomia da Vontade. Desse modo, as normas de Direito Civil devem ser interpretadas com o cuidado necessário para se restringir o mínimo possível os interesses privados. Por que concluir que um casal não poderia se separar consensualmente sem se divorciar? A que bem maior, a que interesse social essa interpretação restritiva atenderia? A nenhum. Como a Constituição não extinguiu expressamente o direito de se separar, e considerando que a manutenção desse direito no sistema não traz mal nenhum, ao contrário, atende a um interesse do casal (motivo religioso, econômico, esperança de voltar a conviver junto) a conclusão é a de que ainda é juridicamente possível a Ação de Separação, especialmente, mas não unicamente, quando for consensual (NETO, 2010).

O principal argumento que se tem para defender a manutenção da separação é que expressamente não ocorreu a revogação do instituto pela Emenda Constitucional, esse entendimento vem sendo aplicada especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vejamos alguns julgados:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano Constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição Constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (TJ-RS. Agravo de instrumento nº 70.041.298.191. 7º Camara.Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 18.02.2011)

Deve-se atentar que em uma análise sumária não se vislumbra utilidade da antiga separação, porém, temos que fazer uma análise teórica sobre o instituto da separação, para somente após isso concordar ou não com sua manutenção.

Analisemos a antiga redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, ou seja, antes da Emenda Constitucional nº 66 que trazia:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após a prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Assim é possível verificar que o casamento poderia ser dissolvido pelo divórcio, mas para tanto precisava de determinado lapso de tempo (um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato) já a nova redação do parágrafo 6º do artigo 226, traz a seguinte redação: *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.*

Veja que o legislador manteve o início do referido artigo, retirando o lapso temporal para que ocorra o divórcio, mas manteve em sua redação as palavras

“pode ser”, o que a nosso ver deixou ao legislador infraconstitucional a opção de dissolver o casamento civil por outro modo, não só pelo divórcio.

Sabemos que o instituto da separação não dissolve o casamento, apenas a sociedade conjugal, porém em nada impediria a Constituição que fosse criada outra forma de dissolução do casamento.

Chegamos à conclusão que se a lei infraconstitucional (Código Civil) pode instituir outra forma de dissolver o casamento, poderia trazer outras formas de terminar a sociedade conjugal, utilizando a antiga máxima de que “in eo quod plus est semper inest et minus” ou seja quem pode mais pode menos, aqui aplicada a lei.

Pensar de forma diferente, aceitaríamos que a única forma de dissolver o casamento é o divórcio, e então perguntamos como ficaria a situação quando um dos cônjuges vier a falecer? Pois a morte dissolve o casamento por um dispositivo legal contido no Código Civil.

Essa seria a primeira análise quanto a manutenção da separação, que, diga-se de passagem, até a presente data, expressamente, não foi revogado.

Para corroborar o entendimento da manutenção da separação vejamos a resolução nº 35 do CNJ, que foi alterada pelo plenário, na 112ª Sessão Ordinária, de 14/09/2010, mantendo a separação:

Art. 52. Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso. É dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.

Nossa Carta magna nunca trouxe a separação como instituto de extinção do casamento, e hoje não é diferente de modo que em nosso entendimento de os cônjuges quiserem se separarem hoje ainda seria possível.

Alguns doutrinadores afirmam que é possível a separação de corpos via judicial, e ao menos tempo afirma que não se deve manter o instituto da separação, o que parece ilógico, ou se entende que a separação é inconstitucional e abolimos todas as regras da mesma, ou se mantém o referido instituto considerando Constitucional.

Entendemos que apenas o artigo 1580 do Código Civil, onde consta o prazo para pedir o divórcio estaria revogado, por ser contrário a lei maior.

Portanto as partes poderiam pedir o divórcio a qualquer momento, não necessitando culpa de um dos cônjuges, e nem mesmo a obrigação da partilha de bens

e guarda dos filhos, podendo ser feita posteriormente, sendo possível pedir a separação judicial ou extrajudicial, do qual continuaria atendendo os requisitos da lei.

O que não podemos discordar da doutrina é que na prática a utilidade seria pouca já que a princípio não existe limitação de tempo, jurídica ou requisitos para o divórcio, como consta no artigo 1573 do Código Civil.

Um situação que poderia justificar a utilização da separação é que o casal queira “dar um tempo” na relação, para verificar se deve ou não continuar com o casamento, e pediria a separação ao Estado, do qual a qualquer momento poderia pedir o restabelecimento do casamento.

Se esse casal resolvesse se divorciar ao invés de separar judicialmente, e resolvam “reatar” o casamento eles poderiam casar novamente, porém tal instituto é muito mais burocrático do que o restabelecimento contido no artigo 1577 do Código civil.

Outro argumento para propor a ação de Separação ao invés do divórcio, é querer comprovar a culpa do outro no fim do casamento, isso na busca de possível herança, regra contida no artigo 1.830¹².

Nesse caso, demonstrado que a convivência se tornou impossível por culpa do falecido, é viável pleitear a herança mesmo estando separados.

Desse modo é possível concluir que apesar de forte tendência em abolir a separação essa ainda existe em nosso ordenamento jurídico, cabendo as parte escolher entre divórcio ou separação, porém o prazo contido no Código Civil para pedir o divórcio, esse sim é incompatível com a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, e portanto deve ser entendido como revogado tacitamente.

Tal afirmação é explanada por Flavio Tartuce:

Afinal de contas, a Constituição Federal apenas afastou a exigência prévia de separação para o divórcio, mas não repeliu expressamente a previsão infraconstitucional da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal. Há quem sustente que a separação continua em vigor como uma faculdade aos cônjuges que, querendo ‘dar um tempo’, preferem formalizar essa separação, sem romper o vínculo matrimonial. Eventual reatamento dos laços afetivos desses cônjuges separados não haverá de passar por novo casamento, com todas as suas formalidades, mas se aperfeiçoará pelo restabelecimento da sociedade conjugal, ato bem menos formal, que pode ocorrer por via judicial ou extrajudicial (TARTUCE, 2016).

¹² Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Esse inclusive parece ser o entendimento do STJ, pois entendemos que o mesmo afastou apenas a exigência de requisitos para o divórcio.

1. Em razão da modificação do artigo 226, parágrafo 6º da CF, com a nova redação dada pela EC 66/10, descabe falar em requisitos para concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entender ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação” (STJ RESP 1483841)

Pelas justificativas acima, é que devemos entender que a separação não deixou de existir em nosso ordenamento jurídico, e vamos apresentar o que o novo CPC trouxe sobre tal assunto.

4. A SEPARAÇÃO APÓS O NOVO CPC

O novo CPC (lei 13.105/2015) trouxe algumas considerações sobre o divórcio e separação, criando regras processuais para propositura dos referidos institutos, e que demonstrar que o legislador entende pela manutenção da separação, como direito subjetivo das partes.

Não podemos deixar de comentar que o artigo 3º do atual Código de Processo Civil, se preocupou, além do princípio constitucional do acesso a justiça, também com o Princípio de conciliação das partes, trazendo como obrigação Estatal a solução consensual dos conflitos.

Desse modo é possível afirmar que um dos princípios do Novo CPC é a busca da solução dos litígios pelas próprias partes, buscando sempre a ideia de restabelecer a situação sem o conflito.

Esse princípio vem exatamente reforçar uma das justificativas para manutenção da separação, já que o casal separado judicialmente, caso venha a “reatar” basta apenas avisar o Poder Judiciário e restabelecer o antigo casamento, o que no divórcio exigiria um novo casamento.

Ademais, se o legislador tivesse a intenção de extinguir a separação não deveria acrescenta-la em várias disposições do novo CPC, entre eles: artigo 23, III; artigo 53, I; artigo 189, II; Artigo 189, § 2º; Artigo 693; Artigo 731; Artigo 732; e Artigo 733;

Vejamos que os dois primeiros artigos (artigos 23, III e 53) tratam de competência, inclusive o último alterando, na inexistência de filhos, o foro competente para o último domicílio do casal, o que merece aplausos diante de uma atualização,

com base no princípio da igualdade, sendo que antigo Código que determinava o foro como o domicílio da mulher.

O novo CPC reforçou o princípio constitucional da publicidade, quando em seu artigo 189 afirma que os atos processuais são públicos. Entretanto, por princípios de proteção e dignidade da pessoa, traz, no inciso II, que as ações que versem, entre outras, sobre separação, tramitaram em segredo de justiça.

Desse modo não é forçoso concluir que a legislação permite a propositura desse tipo de ação, e traz inclusive uma formalidade a ser respeitada – segredo de justiça, comprovando a manutenção da separação.

Referida manutenção é reforçada pelo artigo 733 que permite a separação convencional, mediante escritura pública, desde que o casal não tenha filho incapaz, de modo que via Cartório é possível que a pessoa tenha o Estado Civil de separado.

A mesma situação ocorre com o artigo 731 que regula a homologação judicial de divórcio ou separação convencional, dando poder ao juiz em reconhecer o pedido das partes caso venham optar pela separação e não o divórcio direto.

No caso de pedir divórcio ou separação consensual as partes devem constar em sua petição: I) Guarda dos filhos incapazes, visita e alimentos para esses; II) O valor dos alimentos ou não exercício do direito de alimentos entre os cônjuges; e III) a descrição e partilha dos bens.

Essa disposição é contrária ao artigo 1581¹³ do Código Civil, que desobrigava tratar de guarda, visitas, alimentos e partilha no divórcio, o que deve entender que será necessário agora tratar de referido assunto, haja vista, que trata-se de norma processual, sendo específico o CPC para regular.

Assim apesar da forte corrente de que a separação deixou de existir, entendemos que a mesma ainda permanece em nosso ordenamento jurídico cabendo as partes a escolha por qual instituto utilizar, situação esse reforçada pelo CPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande polêmica que envolve a Emenda Constitucional nº 66 é a manutenção do instituto da separação e os requisitos anteriormente existente no artigo 226 para concessão do divórcio que, expressamente não foram revogados do código civil, do qual consta no artigo.

¹³ Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

É certo que muitos doutrinadores bem como a própria justiça já se manifestaram sobre a manutenção da antiga separação, sendo que de forma quase unânime posicionam-se a sua total inexistência após a alteração do artigo 226 da Constituição Federal pela Emenda nº 66, afirmando que a Constituição Federal não recepcionou os artigos do Código Civil que cuida da separação.

Essa parte da doutrina fundamenta sua ideia que o Estado deve interferir o mínimo possível nas decisões individuais e da família, bem como que manter o instituto da separação é um retrocesso jurídico e social, pois não faz sentido mantê-lo, já que esse foi criado em manifestações religiosas, que hoje não atende mais ao anseio da sociedade moderna.

Razão assiste a essa doutrina quando justifica ser desnecessário, antiquado e custoso, além de “desumano” manter o instituto da separação.

Entretanto em situações diferente decide alguns Tribunais e o próprio CNJ que autoriza a realização da separação, aplicando a outra parte da doutrina que verifica ser possível manter o instituto da separação.

Parece que essa segunda corrente deve ser aceita, pois a Emenda Constitucional nº 66, não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação, também não é incompatível com esse ordenamento jurídico, pois a separação não extingui o casamento, apenas dissolve a sociedade conjugal, opção essa que pode ser dada ao casal.

O que também deve ser destacado é que o prazo contido no Código Civil para pedir o divórcio, esse sim é incompatível com a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, e portanto deve ser entendido como revogado tacitamente. E agora com o novo CPC verificamos que foi reforçada a manutenção da separação, diante do artigo 23, III; artigo 53, I; artigo 189, II; Artigo 189, § 2º; Artigo 693; Artigo 731; Artigo 732; e Artigo 733.

Destaca-se que em tais artigos e na legislação processualista foi criado regras e procedimentos específicos para esse tipo de ação.

Portanto é de se ressaltar que deve ser mantido tanto o instituto da separação como o instituto do divórcio, esse sem a necessidade de comprovação da separação de fato por 2 anos ou da separação judicial por 1 ano, tanto que ainda hoje temos as pessoas separadas, e falar em sua revogação estaríamos tirando esse estado civil.

Destaca-se ainda que alguns juízes e tribunais vem entendendo que não existe mais a separação e outros vem entendendo haver a separação, inclusive sendo necessária para o pedido de divórcio, o que demonstra uma grande insegurança jurídica que só deve ser suprimida por decisões da cortes superiores - STJ e

STF -, e dependendo da decisão poderá gerar uma polêmica ou problemas sociais maior ainda, pois se decidir que não existe mais a separação, como ficaria as pessoas que foram separadas com decisão ou homologação judicial, após a Emenda Constitucional nº 66, seria transformada diretamente em divórcio, ou voltariam a serem casadas?

Em decisão diferente, ou seja, se a nossa Suprema Corte, julgar que deve manter a separação como requisito do divórcio, todos os divorciados após a Emenda Constitucional nº 66, deveriam ser decretadas nulas e as pessoa voltariam a ser casadas, ou seriam transformadas em separação.

A nosso ver a posição de segurança não apenas jurídica mas sim social e prática, é que o Poder Judiciário deve reconhecer a existência de ambos os institutos, deixando a cada parte escolher o que for mais conveniente.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). constituição da república federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04 Set. 2016.

_____.(2002) Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 04 set. 2016;

_____.(1916). Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 04 Set. 2016.

_____.(2015). Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 02. Set. 2016.

CARTAXO, Fernando Antônio da Silva. **Teoria e prática das ações no direito de família**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio: judicial e administrativo**. Belo Horizonte. Del Rey, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família e Sucessões**. 2. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Divorcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de Julho de 2010**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **EC 66/10 – e agora?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>. 201> Acesso em 15 mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5. Vol. Direito de Família: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de Direito civil brasileiro**. 5. Vol. Direito de Família: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo STolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Emenda Constitucional n. 66 e as controvérsias sobre o novo regime jurídico do divórcio**. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/Emenda-Constitucional-n-66-e-as-controversias-sobre-o-novo-regime-juridico-do-divorcio/27/>. Acesso em 04 set. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI: direito de família**. 6º Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARA. Paula Maria Tecles. **Comentários à Emenda Constitucional nº 66/2010**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>> Acesso em 15 jul. 2011

LIMA NETO, Francisco Viera. **EC do divórcio não extinguiu a separação judicial**. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-28/ec-divorcio-nao-extinguiu-separacao-judicial-ordenamento-juridico>> Acesso em 04/09/2016.

LÔBO, Paulo. **A PEC do divórcio: consequências jurídica imediatas**. In: Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões, vol. 11, PP. 05-17, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 8, ago./set. 2009.

_____. **Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>>. Acesso em 04 set. 2016.

MARQUES, Nemércio Rodrigues. **Separação não foi revogada pela PEC do Divórcio**. Disponível em: <http://www.arpenrio.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2910&Itemid=83> Acesso em 10 jul 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil; v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVERIA, Euclides de. **Separação ou divórcio? Considerações sobre a EC 66.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Último acesso em 10 jul. 2011.

PEREIRA, Amanda Cristina Freitas. **Morte presumida sem decretação de ausência e o retorno do cônjuge: efeitos jurídicos matrimoniais.** Revista Jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/Artigos/PDF/Amanda-Cristina_Rev88.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2011

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidade entre separação e divórcio e o direito intertemporal.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>> Acesso em 22 Jul. 2011.

RAVACHE, Alex. **Divórcio, separação e culpa após a Emenda Constitucional nº 66/2010.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29540>>. Acesso em 04 set. 2016.

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Divórcio: teoria e prática: após a Emenda Constitucional nº 66/2010.** Bauru - SP. Edipro. 2010.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do Divórcio: Cedo para comemorar.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>> Último acesso em 10/10/2011.

SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil.** Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2308402/a-emenda-constitucional-n-66-e-o-divorcio-no-brasil>>. Acesso em 05 set. 2016.

STOLZE, Pablo. **O novo CPC e o direito de família: Primeira impressões.** Disponível <<http://salomaoviana.jusbrasil.com.br/artigos/195620876/o-novo-cpc-e-o-direito-de-familia-primeiras-impressoes>> Acesso em 04 set. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial - RESP nº 1483481 RS 2014/0058351-0. Relator. Min. Moura Ribeiro. Brasília. Julgado em 17/03/2015. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178707330/recurso-especial-resp-1483841-rs-2014-0058351-0>>. Acesso em 04/09/2016.

TARTUCE, Flavio. **Da infeliz manutenção da separação de direito no novo Código de Processo Civil.** Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI227654,31047-Da+infeliz+manutencao+da+separacao+de+direito+no+novo+Codigo+de>> Acesso em 05 set. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS). Agravo de instrumento nº 70.041.298.191. 7º Câmara. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 18.02.2011.

OS REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CAPACIDADE CIVIL

THE CONSEQUENCES OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND STATUS OF THE PERSON WITH DISABILITIES IN CIVIL CAPACITY

*Shauma Schiavo Schimidt
Thaís Lopes Franco*

RESUMO

O presente artigo tem como escopo analisar a capacidade civil, no que tange à condição do deficiente no ordenamento jurídico. Inicialmente apresenta uma reflexão acerca do instituto da curatela e as conseqüentes mudanças advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com o advento do referido Estatuto, Lei 13.146 de 2015, retira-se da pessoa com deficiência a condição de incapaz. Desse modo, parte-se para a análise da curatela, como medida extraordinária e do novo instituto denominado tomada de decisão apoiada. Em um segundo momento, anuncia-se as mudanças no processo de interdição trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. Em uma dimensão positiva, o propósito desses novos institutos é o de promover a função atribuída pela Constituição Federal de conferir dignidade ao deficiente, na medida em que viabilize a sua liberdade.

PALAVRAS-CHAVE

Interdição. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This article has the objective to analyze the civil capacity, with regard to the poor condition in the legal system. Initially it presents a reflection about the curatorship of the institute and the consequent changes stemming from the Statute Person with Disabilities. With the advent of the Statute, Law 13.146 of 2015,

withdraws from the disabled person unable to condition, thus we proceed to the analysis of trusteeship, as an extraordinary measure, and the new institute called making supported decision. In a second moment, we announce the changes in the interdiction process brought about by the new Civil Procedure Code. On a positive dimension, aimed at conferring dignity and freedom to the disabled, the purpose of these new institute are to promote the role assigned by the Constitution to confer dignity and the poor, to the extent that enables their freedom.

KEYWORDS

Interdiction . Status of person with disabilities. New Civil Procedure Code.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de capacidade civil sofreu grande transformação com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 2015), os quais refletiram em modificações no Código Civil, principalmente no que tange ao instituto da interdição.

O Novo Código de Processo Civil condensou e estruturou o procedimento da ação de interdição em seus artigos 747 a 758, disciplinando diretrizes que devem ser adotadas para a declaração da incapacidade de uma pessoa. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 2015, estreia um sistema normativo inclusivo, privilegiando o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir desse diploma legal, a pessoa com deficiência, ou seja, aquele que apresenta um impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial não pode mais ser considerado civilmente incapaz, mesmo que necessite de medidas protetivas de assistência por meio da tomada de decisão apoiada ou da curatela, que são efetivados por meio de um processo de interdição.

Dessa forma, a curatela segue com uma nova roupagem e como uma medida extrema, pois nessa linha de preferência desponta o instituto da tomada de decisão apoiada, na qual ao menos duas pessoas ligadas à pessoa com deficiência lhe prestam apoio para os atos da vida civil. A interdição não desaparece do ordenamento jurídico pátrio, apenas passa a ter nova disciplina jurídica, diferente daquela que vigorou durante muito tempo, mas agora limitada aos atos de natureza econômica e patrimonial.

Tendo em vista que o Novo Código de Processo Civil entrou em vigor com dispositivos atingidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, torna-se necessário um estudo sobre o que cada diploma trouxe de novo para a questão da capacidade civil e da interdição, levando-se em conta que devem ser não somente analisados, mas aplicados, de forma a se efetivar a melhor proteção à pessoa e o princípio da dignidade da pessoa humana.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA CAPACIDADE CIVIL E DA CURATELA

Primeiramente, antes de iniciar a análise a respeito das principais mudanças ocorridas no processo judicial de interdição trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, é fundamental começar com a apresentação do instituto da curatela, seu conceito e sua incidência a fim de que se possa compreender a dimensão desse

instituto e as suas alterações, bem como os benefícios e desvantagens que lhe são inerentes para o ordenamento jurídico pátrio.

Parte-se da regra geral de que todas as pessoas maiores são capazes. Desta forma, as incapacidades devem ser declaradas por meio de procedimento próprio. Diante dessa assertiva, pode-se concluir que a capacidade é presumida ao passo que a incapacidade deve ser devidamente comprovada.

A curatela está totalmente relacionada com a capacidade das pessoas. Ela é atribuída às pessoas que portam algum tipo de limitação e por conta disso encontram-se transitória ou permanentemente incapacitadas de gerir de maneira independente a própria vida necessitando de auxílio para que possam praticar atos corriqueiros da vida civil.

Como elucida Bevilaqua (2001, p. 465) a curatela é um encargo conferido por meio de lei a alguém plenamente capaz para dirigir a vida da pessoa e de seus bens de quem não pode fazer por si mesmo.

O vocábulo curador deriva da raiz latina *curare* que significa aquele que administra, aquele que tem cuidado e apreço; juridicamente quem exerce a curatela cuida dos interesses da vida particular do curatelado. O Estado encarregou-se da tarefa de proteger essas pessoas como um dever social assumindo a natureza de um múnus público, isto quer dizer, é uma atribuição imposta pelo Estado para atender interesses públicos e sociais. Refere-se à curatela do Direito Privado, mas com interesse público, tal como definido pelo Código Civil.

A interdição é um procedimento de jurisdição voluntária por meio do qual o juiz reconhece a incapacidade civil de uma pessoa e lhe nomeia um curador, isso de acordo com o novo sistema vigente. A nomeação de um curador é feita por meio de um processo de interdição que deve decorrer de decisão judicial, para dele decorrer a curatela. Isto posto, é imperioso o estudo das regras referentes a esse processo, constantes dos artigos 747 a 758 do Novo Código de Processo Civil, bem como as alterações ocorridas no Código Civil.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 2015 retira-se da pessoa com deficiência a condição de incapaz, pela plena inclusão civil de pessoas que eram tidas como absoluta e relativamente incapazes no sistema anterior. Referida inovação é louvável pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, revelada pelos nobres objetivos de inclusão.

Definir uma pessoa como deficiente é uma tarefa árdua e muitíssimo importante. A incessante busca pela igualdade material entre as pessoas e a percepção de que a dignidade humana alcança a eliminação de todas as barreiras que impeçam seu desenvolvimento completo invoca a preeminente necessidade de criação

de mecanismos de efetivação desta igualdade.

Num primeiro momento se faz uma relação de deficiência com limitação. No entanto, esse preceito abrangeria toda a espécie humana. Em maior ou mínima que seja a intensidade, os seres humanos possuem algum tipo de limitação física, mental ou psicológica. É da natureza humana possuir algum tipo de limitação e a sua aceitação é primordial para a efetivação da dignidade. Portanto, a limitação por si só não configuraria a deficiência, não obstante os limites impostos pela sociedade obstam o pleno desenvolvimento dos seres humanos com os atributos que lhe são inerentes.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência elucidada em seu preâmbulo que o conceito de deficiente está em contínua evolução. As barreiras que impedem o pleno exercício da liberdade são elas que configuram a deficiência, além de fatores biológicos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

As mudanças ocorridas tem a finalidade de diminuir as desigualdades e promover a inclusão social. Com isso, as políticas públicas devem ser ativas e eficazes no sentido de facilitar a inclusão e participação do deficiente na sociedade para que as novas normas inseridas tenham real efetividade. A participação das pessoas com deficiência é fundamental, uma vez que elas estão inseridas no Estado Democrático de Direito e devem estar centralizadas em toda e qualquer decisão que seja tomada, sobretudo aquelas que lhe dizem respeito.

3. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência vem regulamentar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado de direitos humanos, o qual o Brasil é signatário, que gera efeitos no ordenamento jurídico como emenda constitucional. Consoante prescreve o art. 1º, o objetivo da Convenção “é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

A intenção foi adequar o sistema à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, do qual o Brasil é signatário, promulgada pelo Decreto 6.949/09, que impõe que as pessoas com deficiência são detentoras de capacidade legal para todos os aspectos da vida. Incumbe ao Estado a tarefa de assegurar que essas pessoas não sejam arbitrariamente destituídas dessa autonomia e do controle de seus bens.

Contudo, o Estatuto afasta a presunção inicial de incapacidade civil absoluta das pessoas com deficiência mental ou intelectual, como fazia o dispositivo alterado, o artigo 3º do Código Civil¹, deixando essa incumbência ao alvitre do magistrado, o qual delimitará os atos que poderão ser praticados pela pessoa, além de exercer controle periódico da curatela.

Relevante mudança trazida pelo artigo 6º do Estatuto é o fato de que a deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa, inclusive para: casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos e sobre o planejamento familiar, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, tutela e curatela.

Com a referida alteração, no rol dos absolutamente incapazes hoje estão apenas os menores de dezesseis anos, ou seja, os menores púberes. Com isso, a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Logo, é dotado de capacidade legal ainda que faça a adoção de institutos assistenciais como a tomada de decisão apoiada e a curatela.

Tudo isso visa conferir liberdade ao deficiente de dirimir sobre a sua própria vida, sem que haja a interferência indevida de outras pessoas sobre aspectos que lhes são particulares e decisões que devam ser por ele tomadas. Indubitavelmente este é um grande avanço na concessão de dignidade aos deficientes.

Inova-se ao conceder a curatela ao incapaz. Como medida extraordinária, a pessoa com deficiência poderá ser submetida à curatela. Essa curatela, muito diferente da interdição anterior, deve ser proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso e durar o menor tempo possível. Nota-se a sua natureza de medida protetiva e não de interdição absoluta de direitos; a intenção é conferir autonomia e liberdade.

¹ São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I- os menores de 16 anos;

II- os que, por enfermidade ou doença mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Essa curatela é restrita aos atos de natureza patrimonial e negocial. Como já mencionado, a curatela não afeta os direitos de família, privacidade, educação, saúde, trabalho e voto. A deficiência pode ser a mais grave, o curador da pessoa com deficiência o auxiliará tão somente em atos de natureza econômica e patrimonial. A natureza excepcional impõe ao juiz que conste da sentença as razões e motivações de sua definição e seu tempo de duração, preservados os interesses do curatelado.

No caso concreto verificada a necessidade de auxílio para o exercício de sua capacidade podem ser adotadas medidas protetivas, em que se inclui a já mencionada curatela e também a chamada tomada de decisão apoiada. Nesse novo sistema de tomada de decisão apoiada, o deficiente elege pelo menos duas pessoas idôneas que mantenha vínculos e sejam de sua confiança para prestar-lhe apoio na tomada de decisões sobre atos da vida civil, fornecendo a eles elementos e informações para exercer a sua capacidade.

Prestigia-se com isso a preferência de escolha do deficiente que pode constituir em torno de si uma rede de pessoas de sua confiança para lhe auxiliar na prática de atos da vida civil. No próprio termo que concede esse instituto estarão os limites da tomada de decisão apoiada, os compromissos dos apoiadores, prazo de vigência bem como o respeito aos direitos e interesses da pessoa que devem apoiar, de acordo com o que reza o artigo 1783-A, §1º do Código Civil. Nesse sentido, a tomada de decisão apoiada é preferencial à curatela.

A tomada de decisão apoiada, da mesma forma que a curatela, se constitui pela via judicial. Neste caso, o juiz antes de decidir o caso vai ouvir o requerente, seus apoiadores, o Ministério Público e também uma equipe multidisciplinar, conforme prescreve o artigo 1783-A, §3º do Código Civil.

A legitimidade ativa para requerer a tomada de decisão apoiada cabe somente àquele que fará o uso dela. Denota-se a autonomia da vontade conferida ao deficiente, pois este não terá apoiadores que lhe foram designados, mas pela sua livre manifestação de vontade.

Pelo exposto, tanto nas situações de curatela quanto de tomada de decisão apoiada, reforçam-se os aspectos de voluntariedade e de confiança que devem permear os institutos como elementos primordiais. Esses novo sistema jurídico surge no ordenamento jurídico com a premente necessidade de garantir autonomia que foi por tanto tempo tolhida do deficiente.

Assim, a curatela não deve ser mais a regra no ordenamento jurídico, deve-se ater a garantia do exercício da capacidade legal do portador de deficiência do mesmo modo que os demais. O processo de interdição deve garantir liberdade ao

cidadão portador de deficiência ao resgatar a sua dignidade com a sua aproximação da sociedade e, sobretudo valorizar as suas habilidades e capacidades pessoais, na busca de seu bem-estar e socialização.

4. O PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil unificou o regramento do procedimento de interdição, mas após a sua publicação foi editada a Lei 13.146 de 2015, denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual tramitou concomitantemente ao projeto do Novo Código.

O novo estatuto processual alterou o procedimento da interdição, tendo, inclusive, revogado artigos do Código Civil. Ocorre que com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, talvez, por equívoco legislativo a Lei n 13.146 de 2015 alterou a redação de artigos do Código Civil relacionados à interdição revogados pelo novel diploma, deixando de revogar a revogação promovida pelo artigo 1.072, inciso II, do Novo Código de Processo Civil.

Necessita-se, portanto, compatibilizar as duas normas, interpretando-as de modo a dar coerência ao sistema e vislumbrando que ambas buscam proteger a figura do interditando.

Como anteriormente citado a incapacidade não se presume, assim, não sendo possível a adoção da tomada de decisão apoiada há a necessidade de se promover um procedimento comum de jurisdição voluntária, conhecido como processo de interdição, regulado pelo Código de Processo Civil nos artigos 747 e 758, para que a incapacidade civil seja decretada.

A interdição poderá ser promovida, nos termos do artigo 747 do Novo Código de Processo Civil, pelo cônjuge ou companheiro, pelos parentes ou tutores, pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e pelo Ministério Público. A legitimidade do requerente da interdição tem de ser provada mediante prova pré-constituída, ou seja, documental.

Vale ressaltar que o separado judicialmente e o divorciado não têm legitimidade para promover a interdição, entretanto a simples separação de corpos não retira a legitimidade para promover a interdição. Quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo por determinação judicial (artigo 1.783 do Código Civil).

A legitimidade do Ministério Público é subsidiária, pois apenas promoverá a interdição no caso de o interditando ser portador de doença mental grave e se

os demais legitimados ativos não existirem ou não promoverem o procedimento, ou ainda, se forem incapazes.

Verifica-se que com a vigência do Novo Código de Processo Civil ocorre uma alteração dos legitimados ativos, isso porque o novo diploma processual civil revogou o artigo 1.768 do Código Civil, que legitimava os pais ou o tutor, o cônjuge ou qualquer parente e na falta destes o Ministério Público.

Segundo Tartuce (2015, p. 462) “o motivo de revogação foi o de concentrar os legitimados para a ação de interdição no Estatuto Processual. Ademais, a expressão *deve* era criticada por ser peremptória, tendo sido substituído pelo termo *pode*”. Aqui cabe uma observação para o fato de que, em que pese o artigo 1.768 do Código Civil ter sido revogado pelo novo diploma processual, a Lei 13.146 de 2015, acrescentou-lhe um inciso permitindo a promoção da interdição pelo próprio interditando.

Para Didier (2015, p.141):

Parece que a melhor solução é considerar que a revogação promovida pelo CPC levou em consideração a redação da época, em que não aparecia a possibilidade de autointerdição. A Lei n. 13.146/2015 claramente quis instituir essa nova hipótese de legitimação, até então não prevista no ordenamento – e, por isso, não pode ser considerada como “revogada” pelo CPC. O CPC não poderia revogar o que não estava previsto. Assim, será preciso considerar que há um novo inciso ao rol do art. 747 do CPC, que permite a promoção da interdição pela “própria pessoa”.

Ao passo que para outros doutrinadores, como Tartuce, a autointerdição foi possível no período entre a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 02 de janeiro de 2016, até o início da vigência do Novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016.

O artigo 1.767 do Código Civil, alterado pela Lei 13.146 de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), traz o rol taxativo dos interditos, ou seja, daqueles que estão sujeitos à curatela, são eles: aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais e os viciados em tóxico e os pródigos.

Com relação à competência:

Sendo o caso de interdição de criança ou adolescente, a competência será determinada pelo domicílio dos pais ou responsável ou pelo domicílio dos pais ou responsável ou pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou

responsável (art. 147, Lei 8.069, de 1990). Sendo o caso de adulto, é competente o juízo do domicílio do interditando (art. 46, CPC), sendo aplicável o art. 50, CPC, porque o incapaz ainda não tem representante. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 723)

Incumbe ao autor, na petição inicial, nos termos do artigo 749 do Novo Código de Processo Civil, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para praticar os atos da vida civil e administrar seus bens, e ainda esclarecer o momento em que a incapacidade surgiu. Importante também que o autor indique os bens e rendimentos da pessoa já na inicial.

O autor deverá apresentar juntamente com a exordial uma prova inicial mínima da incapacidade do interditando, ou seja, deverá juntar laudo médico que ateste suas alegações, ou, ao menos, informar justificadamente a impossibilidade de fazê-lo, não justificada a impossibilidade, por tratar-se de documento necessário, sua ausência conduzirá ao indeferimento da inicial.

A depender da urgência do caso e constatada a verossimilhança das alegações e a demonstração de perigo na demora da prestação jurisdicional, pode o Juiz nomear curador provisório ao interditando para a prática de certos atos (artigo 749, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil). Para tanto, o autor da ação deverá postular a antecipação de tutela satisfativa, requerendo a outorga da curadoria provisória.

O interditando, conforme determina o artigo 751 do Novo Código de Processo Civil, será citado para comparecer na sede do juízo à entrevista a ser realizada pelo Juiz, conhecida como inspeção judicial. O magistrado questionará o interditando sobre o que lhe parecer necessário para o convencimento quanto à sua capacidade ou incapacidade para os atos da vida civil.

Sobre a realização da aludida entrevista, comenta Tartuce (2015, p. 465):

Como outra inovação, prescreve o §1º do art. 751 do Novo CPC que, não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. Esse deslocamento já ocorria na prática, sendo costume no Poder Judiciário, inclusive em demanda do qual este autor participou no passado, como advogado. Ademais, como outra nova previsão na lei instrumental, prevê o §2º do art. 751 do CPC/2015 que a entrevista poderá ser acompanhada por especialista. Essa última regra era tirada do art. 1.771 do CC/2002.

O novo estatuto processual dá caráter obrigatório à entrevista, por ser ato imprescindível para a formação do convencimento do magistrado sobre as even-

tuais limitações do interditando. Há, ainda, a possibilidade de que se empreguem, na entrevista, recursos tecnológicos que permitam ou auxiliem o interditando a se expressar e responder às perguntas que lhe são dirigidas, nos termos do artigo 751, §3º, do Novo Código.

Outra situação que ocorria na praxe, mas não era disciplinada pelo diploma processual revogado, e agora o é com o Novo Código de Processo Civil, é a possibilidade de o Juiz requisitar a oitiva de parentes e pessoas próximas ao interditando para maiores esclarecimentos, a fim de contribuir para a formação de seu convencimento, com o intuito de melhor atender aos interesses do interditando.

No prazo de quinze dias após a entrevista, conforme disciplina o artigo 752 do novo diploma processual, o interditando poderá impugnar o pedido, constituindo advogado para defender-lhe. Caso não nomeie advogado, deverá ser nomeado curador especial, encargo que deverá ser assumido pela Defensoria Pública. O cônjuge, companheiro ou qualquer parente do interditando poderá intervir como assistente quando da não nomeação de advogado.

Na análise de Tartuce (2015, p. 466):

Confrontando o novel artigo com o seu correspondente no Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.182), algumas modificações podem ser observadas. O interditando seria representado nos autos pelo órgão do Ministério Público ou quando este fosse o requerente, pelo curador especial especificamente designado. Agora, o MP passa a atuar como *fiscal da ordem jurídica*. Sem prejuízo disso, o interditando poderia constituir advogado para formular a sua defesa, não havendo menção anterior ao curador especial. Ademais, qualquer parente sucessível poderia constituir-lhe advogado, com os poderes judiciais que o interditando teria transmitido, respondendo esse parente pelos correspondentes honorários advocatícios. No novel preceito apenas se menciona o cônjuge ou companheiro, atuando como assistentes.

Outra mudança ocorrida é a dilação do prazo para o interditando apresentar sua impugnação ao pedido de interdição, pois o prazo passou de cinco para quinze dias, favorecendo o contraditório e a ampla defesa, princípios basilares do direito constitucional processual brasileiro.

Nos termos do artigo 753 do Novo Código de Processo Civil, passados o prazo de quinze dias para a impugnação, o Juiz determinará a realização de perícia para que seja avaliada a capacidade do interditando para praticar os atos da vida civil. “Não basta a simples menção a doença de que é portador o interditando – não satisfaz o art. 753, CPC, o simples atestado médico ou a mera indicação da enfermi-

dade por código médico.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 726) A perícia poderá ser realizada por equipe com formação multidisciplinar e o laudo deverá apresentar de forma especificada, em sendo o caso, os atos para os quais é necessária a curatela, abordando de forma completa o estado físico-psíquico do interditando.

Destaque-se no novo procedimento a importância de se nomear uma equipe multidisciplinar para a realização da perícia. Os especialistas de diferentes áreas do conhecimento, como os que estudam a psique e o sistema neurocognitivo possuem maior capacidade de analisar as limitações do interditando, de forma a respeitar a capacidade de agir do interditando.

O laudo, portanto, deve considerar as potencialidades, habilidades, vontades e preferências do interditando, apontando a incapacidade da pessoa àquilo que for necessária a tutela, pois, há a possibilidade de a curatela ser deferida de maneira parcial, abrangendo apenas alguns atos da vida civil. Como no caso dos ébrios habituais, os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade e os pródigos, que em razão da alteração ocorrida no Código Civil, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, são relativamente incapazes, de forma que podem ser considerados interditados para atos, em sua maioria, de natureza patrimonial ou negocial.

Apresentado o laudo pericial, produzidas outras provas que sejam necessárias e ouvidos os interessados, o Juiz proferirá sentença, a qual nomeará um curador, que poderá ser o requerente da ação, tendo em vista que o magistrado deve nomear como curador aquele que melhor atenda os interesses do curatelado, que não necessariamente será aquele que intentou a ação de interdição, e por fim fixará os limites da curatela.

No caso de o interdito ter sob sua responsabilidade, ao tempo da interdição, pessoa incapaz, a nomeação de curador ao interdito deverá atender aos interesses do interdito e do incapaz, pois a autoridade de curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que estiver sob sua guarda; trata-se de unicidade da curatela.

A sentença de interdição (artigo 755 do Novo Código de Processo Civil) será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo Tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, na qual permanecerá pelo prazo de seis meses, também será publicada na imprensa local uma vez e no órgão oficial por três vezes.

Anteriormente ao novo regramento a sentença de interdição de natureza predominantemente constitutiva não dependia de qualquer ato de publicidade, pois seus efeitos eram *ex nunc* e produzidos desde logo, agora sendo silente a esse

respeito o estatuto processual em vigor caberá ao juiz determinar sobre seus efeitos.

Vale dizer que a sentença que decreta a interdição é passível de apelação, que não é recebida no efeito suspensivo, e por isso sua interposição não obsta a produção de seus efeitos desde logo.

O artigo 758 do Novo Código de Processo Civil estabelece que o curador deve buscar tratamento e apoio especializados para que o interditando conquiste sua autonomia. Tratamento este que por óbvio não pode ofender a dignidade da pessoa humana e que, preferencialmente, seja realizado em casa, junto ao convívio familiar. Tal previsão é mais uma novidade trazida pelo novo estatuto, demonstrando o seu viés inclusivo para com os interditados.

Assim, reza o artigo 756 do Novo Código de Processo Civil, que ocorrendo a recuperação do interdito com a cessação da causa que determinou a interdição pode-se proceder ao levantamento da curatela. Referido pedido pode ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público em processo apenso ao da interdição. O levantamento da curatela poderá ser, inclusive, parcial quando demonstrada a capacidade para alguns atos da vida civil, que quando do momento da interdição não existiam e foram adquiridos.

Da mesma forma que na interdição, no levantamento será nomeado perito ou equipe multidisciplinar para a realização exame e após a apresentação do laudo será designada audiência de instrução e julgamento. Em sendo acolhido o pedido, o levantamento da interdição será decretado pelo Juiz que determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do artigo 755, § 3º, do Código de Processo Civil, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de dez dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A capacidade civil passou por um processo de transformação decorrente do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A partir de tais mudanças, a interdição passou a ser um procedimento de jurisdição voluntária por meio do qual o juiz reconhece a capacidade civil e nomeia um curador ao capaz. Desse modo, retira-se da pessoa com deficiência a condição de incapaz, pela plena inclusão civil de pessoas que eram tidas como absoluta e relativamente incapazes no sistema anterior.

Esse novo tratamento jurídico conferido ao deficiente é ilustre. Ele vem ao encontro aos preceitos constitucionais pela tutela da dignidade-liberdade das pes-

soas com deficiência em seus nobres objetivos de conceder igualdade e inclusão social. A busca pela igualdade material entre as pessoas compreende a eliminação de todas as barreiras que obstam o seu desenvolvimento, como também a necessidade de criação de mecanismos para que essa igualdade seja realmente efetiva.

A deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa que tem assegurada o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, ainda que faça o uso de institutos assistenciais como a tomada de decisão apoiada e a curatela. O intuito é que o deficiente possa conduzir a sua própria vida, sem que haja a interferência de outras pessoas em aspectos que ele mesmo possa escolher. Esse é um grande passo no tratamento dos deficientes com dignidade.

A Constituição Federal como expressão de ideais humanos e igualitários consagrou o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana como fim precípua de todo o ordenamento jurídico. Para o Direito, é um verdadeiro desafio a disciplina jurídica da capacidade civil conferida ao deficiente. É nesse imperativo categórico que está o apelo a repensar essa nova condição jurídica do deficiente de modo que possa conferir direitos que foram por tanto tempo vedados.

Nessa seara, com o advento do Novo Código de Processo Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência importantes inovações no campo do instituto da capacidade civil foram introduzidas no nosso ordenamento jurídico, mais adequadas não só à Constituição Federal, mas também à diplomas e tratados internacionais sobre o tema. Sendo que a principal delas é a nova sistemática de inclusão da pessoa tida até então como incapaz na sociedade, modificando já em princípio o seu enquadramento de absolutamente incapaz para relativamente incapaz.

Em que pese a problemática surgida entre os diplomas legais com a revogação ou não de alguns artigos, que trará a responsabilidade para os operadores do direito de uma adequada hermenêutica jurídica, o que se percebe são avanços, pois ambos procuraram trazer para aquelas pessoas que eram tidas como incapazes a adoção de mecanismos que lhe garantam a dignidade da pessoa humana, não apenas no âmbito da legislação, mas com possibilidade concreta de aplicação.

A restrição da capacidade civil apenas ocorrerá quando a pessoa estiver impossibilitada de expressar a sua vontade, não sendo possível a adoção da tomada de decisão apoiada será permitida a interdição judicial, mas apenas com o fim de proteção. É de se considerar o avanço legislativo ocorrido com relação ao instituto da capacidade civil, a nova visão e a nova legislação ainda precisam ser estudados e colocados em prática no cotidiano forense, mas de tudo foi um ganho, principalmente, para a sociedade em si.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, Presidência da República. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 de set. 2016.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: set. de 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 de set. 2016.

_____. Presidência da República. **Convenção Americana sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 18 de set. de 2016.

_____. Presidência da República. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 15 de set. 2016.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Campinas: Red Livros, 2001.

DIDIER Jr. Fredie. **Editorial 187 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/> Acesso em: set. de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Editora Forense. São Paulo: Editora Método. 2015.

_____. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: ago. de 2016.

CAPÍTULO 6

CAPÍTULO 6

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA NEGOCIADA: NOVIDADE DECORRENTE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Hugo Rafael Pires dos Santos¹

RESUMO

O artigo versou de forma objetiva sobre aspectos atinentes à legitimação *ad causam* extraordinária negociada, expressão dos negócios jurídicos processuais atípicos no cenário atual do País. Para tanto, apresentou inicialmente, de forma sucinta, um panorama histórico acerca da (não) importância da vontade na relação processual, apresentando conceitos sobre os fatos jurídicos em sentido lato (fatos jurídicos em sentido estrito, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos), bem assim abordou as condições da ação no Novo Código Processual e, por fim, tratou da temática da legitimidade negociada embasada na cláusula geral prevista no artigo 190 do Novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE

Cláusula Geral. Importância da Vontade. Legitimidade Negociada. Negócios Jurídicos Processuais.

ABSTRACT

The article expounded objectively on matters relating to ad legitimation cause extraordinary negotiated, expression of atypical procedural legal business in

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2016-2017); Especialista em Direito Civil/Processual Civil pelo PROJURIS/FIO (2015); Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO (2015); Graduado em Letras/Literatura pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2009); Advogado.

the current scenario of the country. Therefore, presented initially succinctly, a historical overview about the (un) importance of the will in procedural relationship, presenting concepts of legal facts in the broad sense (legal facts in the strict sense, legal acts, legal acts, facts and legal transactions), as well as addressed the cause of action in the New procedure Code and, finally, dealt with the theme the negotiated legitimacy grounded in the general clause in Article 190 of the New Civil procedure Code.

KEYWORDS

Business Legal Procedure. General clause. Importance of the Will. Legitimacy Traded.

1. INTRODUÇÃO

Afora a longa e enriquecedora discussão filosófica e sociológica sobre o sistema capitalista, em uma sociedade reconhecidamente estruturada sobre uma economia de mercado, a todo instante se realizam negócios jurídicos (compra, venda, doação etc.) permeados pela vontade livre dos contratantes, com objetos das mais distintas espécies (desde que não contrários à lei...) e valores, o que representa uma verdadeira necessidade para a sobrevivência do modelo econômico adotado no País.

Os negócios jurídicos regulados pelo direito material não representam novidade propriamente dita na ordenação jurídica brasileira, o que não significa dizer que sejam desprovidos de importância, ao contrário disso, a partir de uma visão macro, alimentam a manutenção do sistema econômico.

Quando as relações materiais geram divergências entre os negociantes, entra em cena o processo, feito instrumento, para a resolução justa da questão, de modo que a parte lesada pode buscar no Poder Judiciário a tutela de seus direitos.

É nesse reduto que reside o objeto de pesquisa do presente artigo: a parte lesada poderia repassar sua legitimidade ad causam a outrem que não tenha participado da relação jurídica material?

Fala-se, portanto, em eventual legitimidade extraordinária negociada.

Para tecer considerações acerca desse tema, é preciso antes apontar, através do método dedutivo, breves aspectos históricos acerca da (ir)relevância da vontade na relação processual até a cláusula geral contida no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, bem assim apresentar a distinção entre fatos jurídicos *stricto sensu*, atos jurídicos, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos, como forma de conceituar os negócios jurídicos processuais com todos os elementos que os compõem, além de discorrer sobre as condições da ação no Novo Código.

Com a ressalva sempre pertinente de que no Direito não existem respostas prontas, a hipótese de trabalho parte do pressuposto de que a cláusula geral do artigo 190 do Código Adjetivo dá supedâneo à legitimação extraordinária negociada. Nessa senda, tem-se o objetivo de demonstrar que a efetiva aplicação das normas processuais exigirá dos profissionais do Direito uma adequação às novidades alvissareiras apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Com supedâneo na melhor doutrina processualista, a pesquisa se justifica em razão de que, firmada por uma interpretação sistêmica do Código Processual e com apoio na doutrina, a legitimidade processual negociada poderá causar prejuízos a terceiros, razão pela qual se faz necessária não uma vedação a tal possibilida-

de, mas o controle da validade dos negócios a partir da vontade das partes, como sói acontecer em todas as esferas do Direito.

2. A QUESTÃO DA VONTADE NO PROCESSO CIVIL

Enquanto no âmbito do direito material, eminentemente privado, a vontade das partes ocupa papel de destaque para a consecução do negócio, no direito processual a vontade das partes ficou historicamente relegada a segundo plano, dado o caráter de direito público do processo. De efeito, a doutrina poucas vezes dedicou atenção ao autorregramento no campo processual, e quando assim o fez manteve-se firme no sentido de que a vontade das partes não alterava, tampouco criava os efeitos do procedimento, porque todos os efeitos da relação processual se encontram antecipadamente previstos em lei.

A autonomia da vontade na relação processual ganhou realce a partir da edição do Novo Código de Processo Civil, muito embora o Código revogado já estatuísse na regra do artigo 158 a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais. Além disso, diversos atos corriqueiros do dia a dia forense, por assim dizer, já representavam de longa data o autorregramento no processo, a exemplo da eleição de foro pelas partes.

No entanto, para que se entenda verdadeiramente o avanço da autonomia da vontade no processo civil, faz-se mister uma volta ao passado para explicar que o processo possui intrínseco caráter publicista, haja vista que não se limita a servir apenas e tão somente o direito material discutido pelos litigantes, visto que funciona como um valioso instrumento público na busca pela paz, por meio do poder jurisdicional do Estado.

A partir do nascimento do processualismo como ciência, foi preciso superar a ideia de dependência e subserviência do processo em relação ao direito material, a que se deu o nome de “fase autonomista”, pelo que se superou no decorrer do tempo o viés liberal do processo, dando-lhe ares de direito público e, portanto, voltado aos interesses sociais e não apenas aos particulares.

Por outras palavras, o caráter liberal do processo, no qual o juiz não figurava como protagonista, cedeu espaço ao publicismo jurídico e elevou o magistrado (solipsista) ao topo da relação processual, com grande destaque e exclusividade na aplicação da lei.

Não é a toa que o brocardo latino diz: *da mihi factum, dabo tibi ius*, ou seja, “dai-me os fatos, que lhe dou o direito”. Tal ditado está a expressar claramente o viés social e publicista do processo, cujo principal ator é o juiz, pois às partes cabe

apenas informar os fatos, pouco importando as suas vontades no processo, pouco importando a influência que poderiam exercer sobre o juiz na aplicação da lei.

Um exemplo de como a atuação do magistrado se sobrepunha às partes pode ser dado através do fato de que, antes da vigência do Novo Código de Processo Civil (art. 549), a inquirição das testemunhas em audiência era feita de forma indireta, pois obrigatoriamente era o juiz quem ouvia a pergunta do advogado e, somente após sua “concordância”, repassava à sua maneira à testemunha.

Os negócios jurídicos processuais entram em cena justamente na quadra da história que visa encarar o processo com os olhos atentos para o futuro, com a certeza de que a sociedade está se tornando cada vez mais participativa nas deliberações públicas. Não há mais espaços para uma visão egocêntrica do poder, de modo que, embora a jurisdição ainda continue nas mãos do Estado e representada pelo magistrado, há uma notória valorização da participação efetiva das partes na construção da decisão judicial.

2.1 Lições preliminares: distinções entre fatos, atos, atos-fatos e negócios jurídicos, sob um prisma processual

Os negócios jurídicos processuais possuem natureza jurídica mista, uma vez que mesclam matéria de direito privado e de direito público. Por outros dizeres, os negócios processuais fincam raízes no direito civil ao mesmo tempo em que são permeados por normas de direito processual. Nesse sentido, importa apresentar brevemente as distinções entre fatos, atos, atos-fatos e negócios jurídicos, com vistas a estabelecer uma noção teórica sobre a matéria trabalhada nesse artigo.

Incontinenti, vale lembrar as lições de Miguel Reale sobre fatos jurídicos *lato sensu*:

(...) só são fatos, do ponto de vista jurídico, o evento ou o comportamento que sejam *fatos jurídicos possíveis*. É o motivo pelo qual não há, em Direito, *fato bruto*, pois o fato já deve conter algumas das notas valorativas que permitam a sua correspondência ao fato-tipo previsto na regra de direito (2005, p. 202-203).

Grosso modo, o fato jurídico em sentido amplo nada mais é senão o evento ocorrido no mundo dos fatos que, a partir de sua ocorrência, afeta interesse protegido pela lei, ou seja, o fato não nasce jurídico, mas se torna por meio da subsunção dos fatos à norma.

Em sentido *lato* e processual, o fato jurídico se divide em fatos da natureza e atos do homem, de modo que aqueles independem da vontade humana,

enquanto que esses necessariamente decorrem de uma ação ou omissão do agente e da vontade. Os atos humanos podem ser compreendidos como: i) ato jurídico em sentido estrito, ii) ato-fato jurídico e iv) negócio jurídico.

No processo, a morte de uma das partes ou do advogado pode servir como exemplo de fato jurídico, por ser evento da natureza, tal qual o transcurso do tempo. Já os atos processuais, nas palavras de Leandro Carneiro da Cunha:

(...) são manifestações ou declarações de vontade em que a parte não tem qualquer margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da respectiva situação jurídica. São, em geral, atos de conhecimento ou de comunicação, como, por exemplo, a citação, a intimação, a confissão e a penhora (2016, p. 46).

Como se vê, diferentemente dos fatos processuais, os atos representam manifestações de vontade das partes, as quais, no entanto, não têm o condão de escolher ou estruturar as consequências do procedimento.

No que concerne aos atos-fatos processuais, pode-se dizer que decorrem de uma ação ou omissão do indivíduo, sobre a qual não se questiona a vontade. Leandro Carneiro da Cunha acentua que se trata de um ato humano em que a vontade é irrelevante, e cita como exemplos a revelia, a não interposição de recurso, a contumácia etc. (2016, p. 45).

Por fim, no que tange aos negócios jurídicos, vale trazer à baila as lições de Marcos Bernardes de Mello:

(...) é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico (2013, p. 233).

Não por outra razão que parte considerável da doutrina entende não ser possível falar em negócio jurídico processual, ante o fato de que, diferentemente da noção de negócios no direito material/privado, no processo os efeitos dos procedimentos estão todos previstos em lei, de forma que não seria possível sobrepor a vontade das partes à lei.

Na mesma esteira de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 484), Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 276), Vicente Greco Filho (2009, p. 06) e José Joaquim

Calmon de Passos (2005, p. 69-70), só para citar alguns exemplos, Daniel Mitidiero vai asseverar que não existem negócios jurídicos processuais em razão de “todos os efeitos possíveis de ocorrência (...) dos atos dos sujeitos do processo já estão normados (ou normatizados) pela legislação” (2005, p. 15-16).

Eis a beleza do Direito: a dialética. Isso porque, de qualquer lado que se esteja é possível defender com maestria e propriedade cada forma de encarar os fatos e o mundo.

Contudo, não se pode olvidar que, no Brasil, a Constituição de 1988 tem proporcionado paulatinamente uma significativa mudança nas estruturas do processualismo, a partir de uma maior participação das partes na construção da decisão, da valorização de meios alternativos de resolução da lide (sistema multiportas), bem como da exigência de cooperação processual e aplicação efetiva e substancial do princípio do contraditório, como meio também do exercício do poder de influência pelas partes sobre o juiz.

Outrossim, também não se pode descurar que o próprio Código de Processo Civil de 2015 previu expressamente a possibilidade de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, de modo que, salvo melhor juízo, e na linha do que entende Fredie Didier Jr. (2010, p. 262), Rogério Lauria Tucci (1977, p. 190-192), Pontes de Miranda (1974, p. 05), Barbosa Moreira (1984, p. 98), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 192), dentre outros grandes nomes da literatura processualista, também nos negócios jurídicos de direito material as consequências não são todas passíveis de controle pelos negociantes, razão pela qual não há que se falar em inexistência dos negócios processuais somente porque os efeitos estão todos normatizados.

3. ELEMENTOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Tendo em vista que os negócios jurídicos processuais possuem natureza jurídica mista, porquanto mesclam institutos de direito material e de direito processual, faz-se necessária uma apresentação sobre os planos da existência, da validade e da eficácia dos negócios processuais, com base no artigo 104 do Código Civil, a fim de que se possa estabelecer os elementos que devem compor tais negócios. Vale frisar que pode ocorrer que o negócio exista, mas não tenha validade, bem assim exista, seja válido, e não surta efeitos.

Para existir, o negócio jurídico processual necessariamente deverá conter forma escrita, objeto, agente, lugar e tempo.

Exige-se que a forma seja escrita, para que possa ser juntado aos autos o

negócio realizado entre as partes, de modo a conferir publicidade à avença. Nada obstante, caso o negócio se dê de forma oral em audiência, deverá ser reduzido a termo (YARSHELL, 2016, p. 77).

O objeto do negócio jurídico processual é indicado pelo próprio Código Processual, haja vista que no artigo 190 estabelece que as partes poderão negociar sobre direitos que admitam autocomposição, ou seja, o objeto não é outro senão as condutas humanas, conforme previsão legal.

É preciso que haja agentes e lugar certo para a realização do negócio processual, além da indicação do lugar em que surtirá seus efeitos. Também o tempo possui papel fundamental na negociação, haja vista que servirá para determinar qual a lei deverá ser aplicada ao caso.

No plano da validade, exige-se que o negócio jurídico processual seja concretizado por agentes livres e capazes, “exige-se que ele resulte de processo volitivo caracterizado por adequada consciência da realidade, em ambiente de liberdade de escolha e de boa-fé (...)” (2016, p. 80).

De mais a mais, para ser válido faz-se necessário que o negócio tenha por objeto algo que seja lícito, bem assim que as partes observem o devido processo legal e não intentem contrariar norma cogente.

Por último, a eficácia do negócio processual ficará adstrita apenas e tão somente às partes envolvidas na celebração do pacto, sendo que tais efeitos serão desde logo irradiados, conforme prevê o artigo 200 do Código Processo Civil, a menos que se exija expressamente em lei a homologação do juiz.

4. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

De modo ilustrado, o Poder Judiciário representa a casa da Justiça, que a todos deve estar acessível, cujas portas devem estar sempre abertas para a análise dos pedidos trazidos ao juízo, por mais absurda que possa ser a pretensão da parte, o que não significa, contudo, que haverá sempre apreciação do mérito da causa, já que para tanto são necessárias certas condições da ação, quais sejam: i) legitimidade *ad causam* e ii) interesse de agir.

No Novo Código de Processo Civil, a legitimidade *ad causam* vem prevista no artigo 18, o qual diz que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Trata-se, pois, de legitimidade ordinária, pois a pessoa que procura o Poder Judiciário em decorrência de lesão ou ameaça a direito, via de regra, deve ser a titular do direito tolhido ou ameaçado, salvo as exceções previstas em lei (legitimidade extraordinária e representação).

Já em relação ao interesse de agir, previsto no artigo 17 do Novo Código de Processo Civil, a parte deverá demonstrar a necessidade e a adequação do que se pede em juízo. Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Atente-se que a qualificação de legítimo interesse não é dada em função da pretensão material, mas sim, em face da exigência do Estado de que o interesse processual deve representar utilidade: necessidade concreta da jurisdição e adequação. Em outros termos, a qualificação de legítimo é inteiramente processual, ligada a dados processuais. Por isso, se diz que o interesse de agir não tem “cheiro nem cor” da pretensão material que carrega. Assim, a qualificação de legítimo interesse processual em termos processuais/instrumentais significa apenas utilidade: necessidade concreta da jurisdição e adequação (1986, p. 2.229).

Quer dizer, a análise das condições da ação é meramente perfunctória, superficial e atrelada aos aspectos processuais apenas, não se liga à análise do direito material, basta que a parte demonstre a necessidade da análise jurisdicional e a adequação da via eleita. Insta frisar que no Novo Código de Processo Civil (CPC, art. 17) a possibilidade jurídica do pedido deixa de existir como condição da ação e passa a ser matéria de mérito, o que implica dizer que para postular em juízo basta ter legitimidade e interesse.

Deste modo, preenchidas as condições da ação, a parte certamente terá o mérito da sua pretensão analisado pelo juízo. No entanto, nada obsta que as condições da ação sejam perdidas ao longo da marcha processual, ocasião em que o processo será extinto sem julgamento do mérito, em virtude da carência de ação.

Neste sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Por outro lado, as condições da ação devem existir no momento em que se julga o mérito da causa e não apenas no ato da instauração do processo. Quer isto dizer que, se existirem na formação da relação processual, mas desaparecerem ao tempo da sentença, o julgamento deve ser de extinção do processo por carência de ação isto é, sem apreciação do mérito (2003, p. 283).

Tais condições (duas apenas no Novo Código: interesse e legitimidade) apresentam-se como formas de evitar o desgaste processual, a tomada de tempo e de recursos financeiros na manutenção de um processo que se sabe, desde o início, estar fadado ao insucesso, porque ausentes os requisitos necessários para a análise do mérito: seja porque a parte não tem legitimidade para demandar ou não há interesse de agir, seja porque a pretensão contraria visceralmente a lei, a moral ou os

bons costumes. Nota-se, portanto, que a parte terá sempre, e incondicionalmente, direito de obter resposta fundamentada do Estado-juiz, mesmo que tal resposta seja a infeliz notícia de que o processo fora extinto sem julgamento do mérito, em virtude da carência de ação.

Uma vez garantida a inafastabilidade do controle jurisdicional, têm as partes direito ao processo justo, porque instrumentalista, isonômico, efetivo, não tão moroso que possa significar injustiça, nem tão célere a ponto de ser falho na análise do direito, permeado pela garantia da ampla defesa e do contraditório.

4.1 Legitimação extraordinária negociada: pode isso?

Há dois tipos de legitimidade no processo: a ordinária e a extraordinária. Com base no artigo 18 do Código de Processo Civil, a ninguém é dado pleitear direito alheio em nome próprio, a menos que tal situação seja autorizada pelo ordenamento jurídico. Caso a parte que ingresse em juízo não possua legitimidade para tanto, a petição inicial será indeferida pelo Magistrado e o mérito não será resolvido, nos termos do inciso II do artigo 330 e inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil, respectivamente.

Assim, a regra é a legitimidade ordinária, ou seja, pleiteará em juízo aquele que sofreu o dano na seara do direito material, ou, nos casos expressamente previstos, aqueles que a própria lei lhes conferiu legitimidade, como é o caso, por exemplo, dos legitimados para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Em relação à legitimidade extraordinária, Sergio Bermudes leciona que terá incidência “quando, por disposição expressa, a lei autoriza alguém a acionar ou a sofrer a ação em seu próprio nome, mas defendendo pretensão de outrem ou respondendo por resistência alheia” (2006, p. 55).

De fato, o artigo 6º do CPC revogado determinava: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Note-se, pois, que o dispositivo falava em “lei”, e não em “ordenamento jurídico”, tal qual ocorre com o artigo 18 do CPC/2015, a saber: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Daniela Santos Bomfim explica que:

A novidade legislativa não se resume apenas à substituição do termo “lei”. O que há de mais novo, neste aspecto, é o contexto em que o texto está inserido, que traduz os valores e a ideologia subjacente à nova sistemática processual. O texto do art. 18 deve ser interpretado em consonância com as reconstruções das demais normas do CPC de 2015 (2016, p. 458).

Deveras, há uma diferença significativa entre “lei” e “ordenamento jurídico”, pois enquanto aquela se limita apenas e tão somente àquilo que expressamente normatizado, entendida a norma como parte do sistema jurídico, esse compreende um campo mais vasto de regras e princípios, de forma que a possibilidade de legitimação extraordinária negociada deve ser entendida a partir da ideia de que o legislador consagrou expressamente os negócios jurídicos processuais atípicos.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. destaca que:

Este negócio jurídico é processual, pois atribui a alguém o poder de conduzir validamente um processo. Não há, assim, qualquer obstáculo a priori para a legitimação extraordinária de origem negocial. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a legitimação extraordinária atípica, de origem negocial (2014, p. 04).

Deste modo, considerando que não há regra cogente que impeça a negociação acerca da legitimidade *ad causam* no processo, bem assim que o artigo 190 do Código de Processo Civil estatuiu verdadeira cláusula geral para os negócios jurídicos processuais, não há razão plausível para impedir que as partes atribuam sua legitimidade a terceiros que não tenham participado da relação de direito material, ou seja, trata-se apenas de substituição processual e não de sub-rogação do direito material.

Impende mencionar que a legitimação extraordinária negociada, por ser possível, pode ser realizada tanto no polo ativo quanto no polo passivo da lide. Aqui, cumpre apontar que quando a substituição de parte for no polo ativo, o réu deverá apenas ser notificado, o que se fará observando por analogia a regra do artigo 290 do Código Civil.²

Por sua vez, quando a substituição processual for no campo do polo passivo, o réu não poderá atribuir a sua legitimidade passiva a outrem sem que o autor participe do negócio jurídico processual e concorde com os termos esposados, o que se fará analogicamente com apoio na regra do artigo 299 do Código Civil.³

Mais uma vez, imperioso que se diga que a legitimação extraordinária

² “Art. 290. A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”.

³ “Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava”.

negociada *ad causam* não emana seus efeitos no que concerne à relação jurídica de direito material, ou seja, o legitimado no polo ativo não se tornará credor do réu, tampouco o legitimado passivo se tornará devedor do autor.

Demais disso, além da transferência de legitimidade processual, nos termos expostos, também é possível que a legitimidade seja ampliada, isto é, que o autor estenda sua legitimidade a outrem para integrar o polo passivo da ação (legitimidade concorrente), o que, por óbvio e a princípio, não será suficiente para causar qualquer prejuízo ao autor, razão pela qual nessas ocasiões não se exige a notificação do autor.

É preciso ressaltar que o juiz controlará a validade desse negócio jurídico processual, a fim de verificar se não há qualquer ofensa à lei imperativa ou abusos em prejuízo de uma das partes. Neste caso, não se trata de homologação, haja vista que tal negócio não interfere no campo de atuação do juiz, ou seja, constatado que o negócio está adequado, deverá o juiz implementar aquilo que convencionado pelas partes, mesmo porque o artigo 200 do CPC prevê que: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.⁴

Na hipótese de o juiz não acolher o negócio jurídico processual e se apoiar na regra do artigo 330, inciso II, do Código de Processo Civil, para indeferir a petição inicial por manifesta ilegitimidade de parte, caberá recurso de apelação da decisão, consoante artigo 331 do mesmo Diploma Legal.

Por certo que as partes não podem negociar a legitimidade com o fito de fraudar a lei. De modo hipotético, basta pensar no caso em que o credor figure como executado em diversas execuções, de modo que se “aparecesse” discutindo judicialmente algum crédito correria o risco bloqueio, por seus credores, do valor auferido na ação em tese. Transferir a sua legitimidade *ad causam* para outrem poderia ser uma “saída” para o problema, pois numa simples pesquisa no portal do Tribunal de Justiça não seria possível identificar o processo em nome do executado.

Fredie Didier Jr. lembra que:

Defender o autorregramento da vontade no processo não é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo adversarial. O respeito à liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, até mesmo porque o poder de

⁴ No mesmo sentido, o Enunciado 133 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

autorregramento da vontade no processo não é ilimitado, como, aliás, não é em nenhum outro ramo do direito. Se não existe autonomia da vontade ilimitada nos demais ramos do Direito, não faria sentido que logo no Direito Processual Civil ela aparecesse (2016, p. 34).

Dessarte, apesar da valorização à autonomia das vontades no atual Código de Processo Civil, às partes não é dado o direito de fraudar terceiros e tirar proveito de sua própria torpeza, porquanto seja certo que o processo pretenda valorizar o sujeito que trabalha de forma digna e leal, e não o especulador, conforme bem disse Flávio Tartuce ao comentar as normas do Código Civil, que “fica à espreita esperando um *golpe de mestre* para enriquecer-se à custa de outrem” (2011, p. 282).

Para casos tais, o Juiz deverá exercer controle para que as partes não façam do processo um meio para atacar a dignidade da justiça, da boa-fé, da lealdade e da cooperação processual, nos termos dos artigos 139, inciso III⁵, e 142⁶, ambos do Código de Processo Civil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Símbolo da cooperação processual, os negócios jurídicos processuais representam verdadeira integração das partes ao processo democratizado, constitucionalizado. Nessa senda, o presente trabalho visou demonstrar de forma objetiva a possibilidade de legitimação *ad causam* extraordinária (tanto passiva quanto ativa) por meio de negociação entre as partes litigantes.

Apresentou-se, assim, nesse trabalho, uma breve exposição sobre aspectos históricos da autonomia da vontade no processo, revelando, talvez, aquilo que o leitor desatento não tenha notado no código revogado, isto é, que os negócios jurídicos processuais não representam propriamente uma novidade na ordenação jurídica brasileira, haja vista que já eram praticados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Falou-se, ainda, das origens liberais do processo e, por conseguinte, do caráter publicista imputado a ele com o transcorrer do tempo. Prosse-

⁵ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”.

⁶ “Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.

guindo no trabalho, abordou-se a noção de fatos jurídicos em sentido lato, donde se depreende a existência de fatos jurídicos em sentido estrito e atos jurídicos em sentido lato (a compreender atos-fatos, atos e negócios jurídicos), o que se fez com vistas a propiciar um melhor entendimento da matéria na presente pesquisa.

Depois foi a vez de falar sobre os elementos dos negócios processuais, para demonstrar que necessariamente devem preencher os requisitos dos planos de existência, validade e eficácia, como sói acontecer com os negócios jurídicos regulados pelo direito material.

Ademais, e já se encaminhando para q questão problema proposta do artigo, foram apresentadas as condições da ação (legitimidade e interesse processual), nos termos previstos pelo Novo Código de Processo Civil. Alfim, finalmente foi trazida à lume a problemática acerca da transferência de legitimidade processual por conta do autorregramento das partes, sinalizando-se a possibilidade de existir, ser válido e eficaz tal negócio jurídico processual atípico, através de uma interpretação em harmonia com as previsões contidas no Novo CPC.

Dessarte, dado o momento histórico de democratização do processo, de conclamação legislativa para uma maior e mais efetiva participação das partes na resolução do mérito, de observância ao princípio do contraditório não apenas como meio de informação e reação, mas, sobretudo, como um eficaz instrumento às partes para influenciar o rumo da decisão, bem assim confiante na efetiva aplicação do princípio da cooperação, a legitimação extraordinária negociada e os demais negócios jurídicos processuais atípicos merecem especial atenção dos estudiosos e dos profissionais do Direito, para que surtam seus reais efeitos na prática jurídica cotidiana.

REFERÊNCIAS

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOMFIM, Daniela Santos. **A legitimidade extraordinária de origem negocial**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Leandro Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil**: a legitimação extraordinária de origem negocial. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

_____. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 3.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderley; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Negócio jurídico processual**. v. 54. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 190-192.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO SOB O VIÉS DOS PODERES E DEVERES DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Beatriz Casagrande Fortunato

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil positivou o princípio da cooperação, segundo o qual as partes, o magistrado e demais sujeitos processuais devem colaborar para que, em tempo razoável, obtenha-se uma decisão de mérito justa e efetiva. No entanto, o princípio da cooperação tem uma amplitude maior, determina deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e prevenção ao juiz, os quais serão somados aos seus deveres típicos, enumerados pelos artigos 139 a 143 do Código. Ademais, a cooperação denota uma forma de condução e modelo processual, assegurando o contraditório e a busca da verdade. Assim, objetivou-se pontuar sobre o princípio da cooperação e o processo cooperativo, sob o viés da devida atuação e condutas do magistrado no mesmo.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio da cooperação – deveres – juiz – novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

The new code of civil procedure brought the principle of cooperation, in which all the parties, the judge and the other people that participate in the process have to follow for its has an acceptable duration and get a fair and effective sentence. However, the principle of cooperation has a bigger range, because it's prescribes duties of consulting, clarification, assistance and precaution for the judge, which will be added to his typical duties, that is in the articles 139 to 143 of de Code. Besides, the cooperation shows a way to guide the process, ensuring the contradictory and seeking for the truth. Therefore, this search aims to examine the principle of cooperation and the cooperative process, according to the judge performance.

KEY WORDS

Principle of cooperation – duties – judge – the new code of civil procedure

1- INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é representado, em primeira Instância, pela figura do juiz, o qual irá analisar a lide e a ela atribuir uma solução por meio de uma sentença. O juiz deve ser uma figura equidistante das partes, que vela pela isonomia no processo, e imparcial, somente atribuindo juízos de valor na fundamentação da sentença, a fim de decidir pela procedência ou improcedência da demanda.

Não obstante a possibilidade de revisão da sentença por instâncias superiores, incluindo a discussão de matérias de fato e ou de direito, a condução do processo se dá primeira instância, perante a qual haverá a citação, o exercício do contraditório e toda a instrução probatória, elementos e fases de suma importância para se chegar a uma sentença, a mais justa e efetiva possível.

Para tanto, a gestão e a condução do processo, a serem realizadas pelo juiz, devem estar de acordo com os dispositivos legais previstos no Novo Código de Processo Civil (CPC), da mesma forma, devem atender substancialmente uma nova regra por ele trazida: a da cooperação.

O princípio da cooperação foi instituído pelo Novo CPC, a fim de que haja colaboração entre os sujeitos processuais, que repercutirá, conseqüentemente, no curso no processo e na melhor decisão para determinado caso concreto.

Os ideais trazidos pela cooperação atribuem ao juiz deveres ao longo do processo, interferindo, não só da maneira de geri-lo, como também em sua decisão. Por isso, o objetivo desta pesquisa, além de demonstrar a importância da atuação do magistrado segundo seus deveres elencados pelo Código, pretende comprovar a importância do princípio da cooperação na atuação do juiz mediante tais deveres, sua observância e as contribuições que ele traz ao processo, com uma análise mediante o método hipotético dedutivo, e o uso das técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais e via internet.

2 - DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO A PARTIR DA ATUAÇÃO DO JUIZ

O Novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, positivou, no artigo sexto, o princípio da cooperação com os seguintes ditames: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A partir do enunciado pelo Código, o princípio da cooperação seria a união dos sujeitos processuais em prol da obtenção de uma sentença de mérito, que proporcionasse justiça e efetividade, mediante uma lide de razoável duração.

Ocorre que, antes de analisar somente o princípio da cooperação, de acordo com a atuação do juiz, das partes e demais sujeitos processuais, a cooperação também se apresenta como um modelo processual.

Durante o Estado Liberal, a função do juiz era de representar a lei. O Direito era formalista, de modo que, ao juiz incumbia somente a aplicação da lei, sem uma análise particularizada do caso concreto, e distante dos valores sociais (DE PAIVA CARVALHO, 2016, p. 226-227).

No Estado Social o processo reflete a autoridade do Estado, de tal maneira que o juiz detém poderes maiores, objetivando minorar as desigualdades, percebendo a existência de partes mais fracas (DALLA; ALVES, 2013, p. 303).

Com o Estado Democrático de Direito, os direitos sociais e individuais ganharam maior apreço e atenção, ao passo que, a relação do juiz com as partes se deu de forma horizontal e não triangular, demonstrando, então, a necessidade de haver cooperação entre as partes, com o intuito de aproximar o processo civil da verdade material (DE PAIVA CARVALHO, 2016, p. 230). E ainda, para Humberto Dalla e Tatiana Machado Alves (2013, p. 303), a maneira ativa de atuar do magistrado, voltada a instaurar o diálogo entre as partes, não deve ser parcial ou arbitrária, mas sempre em observância ao princípio do contraditório.

O magistrado é e sempre foi conhecido como aquele que diz o direito, visto que durante o Estado Liberal e pelos períodos em que o Direito assumia facetas extremamente formalistas, não era possível haver uma aproximação e um sopesamento entre o caso concreto e o exame de normas a serem aplicadas, ele estava, com isso, restrito a pura aplicação da lei. À medida que, no Estado Social, o magistrado conquistou poderes perante o processo e a lei, com o intuito de que houvesse uma diminuição das desigualdades.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito passou a valorizar a garantia e o exercício dos direitos, tanto sociais, quanto individuais, motivo pelo qual o juiz deve atuar de maneira ativa, perseguindo encontrar ou averiguar a verdade, de maneira íntegra, imparcial e respeitando o contraditório.

Os modelos processuais, a seu turno, ditam a maneira como se realiza e operacionaliza, isto é, a forma como o processo irá funcionar, no qual também é necessário haver cooperação. No entanto, antes de ser instituído o modelo cooperativo, os modelos paritário e hierárquico é que estruturavam o funcionamento do processo.

O modelo processual paritário ou adversarial coloca o juiz no mesmo patamar que as partes, sendo que estas possuem poderes preponderantes quanto o início e o fim do processo, sua instrução e condução, estando, o juiz, limitado a decidir acerca dos fatos alegados e comprovados pelas partes. Enquanto o modelo

hierárquico, não adversarial ou inquisitorial envolve uma relação vertical entre o indivíduo, sociedade e Estado, no qual o juiz representa o Estado e assume uma posição superior as partes, cuja igualdade é material, isto é, perante a lei, pois seu maior objetivo é a busca da verdade (DALLA; ALVES, 2013, p. 290).

Segundo Fredie Didier Jr. (2011, p. 208-209), no modelo adversarial vige o princípio dispositivo, por outro lado, no modelo inquisitorial prepondera o princípio inquisitivo. Esses princípios se referem ao embasamento e direcionamento a serem seguidos durante o curso processual, seja na instauração do processo, na fase instrutória, recursal, e na apreciação das questões de fato e de direito. Isso porque, o princípio dispositivo proporciona as partes maiores poderes acerca da condução do processo. Já no princípio inquisitivo, o magistrado é que guiará o processo com maiores poderes.

A partir da vigência do princípio dispositivo, no modelo adversarial ou paritário, toda a orientação processual depende e incumbe às partes, elas determinam o curso dos autos. Em contrapartida, o protagonismo do juiz é refletido no modelo inquisitorial ou hierárquico, no qual, o magistrado é que irá exercer o comando nos autos. Ambos os modelos acabam pendendo para um dos lados, comprometendo a higidez do processo e sua dinamicidade, pois ele sempre ficará a cargo de atitudes da parte ou do magistrado.

No modelo cooperativo por sua vez, há a separação entre o indivíduo, Estado e sociedade, e o juiz dele participa na condução do processo de maneira igualitária, o que culminará na melhor decisão ao final (DALLA; ALVES, 2013, p. 291).

No modelo cooperativo há uma ênfase no princípio do contraditório como meio de aperfeiçoar a decisão judicial, a função jurisdicional passa a ser indispensável na criação de diálogo entre as partes, e o processo passa a ser guiado sem a preponderância de nenhuma das partes (DIDIER JR, 2011, p. 211-212).

Destarte, é preciso que o processo seja cooperativo no modo de sua condução, devendo o juiz participar pugnando pela igualdade e dinamicidade para se chegar a uma tutela jurisdicional justa, não sendo saudáveis o poderio excessivo a ser assumido pelas partes, ou mesmo, a visão do juiz como superior e inacessível, características essas que induzem o próprio Poder Judiciário ao descrédito, pois é tido e caracterizado pela sociedade de um modo geral como distante, difícil, formalista e lento.

Além disso, o modelo de processo cooperativo máxime quando compreendido também à luz de outros elementos trazidos pelo CPC de 2015 (cabe destacar aqui, os arts. 4º e 5º), convida a todos a terem presente a concepção do processo como método de solução (estatal) de conflitos - como "comunidade de trabalho", como sustentam alguns com base na doutrina alemã - em que os seus

sujeitos, cientes de suas funções institucionais, agem com boa-fé e em regime de cooperação entre si para viabilizar a efetiva prestação da tutela jurisdicional a quem dela for merecedor; um processo, destarte, que seja, a um só tempo, o devido e eficiente (BUENO, 2016, p. 96-97).

O processo é o meio para se chegar numa solução ao conflito existente entre as partes, durante seu curso é preciso que haja colaboração, tanto das pessoas que nele estão em conflito, quanto de todas as outras que, de certa forma, dele participam. A colaboração consiste em agir de boa-fé, com verdade e lealdade nas alegações, na instrução, e no uso da lei, numa interação como a de uma comunidade ou grupo de trabalho, para, enfim, terminar com uma sentença que atenda as necessidades do caso e seja possível de cumprimento.

Uma vez tendo o processo assumido um modelo cooperativo, perante o qual haverá dinamismo, ante a garantia dos direitos das partes, inclusive a igualdade e o contraditório, bem como buscar-se-á a verdade, a celeridade passa a ser consequência de tal dinamicidade, motivo pelo qual o princípio da cooperação começa a pautar deveres em relação à atuação das partes e do magistrado no processo.

Nesse sentido, Marco Eugênio Gross (2007, p. 376), alega que o princípio do contraditório se destaca no processo cooperativo, visto que culmina nos deveres de consulta, prevenção, esclarecimento e auxílio para as partes e o magistrado. Assim, em razão da estrutura processual cooperativa, as partes têm o direito de se manifestar, evitando decisões surpresa; os interessados devem esclarecer suas dúvidas, a fim de haja um auxílio mútuo entre os participantes, e almejando não prejudicar os deveres das partes e do juiz no exercício de seus direitos.

Dessa maneira, o princípio da cooperação envolve os deveres de esclarecimento, auxílio, consulta e prevenção para o juiz.

O dever de esclarecimento consiste no pedido de esclarecimentos realizado pelo juiz às partes para sanar suas dúvidas a respeito de fatos, manifestações e pedidos realizados pelas partes. O objetivo, segundo Humberto Dalla e Tatiana Machado Alves (2013, p. 294), é que não seja prolatada uma decisão “precipitada que tome como base uma equivocada percepção do que foi alegado nos autos”, demonstrando, por isso, a falta de informação do juiz.

Outrossim, o dever de esclarecimento compete às partes e ao juiz, os quais estão incumbidos de prestar esclarecimentos quando solicitados, como pode ser verificado no artigo 357, parágrafo primeiro do Novo Código de Processo Civil. Consiste em uma consequência do Estado Democrático de Direito, posto que abrange o total entendimento dos atos que se referem aos interesses das partes (BUENO; DOS SANTOS, 2016, p. 100).

O dever de auxílio ou assistência representa a retirada de obstáculos e dificuldades que impossibilitem as partes de exercer seus direitos ou o cumprimento de determinados deveres. Para Patrícia Freire de Paiva Carvalho (2016, p. 236), este dever está insculpido no parágrafo primeiro do artigo 382, ou seja, “o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso”, de sorte que o magistrado estará assistindo a parte que deseja produzir prova antecipadamente, a qual além de ser importante para formar seu convencimento, conduzirá a busca pela verdade no processo.

O dever de consulta ou diálogo simboliza a cautela na tomada de decisões que afetem as partes, não lhes causarem surpresa. Então, mesmo em matérias que o magistrado possa decidir de ofício, ele deve conceder às partes a oportunidade de se manifestarem sobre determinado fato ou matéria, consoante estabelece o artigo 10 do Novo Código.

Marcela Pradella Bueno e Hugo Rafael Pires dos Santos (2016, p. 100) denominam o dever de consulta como dever de diálogo, no qual ao juiz incumbe consultar as partes, instigando-as ao diálogo, inclusive com os demais sujeitos processuais, como o *amicus curiae*, para que haja um debate, evitando-se as decisões surpresas, mas sim contribuem para decisões mais justas.

Finalmente, o dever de prevenção é a oportunidade concedida pelo juiz às partes para sanar eventuais erros ou vícios contidos nas suas peças e afirmações. Ao atuar dessa forma o juiz estará promovendo a igualdade material no processo (DALLA; ALVES, 2013, p. 295), e também, acautelando e coibindo atos contrários à dignidade da justiça (BUENO; SANTOS, 2016, p. 100).

O dever de prevenção resta demonstrado pelo artigo 317 do Código, haja vista que: “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício” (DE PAIVA CARVALHO, 2016, p. 235).

Nesta senda, observa-se que ao realizar o seu dever de esclarecimento perante as partes, o juiz almeja sanar suas dúvidas; no dever de auxílio assistirá as partes na retirada de impedimentos que obstaculizem o exercício de seus direitos ou realização de seus deveres; o dever de prevenção é a indicação de imperfeições, com vista de que elas sejam sanadas; e, o dever de consulta consiste na intimação das partes para se manifestar de questões constantes do processo, não obstante o magistrado possa conhecê-las de ofício.

Logo, o exercício dos deveres de esclarecimento, auxílio, consulta e prevenção por parte do magistrado, comprova uma atuação colaborativa com o pro-

cesso, seja por uma duração razoável e célere, com a finalidade de se chegar a uma sentença de mérito primordialmente, a qual analisará a verdade comprovada nos autos, amoldada ao aparato legislativo, bem como, denota o respeito às próprias partes, porque sempre agirá em prol do maior conhecimento dos fatos, proporcionando o debate, o diálogo, exercício ligado diretamente ao contraditório.

Nesta toada, o princípio da cooperação exige também a colaboração entre os sujeitos processuais, durante o processo, para que se atinja a verdade e uma sentença justa as partes, considerando que o juiz não está sozinho, e que as partes devem, na medida de seu alcance e da melhor forma, resolver o conflito instaurado entre elas.

Destarte, a cooperação exige um “atuar construtivo, positivo, agir no intuito de promover um processo justo” (DALLA; ALVES, 2013, p. 302) de todos os sujeitos processuais, principalmente, o magistrado, o(s) autor(es) e réu(s). Para tanto, o princípio da cooperação deve estar aliado ao princípio da boa-fé e ao princípio do contraditório, garantido a verdade do processo em respeito à justiça e a manifestação das partes.

Por isso, “o contraditório exige a atuação do juiz com o escopo de garantir aos sujeitos processuais a real igualdade de tratamento e oportunidade” (PARCHEN, 2013, p. 08), restando claro, a sintonia entre a cooperação e o contraditório, ou seja, quanto maior o intuito de cooperação, mais estar-se-á garantindo e efetivando o contraditório.

Além disso, o princípio da cooperação se liga ao princípio da solidariedade, dignidade humana, probidade e lealdade, visto que as partes possuem liberdade no processo, todavia a mesma está restrita as suas responsabilidades, e devem colaborar a favor do processo, afastando-se a má-fé e o individualismo (DALLA; ALVES, 2013, p. 300/301).

Apesar de estarem litigando, as partes devem colaborar para o desenvolvimento adequado do processo, a exemplo do que determina o artigo 357, parágrafo terceiro do CPC de 2015, no que tange o saneamento do processo, o qual, via de regra é realizado pelo juiz, no entanto, o parágrafo terceiro autoriza que:

se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (GONÇALVES, 2016, p. 74).

Ou seja, um manifesto exemplo de colaboração realizada entre as parte

o juiz. Por conseguinte, o princípio da cooperação impõe um processo em que haja participação de todos os sujeitos processuais, de boa-fé, de forma positiva e honesta. Ao juiz, a execução do princípio da cooperação se dá através dos deveres dele decorrentes de esclarecimento, auxílio, prevenção e consulta, bem como, na garantia da condução de um processo cooperativo, no qual não haja protagonismos, e sim a garantia do contraditório, da isonomia entre as partes, buscando-se a verdade que será materializada por uma decisão.

3- OS PODERES E DEVERES DO JUIZ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os poderes, deveres e responsabilidade do magistrado estão dispostos nos artigos 139 a 143 do Código de Processo Civil. Os juízes são as pessoas que substituem o Estado na condução e decisão do processo, visto que entre as partes existe um conflito de interesses que carece de solução, a qual estará refletida numa sentença impositiva proferida pelo magistrado.

Por isso, o juiz exerce uma função pública, na qual vigora a lei que será aplicada no caso concreto. O juiz agirá de forma imparcial, equidistante das partes, atuando na condução do processo, segundo os deveres e poderes arrolados no artigo 139 do Novo Código de Processo Civil:

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

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

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

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 50 da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único: A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

No entender de Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 183) os poderes e deveres enumerados pelo artigo são “instrumentais para a direção do processo”.

Isso porque, caberá ao juiz a garantia da igualdade de tratamento entre as partes e sujeitos processuais; o zelo pela razoável duração do processo, o qual envolve a celeridade nas decisões tomadas, e ainda, sua efetivação na prática; a utilização dos mecanismos mais adequados para a satisfação do direito, através da flexibilização de técnicas executivas; a flexibilização procedimental, quanto aos prazos processuais, previamente, assegurando o contraditório, e, aliás, somente quanto aos prazos dilatatórios; exercendo o poder de polícia e do interrogatório livre das partes; o dever de saneamento, para afastar vícios do processo, e também a atuação em prol do direito processual coletivo, caso verifique a possibilidade de ações coletivas (BUENO, 2016, p. 183/186).

Verifica-se, assim, que tais deveres do magistrado o instruem em como proceder no curso do processo, devendo dirigi-lo em atenção às garantias de igualdade entre as partes, razoável duração do processo, preservação e respeito à dignidade da justiça, impondo a prática de atos e medidas que façam valer sua decisão, ciente de seu poder de polícia, inquirindo as partes caso possua dúvidas, e presenciando a possibilidade de formação de uma demanda coletiva, noticiando e colaborando com a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público em tal tarefa.

“A isonomia deve ser substancial, não apenas formal” nos dizeres de Marcos Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 241), desta forma, o autor indica que o juiz deve tratar as partes de forma igualitária, inclusive vindo a compensar desigualdades que venham a ocorrer, além do que, esse dever demanda imparcialidade do juiz, a fim de se evitar a suspeição e o impedimento, bem como, demonstra que haverá punição caso os juízes tenham agido de forma parcial.

Ante o impulso oficial pelo qual segue o processo, ao juiz incumbe dirigir seus auxiliares e funcionários do Cartório ou Secretaria na execução de suas tarefas em relação aos autos, com qualidade e atentos aos prazos processuais, com a fina-

lidade de assegurar a sua razoável duração (GONÇALVES, 2016, p. 241).

No que diz respeito o poder de polícia, este se justifica uma vez que o juiz tem a obrigação de zelar pela segurança dos trabalhos no Fórum, e requisitar auxílio policial além do existente no Fórum caso seja necessário (GONÇALVES, 2016, p. 244).

Em respeito à conquista das garantias e direitos, é imprescindível que seja assegurada a igualdade entre as partes em seu nível máximo, e que ela seja dotada de efetividade prática. Ademais, o magistrado detém poder de gestão, tanto dos seus funcionários, instruindo-os e organizando-os para o bom funcionamento do Cartório ou Secretaria, o que também indica e proporciona dinamismo, quanto no exercício do seu poder de polícia, para atos abusivos e estabelecimento da ordem, se considerar necessário.

O interrogatório da parte feito pelo juiz consiste em convidar a mesma para sanar eventuais dúvidas quanto a confusões ou obscuridades causadas por seu depoimento, os advogados das partes e o Ministério Público serão intimados para participar da oitiva e podem fazer perguntas (GONÇALVES, 2016, p. 244).

Da mesma forma, o artigo 140 proíbe que o magistrado deixe de proferir decisões sob a justificativa de obscuridade ou lacuna de normas e leis, sendo permitida a equidade somente quando autorizada pela lei.

A seu turno, o artigo 141 determina limites objetivos e subjetivos da atuação do juiz, isto é, em conformidade ao que foi exposto pelas partes na petição inicial ou reconvenção, o que é denominado de princípio da vinculação do juiz ao pedido, advindo do princípio dispositivo, isto é, como, inicialmente, a jurisdição é inerte, compete às partes expor o que almejam entregar para ser decidido pelo magistrado (BUENO, 2016, p. 186).

A decisão judicial deve impedir que as partes utilizem o processo com o fim de praticar ato simulado ou impedido por lei, aplicando-se as penas de litigância de má-fé, conforme enuncia o artigo 142 do Novo Código: “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.”. Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 187) destaca que mesmo que o artigo silencie, o juiz pode tomar outras medidas perante as autoidades competentes de acordo com a gravidade dos fatos e os envolvidos.

Por fim, o artigo 143 trata da responsabilidade do juiz em perdas e danos, porém não impede a aplicação, também, das normas previstas na Lei Orgânica da Magistratura ou, a própria responsabilidade objetiva do Estado por certa con-

duta (BUENO, 2016, p. 188).

Ante o exposto, conclui-se que esses deveres e poderes vinculam o juiz a manter a ordem e garantir a organização do feito, tais práticas também tem o fito de que o processo prospere e seja dinâmico, evidenciando o intuito maior de colaboração. Nota-se que a atividade do juiz não está adstrita somente ao que elenca o Código, como também, a LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar nº 35/1979), de tal maneira que, mesmo sendo a autoridade na condução do processo, o juiz não é dotado de total liberdade, e está obrigado a cumprir e seguir regras, sob pena de sua responsabilidade pessoal.

4- A CORRESPONDÊNCIA ENTRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E OS PODERES E DEVERES DO JUIZ SEGUNDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O princípio da cooperação atua em busca da dinamicidade do processo para que haja uma tutela, todavia, também enumera obrigações para o bom andamento dos autos. Destarte, o princípio pode ser verificado também na forma de condução do processo, como um modelo de cooperação, dado que apesar do litígio, as partes e todos que participam do processo devem se apresentar probos, leais com a justiça e de boa-fé no que tange a sua função nos autos.

Na visão de Patrícia Freire de Paiva Carvalho (2016, p. 239):

O princípio da cooperação exige um juiz próximo das partes, bem situado nos pontos controvertidos da lide, incentivando os debates necessários, auxiliando na retirada dos empecilhos à produção de prova essencial para a formação de seu convencimento, pedindo os esclarecimentos essenciais para permanecer bem situado no centro da controvérsia.

A atividade do juiz, segundo a autora, relaciona-se com os deveres impostos pelo princípio da cooperação, uma vez que ele busca esclarecer suas dúvidas, auxiliar as partes, consultá-las e prevenir seus erros, tudo para que o ele forme um bom e completo entendimento acerca da controvérsia, e profira a melhor decisão, preferencialmente de mérito, cabível ao caso.

Muitos autores destacam que o que juiz detém uma dupla função, porque deve garantir a igualdade entre as partes, entretanto, é assimétrico, na imposição de sua decisão, e, justamente por isso, o princípio da cooperação atribui deveres ao magistrado, tendo em vista que as partes, por estarem em oposição e interessadas

na solução a ser atribuída a causa, não podem cooperar entre si (DALLA; ALVES, 2013, p. 305).

Muito embora as partes estejam litigando, o novo CPC possibilita e incentiva a colaboração entre as elas, pois a colaboração significa maior celeridade, dinamismo e uma boa solução para o processo. Os incentivos são percebidos na tentativa de conciliação, trazida pelos artigos 139, inciso V e 359, uma vez que as partes devem estar cientes que nem sempre a decisão de um terceiro possa ser aquilo que elas desejam ou as agrade, bem como, na colaboração para o saneamento do processo realizada pelas partes e o juiz (artigo 357, parágrafos segundo e terceiro), o que melhora a instrução processual.

Cumprido ressaltar que, no exercício de seus deveres elencados pelo artigo 139, o juiz acaba atuando em observância ao princípio da cooperação, quando, por exemplo, requisita o comparecimento da parte para inquiri-la (inciso VIII), exercendo seu dever de esclarecimento (DE PAIVA CARVALHO, 2016, p. 235), e, já no inciso III, o dever de prevenção ao impedir atos que atentem à dignidade da justiça (BUENO; DOS SANTOS, 2016, p. 100). Razão pela qual, para Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 97), o Código esgotou os deveres de atuação do magistrado no processo, sendo difícil encontrar outras situações de dever do juiz em prol da colaboração que não as previstas pelo Novo Código.

Uma vez que o princípio da cooperação atribui os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio ao juiz, determinando-lhe a tomada de certas atitudes e medidas, o magistrado também possui deveres de carreira, é uma figura imparcial, equidistante das partes e sem guardar relação com elas ou interesse na lide, ao passo que ao gerir o processo não pode envolver-se com ele, porém solucioná-lo da melhor forma possível e conforme a lei.

O juiz sempre foi uma figura dotada de respeito e autoridade, do qual emanam sentenças, cujos reflexos não somente interferem nas relações entre as partes, mas também de outras pessoas, podem atingir o próprio Estado, empresas públicas, provadas, autarquias.

De tal maneira que a sujeição ao poderio do juiz, relaciona-se também com os efeitos e reflexos de suas sentenças. Uma sentença que atinja o Estado, consequentemente, atinge todos os cidadãos, em âmbito nacional, estadual, municipal e distrital.

Além do que, a carreira de juiz exige cada vez mais conhecimento, tanto jurídico, a respeito de Constituição, leis federais, estaduais, normas, princípios, súmulas, e outros, quanto o conhecimento de mundo, de causa, o qual, pela vastidão das demandas, acaba sempre trazendo novidades, obrigando o magistrado

a conhecer o contexto fático com o qual ele está lidando. Aliás, o magistrado deve decidir em harmonia com o previsto em todo o sistema legislativo, não o contrariando, e tal decisão pode estar sujeita a revisão de grupos de magistrados, com mais tempo de carreira, os desembargadores nos Tribunais e ministros nos Tribunais Superiores.

A cooperação afeta e influi em todo o sistema decisório, seja de primeira instância, no qual há uma maior análise do contexto fático, ou instâncias superiores em que se discute a lei. Independente da discussão, ela deve ser realizada com a colaboração de todos os sujeitos que atuam nos autos.

Por sua vez, no Brasil existe a cultura da judicialização, a qual acaba por levar ao Judiciário as demandas das mais variadas ordens para se conseguir a tutela pretendida, inclusive as que não seriam atribuição original do Judiciário em si, e sim do Poder Executivo e, principalmente, do Congresso Nacional.

Assim, a ação do Judiciário (juiz), em prol de solucionar demandas que deveriam ter sido amparadas por normas emanadas do Poder Legislativo recebe a denominação de ativismo judicial.

Muito embora o Judiciário brasileiro seja conhecido como moroso, de difícil acesso e relativamente oneroso, ele possui mais confiabilidade que o Poder Executivo, representado, neste caso, pelo Congresso Nacional. Assim, ao invés de esperar que o legislador atualize ou crie normas que satisfaçam necessidades populares, formou-se a cultura de demandar contra o Estado seu descumprimento ou, a prestação ante a ausência normativa, criando-se um ambiente de segurança jurídica trazida pelo Judiciário.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critério menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 23)

Com isso, o ativismo judicial é decorrente da lacuna de exercício do Poder Executivo, principalmente em matérias referentes a direitos garantidos constitucionalmente e pertinentes de realização de políticas públicas. De um lado, veri-

fica-se a atuação do Judiciário na competência de outro Poder. Em contrapartida, a atuação do Poder Judiciário/juiz é devida porque segue os seus deveres, visto que ele não pode deixar de decidir em razão de lacuna legislativa, e, no processo, deve assegurar a igualdade entre as partes, buscar sua conciliação e coibir atos que atentem a dignidade da justiça.

Mesmo que se observe uma crise de legitimidade entre poderes, dado a interferência na sua esfera de competência, o juiz tem o dever de apresentar a melhor solução ao caso, de maneira razoável e ponderada, bem fundamentada, atendendo a justiça, a lei e que seja dotada de efetividade prática, assegurando ao direito pretendido e em conflito uma decisão justa.

Nesse caso, além do ativismo judicial representar uma forma de exercício do princípio da cooperação por parte do juiz, vez que ele denota o cumprimento de seus deveres, sendo necessário, no caso concreto, verificar se ocorre a colaboração na atuação das partes, e, o curso dos autos ocorrer seguindo os parâmetros do modelo cooperativo, não há afronta no ativismo judicial, aos deveres no juiz ancorados no princípio da cooperação.

Insta ressaltar que, a autonomia do juiz não pode ser abusiva a ponto de externar suas vontades pessoais, e também não pode pender em demasia na aplicação dos princípios constitucionais, dado que contrariariam algumas regras, logo, “a autonomia judicial, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios, evita que haja arbitrariedade” (MACHADO, 2011, p. 113).

Infere-se, no que tange a atuação do juiz, que ela não deve conter excessos normativos e apreciações subjetivas, porque viciam a apreciação do caso, fora dessas restrições, o magistrado possui autonomia para realizar seu julgamento dentro do devido processo legal. Contudo, nas decisões marcadas pelo ativismo judicial, o magistrado interfere numa escala de atuação e competência que não lhe pertence, aviltando a democracia e gerando uma crise representativa, segundo alguns doutrinadores, que se preocupam, ainda, com o teor da decisão.

Há que se ponderar que:

- a) uma função essencial dos juízes é serem garantidores da qualidade democrática das decisões políticas, a adoção de uma paradigma material para a interpretação dos princípios constitucionais, especialmente aqueles vinculados com igualdade, evitando discriminação; b) o controle de qualidade democrática há de limitar-se às questões vinculadas, como os princípios básicos do sistema, não devendo intervir naquelas que constitucionalmente estão baseadas na negociação e no compromisso dos partidos políticos que integram o parlamento. Uma coisa é a aplicação

de um paradigma material de igualdade e outra é a intervenção em assuntos decididos de acordo com o princípio da maioria. Portanto, controle de qualidade democrática não significa judicialização da política (MACHADO, 2011, p. 123-124).

Por conseguinte, o magistrado deve agir em colaboração com o processo, garantindo o devido processo legal e sua razoável duração, para tanto, possui deveres de carreira previstos na Lei Orgânica da Magistratura, deveres elencados pelo Código de Processo Civil e deveres provenientes do princípio da cooperação, como esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. Ocorre que, no cumprimento de seus deveres, muitas vezes, o juiz é incumbido de decidir demandas que afetam e competem ao Poder Executivo e a elaboração de políticas públicas, de modo que tal interferência é caracterizada como ativismo judicial, fato que gera um conflito democrático, na concepção de muitos autores. Muito embora haja esse temor ao ativismo, o juiz não pode se eximir de apreciar essas demandas devido à omissão legislativa, da mesma forma que sua sentença deve ser assimétrica e ponderada, justamente como todas as suas sentenças são, essas porém, acabam envolvendo o Estado (na sua acepção ampla, União, estado, município), o qual, muitas vezes, foi omissivo no seu dever e na garantia dos direitos.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da cooperação, mesmo antes de ser positivado pelo Novo Código de Processo Civil, já representava mudanças na maneira como o processo se realizava e se orientava, posto que, o modelo cooperativo passou a valorizar o contraditório, a isonomia, a boa-fé e a lealdade processual para haver uma atuação das partes e do juiz em colaboração ao desenvolvimento do processo, e, por via reflexa, atingir uma sentença justa e eficaz.

Ante a aplicação do modelo processual cooperativo, e a instituição do princípio da cooperação pelo Código, a atuação do magistrado passou a ser vinculada a deveres, em razão do princípio, bem outros determinados pelo Código. Muitas vezes, o exercício desses deveres está unido, ou seja, ao realizar um dever que atine ao princípio cooperação, também estará o magistrado cumprindo um dos deveres arrolados pelo Código.

A atuação e condução do processo feita pelo juiz com base em seus deveres e poderes são importantes, porque o juiz é o responsável pela gestão do processo, da melhor forma, a fim de se alcançar uma sentença, preferencialmente de mérito, contudo, sempre proporcionando a isonomia entre as partes, o contraditório,

o devido processo legal e sua duração razoável.

Assim, muitas vezes, no exercício e como forma de cumprimento de sua atividade jurisdicional, o magistrado encontra demandas que envolvem direitos fundamentais e a atuação omissa do Estado, frente a lacunas existentes na lei, devendo a elas apresentar uma decisão. Tal conduta, denominada de ativismo judicial, é muito criticada, por acabar interferindo na esfera de competência do Poder Executivo. Entretanto, o Judiciário foi chamado e deve agir, em prol e sempre assegurando a cooperação e em cumprimento de seus deveres, bem como estará ainda garantindo e proporcionando maior segurança jurídica à sociedade e aos litigantes, uma vez que, ao menos, está disposto a avaliar e apresentar uma solução para o conflito.

Portanto, o ativismo judicial demonstra uma falha do Poder Executivo, no entanto, não pode o juiz se eximir de garantir direitos e conduzir o processo de forma cooperativa, em virtude de tal problema, considerando que esse foi o motivo pelo qual ele foi chamado a intervir, e sua decisão deverá sempre estar pautada pela ponderação e pela razoabilidade.

6 - REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. N. 13, p. 17-32. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado a luz do novo CPC**, de acordo com a lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2ª ed. Revi., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Marcela Pradella; DOS SANTOS, Hugo Rafael Pires. **A cooperação processual como instrumento da paz**. PAZ, DIREITO & FRATERNIDADE. P. 90-106. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil: Lei n. 13.105**, promulgada em 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

DALLA, Humberto; ALVES, Tatiana Machado. **A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro**. Uma proposta de sistematização. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, v. 12.12. 2013.

DE PAIVA CARVALHO, Patrícia Freire. **O princípio da cooperação no processo civil e sua influência no ativismo judicial.** Revista Científico. Fortaleza, v. 15, n. 32, p. 221-244. 2016.

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.** Revista de Processo. V. 198, p. 207-217. 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GROSS, Marco Eugênio. **Diálogo, Participação e a Influência do Processo Cooperativo no Conteúdo da Garantia do Contraditório.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir. Porto Alegre, v. 6.7 e 8, p. 363-389. 2007.

MACHADO, Ednilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais.** 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

PARCHEN, Laura Fernandes. **O impacto do princípio da cooperação no juiz.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA% 20PARCHEM](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LAURA%20PARCHEM)>. Acesso em: 13 de julho de 2016.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL CIVIL E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO - DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Tales Mendes Alves

RESUMO

O Processo Civil Brasileiro, com a vigência da Lei nº 13.105/2015, ganhou novos horizontes, sendo um dos mais instigantes e pouco difundido, o negócio jurídico processual previsto no art. 190, §único, do CPC, que concede as partes litigantes a possibilidade de modificar o procedimento, para ajustar a especificidade da demanda. A controvérsia do tema gira torno da sua (in)aplicabilidade ou não ao processo do trabalho, já que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 39/2016, afastando a sua aplicabilidade a seara trabalhista, pela ausência de omissão ou sua incompatibilidade com as normas trabalhistas. Tudo leva a crer, no entanto, que o negócio jurídico processual, desde que celebrado dentro dos moldes do arquétipo trabalhista construído com base no princípio da proteção, tem compatibilidade com o processo laboral nos dissídios individuais, eis que serve de instrumento para atribuir maior efetividade ao acesso à justiça e celeridade no trâmite processual, através da flexibilização do procedimento ao caso submetido a apreciação do Judiciário Trabalhista. O presente artigo não almeja, em hipótese alguma, esgotar o tema, tendo em vista a grandeza e a novidade trazida pelo Código de Processo Civil, mas sim de instigar o construtor do Direito acerca da compatibilidade do negócio jurídico processual com o processo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Novo código de processo civil, negócio jurídico processual, acesso à justiça, princípio da proteção e processo do trabalho.

ABSTRACT

The Brazilian Civil Procedure, with the enactment of Law No. 13,105/2015, gained new horizons, one of the most exciting and widely disseminated, the pro-

cedural legal business provided for in art. 190, §único, the CPC, which gives the disputing parties the possibility to modify the procedure to adjust the specific demand. The theme of the controversy revolves around its (in) applicability or not the labor process, as the Superior Labor Court issued Normative Instruction No. 39/2016, removing its applicability to labor harvest, the absence of omission or incompatibility with labor standards. It seems, however, that the procedural legal business, provided that entered into the molds of the labor archetype built on the principle of protection, has compatibility with the labor process in individual bargaining, behold, it is an instrument to give greater effectiveness access to justice and expedite the procedural action by easing the procedure to the case submitted to the appreciation of the Labour Judiciary. This article does not aim in any way, exhaust the subject, in view of the greatness and the novelty brought by the Civil Procedure Code, but to instigate the Law of the builder about the procedural legal business compatible with the work process.

KEYWORDS

New code of civil procedure, procedural legal business, access to justice, protection principle and work process.

I - O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O homem é um ser social por sua excelência, que aspira a vida em sociedade, de maneira ordenada e pacífica. O direito é a ciência jurídica que tem por finalidade regular os limites da vida social, mediante sua linguagem, que se dá através da norma jurídica. Segundo HANS Kelsen (1986, p. 113) o *“objeto da norma é aquilo que está prescrito numa norma, fixando como devido, é a conduta de um ser dotado de razão e de vontade- segundo nossa concepção de hoje - é a conduta de uma pessoa.”*

A ciência do direito tem a finalidade de regular a vida em sociedade e de apaziguar suas controvérsias, visando, de certa forma, buscar a sua harmonia e a sua estabilidade. Entretanto, diante de toda diversidade que decorre do contexto social, podem surgir conflitos de interesse, os quais não podem ser resolvidos pelos particulares, sendo indispensável a intervenção do Estado-Juiz para dizer o direito ao caso posto, através da Jurisdição.

O Estado, detentor do monopólio jurisdicional, para tanto, utiliza-se de um instrumento capaz de produzir a eficácia dos seus mandamentos, qual seja, o processo. Ao avocar essa condição de protagonista dos deslindes sociais, o Estado passou automaticamente a ser o responsável por uma efetiva prestação jurisdicional, conforme destaca ADA PELLEGRINI GRINOVER (2013, p. 47):

Essa atividade compreende a realização de obras e prestação de serviços relacionados com a ordem social e econômica e compreende também as providências de ordem jurídica destinadas, como já vimos, a disciplina a cooperação entre os indivíduos e a dirimir os conflitos entre o processo em geral. Tal é a função jurídica do Estado.

Para ter acesso a jurisdição estatal de uma maneira ampla, plena e satisfatória, na busca por uma providência de ordem jurídica concreta, a Constituição Federal da República de 1988, em seu art. 5º, XXXV, assegura como direito fundamental a todo o cidadão o acesso a justiça, ao prescrever que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

A Consolidação das Leis do Trabalho, desde meados de 1943, já garantia tanto ao trabalhador quanto ao empregador o acesso à justiça de uma maneira menos burocrática, tendo em vista que autoriza as partes reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, através do instituto peculiar do processo do trabalho, o *ius postulandi*, nos termos do art. 791, *caput*, da CLT, sendo dispensado a presença

de capacidade postulatória.

O Novo Código de Processo Civil como forma de fortalecer e trilhar no mesmo sentido do Texto Constitucional, trouxe para o plano infraconstitucional o acesso à justiça, segundo consta do prescrito no seu art. 3º, *caput*, através do qual extraí-se que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito».

Em tempos atuais, enfatiza CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE (2016, pp. 53/54) que o processo eivado do Estado Democrático de Direito, que transcende a realidade jurídica, ganhou força e notoriedade com o advento da Constituição Federal de 1988, eis que passou a ser entendido como *direito constitucional aplicada*, enquanto que o acesso a justiça ganhou a feição de direito humano e fundamental:

Em suma, no Estado Democrático de Direito, o processo pode ser definido como o “direito constitucional aplicado”, enquanto o acesso à justiça passa a ser, a um só tempo, em nosso ordenamento jurídico, direito humano e direito fundamental.

É *direito humano*, porque é previsto em tratados internacionais de direitos humanos e tem por objeto a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre todos os seres humanos, independentemente de origem, raça, cor, sexo, crença, religião, orientação sexual, idade ou estado civil.

Com efeito, o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispõe textualmente: “Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei”.

O acesso à justiça é, também, *direito fundamental*, porquanto catalogado no elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do Título II da Constituição da República de 1988, cujo art. 5º, inciso XXXV, prescreve que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O Estado, portanto, tem o dever institucional de assegurar ao cidadão o direito fundamental do acesso à justiça, na busca pelos objetivos fundamentais da República Federativa que são, dentre um deles, a construção de uma sociedade justa e solidária, que depende, para tanto, da intervenção indispensável do Estado para aplicar a jurisdição ao caso posto, através do instrumento do processo.

Entretanto, compreender o exato significado do acesso à justiça não é uma das tarefas mais fáceis para a construtor do Direito. Segundo a proficiente lição de MAURO CAPPELLETTI (1988, p. 08), ressalta o doutrinador que o sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos:

A expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.

Nesse sentido, não se pode deixar levar o construtor do Direito pela literalidade do Texto Constitucional, da Norma Celetista e agora do Código de Processo Civil, já que esse direito fundamental não resume simplesmente a possibilidade de, apenas e tão somente, ter acesso ao Poder Judiciário.

Trata-se de algo mais, isso é, de um amplo acesso à justiça, que não se delimita a possibilidade de apenas provocar o Judiciário, mas sim de autorizar o cidadão a poder usufruir de todos os instrumentos processuais vigentes e aplicáveis ao caso, para obter uma prestação jurisdicional efetiva, um resultando justo, através de uma tramitação célere do processo.

É o direito fundamental que o cidadão tem de utilizar-se dos mecanismos processuais válidos e existentes no ordenamento jurídico processual pátrio para que a tutela jurisdicional atinja sua finalidade de uma forma plena, isso é, ter o acesso ao judiciário, usufruir das ferramentas processuais, obter um trâmite célere do processo e a satisfação do provimento jurisdicional.

Diante desse cenário constitucional e agora infraconstitucional no plano processual é que deve ser analisado, compreendido e interpretado o amplo acesso à justiça, não podendo o construtor do Direito deixar-se levar pela literalidade do Texto Normativo, mas sim buscar o seu real alcance.

II - DO ARQUÉTIPO NORMATIVO TRABALHISTA - DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO OU TUTELAR - ANÁLISE PELA VERTENTE DO SUB-PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Os princípios de um sistema jurídico servem de substrato para a construção de todo um cenário normativo sólido, consistente e coerente. São considerados pela ciência do direito, como seu alicerce, sua viga mestra. Ante a sua grandeza dentro do sistema jurídico, os princípios ganham uma feição multifacetária, isso é, norteadora, informativa e normativa.

É com suporte nos princípios que o construtor do Direito poderá extrair o melhor significado das regras jurídicas, por se tratar de um componente

indispensável e integrante de toda a estrutura normativa. Segundo a proficiente lição do decano do Supremo Tribunal Federal CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2002, p. 102), sobre o tema, princípio é:

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

O saudoso ARNALDO SÜSSEKIND (2000, pp. 146/147), enfatizava que os princípios, dentro de um sistema jurídico, *“são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar as omissões”*.

O Direito do Trabalho, por ser um ramo jurídico autônomo, possui suas regras e seus princípios peculiares. Um deles, e sem sombra de dúvida o de maior destaque e relevância para a seara laboral, é o Princípio da Proteção, também denominado de Protetivo ou Tutelar. A sua importância para a seara laboral, faz com que alguns o denomine de *super-princípio*.

Trata-se, na verdade, da pedra angular para a construção do arquétipo trabalhista, seja pelo enfoque material ou substancial. Desde a origem da relação de trabalho, o empregador sempre manteve uma superioridade econômica, social e intelectual em relação ao empregado, demonstrando uma nítida diferenciação que há entre o capital e a força de trabalho.

É com supedâneo no princípio da proteção que essa desigualdade é reduzida, mediante benesses da lei outorgadas ao empregado para alçar ao patamar de igualdade com o empregador. Isso porque, todas as normas jurídicas trabalhistas devem ser compreendidas pela ótica da tutela do empregado.

A proteção conferida ao trabalhador deve vir desde a elaboração da norma jurídica, passando pela sua interpretação, até chegar no momento da sua aplicação. As relações jurídicas empregatícias devem, portanto, ser desenvolvidas na sua amplitude, em consonância com o princípio tutelar.

O princípio da proteção tem por objeto, como o próprio nome denota, proteger o empregado, por se tratar da parte hipossuficiente da relação de trabalho, no tocante ao seu empregador. Visa conferir uma igualdade jurídica entre as partes

que compõem a relação empregatícia, na busca pela redução dessa desigualdade conferindo privilégios jurídicos ao empregado, permitindo, com isso, uma isonomia substancial.

Salienta a saudosa ALICE MONTEIRO DE BARROS (2016, p. 122), que o princípio da proteção:

é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente.

Ocorre que o princípio da proteção da parte hipossuficiente da relação empregatícia só tem a sua real dimensão e compreensão, quando analisado em consonância com os outros princípios ou sub-princípios que servem de suporte, sendo o do *in dubio pro operário*, o da condição mais benéfica e o da norma mais favorável.

Diante das vertentes protetivas conferidas ao empregado, o enfoque será pelo viés da norma mais favorável. Isso porque, pode haver um aparente conflito de norma trabalhista, num caso concreto, gerando uma controvérsia acerca de qual norma aplicar-se-á para dirimir a controvérsia.

Nestes casos, independentemente de sua hierarquia, aplicar-se-á sempre a norma mais favorável ao empregado, conforme entendimento doutrinário de ARNALDO SÜSSEKIND (2000, p. 150) que ressalta que “o princípio da norma mais favorável, em virtude da qual, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”.

Não se pode olvidar que além da proteção de ordem material, o trabalhador também tem a proteção de ordem substancial, de natureza processual, através do princípio do protecionismo temperado do trabalhador, conforme se infere das lições de MAURO SCHIAVI (2009, p. 91), que visa facilitar seu acesso à justiça e uma ordem jurídica justa, nos seguintes termos:

não se trata do mesmo princípio da proteção do Direito Material do Trabalho, e sim uma intensidade protetiva, vista sob o aspecto instrumental, ao trabalhador a fim de lhe assegurar algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, devido à sua hipossuficiência econômica e, muitas vezes, da dificuldade em provar suas alegações, pois, via de regra, os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador.

Esse protecionismo processual conferido ao trabalhador pode ser facilmente identificado na Norma Celetista entre seus vários dispositivos. Um deles é a facilidade no acesso à justiça, tendo em vista que os empregados e os empregadores, nos termos do art. 791, *caput*, da CLT, podem reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, dentro dos limites conferido pela Súmula 425 do TST.

Além disso, autoriza que reclamante e reclamado possam apresentar-se, respectivamente, sua reclamação trabalhista e sua defesa oral. O protecionismo também fica evidente no tocante as consequências jurídicas do não comparecimento das partes a audiência inicial ou inaugural. Enquanto que a ausência do reclamante gera o arquivamento do feito, a do empregador enseja na revelia e a confissão quanto a matéria de fato.

Outrossim, a norma celetista autoriza que a execução trabalhista seja promovida *ex officio*, além de que exige, como requisito extrínseco para a impugnação de pronunciamento judicial, o depósito recursal, que visa garantir eventual exação trabalhista.

O arquétipo normativo trabalhista, portanto, deve ser todo construído, interpretado, desenvolvido e aplicado com base na proteção do empregado, seja pela ótica material ou substancial, para dirimir a diferenciação sócio-econômica-cultural que há entre o capital e o trabalho, conferindo a parte hipossuficiente uma igualdade substancial.

III - DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL CIVIL - ART. 190 E § ÚNICO DO CPC

O código de processo civil, com o advento da Lei nº 13.105/2015, trouxe modificações substanciais ao processo brasileiro, submetendo o construtor do Direito a um cenário jurídico até então não percorrido, inovador e sem precedente, obrigando-o, de uma maneira ou de outra, a compreender melhor os novos institutos e aplicá-los em perfeita harmonia com o sistema processual constitucional pré-existente.

Uma das grandes novidades processuais, se não a mais relevante e instigante, sem sombra de dúvida, é o negócio jurídico processual, prescrito no art. 190, § único, do CPC, que tem a seguinte redação:

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

deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O negócio jurídico autoriza as partes litigantes, plenamente capazes e de comum acordo, em causas que admitam autocomposição, estipularem mudanças no procedimento. Isso é, de poder criar um procedimento peculiar para ajustá-lo à especificidade da demanda, convencionando sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante do processo.

Para que não haja nenhum equívoco na sua compreensão, não se pode olvidar que o negócio processual é uma ferramenta atinente ao campo processual e não ao direito material objeto do litígio. O legislador autorizou as partes litigantes estipular um novo procedimento para o caso em destaque, ou seja, estabelecer um regramento jurídico ímpar, próprio para uma determinada situação, conforme leciona FREDIE DIDIER JR. (2015, p. 376/377):

«é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico certas situações jurídicas processuais. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação.»

Trata-se de um mecanismo processual que visa conceder maior carga democrática ao processo, eis que possibilita aproximar as partes conflitantes, que são na verdade os maiores interessados no deslinde da questão, para que possam, mediante um diálogo amistoso e mútua cooperação, firmar um novo procedimento adequado que será utilizado no caso, buscando sua solução de maneira célere, mas sempre dentro dos limites do devido processo legal.

Esse é o espírito do código de processo civil de 2015, no tocante ao negócio jurídico processual, que trouxe um mecanismo processual de aproximação das partes, que permite os litigantes, uma via de mão dupla, mediante a dialeticidade, a boa-fé e a lealdade processual, resolver a questão jurídica.

O negócio jurídico processual, quando aplicado dentro dos limites legais, confere maior celeridade nos trâmites processuais, eis que as partes podem, dentro dos contornos já tracejados pelo sistema processual, eliminar burocracia dos procedimentos pré-existentes, estabelecendo novas regras procedimentais, otimizando a

duração do processo, com a redução do número de testemunhas, a não interposição de recursos, dentre outras negociações.

Em que pese a concessão legal que autoriza firmar um novo procedimento, que fique bem claro, o legislador não concedeu total liberdade as partes do processo. Não se trata de uma carta branca para que as partes possam, ao seu bel prazer, modificar o procedimento. Aqui se encontra um dos maiores entraves que deverá ser enfrentado pelo construtor do Direito, conforme se infere das palavras de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (2015, pp. 356/357):

“por força do art. 190 do NCP, portanto, não reputamos ser possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativamente impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto. Não vigora, *ipso facto*, o ‘vale tudo’ processual. O negócio jurídico processual não tem, e nem deve ter, esta extensão. (...) Não se pode, é nossa convicção, dispor em negócio jurídico processual que uma decisão poderá ser não fundamentada, ou que não vigora o dever de cumprir as decisões judiciais. Admiti-lo seria algo comparável à admissão do objeto ilícito na celebração do negócio jurídico processual.”

Tratando-se de negócio jurídico, a aludida convenção entre as partes deverá obedecer os requisitos exigidos pela legislação civil, em especial, a do regime jurídico de nulidades. Em que pese seja um direito das partes, a negociação está condicionado a chancela do magistrado, que controlará a validade das convenções, recusando sua aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, nos termos do art. 190, §único, do CPC.

Nesse sentido, não é em todo e qualquer caso que será admitido o negócio jurídico. As partes poderão convencionar, dentre outros temas, a respeito de ônus da prova, de inversão cronológica de atos processuais, poderes, faculdades e deveres. Poderão, também, pactuar essas matérias antes mesmo do processo, o que significa inserir em contrato, público ou privado, negócio jurídico de natureza processual.

Ademais, se no curso ou depois de extinta a relação jurídica, houver necessidade de socorrer-se ao Judiciário Trabalhista, os contratantes, agora partes litigantes no processo, irão submeter-se a procedimento, que deverá ser processado na forma e nos moldes ali pactuados, ou seja, nos moldes já pré-estabelecidos.

O negócio jurídico processual é uma ferramenta inovadora e de grande

valia para o processo, já que autoriza uma aproximação entre as partes envolvidas que poderão, dentro das limitações do próprio sistema, criar um novo e único procedimento para aquele caso, reduzindo excessos de atos procedimentais, conferindo maior celeridade na prestação jurisdicional.

IV - DA APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA E SUPLEMENTAR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO TRABALHISTA E DA COMPATIBILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COM O PROCESSO JUSLABORAL - DISSÍDIO INDIVIDUAL DO TRABALHO - ENDOPROCESSUAL

A Consolidação das Leis do Trabalho, no seu Título X, Capítulo I, trata das disposições preliminares do processo da justiça do trabalho. Dentre essas disposições, está a abrangência da aplicabilidade do código de processo civil ao processo do trabalho.

O legislador trabalhista delimitou a aplicabilidade do código de processo civil, nos termos do art. 769 *caput* da CLT. O texto normativo juslaboral prescreve que somente nos casos em que a norma celetista for omissa, aplicar-se-á como fonte subsidiária o direito processual comum e desde que o instituto do processo comum não seja incompatível com as normas trabalhistas.

O vigente e recente código de processo civil, tratou dessa vez de maneira expressa acerca da aplicabilidade de maneira supletiva e subsidiária das regras do processo civil ao processo trabalhista. Segundo consta do art. 15, *caput*, do CPC, aplicar-se-á os preceitos do processo civil nos casos de ausência normativa que regule o processo do trabalho.

Os preceitos do código de processo civil, portanto, em relação ao processo do trabalho, não tem a sua aplicabilidade imediata. Muito pelo contrário. Deve ser percorrido todos os preceitos trabalhistas, para constatar a omissão normativa trabalhista, para, somente então, aplicar as regras do processo comum, desde que compatíveis com as normas trabalhistas.

Com o advento do novo código de processo civil, uma grande indagação veio à tona e deve enfrentada, qual seja, o negócio jurídico processual civil tem compatibilidade ao processo do trabalho? Poderá o negócio processual ser utilizado como ferramenta na solução de dissídio individual?

Para tornar a tarefa mais árdua, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, de maneira precoce e precipitada, aprovou a Instrução Normativa nº 39/2016, que dispõe sobre as normas do novo código de processo civil aplicáveis e inaplicáveis

veis ao processo do trabalho, estabelecendo da seguinte maneira:

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

(...)

II - art. 190 e parágrafo único (negociação processual)

O Tribunal Superior do Trabalho, além de afoito em firmar pela inaplicabilidade do negócio jurídico processual civil ao processo do trabalho, não mencionou qualquer diferenciação entre o processo do trabalho, quanto aos dissídios individuais ou dissídios coletivos, simplesmente taxou a expressão “processo do trabalho”.

O enfoque será apenas no tocante aos dissídios individuais, pela compatibilidade do negócio jurídico processual endoprocessual, perante a autoridade máxima dos autos, o Juiz. A CLT não trata acerca deste instituto inovador do código de processo civil que autoriza as partes, plenamente capazes e de comum acordo, em causas que admitam autocomposição, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda e convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante do processo.

Convém lembrar o que já foi dito, que o negócio jurídico processual está voltado para o processo, isso é, uma autorização legal para estabelecer um novo procedimento e não uma negociação processual que tem por objeto direitos materiais dos trabalhadores.

Uma das condições para que se possa autorizar o negócio jurídico processual é a de que as partes sejam plenamente capazes, que estejam de comum acordo, e que o direito discutido seja passível de autocomposição.

A capacidade das partes litigantes perante a Justiça do Trabalho, está prevista no art. 793 da CLT, que prescreve no sentido de que a reclamação trabalhista do menor será feita por seus representantes legais e, na falta destes, pela procuradoria da justiça do trabalho, pelo sindicato, pelo ministério público estadual ou curador nomeado em juízo.

Não há dúvida alguma que no processo do trabalho, no tocante aos dissídios individuais, admite-se a autocomposição das partes conflitantes, como forma de solução de litígio, mediante a intervenção de um terceiro, no caso, o Estado-Juiz, na figura do magistrado.

Negar essa possibilidade de solução de conflito é virar às costas para a realidade trabalhista. É comum e corriqueiro na praxe das audiências trabalhistas as partes comporem amigavelmente nos autos, mediante a conciliação, para chegar

à autocomposição, conforme destaca FREDIE DIDIER (2015, p. 275):

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, com o acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de heterocomposição do conflito; trata-se de exemplos de autocomposição, com a participação de um terceiro.

A conciliação das partes é o âmago do processo do trabalho que busca incessantemente a pacificação social das controvérsias laborais. Nada mais justo do que buscar a solução do conflito juntamente às partes litigantes, segundo os ensinamentos do saudoso WAGNER D. GIGLIO (2007, pp. 208/209):

O Direito Processual do Trabalho dá grande ênfase à conciliação, como forma de se atingir o objetivo da paz social. Interessa ao Estado que as próprias facções em litígio encontrem, elas mesmas, a fórmula capaz de compor suas divergências. Por isso, ao criar órgãos judiciais especializados em questões do trabalho, insistiu na função conciliatória deles, devendo juiz atuar como mediador na busca de uma auto-solução pacífica para as pendências.

A Justiça do Trabalho tem como um dos seus primados basilares, a busca a qualquer tempo pela composição amigável entre as conflitantes. Isso porque, os dissídios submetidos a sua apreciação, seja ele de natureza individual ou coletivo, segundo consta da dicção do art. 764 da CLT, serão sempre sujeito à conciliação.

Há duas oportunidades legais obrigatórias para a tentativa de composição amigável, independentemente do procedimento a ser utilizado, que impõe o Magistrado na busca pela pacificação social, mediante a autocomposição, sendo uma logo após a abertura da audiência (art. 846 da CLT) e a outra após as alegações finais (art. 850 da CLT).

Ante esse cenário, não restam dúvidas que o processo do trabalho visa, a qualquer tempo, a composição amigável entre as partes litigantes mediante conciliação, dentro de um processo, com a intervenção do juiz, como forma de conferir estabilidade acerca do que está sendo firmando entre as partes, mediante a coisa julgada material.

No processo do trabalho o rito a ser adotado leva em consideração o valor

da causa. Nesse sentido, as que não excedem a 02 (dois) salários mínimos, o procedimento é o sumário, previsto na Lei nº 5.884/70. Já as que superem 02 (dois) salários mínimos e não extrapole 40 (quarenta) salários mínimos, o procedimento será o sumaríssimo, conforme previsto no art. 852-A da CLT, enquanto que as causas que excedam a 40 (quarenta) salários mínimos, adotar-se-á o ordinário.

Frente a esses três procedimentos pré-existentes no processo do trabalho, o negócio jurídico processual vem para somar ao processo laboral, isso é, para autorizar as partes litigantes estabelecer uma nova regra processual, um outro procedimento, diferente dos demais, como forma de adequar a questão posta em juízo.

Esse é o nó górdio da negociação jurídica processual. É o de poder autorizar as partes a modificarem o procedimento, firmar um rito para o caso em especial. Tem por objeto matéria de ordem processual e não de direito material, conforme elucida VÓLIA BONFIM CASSAR (2016, p. 32):

O art. 190 do NCPC prevê que as partes, desde que capazes e em causas que permitam a conciliação, podem convencionar sobre seus deveres, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. **O acordo não é sobre a lide ou o direito de fundo, e sim sobre as regras do processo.** Dessa forma, as partes poderiam negociar, por exemplo; a impenhorabilidade de determinado bem; a divisão da despesa com o perito ou assistente técnico; a redução dos prazos processuais; a renúncia do direito à sustentação oral ou sua redução; ajuste de não recorribilidade da sentença; negociação para legitimar extraordinariamente; convenção sobre a prova e o número de testemunhas etc. O juiz só poderá recusar a convenção entre as partes se for nula, se foi inserida de forma abusiva em contrato de adesão ou, ainda, se uma das partes se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único, do NCPC). A partir daí é fácil concluir que o juiz deverá recusar o pacto quando a cláusula estiver inserida no contrato de trabalho do empregado (bilateral), ante a sua vulnerabilidade, que, para aceitar o emprego concordaria com suas cláusulas. Seria fácil o empregador incluir no contrato de trabalho cláusula que indica determinada pessoa como perito, ou que não poderá servir de testemunha empregado ou ex-empregado do patrão etc. Entretanto, a irrecorribilidade da decisão, o ajuste do número reduzido de testemunha, assim como a legitimidade extraordinária são pacto que podem ser admitidos na Justiça do Trabalho. Daí por que o instituto deve ser aplicado com cuidado e restrições. (grifo nosso)

O negócio jurídico processual, portanto, autoriza as partes estabelecerem novas regras processuais, estabelecer um quarto procedimento trabalhista nos mol-

des da questão controvertida posta em juízo. Essa mudança do procedimento, no entanto, em hipótese alguma, pode acarretar qualquer prejuízo a parte hipossuficiente, sob pena de violar o princípio da proteção.

O magistrado, reitor dos autos, deve ficar atento aos negócios jurídicos processuais celebrado no processo, para fiscalizar se não está causando, mesmo que indiretamente, prejuízos de ordem processual ao empregado, tendo em vista a ampla liberdade na direção do processo. Além de velar pelo andamento rápido das causas, pode determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Não está aqui para assegurar a aplicabilidade plena e ilimitada do negócio jurídico processual a todos os casos. Também não está aqui para afirmar que não tem compatibilidade ao processo do trabalho. Muito pelo contrário. Visa demonstrar que o instrumento processual civil somente ter-se-á sua aplicabilidade a seara trabalhista, quando estiver em consonância com os princípios trabalhistas, em especial ao princípio da proteção do trabalhador e o da proteção temperada do trabalhador.

Quando usado de maneira correta, é certo que o negócio jurídico processual ganha importante relevância a seara trabalhistas, como forma de conferir celeridade ao processo. As controvérsias jurídicas de natureza juslaboral de direito individual, submetidas a apreciação do Poder Judiciário Trabalhista, quase que a sua totalidade, é de natureza alimentar.

Diante disso, o trâmite processual não pode ser burocrático, lento e moroso. Frente ao cenário caótico da econômica nacional, a Justiça do Trabalho tem recebido uma quantidade volumosa de reclamações trabalhistas. Nesse sentido, o negócio jurídico processual pode ser a ferramenta processual capaz de otimizar o procedimento.

Estabelecer, portanto, um procedimento adequado para cada caso posto a apreciação da Justiça do Trabalho, diferente dos demais pré-existente, pode contribuir sobremaneira para o deslinde célere das controvérsias trabalhistas. Isso é, poder oportunizar a parte reclamante, o quanto antes, a satisfação da sua pretensão.

Deixar de aplicar, portanto, o negócio jurídico processual civil aos dissídios individuais, só porque a Corte Suprema Trabalhista, de maneira precipitada, firmou entendimento de que não seria compatível a seara laboral, é contrariar e transgredir o amplo acesso à justiça, por se tratar de uma ferramenta jurídica que, quando usada nos moldes dos preceitos trabalhistas, contribui sobremaneira para o deslinde célere do feito.

V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe novos horizontes ao processo brasileiro, alguns, até então, desconhecidos pelo construtor do Direito. Um deles é o negócio jurídico processual, previsto no art. 190, §único, do CPC, que autoriza as partes litigantes criarem um procedimento específico para cada caso.

Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho, de maneira afoita e precoce, editou Instrução Normativa nº 39/2016, vedando a aplicabilidade do negócio jurídico processual ao processo do trabalho, pela sua omissão ou pela incompatibilidade com os preceitos celetistas.

A alteração de procedimento, que é o objeto do negócio jurídico processual, desde que analisado e aplicado em consonância com os princípios que norteiam o Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, em especial o princípio proteção, tem plena compatibilidade com o processo do trabalho.

Não se está aqui para defender pela aplicabilidade suprema do negócio jurídico ao processo do trabalho. Mas, também, não está a negar a sua inaplicabilidade. Está sim, a assegurar que o instituto processual em questão, desde que utilizado dentro das limitações impostas pelo próprio sistema trabalhista, garante o amplo acesso a justiça, conferindo maior celeridade no trâmite processual.

VI - REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa nº 39/16**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª edição. São Paulo: Ltr, 2016.

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

CASSAR, Vólia Bonfim. **O Novo CPC e o Processo do Trabalho**. Estudos em Homenagem ao Ministro Walmir Oliveira da Costa. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo do Conhecimento. 17ª edição. Salvador: Jus-PODIVM, 2015.

GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1986.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2ª edição. São Paulo: Ltr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. I. 19ª edição. São Paulo: Ltr, 2000.

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

A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL E OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Fernando José Polito da Silva¹

RESUMO

Tratará o artigo sobre a negociação processual prevista no art. 190 do Código de Processo Civil e seus limites no tocante aos honorários de sucumbência (art. 85 do CPC).

PALAVRAS-CHAVE

Negociação processual; honorários; sucumbência.

¹ Mestre em Processo Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor na Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), *Campus Lins* – SP. Advogado. *Email:* fjpsilva@unimep.br

INTRODUÇÃO

O art. 190 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade da negociação processual nos processos que tratam de direitos disponíveis. Estabelece de forma explícita o que implicitamente era possível às partes pelo CPC de 1973, de forma não abrangente, como era o caso da fixação da competência territorial do juízo em contratos de venda e compra de bens.

De acordo com a previsão atual, se abrem maiores possibilidades de negociação, e a previsão legal não impõe o momento em que esta negociação pode ocorrer, se antes da propositura da ação, estabelecida em atos jurídicos de direito material, ou no próprio decorrer do processo, com a prática de atos processuais formalizando a negociação.

A questão que se levanta é se há limites para a negociação processual e se a negociação pode afetar a previsão de condenação nos honorários de sucumbência e se afeta, qual este limite.

METODOLOGIA

Para a elaboração do trabalho será realizada a análise detalhada dos dispositivos legais, efetuado comparativo com a legislação anterior, pesquisa doutrinária, análise de precedentes e da jurisprudência sobre o tema proposto.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O art. 190 do CPC estipula a possibilidade de que, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, ou seja, direitos disponíveis, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Há a inovação no dispositivo legal que estabelece novos parâmetros para as partes no processo e amplia seus poderes, sempre com o foco na especificidade da causa a ser promovida ou em tramitação.

A negociação processual é estabelecida de forma mais ampla, com a possibilidade daqueles que serão parte em eventual processo no caso da negociação prévia à sua propositura, ou que já são parte em processo em andamento.

O CPC de 1973 previa de forma direta e implícita a possibilidade da negociação processual quando as partes estabeleciam previamente em um contrato

o foro de eleição, na hipótese de competência relativa territorial, à exceção dos casos onde a matéria tratada estabelecia a competência absoluta do local da coisa, a exemplo da nunciação de obra nova.

Ainda nesse sentido, via de regra, admitia-se a negociação processual quanto ao ônus da prova, e cabia ao magistrado o controle da validade da negociação, ressalvadas as exceções contidas no próprio diploma legal, tais como a previsão do artigo 333, parágrafo único, I e II², que estabelecia as situações as quais seria nula a convenção a respeito do ônus da prova, além de outras hipóteses.

Tais circunstâncias não se comparam à previsão do artigo 190 do Código Processual Civil vigente, que confere expressamente às partes a possibilidade de estabelecerem negociação processual, permanecendo questionamento apenas acerca de quais seriam os pressupostos para tal situação.

Conforme o artigo citado, que dispõe: *“Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”*; infere-se os pressupostos para que seja possível às partes estabelecerem negociação processual, sendo estes: 1. Versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição, vale dizer, direitos disponíveis, que comportam transação; 2. Capacidade das partes; 3. Possibilidade das partes convencionarem ajustes no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa; 4. Convenção sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Quanto ao primeiro pressuposto, qual seja, *versar o processo sobre direitos que admitam autocomposição, vale dizer, direitos disponíveis, que comportam transação*, observa-se que a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis está ligada a possibilidade de dispor de tais direitos por meio de renúncia, negociação, transação, ou qualquer outro meio que possibilite as partes negociar o objeto do processo, o que é comum nas pretensões obrigacionais (cf. arts. 863 e seguintes do CC), as quais o credor pode abrir mão de parte ou do total da obrigação, ou substituí-la por outra, ou seja, pode praticar atos de autocomposição para a satisfação da obrigação pelo devedor.

Por direitos indisponíveis entende-se aqueles os quais não é possível ocorrer

² “Art. 333 - O ônus da prova incumbe: (...)

Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

rer a autocomposição, visto que não é possível à parte dispor de tais direitos, de forma integral ou parcial, posto que os mesmos não admitem a transação. Existem alguns casos, no entanto, os quais alguns direitos indisponíveis admitem a negociação, tais como na hipótese de alimentos, que admite a negociação quanto ao valor ou até mesmo a renúncia deste por parte do alimentando, quando esta é feita pelo cônjuge nas ocasiões de dissolução da sociedade, ou ainda a aceitação de valor de alimentos diversos do pretendido na ação, todavia, a essência do direito é mantida.

O segundo pressuposto, por sua vez, remonta à capacidade das partes, hipótese que deve ser interpretada tanto sob a ótica da capacidade civil, como sob a ótica da capacidade processual.

A capacidade civil tem estrita ligação com a personalidade, e vem estabelecida na legislação civil, no caso de pessoa física, entre os artigos 1º e 5º, e, não sendo o caso da pessoa física se enquadrar em nenhuma das hipóteses negativas discriminadas dentre os artigos 3º e 4º, ela será considerada capaz (*“Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”*); ao passo que, no caso de pessoa jurídica, sua previsão vem encartada no Capítulo II (Da Capacidade) do Livro II, que trata Do Direito da Empresa.

Para se postular em juízo, todavia, é necessário haver interesse e legitimidade³, desse modo, pode-se dizer que a capacidade postulatória tem amplitude maior que a civil. Questiona-se aqui, nesse caso, a respeito da necessidade (ou não) de haver capacidade civil para que se admita a negociação processual, o que, em tese, se refuta, haja vista que a parte pode ser incapaz ou sem personalidade jurídica (a exemplo de ações fundadas no Código de Defesa do Consumidor, onde a parte requerida pode ser ente despersonalizado – cf. art. 3º CDC), mas ainda assim licenciada a negociar nos autos, assim como é possível existir transação a respeito de direitos indisponíveis (Ex: ação de alimento).

O terceiro e o quarto pressupostos são de natureza processual, e a possibilidade das partes convencionarem ajustes no procedimento, para ajustá-lo às especificidades da causa, encontra limites justificados pela impossibilidade de que as partes estipulem normas de processo, sob pena de usurparem uma competência que é da União, conforme disposto no art. 22, I, da Constituição Federal.

Por procedimento entende-se a soma de atos ou a sequência de atos processuais estabelecidos na lei, ligados e interdependentes, destinados ao resultado final da efetivação da tutela jurisdicional a ser outorgada pelo Estado, e regras pro-

³ Art. 17, CPC: *“Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”*

cedimentais divergem de regras processuais⁴. Assim, diante da previsão do artigo 190 do CPC, as partes podem estabelecer previamente em contrato acerca de regras procedimentais, como, por exemplo, podem firmar não ter interesse na realização da audiência de conciliação (cf. art. 334 do CPC), ou que os prazos processuais fluirão em dias corridos, e não em dias úteis, além da possibilidade de estabelecerem, diante das peculiaridades da ação, que eventual prova pericial somente poderá ser realizada por órgãos com determinada credibilidade, dentre outras. Podem estabelecer ainda, nos termos do art. 191 do CPC, de comum acordo com o juiz, acerca da fixação de calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso, e de acordo com a peculiaridade do processo, mas não podem inovar, estabelecendo condições ou requisitos para uma petição inicial que não sejam as estabelecidas no próprio CPC, ou estabelecer causas de inépcia da inicial distintas das constantes do art. 330, parágrafo 1º do CPC. Além do exposto, as partes jamais poderão estabelecer sobre a criação de novo recurso diferente daqueles previstos no art. 994 do CPC, ou estipular previamente que abrem mão do direito de contestar o processo (cf. art. 336 e seguintes do CPC).

Por fim, é possível que as partes convençionem quanto ao ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Dentre os ônus suportados pela parte no processo está o da sucumbência, conforme previsão do art. 82, parágrafo 2º, do CPC, que trata das despesas processuais, e estabelece que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. Tal previsão, em conformidade com a redação do artigo 190 do CPC, abre às partes a prerrogativa de negociarem, previamente ou no decorrer do processo, qual delas suportará este ônus, seja estabelecendo que o adiantamento de despesas processuais (art. 82, parágrafo 1º do CPC) caberá a uma das partes, e que eventualmente vencedora abre mão do ressarcimento das despesas que foram antecipadas, ou ainda estabelecerem a forma da caução a ser prestada para o autor brasileiro ou estrangeiro que não residente no país para custear tais despesas (art. 83 do CPC).

No tocante aos honorários advocatícios tem-se que o art. 85 do CPC inova de forma positiva ao estabelecer que a sentença condenará o vencido a pagar ho-

⁴ Segundo Elio Fazzalari, o procedimento é uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final, na qual a norma precedente – que estabelece uma conduta valorada como lícita ou devida – é pressuposto para realização da consequente, aqui estabelecendo as hipóteses dos planos do direito trabalhados pelo autor como o material e o processual. FAZZALARI, E. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1992, p. 59.

norários ao advogado do vencedor, honorários devidos também na reconvenção, no cumprimento de sentença - provisório ou definitivo -, na execução - resistida ou não -, e nos recursos interpostos, cumulativamente (art. 85, parágrafo 1º, do CPC). É positiva a determinação na norma processual, de que os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido, ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa; atendidos, segundo o artigo 85, parágrafo 2º, e com os requisitos para sua fixação estabelecidos nos incisos I a IV do mesmo artigo - o que afasta definitivamente a possibilidade de fixação de honorários de sucumbência em valores irrisórios -, o que frequentemente se observa em decisões judiciais que afrontam o trabalho profissional do advogado. Tais anomalias vêm reiteradamente sendo corrigidas pelo STJ⁵, todavia, em recursos especiais cujos requisitos para sua admissibilidade são complexos, gerando a ocorrência de fixação de honorários irrisórios sem sua possível modificação em razão do trânsito em julgado da decisão.

Destaca-se, desse modo, que o artigo 85, em seus parágrafos 3º aos 19 trata detalhadamente dos honorários de sucumbência, sempre os fundamentando com base no princípio de que serão fixados na decisão judicial e devidos pelo vencido ao advogado do vencedor. O questionamento que se faz aqui, no caso, envolve a possibilidade de eventual negócio jurídico processual estabelecer a fixação dos honorários de sucumbência, ou se tal situação restaria impossibilitada, posto que existem limites para a sua interferência, e no caso dos honorários de sucumbência, o mesmo não seria permitido, pois estes não podem ser atingidos pela liberdade das partes em tratar do ônus processual.

Importa salientar que o legislador detalhou a questão dos honorários em função do reconhecimento do trabalho do profissional, tendo contemplado ainda a possibilidade de ação autônoma para definição da cobrança de honorários quando a decisão transitada em julgado for omissa quanto à sua fixação (art. 85, § 18, CPC). O mesmo é válido quando a parte vencida for a Fazenda Pública (art. 85, § 3º a 7º, CPC); ou ainda nos casos do objeto da ação não ter conteúdo econômico específico (art. 85, § 4º); sendo previstos como critérios para a fixação dos honorários sempre o percentual que varia de 10% a 20% (art. 85, § 2º e 3º), considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da

⁵ (AgRg no REsp 1524302/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 02/09/2016); (AgInt no REsp 1558023/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016).

causa, o trabalho realizado pelo advogado, e o tempo exigido para o seu serviço (art. 85, § 2º, I a IV, CPC). Afasta-se a prerrogativa das partes negociarem os honorários de sucumbência analisando-se a natureza da norma, que é processual, e não procedimental, razão pela qual não pode ser objeto de cláusula de negociação processual prévia ou no andamento do processo.

A norma é de natureza cogente, e estabelece que o vencido será condenado no pagamento dos honorários de sucumbência do advogado do vencedor no percentual fixado pelo juízo, conforme os critérios previstos no art. 85 do CPC. Esta, todavia, não é a razão principal que afasta a possibilidade de se estabelecer eventual cláusula geral de negociação processual que tenha por objeto honorários advocatícios de sucumbência.

A principal razão é que a redação do art. 190 do CPC dispõe no sentido de permitir às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, ou seja, estipular aquilo que lhes é de direito.

Os honorários de sucumbência não pertencem às partes, e sim ao advogado, salvo eventual estipulação prévia entre o profissional e a parte contratante, onde ele, advogado, abra mão desse valor em favor da parte em decorrência de recebimento prévio pelos serviços prestados, ou outra razão.

Nesse sentido, o art. 23 da Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994, é claro ao prever: *“Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”*.

O legislador processual cuidou de estabelecer que os honorários fixados em favor do advogado do vencedor pertencem a ele, e não à parte. É o que se deduz do disposto no art. 85, § 14 do CPC, que dispõe que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

O STJ tem confirmado este entendimento reiteradamente, acrescentando que os honorários advocatícios contratuais ou fixados em condenação ao vencido tem natureza alimentar⁶, pertencem ao advogado, podem ser executados de for-

⁶ (AgRg no REsp 1297419/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 07/05/2012; AgRg no REsp 1206800/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011; RMS 31.160/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010).

ma autônoma ou em nome da parte, sem qualquer impedimento na questão da legitimidade para se pleitear o cumprimento de sentença em nome da parte ou advogado, e também que eventual benefício de assistência judiciária concedido à parte abrange a execução ou cumprimento de sentença no tocante aos honorários fixados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se a impossibilidade do negócio jurídico processual, anterior ao processo, como no caso da fixação contratual, ou realizado no próprio processo, estabelecerem forma diversa do que prevê a lei para os honorários de sucumbência, com base no disposto na Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, e no disposto no art. 85 e parágrafos do CPC.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 15, n.º 1250, 01 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/306-artigosjun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processocivil>.

DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela Jurisdicional. Vol. 81. *In*: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, p. 61, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Dott. A., Giuffrè Editore, 1955.

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

CAPÍTULO 7

CAPÍTULO 7

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E TUTELA PROVISÓRIA

TUTELA ANTECIPADA (SATISFATIVA) EM CARÁTER ANTECEDENTE E OS PRESSUPOSTOS PARA A SUA ESTABILIZAÇÃO

*Gabriela Coneglian Brichi**

RESUMO

Cuida-se o presente estudo de aprofundar a análise a respeito da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e suas principais implicações de âmbito processual. Pretende-se não esgotar o tema e sim abrir espaço para uma discussão de mais um inédito capítulo com a vigência do Novo Código de Processo Civil. O presente estudo terá como foco os artigos 303 e 304, com seus pressupostos para a estabilização e possíveis implicações. Tema de muito estudo e controvérsia. Os pressupostos da estabilização devem ser identificados a partir de um estudo prévio sobre cognição jurisdicional, debatendo sobre cognição exauriente ou sumária. É com essa base que será possível entender sobre a autonomização desse novo instituto processual.

PALAVRAS-CHAVE:

Estabilização; Pressupostos; Autonomização

ABSTRACT

Take care if the present study to further analyze the stabilization of respect of injunctive relief requested in previous character and his main implications of procedural scope. It is intended not exhaust the subject, but open space for a discussion over an unprecedented chapter in the life of the new civil Procedure Code. The study will focus on articles 303 and 304, with its assumptions for stabilization and possible implications. The subject of much study and controversy. The assumptions of stabilization must be identified from a previous study on judicial cognition, debating summary cognition. It is on this basis that you can understand about the autonomy of this new procedural institute.

KEY WORDS

Stabilization; Assumption; Empowerment

*Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina- PR

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, com base no direito estrangeiro, especialmente, o italiano e o francês, admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente, permitindo assim que houvesse uma autonomia da tutela sumária e conseqüentemente uma estabilização do direito material, através de uma tutela de urgência antecipada, em caráter antecedente. Esse estudo será permeado de discussões a respeito do tema, que no primeiro ano de vigência do NCPC já está gerando dúvidas. Mais uma técnica processual que visa tutelar um direito material.

1. TUTELA DOS DIREITOS E TÉCNICA PROCESSUAL

Um dos direitos fundamentais consagrados em nossa Carta Magna e inserido no rol, exemplificativo do artigo 5, XXXV, diz que “a lei não excluirá a apreciação do judiciário, lesão ou ameaça de direito”. Esse dispositivo poderá ser analisado sobre diversas perspectivas. À luz do direito sobre o acesso a justiça ou sobre a perspectiva do consumidor, do proprietário, do doador, do devedor, do credor, do réu, do autor, personagens das nossas disciplinas jurídicas que detêm o direito fundamental à uma tutela jurisdicional.

O direito material com suas normas presta-se a tutela dos direitos, ou seja, a tutela jurisdicional é uma das modalidades de prestação da tutela dos direitos, pois muitas e não raras às vezes, o direito material e suas normas cogentes existem para assegurar direitos. Nas palavras do ilustre processualista Marinoni, na qual dedica um livro para esse tema:

“é correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. A tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos” (MARINONI,2010, p.112)

Partindo deste pressuposto, é que se torna possível afirmarmos que nem sempre existirá uma tutela do direito, mas com certeza uma tutela jurisdicional haverá, visto que trata de um direito fundamental. Em outras palavras: se um juiz declara uma sentença procedente, significa que presta uma tutela do direito. Ou caso contrario, se a sentença for improcedente, significa que não haverá a tutela

do direito, mas em ambos os casos a nossa única certeza é que houve uma tutela jurisdicional.

Outra questão a ser analisada é a seguinte: como será prestada essa tutela jurisdicional? É aí que falamos de técnicas processuais, ou seja, os meios que o ordenamento jurídico dispõe para conhecer do objeto que está sendo posto a apreciação jurisdicional.

É nesse ponto que o direito processual é instrumento para efetividade do direito material, ou seja, a técnica processual é o instrumento na qual se buscará uma efetividade para a tutela dos direitos.

Partindo dessas premissas, é que virá o próximo tópico, uma breve exposição sobre Cognição Jurisdicional, com as orientações do saudoso Prof. Kazue Watanabe, em seu clássico livro: “Da cognição no processo civil”.

2. COGNIÇÃO JURISDICIONAL

Um primeiro ponto a ser destacado é que atividade jurisdicional cognitiva não se confunde com o processo de conhecimento. São conceituações muito distintas. Pois bem, a cognição jurisdicional é uma técnica processual que está voltada a produção do resultado final. Ou seja, técnica utilizada pelo juiz para através da consideração, da análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor, acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.

A atividade jurisdicional é uma atividade lógica e não material. Assim o juiz para tomar certas decisões no curso do processo ou no seu provimento final deve “conhecer”, “analisar” questões controvertidas que serão postas,

É importante frisar, que existe o objeto da cognição e o objeto do processo.

O objeto do processo é a lide em si, é a tutela que se pretende obter quanto ao mérito do processo. O objeto cognitivo é mais amplo, que o objeto processual, pois envolve todos os pontos controvertidos dos quais depende a sua admissibilidade para o provimento final, ou seja, questões analisadas para conseguir analisar a tutela jurisdicional.

Dessa forma o objeto cognitivo acaba atuando em um campo mais amplo e não é apto a fazer coisa julgada, visto que essa questão não existe ainda, a análise do mérito, e sim questões preliminares, para que seja possível a análise do mérito. Já o objeto do processo, analisa o mérito, e, portanto é apta a produzir coisa julgada, e refere-se como veremos adiante a questão principal.

Dessa forma partiremos para uma análise das questões, adotada aqui, se-

gundo Watanabe a teoria trinômio, composto pelas questões preliminares, questões prejudiciais e as de mérito: “pressupostos processuais, condição da ação e mérito da causa são os elementos desse trinômio” (WATANABE,2005, p.98)

É importante deixar claro que os doutrinadores, divergem quanto à condição da ação não ser uma categoria autônoma, sendo enquadradas no mérito da causa. Mas o fato é que a maioria adota a teoria trinômio, lembrando que agora com a vigência no NCPC essa teoria do trinômio será revisada e merece detalhe em um estudo próprio.

O que importa para o presente estudo é pormenorizar essas questões com o objetivo de elucidar os modos de utilização da cognição como técnicas processuais.

Começemos a análise por *questões preliminares*, que nada mais são que as questões técnicas do processo. São aqueles pontos controvertidos cuja solução pode acabar por impedir o julgamento do mérito do processo. As condições da ação (interesse de agir mais legitimidade ad causam) e os pressupostos processuais são as questões preliminares analisadas pelo magistrado. Imaginemos para facilitar a compreensão: essas questões são como obstáculos, na qual se o juiz não superar não conseguirá atingir o mérito do processo (objeto do processo), e por esse motivo que condição da ação e pressupostos processuais, da parte geral do Código, são matérias de ordem pública e reconhecidas de ofício.

A segunda a ser analisada são as *questões prejudiciais*. Sendo o antecedente lógico e necessário para o julgamento do mérito e que vincula a solução deste, podendo ser objeto de demanda autônoma. Um exemplo citado pela Professora Denise Weiss, da Universidade Estadual de Londrina, é a ação de alimentos, em que o réu, na contestação nega ser o pai. Assim para o juiz decidir a ação de alimentos ele deve passar por uma questão prejudicial que é a paternidade. É importante deixar claro, que as questões prejudiciais não são aptas a constituir coisa julgada material, pois o mérito não foi analisado, e sim uma questão para ser possível analisar o mérito. Dessa forma se o juiz declarar a inexistência de paternidade, não analisará o mérito da questão que é a ação de alimentos, sendo o processo extinto sem resolução de mérito.

A terceira e última questão a ser analisada é a de *mérito*. O objeto litigioso do processo, é a pretensão da petição inicial. Portanto, após a análise das questões preliminares e prejudiciais é que será possível e suficiente os requisitos para analisar o mérito, julgando procedente ou improcedente o pedido e é nessa questão que recai coisa julgada material.

Por fim, deve também ser analisada a cognição nos planos horizontal e vertical, como bem elucidada o saudoso Watanabe em sua obra clássica.

Como já foi visto a cognição judicial são técnicas processuais que o magis-

trado possui para ser possível ou não a tutela de um direito.

Existem “tipos” de conhecimentos na qual a cognição pelo magistrado pode percorrer, ou seja, qual a extensão (horizontal) e a profundidade (vertical).

É como se existisse dois planos de cognição, na qual podem ser cruzados e resultar em procedimentos.

No plano horizontal de cognição verifica-se a extensão do conhecimento buscando analisar a amplitude do conhecimento. Em outras palavras: quais as questões que podem ser objetos da cognição judicial, qual o juiz pode examinar. Assim essa cognição horizontal, pode ser plena ou parcial. Plena, pois não se submete a nenhuma limitação nas questões, exemplo são os procedimentos comuns que não se impõe uma limitação nas questões suscitadas. Já na parcial há limitação de questões, como se fosse um recorte na lide, o exemplo a ser dado, são as ações possessórias sobre imóveis, podendo as partes apenas discutir a posse sobre o bem e nada mais, assim não podem ser objeto de discussão as defesas fundadas no direito de propriedade, devendo ser objeto de outro processo, dessa forma o juiz decide com base de juízos de probabilidade.

No plano vertical (profundidade), a cognição pode ser exauriente ou superficial (sumária). Na exauriente atinge o grau máximo de conhecimento sobre o objeto posto à apreciação do juiz, por esse motivo esse tipo de cognição é apto a incidir a coisa julgada. Deve ficar muito claro que apenas a cognição exauriente é capaz de incidir coisa julgada. Dessa forma o juiz quando analisa de maneira exauriente, os seus juízos são de certeza e não de mera plausibilidade.

3. TUTELA PROVISÓRIA E COGNIÇÃO SUMÁRIA

A decisão de um juiz, quando este concede uma tutela provisória, é sempre fundada em uma cognição sumária/ superficial.

Dessa forma as medidas cautelares e as antecipadas, concedidas incidentalmente, unificaram-se quanto ao gênero tutela provisória e todas elas são fundadas em cognição sumária, pois o juiz quando concede tal medida, não há definitividade, característica de cognição exauriente e que exige um mais alto grau de apreciação. Na tutela provisória, o juiz concede com base em probabilidade do direito.

4. TUTELA PROVISÓRIA

Uma primeira consideração sobre o tema é que a tutela provisória é aquela na qual não é definitiva, ou no primeiro momento tende a não ser. Um tanto quanto

confuso, mas explico melhor: a tutela definitiva, aquela de caráter exauriente, na qual é apreciada pelo órgão jurisdicional, com um provimento final, com aptidão de fazer coisa julgada material, ao contrário da tutela provisória, aquela concedida em cognição sumária, sem aptidão para coisa julgada material e que não há todo aquele procedimento da tutela definitiva.

Quando procuramos o Judiciário, o nosso principal objetivo, é ver um direito sendo satisfeito ou assegurado por uma tutela jurisdicional. Entretanto, muito vezes o perigo da demora, ou melhor, a urgência de ver o direito sendo satisfeito e assegurado leva-nos a requerer uma tutela provisória, pois caso o direito venha a perecer ou se tornar um dano irreparável ou de difícil reparação, não existe mais a possibilidade de se chegar a uma tutela definitiva e muito menos o interesse.

É em base nisso, que o NCPC, vem assegurar ou satisfazer um direito que necessita urgentemente, sem todo o procedimento de uma tutela definitiva.

O código de 2015 assegurou disposições gerais a respeito da tutela provisória, sendo possíveis algumas conclusões a respeito. O artigo 294 esclarece de forma expressa que tutela provisória é gênero, na qual a tutela fundada em urgência e em evidência são espécies. Além disso, o Código diz que só poderão ser concedidas em caráter incidental ou antecedente as tutelas de urgência. Por conclusão, contrario sensu, a tutela de evidência jamais poderá ser requerida em caráter incidental, não sendo prevista em caráter antecedente.

Novidade do código foi quanto as medidas cautelares, sendo que na vigência do código de 1973, haveria um processo autônomo cautelar, com novas custas. O novo código felizmente mudou, pois agora as medidas cautelares podem ser requeridas sem ocorrer um processo autônomo e sem novas custas. É importante frisar que as medidas cautelares não deixaram de existir e sim o processo autônomo cautelar.

Em suma a tutela fundada em urgência (espécie), pode ser dividida ainda em tutela cautelar (assecuratória/ conservativa) e tutela antecipada (satisfativa), sendo estas subespécies de tutela de urgência.

É certo que o foco do nosso estudo não são as cautelares e sim as satisfativas e sua estabilização, e por esse motivo faremos uma brevíssima exposição da tutela cautelar/ conservativa.

Por encontrarem-se dentro da tutela de urgência, os pressupostos para a concessão de uma cautelar é conservar um direito que com a demora do tempo processual pode vir a ter danos irreparáveis ou de difícil reparação. O que não adiantaria uma tutela definitiva, sendo que aquele direito pereceu ou não se conservou. Assim quando o juiz concede uma medida cautelar, ele esta assegurando

um resultado útil do processo, conservando um direito, cabendo ao autor o ônus de formular o pedido principal após a concessão da tutela, sob pena de extinção do processo.

A tutela antecipada também é subespécie da tutela de urgência, e, portanto fundando sobre o mesmo pressuposto da cautelar, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, só que a antecipada visa satisfazer o direito antecipadamente a tutela definitiva, ou seja, enquanto na cautelar há uma conservação do direito, na antecipada o juiz satisfaz um direito que seria concedido apenas ao final do provimento.

Assim, as medidas cautelares e antecipadas requeridas incidentalmente possuem seu regime jurídico unificado, o procedimento é bem parecido.

A diferença começa a aparecer quando são requeridas em caráter antecedente, onde os regimes jurídicos são diferentes.

5. TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Um dos maiores males para efetividade da tutela do direito é o tempo. Não estamos querendo dizer que o tempo não seja necessário, pelo contrario, o tempo é indispensável para o bom contraditório, o devido processo legal, é indispensável para a justiça. Porém, em certas situações acabam sendo monstros para os processualistas:

“A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme celebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes e não somente o demandante arque com ele” (DI-DIER, 2015, p.567)

Nessas brilhantes palavras, fica claro que o peso do tempo, deve recair sobre as partes do processo, e isso sim é igualdade material e o princípio da paridade das armas. Frisa-se que o que foi dito no primeiro tópico desse artigo sobre tutela do direito e técnica processual, deve ser colocado de antemão para visualizar a efetividade da tutela do direito. A antecipação da tutela é uma técnica processual que visa conferir efetividade a tutela do direito (objeto do processo, a lide, o mérito da causa). Marinoni nos presenteou com essa grande obra para o processo civil.

6. AUTONOMIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA ANTECEDENTE

Sem dúvidas, uma das grandes novidades do Código de 2015, foi a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente, e assim, doutrinariamente, tornou-se uma técnica processual, como é a tutela antecipada antecedente, autônoma. Nas grandiosas palavras de Daniel Mitidiero, faço um recorte das suas palavras:

“o legislador brasileiro inovou ao tornar procedimentalmente autônomo o juízo sumário que leva à concessão da tutela antecipada (303). Em uma palavra: autonomizou a tutela antecipada. Trata-se de uma opção que tem como objetivo principal viabilizar a introdução do mecanismo da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro (304).” (MITIDIERO, 2015, p.214)

Nessas palavras, fica claro que o legislador incentivado pela doutrina processual, autonomizou a tutela antecipada antecedente, conferindo certa efetividade, e se acaso houver estabilização (inércia total do réu), temos um procedimento de cognição sumária, conferindo uma satisfação ou assegurando um direito. Em outras palavras, não haverá um procedimento de cognição exauriente.

Recorro-me a uma lei da física, mais precisamente a física Newtoniana, para uma introdução ao entendimento da estabilização da tutela: *“Todo corpo continua em seu estado de repouso ou de movimento uniforme em uma linha reta, a menos que seja forçado a mudar aquele estado por forças aplicadas sobre ele (NEWTON)”*.

Em outras palavras: *“Um corpo em repouso tende a permanecer em repouso até que uma força atue sobre ele”*

Dessa forma o “corpo” é a tutela antecipada de caráter antecedente, e a “força” que age sobre ela, é uma impugnação do Réu.

Essa metáfora terá grande utilidade para uma compreensão mais afundo sobre a estabilização da tutela antecipada contemporânea.

7. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA COMO TÉCNICA MONITÓRIA

Como já anteriormente visto existem duas espécies para a tutela de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ambas, podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, mas apenas a antecipada pode sofrer estabilização. Isso porque a própria natureza da tutela cautelar, que é assegurar um direito, não é compatível com a estabilização, técnica somente compatível para satisfazer um

direito ainda sem formular o pedido principal.

A estabilização da tutela é uma generalização da técnica monitoria.

Não confundir com ação monitoria, que é outro instituto jurídico, que também se vale da técnica monitoria. A técnica monitoria se estende para aqueles procedimentos comuns, para aqueles direitos prováveis ou que se veem em perigo caso não seja satisfeito antecedente.

Essa técnica monitoria consiste em viabilizar os resultados que seriam obtidos com a tutela definitiva, sem aptidão para coisa julgada material. Essa rápida viabilização são em casos em que há concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor (cognição sumária) e existe uma inércia do réu (nenhuma impugnação). Esses dois pressupostos são cumulativos.

Dessa forma há uma transferência ao réu para o ônus da instauração do processo de cognição exauriente.

Percebe-se que essa técnica, “joga” nas mãos do réu o ônus de instaurar o processo principal, a inversão do contraditório. Dessa forma a estabilização da tutela e a ação monitoria, utilizam-se dessa técnica monitoria.

Antes de partimos para o estudo dos pressupostos, vejamos alguns exemplos, em que existe uma vantagem para o réu permanecer inerte, ou seja, não impugnar de uma decisão concessiva de tutela antecipada.

Imagine um estudante que ainda não completou o ensino médio, e presta um vestibular e passa. A faculdade não poderá matriculá-lo, pois o Ministério da Educação não aceitaria. Esse estudante viabiliza uma liminar, obtendo uma tutela satisfativa ordenando sua matrícula. Veja, que para a Universidade não há motivos para impugnar dessa decisão, visto que terá custas, pagará honorários advocatícios, e ainda mais um aluno matriculado mais vantagem seria para a universidade.

Percebe-se que não existe na maioria dos casos um interesse em impugnar da decisão da concessão liminar satisfativa, isso é técnica monitoria, resolve-se o problema sem uma cognição exauriente, apenas sumária. É por esse motivo, que a estabilização pode ser vista com bons olhos, o problema é como será na prática.

Agora, é importante destacar os limites da estabilização, ou seja, algumas diretrizes que trará um entendimento sobre esse fenômeno da estabilização.

O primeiro passo a ser dado, é assumir que os artigos 303 e 304, são hipossuficientes, parece-nos que falta algo, uma regulamentação melhor. Por isso que é um tema bastante controverso e que está gerando tanta inquietação para os processualistas. Primeiramente, deve ficar claro que a estabilização da tutela possui dois principais objetivos: afastar o perigo da demora e oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu. Entretanto para que isso ocorra são necessários

alguns pressupostos que serão norteadores a partir de agora em nosso estudo.

8. OS PRESSUPOSTOS PARA ESTABILIZAÇÃO

O primeiro desses pressupostos é referente ao artigo 303 do NCPC, onde o autor deve, expressamente, optar pela tutela antecipada requerida em caráter antecedente, pois o principal desdobramento será a estabilização dessa tutela. Por esse motivo é que o 303 e 304 devem ser interpretados conjuntamente, um dependendo do outro. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

O pedido de tutela antecedente deve explicitar a vontade do requerente de que a medida urgente seja processada segundo o procedimento especial traçado pelos arts. 303 a 304, de que a tutela pleiteada se limite à medida provisória (JÚNIOR, 2015, p.681).

Assim o autor deve indicar na petição inicial, que possui a vontade da medida provisória.

O segundo pressuposto, chamaremos no presente estudo, de pressuposto negativo, pois, para ocorrer à estabilização da tutela é necessário que o autor quando na petição inicial não manifeste a vontade de prosseguir com a tutela definitiva. Em outras palavras, a estabilização da tutela é algo positivo para o demandante, mas é possível que o autor não queira somente a satisfação da tutela, queira mais que isso, e, portanto tenha que dar prosseguimento a tutela definitiva, com a cognição plena e exauriente. Sendo assim, caso queira uma ação constitutiva ou declaratória, que só podem ser efetivadas com uma cognição exauriente, o autor deve deixar claro, expresso, do que deseja. Pois assim o réu não necessita do recurso, gerando menos custas processuais. Ou seja, se o autor deixar expresso que deseja continuar o processo com o aditamento do pedido principal, e o réu confiando assim na estabilização, não ira recorrer, pois sabe da real intenção do demandante. Assim o processo dá seguimento, sem estabilização, com redução das custas processuais para o réu, que não impugnou. Sendo assim, a boa-fé processual deve ser aplicada.

Esse segundo pressuposto gera uma indagação: Por que não poderá o autor no aditamento da petição inicial, manifestar sua vontade de continuar o processo? A resposta é simples. O prazo para aditamento é de 15 dias ou mais se o magistrado conceder, e esse prazo podem coincidir com o prazo do recurso. Logicamente, viria a prejudicar o réu que confiando na possibilidade de estabilização deixaria de recorrer. Em suma: a manifestação do autor pela continuidade do processo para

uma tutela definitiva deve ser expressa logo na petição inicial, não podendo ser manifestação no aditamento da petição inicial, após a concessão da liminar.

Prosseguindo nos pressupostos, temos o terceiro pressuposto da estabilização da tutela. Para a estabilização é imprescindível que o juiz tenha concedido à tutela antecipada em caráter antecedente, ou seja, em caráter incidental torna-se inviável a estabilização da tutela. Explico.

A tutela antecipada em caráter incidental, no curso do processo, não existe uma viabilidade para a ocorrência. Visto que o processo que está em curso tende a uma cognição exauriente e, portanto uma decisão definitiva, apta a gerar a coisa julgada material, e a estabilização caso venha a ocorrer uma tutela antecipada não se torna compatível, pois estabilizar significa que o juiz não realizou uma cognição exauriente e plena. Portanto, esse estudo fica com a tese de que a tutela antecipada requerida em caráter incidental, não é apta a estabilizar-se.

O quarto e último pressuposto tende a ser o mais controverso e que ainda pode ser passível de revisão. O Código de 2015, expressamente, no artigo 304, diz que a única impugnação possível para não estabilização da tutela é o recurso, e no caso o agravo de instrumento, sendo que a concessão da tutela, é uma decisão interlocutória. Porém, esse estudo tende a questionar se realmente o recorrer, seria a única forma de impugnação.

Concordando com o Prof. Fredie Didier Júnior, acreditando-se que vai mais além. Em outras palavras, a estabilização ocorrerá se houver uma total inércia do réu diante da decisão da concessão da tutela, ou seja, é necessário que o réu não tenha utilizado nem de recurso e nem de outro meio de impugnação da decisão.

O que deve ser compreendido é que a estabilização da tutela é uma opção dos interessados, onde podem conseguir seus efeitos sem uma instauração de um processo de cognição exauriente. , as partes mesmo que se mostram desinteressadas no efeito da coisa julgada material, ou seja, já estão satisfeitas com aquela decisão antecipatória, de cognição sumária e que o direito material já foi devidamente satisfeito, e não existe o porquê de prosseguir com o processo principal:

Em suma, a eventual apresentação da defesa no prazo do recuso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência de revelia (DIDIER, 2015, p 608)

E seguindo esse raciocínio, nos casos em que o juiz determina um curador especial, réu preso citado fictamente (hora certa ou por edital), o curador especial deve prosseguir a defesa, como um dever funcional, e inclusive impugnar a medi-

da urgente. (artigo 72 do CPC/2015)

A interpretação do dispositivo 304, à luz dessa pesquisa, deve ser mais elástica, lembrando-se das palavras proferidas pelo processualista Didier.

A explicação é que o 304, §2, nos diz que depois de recorrida a estabilização existe a possibilidade de propositura de uma nova ação, voltada exclusivamente para uma tutela definitiva do litígio e que, portanto atingirá coisa julgada material, e assim significa que a parte tanto autor quanto réu podem vir a impedir a estabilização, dessa forma apoiamo-nos ao lado daqueles que possuem uma interpretação mais elástica do dispositivo, reconhecendo que a única maneira de impugnação não é somente o recurso, sendo passíveis outros meios de impugnação e, assim, o que gera estabilização é a ausência de impugnação do réu.

Seria possível dessa forma uma contestação antecipada durante o prazo para recorrer. Ainda sobre a estabilização é possível que as partes celebrem entre si um negócio jurídico processual, nos termos do artigo 190 do NCPC, sendo também conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Civis n.32 “Além da hipótese prevista no 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente.” Uma das grandes novidades do Código de 2015.

O ultimo pressuposto é o objeto da estabilização, ou seja, os efeitos práticos da decisão que se tornam estáveis, o resultado prático que se torna indiscutível, e muito importante destacar que a declaração do magistrado jamais será objeto de estabilização, pois esta somente será estável por uma decisão judicial de cognição exauriente. E repito mais uma vez: estabilização não é apta a incidir coisa julgada material, em nenhuma hipótese, e assim a estabilização não reconhece e não declara direito algum.

9. AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE

O artigo 304, §5, estabelece um prazo decadencial de dois anos, contado a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo. Esse prazo de dois anos será para a estabilização definitiva da decisão sumária, gerando um efeito similar ao transitado em julgado da decisão. Porém, deve deixar claro, que esse prazo não é para propor uma rescisória, visto que, esta só é possível em decisão transitada em julgado, o que não existe na estabilização definitiva.

Simplemente, após a concessão da tutela, o réu fica inerte contra a concessão, ocorre a estabilização, e ambas as partes possuem esse prazo decadencial de dois anos para propor uma nova ação contra a medida estabilizada.

Caso venham a transcorrer esses dois anos, pode vir a ocorrer uma nova ação, que tenha caráter exauriente e definitiva, e que venha para constituir ou desconstituir ou ainda declarar um direito, que pode vir a “interferir” na estabilização, porém essa nova ação deve ser uma ação como já dito, declaratória ou constitutiva.

O Código, por outro lado, deixa aberta a porta para posterior ajuizamento da ação principal, de cognição plena, para rediscutir o direito material objeto da tutela editada no processo antecedente-revendo, reformulando ou invalidando a tutela satisfativa- conforme se extrai do 304, parágrafo 2º (JUNIOR, 2015, p 683)

É muito importante deixar claro, mais uma vez que a medida de urgência em caráter antecedente, não tem condições de constituir ou declarar direitos, os efeitos da medida são apenas naquele objeto que o autor na petição inicial fez o requerimento. Um exemplo bem interessante do processualista Eduardo Talamini, proferido em uma palestra na cidade de Londrina- PR (2016), é o caso de uma suspensão de Assembleia Societária. O autor quando requer a medida liminar, para suspender alguns efeitos da decisão de assembleia de uma Sociedade Anônima, embora não haja a impugnação do réu e estabiliza-se, por tempo indeterminado permanecerão suspensos os efeitos da decisão, mas não significa que tais deliberações tenham sido desconstituídas, ou suprimidas. Embora estabilizada, essa concessão não se torna intocável e definitiva, sendo possível uma ação que venha a discutir o assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto é possível chegar à conclusão que a estabilização da tutela antecipada pode sim, ser vista com bons olhos. Embora haja um “encurtamento no procedimento”, porém quando concedida com base no devido processo legal e em todos os princípios norteadores do Novo Código, ser mais uma técnica processual, que visa programar a cognição jurisdicional, e seus efeitos devem ser bem delineados por ambas as partes que compõem o contraditório. A decisão justa e efetiva é uma das finalidades do Processo Civil em um Estado Democrático de Direito. Como direito fundamental, o processo justo deve impedir que se tenha como constitucional uma tutela sumária passível de coisa julgada material. Isso seria ferir o devido processo legal. O que concluímos com muita convicção é que jamais deve recair coisa julgada material sobre a estabilização da tutela antecipada. Um processo que se titularia justo deve ser justo do começo ao fim, pois sendo

assim estaríamos respeitando toda ordem constitucional e processual, que são norteadores do nosso sistema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**- Ed.4- São Paulo. Ed: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, A. G. **Da antecipação de Tutela no Processo Civil**. Ed. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIDDIER Jr. Fredie. **Curso de direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela**/ Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira- Ed.10, Vol 2 – Salvador. Ed Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. Ed.3 – São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI. L. G; ARENHART. S. C; MITIDIERO. D. **Novo Curso de Processo Civil**. Vol.2 Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. Vol.2. Ed.4 . Editora: Saraiva- São Paulo, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**- Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento comum –Vol.1. 57. Ed. Ver; atual. E amp.- Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER. L. R; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. Vol.2. Ed. Revista dos Tribunais- São Paulo, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Novo Código de Processo Civil Comparado: Artigo por artigo**. 1.ed. Editora: Revista do Tribunais. São Paulo, 2015.

WATANABE, Kazue. **Da cognição no Processo Civil**- 3.ed. Revista e Atualizada – Editora: Perfil, 2005.

Autonomização e estabilização da tutela no Novo Código de Processo Civil. Disponível em https://www.academia.edu/11198602/Autonomiza%C3%A7%C3%A3o_e_Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_Antecipa%C3%A7%C3%A3o_da_Tutela_no_Novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil Acesso em 17 de Agosto de 2016.

TUTELA PROVISÓRIA

CARLOS EDUARDO FRANCISCATTI BRAVO

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o conceito de tutela provisória no Novo CPC, apresentando algumas diferenças entre a legislação atual e a de 1973. Ao final, apresentar fundamentos a cerca do tema que contribuem para a aplicação da justiça.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Junior (2016, pag. 125) a tutela provisória é uma “técnica de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela”

Vale mencionar, que o novo CPC retirou o processo cautelar como figura processual autônoma.

No antigo CPC, a tutela antecipada e cautelar era tratada de forma distinta, e com o advento do novo CPC, ambas são tratadas como espécie da tutela provisória.

Atualmente, o legislador entendeu prestigiar a diferença entre os fundamentos para a concessão da tutela provisória, conforme artigo 294 do novo CPC, como a urgência e evidência.

2. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Vale mencionar existe uma singela aproximação entre a tutela antecipada e tutela cautelar, não só porque ambas passam a ser juridicamente tratadas como espécies do gênero tutela provisória, a primeira satisfativa já a segunda acautelatória. Nesse ponto a diferença entre “*fumus boni iuris*” e a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, caem por terra no novo CPC. Agora, os institutos se igualam a grande probabilidade da existência do direito para a concessão de qualquer espécie de tutela provisória de urgência.

Por outro lado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil repara-

ção, previsto no artigo 273 do antigo CPC e o “*periculum in mora*”, ambos os institutos tem o mesmo sentido, o tempo como inimigo

Nota-se que de acordo com a nova redação do CPC, os institutos acima citados foram unificados, restando tão somente a parte interessada comprovar probabilidade da existência de um direito e perigo do dano ou risco ao resultado útil do processo.

Portanto, levando-se em consideração a mencionada mudança, o novo CPC não eliminou a cautelaridade propriamente dita, pois não podia desconsiderar tal necessidade, por exemplo, previsão de procedimentos que permite a concessão do direito de uma forma mais célere, visando sempre proteger o direito em caso de urgência, o que notadamente conhecemos como tutela de urgência.

Destaca-se os ensinamentos de DENTI (1988, pag. 10)

Não obstante tal mudança de pressuposto geral, o novo CPC não eliminou a cautelaridade em si, pois não podia descurar da necessidade, por exemplo, de previsão de procedimento para regular as medidas que pudessem ser deferidas com celeridade, para tutelar as situações do direito material em caso de urgência, e que modernamente se tem designado pela expressão tutela de urgência.

É de extrema necessidade aqui expor, que o instituto ora estudado é de grande valia em nosso ordenamento jurídico, pois é ele que concede o direito a parte que tem a razão impedindo assim a ocorrência de maiores prejuízos em decorrência do tempo.

Vale destacar os ensinamentos de DENTI (2004, pag. 135/136) “A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano à parte que tem razão”

Nessa linha de raciocínio, atualmente, não se pode pensar em eficácia processual sem a parte interessada se valer das tutelas, permitindo assim o alcance ao direito antes do efeito nocivo do tempo.

Explica Andolina e Vignera (1997, pag. 67)

Não se pode, hoje, pensar em processo efetivo normativamente sem que exista a possibilidade de buscar medidas de urgência para combater o efeito nocivo do tempo, aliado a situações de perigo de perecimento do direito material, durante todo o curso do processo.

Cassio Scarpinella Bueno esclarece (2015, pag. 219)

“A ‘tutela de urgência’ pode ser concedida liminarmente, isto é, no início do processo e sem a oitiva prévia da parte contrária, ou após justificação prévia (art. 300, § 2º, do Novo CPC). A justificação prévia cabe anotar, é alternativa àqueles casos em que os pressupostos para a concessão da tutela de urgência não são passíveis de demonstração com a própria petição inicial (prova documental, ata notarial ou estatuto técnico), sendo o caso, por exemplo, de ouvir testemunhas ou o próprio requerente da medida, o que merece ser justificado na própria petição em que é formulado o pedido.

Vale aqui destacar, que a tutela provisória de urgência, o novo CPC traz em seu artigo 294, parágrafo único, que admite duas modalidades: a cautelar e antecipada (satisfativa).

Cumpra aqui mencionar a diferença entre os institutos. Se a concessão da tutela provisória gera os mesmos efeitos ou parecidos com o que o autor pleiteia com a sentença condenatória, estamos diante da tutela provisória antecipatória.

Por outro lado, quando a concessão da tutela tem por fim proteger o resultado útil do processo, busca o desenvolvimento visando o cumprimento da lei, sem adiantar o direito pleiteado ao final da demanda, estamos diante da tutela provisória cautelar.

Destaco os dizeres de Querzola (2006, pag. 20/27)

A perspectiva da diferenciação vai residir exatamente na distinção que se tem no direito processual brasileiro a partir de 1994: como destaca a doutrina italiana, o critério distintivo deve estar na linha da satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas, razão pela qual se o provimento provisório produz os mesmos efeitos ou efeitos praticamente análogos ao do pronunciamento final, ou seja, se a decisão satisfaz a necessidade de tutela do autor, poderá ser alocado como pronunciamento antecipatório [...] A tutela cautelar é modalidade de tutela de urgência que protege o resultado útil do processo sem adiantar o gozo do direito material.

Outro ponto interessante, a tutela de urgência cautelar possui caráter instrumental. Ela não recai sobre o mérito da demanda, mas sim sobre os instrumentos processuais que assegura a efetividade do mérito e do processo.

A título de exemplo, o provimento jurisdicional que confere à parte o di-

reito de acesso a provas documentais que estejam em poder de terceiros, necessárias à discussão de mérito.

Após a concessão da tutela cautelar o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias e será apresentado no mesmo processo em que deduzido o pedido de tutela cautelar. Porém o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido cautelar

Veja, que desta forma a cautelar não é mais uma ação autônoma, dependente da ação principal, mas sim uma tutela preventiva formulada de forma antecipada ou incidental dentro do próprio processo principal.

Assim, o novo CPC permite a possibilidade da medida ser alcançada em caráter antecedente ou incidental.

Quando a urgência se der antes da ação principal ou pedido principal, o novo CPC permite a aplicação da medida antes da ação principal ou pedido principal, criando dois procedimentos próprios, autônomos, para a busca da tutela.

Conforme artigos, 303 e 304 do novo CPC regulamenta o procedimento da tutela antecipada, já os artigos 305 a 310 do mesmo codéx, regulamenta o procedimento antecedente para a tutela cautelar.

Por outro lado, caso o processo de conhecimento ou de execução já estiver em curso, de forma incidental mediante uma simples petição, a parte interessada pode buscar qualquer uma das duas medidas acima citadas sem qualquer problema quando ao procedimento.

Nessa linha de raciocínio, os modelos procedimentais só se aplicam para as medidas de urgência buscadas em caráter antecedente.

Assim, de acordo com os breves comentários a cerca da tutela provisória, concluímos que o referido instrumento é de grande valia para a parte, em razão de seu direito não ser violado ou perder o sentido em virtude do tempo.

3. TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência é espécie de tutela provisória, o que afasta a expressamente a tutela de evidência da tutela de urgência.

O artigo 311, caput, do novo CPC nos traz de forma bem clara que a tutela de evidência não depende da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional.

Nos termos do artigo 311, I, do novo CPC, se faz necessário para a concessão da tutela de evidência tão somente o abuso do direito de defesa ou a intenção de protelar o bom andamento do processo.

Podemos entender a concessão da tutela nesse caso, como uma simples sanção processual. Nesse sentido, vale mencionar, que a tutela é concedida sem que haja probabilidade do autor fazer jus ao direito que alega.

Caminhando, o inciso II do mesmo codéx, traz a hipótese da concessão da tutela quando as alegações de fato puderem se comprovadas apenas documentalmentemente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em sumula vinculante.

Luiz Fux esclarece o que é um direito evidente (1996, pag. 305)

Demonstrável prima facie através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito asentado em fatos incontrovertidos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do adversus com base em manifesta ilegalidade, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito asentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção jure et de jure de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição [...] evidência é um critério à frente da probabilidade". Efetivamente, as hipóteses descritas permitem o deferimento de uma tutela com um grau de probabilidade tão alto que beira à certeza.

Destaca-se os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni (1994, pag. 83)

Quando os fatos não podem ser evidenciados independentemente de instrução probatória, ou seja, quando as afirmações dos fatos não podem ser demonstradas através de prova documental anexa à petição inicial, estamos diante de uma situação de aparência. A situação de aparência, quando ligada a uma situação de perigo, portanto, é que legitima a tutela urgente de cognição sumária. A situação perigosa indica a necessidade de uma tutela urgente, mas é a aparência que conduz à tutela de cognição sumária. Esta tutela de cognição sumária, realmente, pode ser satisfativa ou cautelar, conforme o caso. Mas pode acontecer que a necessidade da tutela urgente se compatibilize com a cognição exauriente. Ou seja, em determinadas hipóteses, tão somente a sumariedade formal é suficiente para tornar eficaz a prestação jurisdicional.

Valem mencionar que além das dimensões do que seria efetivamente uma situação evidente, algumas vezes a tutela de evidência é concedida em uma situa-

ção que demanda certa urgência.

Em outra vista, levamos em consideração que os fatos alegados pelo autor foram provados através de documentos, a referida medida em comento só terá sentido se for concedida liminarmente, porque após a citação e defesa do réu será caso de julgamento antecipado da lide.

A terceira hipótese de tutela de evidência está prevista no inciso III do artigo 311, quando se tratar de pedido reipersecutório baseado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto. Já a quarta hipótese, está prevista no inciso IV, que prevê a situação em que se a petição inicial estiver instruída com prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor, e que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida, caberá ao juiz julgar antecipadamente a lide.

Assim, podemos entender que o instituto como um todo é necessário e de grande valia para o nosso ordenamento jurídico brasileiro, protegendo o direito do autor contra em razão do lapso temporal até o julgamento final da demanda.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos de uma forma sucinta apresentar algumas distinções entre a tutela provisória de urgência e suas espécies e tutela provisória de evidência, entretanto, as diferenças não são tão evidentes, em razão do próprio procedimento do novo CPC.

Vale dizer, que a proposta do novo CPC pretende que, deferida a liminar, sem que haja manifestação por parte do réu e efetivada a medida, ela se estabilize.

Ainda, quando falamos em evidência, o direito evidente possui um alto grau de probabilidade e é mais do que uma simples verossimilhança, exigindo do magistrado uma análise ao caso concreto.

Assim, conclui-se que o instituto ora estudado, não irá solucionar por completo os impasses, porém, caminha no sentido de dar maior celeridade processual e garantir o direito do autor em detrimento do lapso temporal até o julgamento final da demanda.

REFERÊNCIAS

DENTI, V. Azione: **Diritto processuale civile**. In: INCICLOPEDIA Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Fontada da Giovanni Treccani, 1988. v. IV.

DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2004

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

QUERZOLA, Lea. **La tutela anticipatória fra procedimento cautelare e giudizio di mérit**. Bologna: Bononia University Press, 2006.

THEODORO, Humberto. Júnior. **“Curso de Direito Processual Civil - Volume I”**. 57ª ed. Rio de Janeiro: GEN | Editora Forense, 2016.

SCARPINELLA, Cássio. Bueno. **“Novo Código de Processo Civil Anotado»**. 1ª ed. Saraiva: São Paulo, 2015

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.83.

TUTELA PROVISÓRIA E O PODER-DEVER GERAL DE TUTELA

*Ricardo Bispo Razaboni Junior
Natasha Mirella Melo Costa*

RESUMO

O presente trabalho objetiva tecer considerações acerca da tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015, a qual fora implementada por meio de livro autônomo, sendo tratada de forma especial na nova lei processual. Para tanto, primeiramente são feitas reflexões acerca do instituto, prosseguindo assim para seus institutos derivadores, quais são as tutelas de urgência e as hipóteses de tutela de evidência. Adiante, o presente estudo faz a análise dos institutos derivadores, iniciando pela tutela de urgência, mostrando suas hipóteses de concessão, as quais são as tutelas antecipadas e cautelares, sendo essas em caráter antecedente ou incidental. Após busca esclarecer as hipóteses de tutela de evidência trazida pelo legislado por meio de rol taxativo, contendo quatro possibilidades de concessão. Por fim, o estudo aborda o chamada poder-dever geral de tutela, o qual é proposto como forma de substituição do antigo poder geral de cautela e princípio da fungibilidade, os quais foram amplamente aplicados no antigo Código de Processo Civil.

PALAVRA-CHAVE

Tutelas provisórias; Tutelas de urgência; Tutelas de evidência; Poder-dever geral de tutela; Princípio da fungibilidade.

ABSTRACT

This paper aims to make considerations about the interim protection in the Civil Procedure Code of 2015, which was implemented through autonomous book, being treated in a special way in the new procedural law. To that end, first made reflections on the institute, thereby continuing to its drifters institutes, which are the emergency guardianships and evidence of guardianship cases. Ahead, the present study is the analysis of drifters institutions, starting with the emergency care, showing your chances of granting, which are anticipated and precautionary

guardianships, and those in previous character or incidental. After, seeks to clarify the evidence of guardianship cases brought by legislated through exhaustive list containing four possible concession. Finally, the study deals with the so-called general power and duty of care, which is proposed as a way of replacing the old general power of caution and the principle of fungibility, the which have been widely applied in the former Code of Civil procedure.

KEYWORDS

Provisional guardianships; Emergency guardianships; Guardianship of evidence; General power and duty of supervision; Principle of fungibility.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, de cunho hipotético-dedutivo, em primeiro plano, busca abordar os institutos relacionados à tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015, qual entrou em vigência em fevereiro do ano de 2016.

Claramente, as tutelas objetivam assegurar um direito que provavelmente se concretizará ao final de uma lide, sendo concedidas por conta de uma urgência ou de evidência, e neste sentido vale desde já ressaltar a lição de Bedaque, que expõe:

[...] a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente tem. Ora, dar razão a quem tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade. (BEDAQUE, p. 161-162)

No que tange o estudo das referidas tutelas provisórias, estas são subdivididas primeiramente em duas espécies, as quais são cognominadas como tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência.

Em segundo plano, no que diz a respeito a tutela provisória de urgência, temos como suas espécies a tutela provisória de urgência antecipada e a cautelar, as quais contemplam as subespécies antecipatória e incidental.

A seguir, veremos a tutela provisória de evidência, a qual tem como requisitos para serem concedidas um abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, alegações de fato que podem ser comprovadas documentalmentemente havendo tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito e por fim petição instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Neste tópico ainda serão abordadas problemáticas acerca da tutela provisória de evidência, as quais são encontradas em algumas de suas hipóteses.

O trabalho também contempla o estudo do poder-dever geral de tutela provisória, o qual é proposto como possível substituto do antigo poder geral de tutela, que junto com o princípio da fungibilidade, instruíram as concessões de tutela no Código de Processo Civil de 1973.

1. TUTELA PROVISÓRIA

No antigo Código de Processo Civil (1973), não havia, de princípio, uma

sistematização que tratava da chamada tutela provisória. Este conceito fora construído pela doutrina brasileira, que levando em conta o direito material, distinguia as tutelas em tutela satisfativa e tutela cautelar. Tais tutelas eram classificadas dentro da classe nomeada como tutela de urgência. Com o decorrer do tempo e a necessidade de conferir um tratamento harmônico à tutela provisória, gerou-se as “novas” tutelas provisórias no Código de 2015. (RAATZ; ANCHIETA, 2015, p.270).

Explícitas no Livro V, do Código de Processo Civil de 2015, temos que as tutelas provisórias, a qual tratamos no plural devido à variedade de sub-institutos, não traz consigo um conceito de tutela provisória. Porém, em seu artigo 294 busca enumerar as diversas naturezas que esta pode apresentar, bem como as razões pelas quais esta pode ser concedida.

Como muito bem preceitua Marcus Vinicius (2015, p. 347), apesar de não existir conceituação legal sobre o instituto, é evidente que “ela é uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência, razão pela qual terá natureza provisória”.

O autor vai além, desferindo o seguinte conceito:

[...] tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, e situação de urgência ou nos casos de evidência. (2015, p. 348).

Além do mais, cabe destacar que a provisoriedade das tutelas se firmam na possibilidade destas serem revogadas ou modificadas a qualquer tempo, conforme previsto no artigo 296 do CPC/2015.

Neste sentido:

As decisões proferidas em cognição superficial não são definitivas, porque o juiz nem sempre terá ouvido todos os litigantes e colhido todas as provas para emitir o seu pronunciamento. Dadas a natureza e as finalidades da tutela provisória, é possível, a qualquer tempo, que o juiz reveja a anterior decisão que a examinou, seja concedendo o que antes havia denegado, seja revogando a medida anteriormente concedida. (2015, p.354)

Claramente as tutelas sugerem a função de maior efetividade processual, sendo que a partir delas busca-se que o juiz conceda antes aquilo que só concederia ao final ou determine as medidas necessárias para assegurar e garantir a eficácia do

provimento principal, nos casos de urgência e evidência.

Adiante, o texto legal traz a possibilidade de o juiz determinar medidas que entenda adequadas para a efetivação da tutela pretendida.

Neste ponto, cabe ressaltar que conforme artigo 299 do Código Processual vigente, a tutela poderá ser antecedente, modo em que será dirigida ao juízo competente do pedido principal formulado posteriormente.

No que diz a respeito aos seus institutos derivadores, os quais serão abordados posteriormente, as tutelas provisórias se subdividem primeiramente em tutela de urgência e tutela de evidência, sendo essas subdivididas em demais espécies.

2.TUTELA DE URGÊNCIA

Contida no bojo do Título III do CPC/2015, em seu artigo 300, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, que devemos ler como *fumus boni jûris* e *periculum in mora* respectivamente.

Visto tais requisitos, deslumbramos a possibilidade de concessão de liminar (artigo 300,§2º), que para tal possibilidade o juiz deverá analisar, a partir da plausibilidade do direito invocado, os indicativos seguros de prova que alcancem a chamada probabilidade processual, ou ainda podendo auferi-la após justificação prévia dos fatos invocados. (2016, p. 309).

Neste ponto, cabe ressaltar que a expressão “liminar” deve ser lida como algo que é concedido *ab initio*, ou seja, no limiar inicial do processo. (2015, p. 352).

Para a referida concessão de tutela de urgência, seja ela liminar ou após justificação prévia, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo, porém, conforme previsto em lei, ser dispensada esta caução nos casos em que a parte não puder oferecê-la, ou seja, for economicamente hipossuficiente.

Neste sentido:

Como é comum a todo provimento não passado em julgado, portanto, provisório, pode o juiz, conforme fundamentar ante as particularidades do caso concreto, para o deferir ou deflagrar sua implementação, exigir caução real ou fidejussória para ressarcir os danos que a outra parte vir a sofrer (art. 300, § 1º, 1ª parte). Os critérios da proporcionalidade e razoabilidade (art. 8º) amparam ainda a disposição da parte final do § 1º do art. 300: a caução pode ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.) (CAPUTO, 2016, p. 309).

O autor vai além, analisando que:

A exigência de caução tem dupla finalidade: inspirar responsabilidade (a sempre presença da boa-fé, prevista diretamente no art. 5º, e a *contrario sensu* no art. 142) e preparar a ressarcibilidade incrustada no art. 302 e parágrafo único: independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causas à parte adversa, se I - a sentença for desfavorável; II- obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerida no prazo de cinco dias; III- ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. (2016, p. 309).

Desta feita, em análise ao instituto da tutela de urgência, podemos de plano averiguar que esta também encontra subdivisões, a qual se cognominam como tutela antecipada ou cautelar, e que serão tratadas a seguir.

2.2 TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada permanece com os mesmos requisitos do Código revogado, sendo estes o risco do dano irreparável ou de difícil reparação, a verossimilhança do direito e a possibilidade de reversão pela característica de provisoriedade. Neste sentido, podemos claramente afirmar que o intuito da tutela antecipada é a mera antecipação do mérito que se pretende conseguir ao final, por meio de decisão judicial.

Conforme podemos retirar do texto legal, a tutela de evidência, que veremos a frente, será sempre incidental, porém a tutela de urgência, que compreende a tutela antecipada e a cautelar, poderá ser antecedente ou incidental, podendo ainda ser concedida parcialmente, totalmente ou indeferida, a critério do magistrado julgador. Neste plano, primeiramente abordaremos o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que se apresenta no artigo 303 da Lei Processual Civil em vigência, que dispõe:

Art. 303- Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento de 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.

Nesta hipótese, o legislador beneficiou o direito ao autor, já que este poderá efetuar somente o pedido de antecipação da lide, apresentando uma exposição de modo sucinto do direito que se pretende buscar, bem como deve realizar a exposição do perigo de dano ou risco útil ao processo.

Concedida à referida tutela, o autor deverá, nos termos do § 1º do artigo 303, aditar a petição inicial, nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior se o juiz fixar.

Cabe neste ponto ressaltar a forma procedimentar da tutela antecipada antecedente, que após o aditamento da inicial, terá como ponto subsequente a citação e intimação do réu para audiência de conciliação ou mediação, a qual é trazida novamente em destaque e com suma importância no CPC/2015 no artigo 334.

Não havendo a autocomposição, o prazo para contestação será 15 (quinze) dias, seguindo a hipótese do artigo 335, I, ou seja, contados da data da audiência de conciliação ou mediação.

No caso de não realização do aditamento referido acima, o processo será extinto sem resolução de mérito.

Nos casos em que não haja elementos para a concessão de tutela antecipada antecedente, o juiz determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito, conforme exposto no artigo 303, § 6º do CPC.

Como segunda hipótese de antecipação de tutela, temos a tutela antecipada requerida em caráter incidental, que se traduz pelo pedido de concessão de tutela antecipada na petição no decurso do processo, sendo assim, diferente da tutela antecipada antecedente, que se perfaz por meio de petição, devendo esta posteriormente ser aditada com a devida complementação, o que se transformará na inicial do processo.

Cabe ressaltar que nas hipóteses de tutela provisória incidental não há a necessidade de recolhimento de custas, já que esta já fora recolhida. (art. 295 CPP).

Por fim, é de fundamental consideração a previsão do dispositivo 300, § 3º, o qual proíbe a concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão judicial.

Aqui, conforme lembrado por Caputo

[...] novamente irão preponderar os critérios de equilíbrio contidos no artigo 8º; os fins sociais e as exigências do bem comum

que inspiram o ordenamento jurídico; o resguardo e a promoção da dignidade da pessoa humana; a proporcionalidade; a razoabilidade e a eficiência. (2016, p. 309).

Ainda no que pese a irreversibilidade, este deve ser observado como:

[...] um conceito relativo, que deve ser apreciado ad hoc e de forma contextual, levando em conta dentre outros fatores, o valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já que não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo. (2016, p.310).

2.3 TUTELA CAUTELAR

Como ponto de início, podemos conceituar a tutela cautelar como “uma medida protetiva, assecurativa, que preserva direito do autor, em risco pela demora no processo”. (2015, p. 349).

A exemplo da tutela antecipada, a cautelar também se subdivide em duas hipóteses, que são a possibilidade de tutela cautelar requerida em caráter antecedente e em caráter incidental.

Ressalta-se que embora tenha distinção conceitual entre ambas (cautelar e antecipada), o legislador conferiu-lhes tratamento jurídico semelhante.

Deste modo, na hipótese de requerimento de cautelar em caráter antecedente, devem-se obedecer as regras do artigo 305 e seguintes, sendo que o autor que visa à prestação da tutela cautelar em caráter antecedente deve indicar a lide e seu fundamento, deve fazer uma exposição sumária do direito que objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Neste sentido, é de suma importância ressaltar os ensinamentos impares de Marcus Vinicius que explica:

O art. 305 faz referência à “lide e seu fundamento”. A lei não se refere aqui à lide cautelar, mas à lide principal e aos fundamentos desta.

A necessidade de indicá-los, na inicial da cautelar antecedente, decorre da referibilidade que esta há de manter com a pretensão principal. A tutela cautelar é deferida para proteger o provimento principal. Se o autor não o indicasse, o juiz não teria como saber o que está sob risco, e se a medida postulada é ou não ade-

quada para afastá-lo. Esse requisito, como é natural, só é exigido para as cautelares antecedentes, pois nas incidentais a ação já está proposta. (2015, p. 384).

No sentido da indicação sumária, lembra-se:

A referência à “exposição sumária” feita no dispositivo legal diz respeito à sumariedade da cognição que o juiz deverá empregar para examinar esses requisitos. O juiz não concederá a tutela cautelar em cognição exauriente e definitiva, mas sumária e provisória. (2015, p. 385).

O réu será citado para oferecer contestação no prazo de 5 (cinco) dias, devendo inclusive indicar as provas que pretende produzir. No mesmo plano, efetivada a tutela cautelar, o pedido principal deverá ser formulado pelo autor em 30 (trinta) dias, diferentemente da tutela antecipada antecipatória que são 15 (quinze) dias. Já a tutela cautelar requerida de modo incidental segue o mesmo pensamento da tutela antecipada incidental, sendo proposta no decorrer do processo que discute o mérito.

No que tange a eficácia da tutela cautelar, temos que está sempre será provisória, destinada a perdurar tempo incerto, porém nunca será de caráter definitivo. Os artigos 296 e 309 trazem as regras a respeito da duração de sua eficácia. (2015, p. 387).

O artigo 296, traz em seu bojo a possibilidade de a qualquer tempo, as tutelas provisórias, serem modificadas ou revogadas, o que pressupõe alguma alteração fática, ou que venha aos autos algum fato novo, que justifique a mudança. (2015, p.387). Porém, além da possibilidade de modificação ou revogação, pode haver a perda de eficácia da tutela cautelar, como dispõe o artigo 309 do CPC/2015, que consiste em sanção imposta ao autor que, tendo obtido a tutela, não tomou providências a seu cargo, ou então na consequência natural da extinção ou improcedência do pedido principal. (2015, p. 387).

Neste sentido, vale ressaltar que, em regra, a tutela cautelar deve permanecer com sua eficácia durante o processo, porém esta pode ser cessada nas situações estabelecidas pelo art. 309, as quais são: a perda da eficácia quando não deduzido o pedido principal no prazo de trinta dias, a perda de eficácia por falta de execução dentro de trinta dias ou quando o juiz declara extinto o processo principal com ou sem resolução de mérito. (2015, p. 308-309).

Não há mais de se falar em processo autônomo para concessão de tutela

provisória, não existindo então processos cautelares preparatórios ou incidentais, ações cautelares típicas ou nominadas conforme era trazido pelo Código de Processo Civil de 1973.

Como recordado por Marcus Vinicius, o processo cautelar preparatório era aquele ajuizado antes do principal, e o incidental, o ajuizado na pendência dele, ambos processos autônomos. (2015, p. 351).

No que tange as ações nomeadas como típicas ou nominadas, esta não podem ser utilizadas, já que o CPC/2015, em seu art. 301, prevê que a tutela de urgência de natureza cautelar poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação do bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito, tal medida não era prevista no antigo Código de Processo Civil de 1973.

Deste modo, conclui-se que o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente será mediante uma fase antecedente a deflagração do processo em si, em que só discutirá a pretensão cautelar, e uma fase posterior, discutirá à pretensão principal, tudo nos mesmos autos, e em um processo único.

Por fim, cabe ressaltar que a decisão que defere o pedido cautelar (antecedente ou incidental), mesmo após a contestação e eventual colheita de provas, sempre será concedido ou não por meio de decisão interlocutória, cabendo agravo de instrumento. (2015, pag. 389).

3. TUTELA DE EVIDÊNCIA

Há casos em que não há de se falar em tutela de urgência, já que não são seus fundamentos (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo) os apresentados no caso concreto.

Deste modo, à medida que se justifica, não como meio de afastar um risco, mas sim para alterar o ônus que normalmente são carreados ao autor do processo e que decorrem da demora na sua conclusão, é a chamada tutela de evidência, que traz no título III, do livro V do Código de Processo Civil de 2015, todas as hipóteses de modo taxativo em que está tutela poderá ser concedida.

No mesmo linear da tutela de urgência, as concedidas em caráter de evidência podem ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, ou seja, não se apresentam de forma definitiva.

Desta feita, passamos a estudar as hipóteses que ensejam a concessão da tutela de evidência, as quais estão contidas nos incisos do artigo 311 do CPC vigente, quais são:

Art. 311- A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I- ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II- as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III- se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autos, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Na hipótese do inciso I, como muito bem explicado por Marcus Vinicius, o requisito para a concessão desta medida ficará caracterizado quando o réu, já esta citado, se utiliza de :

[...] defesas ou argumentos inconsistentes apenas para ganhar tempo, ou incidentes protelatórios, para retardar o julgamento. Se a matéria é só de direito, e a defesa é manifestamente protelatória, nem será caso de tutela de evidência, mas de julgamento antecipado da lide. Entretanto, quando o julgamento não é, ainda, possível, porque há a necessidade de provas, ela poderá ser concedida. O deferimento está condicionado a que o réu seja citado e compareça ao processo, o que impede que ela seja concedida liminarmente. (2015, p. 371).

Traçadas as características da primeira hipótese, passamos ao inciso II, que, a exemplo do inciso anterior, poderá levar a um julgamento antecipada da lide, pois “os elementos dos autos trazem um forte grau de probabilidade de que o seu direito venha a ser reconhecido” (2015, p. 371).

Neste sentido:

São dois os requisitos cumulativos: que havendo questão de fato, ela já possa ser comprovada apenas por documentos; e que a questão de direito seja objeto de tese firmada em julgamento de casos repetitivos e súmula vinculante. Tais circunstâncias, se verificadas, darão ao juiz uma forte convicção de procedência

da pretensão do autor. Se o processo estiver em condições de julgamento, porque o réu já foi citado e teve oportunidade de se defender, não será o caso de tutela provisória, mas de julgamento antecipado, total ou parcial do mérito, na forma do art. 335 ou 356 do CPC.(2015, p. 372).

Data vênia, tal hipótese pode estar permeada por um vício de inconstitucionalidade, já que a possibilidade de julgamento antecipado da lide iria infringir o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, mesmo que esta esteja fundada em prova documental suficiente, seguida da necessidade de incidente de demanda repetitiva ou de súmula vinculante.

Na terceira hipótese, a inicial deve estar devidamente instruída com prova documental adequada do referido contrato de depósito, sendo que a partir disso o juiz deferirá a tutela de evidência que, nessa hipótese, deverá conter conteúdo específico, qual seja, a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa. Deste modo, o juiz deverá decretar a ordem de entrega da coisa. (2015, p.372).

Porém, neste ponto, tal como o inciso II, novamente é possível verificar uma afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa, já que o réu não poderá se defender dos fatos alegados para a concessão da tutela de evidência, já devendo entregar a coisa sob pena de multa.

Como quarta e última hipótese trazida pelo legislador para concessão de tutela de evidência, temos a petição inicial devidamente instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Neste sentido, a fim de explicar sua aplicação, Marcus Vinicius afirma:

Não é razoável que o autor tenha de suportar eventuais ônus derivados da demora do processo, se os fatos que embasam a sua pretensão estão suficientemente documentados e o réu não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável. (2015, p. 373).

Ainda pontua ainda que:

[...] a evidência não se confunde com a certeza. Se os fatos constituem os fundamentos do pedido do autor puderem ser comprovados apenas por documentos, que foram juntados, e não resta nenhuma dúvida nem houver provas que elidam esses documentos, o caso não será de tutela de evidência, mas sim de julgamento antecipado, total ou parcial.

A tutela de evidência pressupõe uma situação tal em que a probabilidade do direito do autor é elevada, pois ele comprovou o alegado por documentos, e o réu não trouxe dúvida razoável. Mas pressupõe, também, que em tese, com o prosseguimento do processo, essa situação possa, ainda que com pouca probabilidade, ser revertida ou alterada, pois, do contrário, a decisão do juiz não deve ter natureza provisória e sim definitiva. (2015, p. 373).

Deste modo, conclui-se o estudo das tutelas de evidência com a lição de Caputo, que explica:

Segundo este artigo, a tutela de ou pela evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, ou seja, não urgência da tutela não cautelar (antecipada em sentido estrito) ou não urgência da tutela cautelar, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houverse firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; ou se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Nesses casos, o juiz poderá decidir mesmo liminarmente.

Já para outros dois casos de tutela de evidência, ou tutela pela evidência, isso não será possível, já que logicamente sua ocorrência só se verificará já no curso um pouco mais adiantado do procedimento, quando: ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesta propósito protelatório da parte; ou a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. (CAPUTO, 2016, p. 324).

Por fim, cabe ressaltar que não há previsão legal de responsabilidade civil do autor pelos danos que causar em ocorrência da tutela de evidência, diferentemente da tutela de urgência, que há previsão na forma do artigo 302 do Código de Processo Civil.

No entanto, a tutela de evidência tem características de provisória, sendo também emitida em cognição sumária. Todavia, apesar de sua menor probabilidade de revogação ou perda de eficácia, não se pode excluir por completo essa possibilidade. Neste caso, não há razão para que se exclua a responsabilidade do autor no que diz a respeito dos danos que possam ter sido causados pela efetivação da medida. (2015, p.374).

4. PODER-DEVER GERAL DE TUTELA E O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O CPC/73, não fazia distinção entre as tutelas de urgência e as de evidência, sendo isto interpretado doutrinariamente. O juiz tinha a possibilidade de conceder a tutela que fora requerida ou aplicar outra que fosse, na sua concepção, a mais adequada.

Conforme entendimento, temos que:

A fungibilidade ampliou o poder-dever do juiz. Se ele já tinha o poder geral de cautela, que lhe permitia deferir a cautela que fosse mais adequada, agora ele podia também deferir a medida de natureza diversa da postulada. (MARCUS VINICIUS, 2015, p. 358).

No Código Processual vigente, o juiz, conforme previsto no artigo 297, caput, do CPC, tem a possibilidade de determinar medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.

Deste modo, houve uma ampliação do que era disposto no CPC/73, já que “ele não dá ao juiz, como fazia o CPC anterior, um poder geral de cautela, mas o “poder-dever” geral de deferir a tutela provisória-cautelar ou satisfativa- mais adequada”. (2015, p. 358).

Como o Código anterior só havia a previsão de poder geral de cautela, foi necessário, nesse ponto, estabelecer-se a fungibilidade entre as medidas cautelares e as medidas satisfativas, para que o juiz pudesse, então, definir a medida mais adequada a ser concedida. Neste sentido, no estudo do antigo Código de Processo Civil, temos a lição de Ovídio Batista da Silva, que expõe:

Sendo o direito processual uma disciplina essencialmente formal, seria natural imaginar, em seu campo, o predomínio do princípio da rigidez das formas, segundo o qual haveriam de ter-se por válidos todos os atos processuais que não obedecem rigorosamente à determinação de forma estabelecida para sua realização. E nos sistemas jurídicos rudimentares, como se verificava no direito primitivo, as solenidades processuais e a rigidez formal eram absolutas. A mais insignificante inobservância dos ritos impostos por lei era motivo suficiente para causar a nulidade do processo. Contudo, no direito moderno tal não ocorre. Precisamente por sua natureza eminentemente instrumental, domina no Direito Processual o princípio da liberdade das formas, consagrado pelo art. 154 do Código, segundo o qual os atos e termos processuais não dependem de forma determinada,

senão quando a lei expressamente exigir, reputando-se válidos os que, realizados de modo diverso, hajam preenchidos a finalidade essencial que a lei lhe atribuir. (1998, p.204).

Contudo, a legislação atual dá ao juiz não um poder geral de cautela, mas sim o poder geral para concessão de tutelas provisórias, isto é, de deferir a medida - cautelar ou satisfativa - mais apropriada, com o que se tornou fósil falar em fungibilidade nas tutelas. (2015, p. 358).

Conclui-se, portanto que, assim como o princípio da fungibilidade havia relação direta com o da instrumentalidade das formas (MELO, 2008, p. 93), o poder-dever geral de tutela também fora, na sua criação, instruído pela predominância da forma instrumental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015, ao dispor um livro específico para as tutelas provisórias, deu prosseguimento ao avanço que esse instituto já havia contemplando.

No que diz respeito às tutelas de urgência, sendo elas antecipadas ou cautelares, com caráter antecedente ou incidental, fora acertadamente trazidas pelo legislador, sendo que sobre estas não resta dúvidas acerca da aplicação.

Na chamada tutela de evidência, com seu rol taxativo contendo quatro hipóteses de concessão, esta se apresenta de maneira clara, porém que poderá conter problemas acerca de sua aplicação prática no que tange os incisos II e III, ou seja, a possibilidade de concessão quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante ou quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Tais hipóteses, como estão sugeridas, afrontam o princípio do contraditório e da ampla defesa, estabelecidos no artigo 5º, LV de nossa Carta Magna, o que poderá gerar, futuramente, inconstitucionalidade desses incisos.

Por fim, no que se refere ao princípio da fungibilidade e ao poder geral de cautela, amplamente aplicados no CPC/73, temos que estes foram substituídos de vez pelo chamado poder-dever geral de tutela, que contemplam a possibilidade do magistrado aplicar a tutela que se fizer mais adequada, sem se falar para tanto de fungibilidade, já que estas estão devidamente separadas e estabelecidas de forma diversas no CPC/2015.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo**. São Paulo: JHMIZUNO, 2016.

DA SILVA, Ovídio A Baptista. **Curso de processo civil**. 1998.

_____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIVONESI, André Gustavo. Fungibilidade das Tutelas de Urgência: A Tutela Cautelas e a Tutela Antecipada do art. 273 do CPC., **Revista Dialética Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 28, p. 9-23, jul. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: Um departamento do processo civil ainda carente de sistematização. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 398, jul/ago. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, p. 198-211, n. 81, jul/set, 1996.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela de evidência como espécies de tutela provisório no novo Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual-REDP**, Rio de Janeiro, v. 15, jan/jun, 2015.

A COMPATIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO RECURSAL

Luciana Pimentel dos Santos¹.

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade a análise das medidas de urgência e a viabilidade de pleiteá-las no âmbito recursal, tendo em vista sua compatibilidade neste momento processual, após as mudanças introduzidas pelo CPC/2015. As medidas de urgência foram sistematizadas, e subdivididas em tutela de urgência e tutela de evidência. Temos, portanto, no citado código, a tutela antecipada e cautelar, estas classificadas como de urgência. As tutelas provisórias foram analisadas primeiramente de modo geral, ou seja, sua causa, finalidade, e requisitos para serem pleiteadas. Após, passou-se à análise específica a cada tutela disciplinada, tendo por foco sua natureza, finalidade e processamento, para, ao final, analisar a compatibilidade das medidas de urgência no âmbito recursal. Justifica-se a temática deste trabalho, pois, em que pese o CPC/2015 ter previsto a possibilidade de serem pleiteadas em grau recursal, não houve a preocupação em analisar se a tutela antecipada, a tutela cautelar e a tutela de evidência seriam compatíveis nesta fase processual. A pesquisa se realizou por abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, com objetivos exploratórios.

PALAVRAS-CHAVE

Medidas de Urgência. Compatibilidade. Âmbito Recursal.

¹ Aluna especial em Mestrado na área de concentração “Teoria do Direito e do Estado” no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade dos Grandes Lagos-UNILAGO (2010); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2006). Atualmente é advogada militante e professora na Faculdade Integrada de Mirassol-FAIMI. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito de Família e Direito do Trabalho. E-mail: luthypimentel@hotmail.com

ABSTRACT

The present study aimed to study the emergency measures and the feasibility of pleading them under appeal, in view of its compatibility with the appeal system, following the changes introduced by the CPC/2015. Emergency measures were systematized and subdivided in emergency care, and protection of evidence. We have, therefore, in that code early and injunctive relief these classified as urgent and the protection of evidence. The provisional tutelages were first analyzed in general, or its cause, purpose and requirements for being pled. After went to the specific analysis every disciplined protection, with the focus their nature, purpose and processing, to the end of analyzing, hypothetical-deductive way the compatibility of emergency measures, with the appeal system. Justified the theme of this work, because, despite the CPC/2015 have foreseen the possibility of being pled upon appeal, there was no concern in examining whether the preliminary injunction, the injunctive relief and the protection of evidence would be compatible with the system appeal. The research was guided in the bibliographic study, by means of a qualitative analysis.

KEYWORDS

Emergency measures. Compatibility. Appeals under.

1. INTRODUÇÃO

O anteprojeto do CPC/2015 teve por desafio a insatisfação “perpetuada” em nosso ordenamento quanto à morosidade do judiciário, segundo disposto pelo Senado Federal (ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). É nessa linha que se faz necessárias as inovações em relação às medidas de urgência. Estas quando previstas no ordenamento jurídico tiveram por finalidade garantir ao jurisdicionado a efetividade da tutela jurisdicional, seja na fase de conhecimento ou em âmbito recursal.

As Medidas de Urgência, contidas no CPC/2015, foram introduzidas de forma sistematizada, diferentemente da forma como era tratada no CPC/1973². Assim, o CPC/2015 estabeleceu o gênero tutela provisória (CPC/2015, art. 294), que tem como espécies as tutelas de urgência (antecipada e cautelar) e a de evidência.

A tutela antecipada encontra-se prevista nos arts. 303 e 304, do CPC/2015, enquanto que a tutela cautelar foi disciplinada nos arts. 305 a 310 do CPC/2015.

Quanto à tutela de evidência, o CPC/2015 inovou ao elencar as hipóteses para sua concessão de forma coesa. O art. 311 traz especificadamente as quatro hipóteses em que poderá ser concedida, desde que fundada na evidência do direito.

Em que pese algumas de suas hipóteses já estarem previstas no CPC/1973, como o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, o novo dispositivo elencou outras três situações em que será concedida a tutela de evidência: quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; ou quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Apesar de positivas as inovações efetuadas nesta matéria, o legislador, ao prever de forma expressa o seu cabimento no âmbito recursal (CPC/2015, art. 299, parágrafo único e 932, inc. II), não foi muito preciso quanto a sua incidência nesta esfera. Assim, fica a seguinte questão: As tutelas provisórias, apesar de expresso seu cabimento no âmbito recursal, possuem compatibilidade quando pleiteadas em sede de recurso?

² Embora já existissem procedimentos equivalentes no CPC/1973, a expressão “tutela antecipada” apenas foi inserida por meio da Lei nº 8952/1994.

Neste sentido, a preocupação no desenvolvimento deste trabalho está em estudar a compatibilidade da tutela provisória com o âmbito recursal, tendo em vista a finalidade e o procedimento a ser adotado, segundo o regramento introduzido pelo CPC/2015.

Para tanto, o presente trabalho tratou da tutela provisória e o seu desenvolvimento em cognição sumária. Assim esclarece ao leitor o que vem a ser cognição sumária para depois passar à análise das espécies de tutela com as devidas peculiaridades atribuídas a cada uma, de forma sucinta, em acordo à nova redação dada pelo CPC/2015 à matéria.

Por fim, após o estudo das espécies de tutela provisória (urgência e evidência), busca-se aclarar os questionamentos advindos de terem as tutelas provisórias compatibilidade ou não quando requeridas em sede recursal.

Em seu desenvolvimento utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com objetivos exploratórios, por meio de recapitulações bibliográficas.

2. TUTELA PROVISÓRIA

As Tutelas Provisórias estão previstas nos arts. 294 a 311, do CPC/2015.

Encontram-se divididas em tutela de urgência, (subdividida em tutela antecipada e tutela cautelar) e Tutela de Evidência, estando esta, até então, não prevista no direito processual brasileiro, de forma sistematizada como disposta atualmente.

Tais medidas, quando adotadas, têm por finalidade impedir o perecimento do direito do jurisdicionado. Assim prevê, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da tutela provisória, sem que haja a preservação das garantias processuais (ampla defesa e contraditório).

Quando utilizadas, têm por finalidade a concessão dos efeitos do provimento final ou conservativo, proferidos em cognição sumária.

São proferidas em cognição sumária, já que estão intimamente ligadas à efetividade do processo, na medida em que deve ser assegurada a parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado. (RIBEIRO, 2015, p.81). Neste sentido, apropriada a sistematização da tutela provisória pelo CPC/2015, por ser a efetividade do processo um dos objetivos buscados quando de sua reforma.

Ensina-nos Kazuo Watanabe (1999, p. 58-59), ao invocar, a respeito da cognição, a doutrina de Ovídio Batista:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

Conclui-se, portanto, ser a cognição nada mais que a aquisição do conhecimento da lide pelo juiz, por meio das provas produzidas e alegações das partes, de modo a interferir em sua decisão.

Contudo, tal ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pela parte pode dar-se de forma sumária ou exauriente, por ser a cognição técnica de adequação do processo.

Assim, por ser a cognição técnica de adequação do processo, as medidas de urgência pautam-se em cognição sumária.

Novamente ensina Kazuo Watanabe (1999, p. 111-112) que:

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: quadrinômio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida. No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).

Neste sentido, o juízo de valor formado na tutela provisória é incompleto, ou seja, o juiz fica autorizado a conceder a tutela pleiteada, tendo em vista a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou o risco ao resultado útil do processo, ou ainda a evidência, ainda que superficial, sua análise para deferimento da tutela.

2.1 Tutela de Urgência

No CPC/2015 a tutela de urgência foi tratada do art. 300 ao art. 310, estando contidas as disposições gerais a serem aplicadas na tutela antecipada e cautelar (do art. 300 ao art. 302), sendo estas, tratadas de forma específica na sequência.

Bem se vê que o CPC/2015 tratou conjuntamente a tutela antecipada e cautelar ao entendê-las serem do mesmo gênero, e, portanto, serem espécie da tutela de urgência.

Para que haja a concessão da tutela de urgência, o legislador previu como requisitos a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou o resultado útil ao processo (CPC/2015, art. 300). Estes requisitos, equivalem respectivamente ao *fumus boni juris* e *periculum in mora*, além de acrescentar que a urgência, necessariamente, deve estar ligada ao conceito de prejuízo, de dano ou, noutras palavras, ao *periculum in mora*. (RIBEIRO, p. 195, 202)

2.1.1 Tutela Antecipada

A nomenclatura “tutela antecipada” foi introduzida no CPC/1973, por meio da Lei 8.952 de 1994, com o intuito de sistematizar melhor o adiantamento do gozo do próprio direito material, em cognição sumária e quando for justificada a sua necessidade.

Assim, para que seja concedida, deverá conter no bojo do processo elementos que evidenciem: a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou o risco ao resultado útil do processo, desde que não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão em que se concedeu a tutela.

Pode ser pleiteada em caráter antecedente ou em caráter incidental. Considera-se em caráter antecedente quando o deferimento é feito anteriormente à propositura da ação.

Com igual pensamento nos ensina Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p. 615) que a tutela de urgência satisfativa (antecipada) *antecedente* é aquela requerida dentro do processo em que se pretende pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final.

Prevê ainda o CPC/2015, sendo esta uma de suas inovações quanto à tutela antecipada prevista no CPC/1973, que quando requerida em caráter antecedente, a decisão da tutela antecipada poderá tornar-se estável. Contudo, constatando que citado benefício tenha sido requerido. É o que dispõe o § 5º, do art. 303, do CPC/2015, ao expressar:

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.
§ 5º. O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

Enquanto o legislador previu a possibilidade de estabilização do provimento judicial na tutela antecipada antecedente, o mesmo não ocorre quando em caráter incidental.

Por incidental entende-se a tutela provisória antecipada, pleiteada dentro do processo em que se pede, ou já tenha sido pedida a tutela definitiva.

Contudo, uma vez concedida, seja antecipadamente ou incidentalmente, poderá vir a ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

2.1.2 Tutela Cautelar

Igualmente à tutela antecipada, a tutela cautelar poderá ser requerida em caráter antecedente ou incidental, em cognição sumária. Para ser concedida tem como requisito o perigo de dano, e uma vez concedida pode ser revogável.

Tem ainda, por finalidade, garantir a eficácia da tutela satisfativa definitiva de quem a pleiteia. Assim, enquanto a antecipada utiliza-se de uma técnica satisfativa, na cautelar, a técnica utilizada é conservativa.

A este respeito nos elucida Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2016, p.576):

A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar.

legislador fez por bem discipliná-la, entre as medidas de urgência. Para tanto, disciplinou-a no art. 305 ao art. 310.

Assim como a tutela antecipada, a parte poderá valer-se da tutela antecipada de forma antecedente ou incidental, a depender de sua necessidade.

2.2 Tutela de Evidência

A tutela de evidência veio a amparar as partes, de modo a permitir a concessão de tutela provisória independentemente de demonstração de perigo, pau-

tando-se apenas no alto grau de verossimilhança, tendo em vista a preocupação com os danos suportados pela parte em decorrência da morosidade do judiciário.

Filiamo-nos a nomenclatura trazida por Freddie Didier Jr. et al. (2016, p.630), por entender que a evidência é um pressuposto para concessão de tutela provisória³. Assim, diferentemente da antecipada e da cautelar, para concessão da tutela provisória de evidência, não se faz necessária a demonstração da urgência e do perigo. O pressuposto da evidência é característico do nosso ordenamento jurídico, já que a evidência é um conceito inovador do então, atual Ministro, Luiz Fux.⁴

Desta forma, por ser uma técnica processual, a tutela de evidência poderá ser utilizada tanto para que se conceda a tutela antecipada quanto para a concessão da tutela cautelar.

Contrariamente à tutela antecipada e cautelar a tutela de evidência dispensa a demonstração de perigo, bastando a prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual.(FREDDIE; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p.631)

Encontra-se disciplinada nos arts. 311, 562, 678, 700 do CPC/2015. Contudo para desenvolvimento do presente estudo, a análise da tutela de evidência será restringida ao art. 311.

Dispõe o art. 311, que a tutela de evidência, independentemente da demonstração de perigo será concedida:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

³ Perceba-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para obtenção da tutela.

⁴ Citado por DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 630. Há situação de evidência também quando se observa que os fatos são notórios, incontroversos, confessados em outro processo – e todo aquele demonstrado por prova emprestada ou antecipada eficaz (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, cit., p.313 ss.). Diz-se, ainda, evidente aquele que se imponha por força do efeito positivo da coisa julgada (ex.:paternidade reconhecida como questão principal em outro processo é evidente naquele em que se pleiteia alimentos), que decorra de prescrição ou decadência (ex.:”se alguém molesta outrem com base em direito decadente, o *adversus* molestado pode postular providência imediata cessatória passível de ser atendida de pronto”) ou objeto de presunção absoluta, como a autorização marital para realização de despesas domésticas, cf. 1643, CC (ainda que com outras palavras, FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, cit., p.313-316).

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Para Bruno Bodart (2015, p.111), por ter o CPC/2015 adotado um conceito mais restrito que o abordado pelo Ministro Luiz Fux, considera-se tutela de evidência:

a técnica de distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu em fase mais avançada do processo.

A tutela de evidência, assim como a cautelar e antecipada, é concedida em cognição sumária e apesar do CPC/2015 ter sido omissivo quanto à possibilidade de ser pleiteada em caráter antecedente ou incidental, posicionamo-nos a favor de se conceder a citada tutela em ambos.

3. MEDIDAS DE URGÊNCIA NO ÂMBITO RECURSAL

Dada a importância das medidas de urgência, uma vez que têm como origem a necessidade do jurisdicionado em obter uma tutela célere e efetiva, fez bem o legislador ao dispor no CPC/2015 a concessão da tutela antecipada, cautelar e de evidência no âmbito recursal.

Segundo Franzé (2014, p.45), existem hipóteses em que as tutelas tradicionais não oferecem mecanismos suficientes para atender aos anseios do jurisdicionado.

O mesmo jurista ainda nos adverte quanto à morosidade existente no âmbito recursal e a premência na integração da tutela antecipada recursal ao sistema jurídico.

Cumulativamente - em regra - a maior demora da tramitação processual ocorre no tribunal onde, infelizmente, não é difícil um recurso demorar mais de cinco anos para ser julgado. Com essa ordem de ideias, entendemos que a interpretação do CPC deve partir da necessidade de plena entrega da tutela jurisdicional,

com o máximo possível de segurança jurídica e igualdade. Nesse contexto, a proposta de melhor integração da tutela antecipada recursal ao sistema jurídico (efeito antecipativo) é um mecanismo importante, pois, de um lado, trará maior efetividade e, de outro, a presença dos pressupostos pertinentes ao referido efeito resguardará a segurança jurídica. (FRANZÉ, 2014, p.197)

Neste contexto, reafirmamos ter feito bem o legislador ao elencar em seus dispositivos a faculdade de se requerer a tutela provisória no âmbito recursal (art. 299, parágrafo único e art. 932, inc. II CPC/2015).

Não podemos deixar de abordar que, para, Franzé (2014, p.200), a medida antecipada recursal deve ser incluída como um dos efeitos do recurso (efeito antecipativo).

O renomado doutrinador inicia sua explanação a respeito do tema, primeiramente esclarecendo ao leitor ser o efeito uma consequência do ato de recorrer. (FRANZÉ, 2014, 133)

Posteriormente ao esclarecimento sobre o que vem a ser o efeito recursal, qualifica-os em dependentes e independentes, a partir de sua incidência:

a) *independente* (de pedido) ou *natural* quando o efeito é previsto originariamente para o recurso, ou seja, a sua incidência é gerada pela própria situação de recorribilidade do pronunciamento, e, por isso, não está condicionado a requerimento do recorrente. Como exemplos podemos mencionar os efeitos devolutivo, translativo, expansivo, substitutivo e o suspensivo, previsto na parte, previstos na primeira parte do *caput* do art. 520 do CPC⁵.
b) *dependente*, quando o efeito não é natural (não é gerado pela recorribilidade), mas pode ser agregado ao recurso desde que existam os pressupostos pertinentes, tais como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (no caso do efeito suspensivo) ou os efeitos carreados no art. 273 do CPC (em relação ao efeito antecipativo). Por exemplo, mencionamos o agravo de instrumento que não tem suspensividade independente (CPC, art. 497), mas a suspensão pode ser deferida excepcionalmente (CPC, art. 558)⁶, ou seja, fica na dependência dos pressupostos legais para ser deferida e, por isso, estamos diante do efeito suspensivo *dependente* (e não independente). (FRANZÉ, 2014, p.134)

Com o devido respeito não entendemos adequado incluir as medidas de

⁵ Hoje caput do art. 1012 do CPC/2015.

⁶ Hoje art. 995, parágrafo único, CPC/2015.

urgência como efeito recursal.

A palavra efeito comporta cinco sentidos: consequência, finalidade, execução, eficácia, impressão. (DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS, 2009)

Parece-nos mais adequado entender o efeito recursal apenas como consequência. Ao entendê-lo desse modo, chegaremos à conclusão que somente será efeito recursal, aquele que, necessite ou não ser pleiteado para ser efetivado, teria como requisito, a simples interposição do recurso, sem a necessidade de pressupostos para seu deferimento.

Veja que os efeitos recursais independem de requisitos para sua concessão. Como exemplo, podemos citar o art. 1012 do CPC/2105, ao dispor que a apelação terá efeito suspensivo, independentemente de demonstração de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A demonstração de pressupostos pertinentes é característica das tutelas provisórias de urgência e não dos efeitos recursais.

Assim será efeito recursal, aquele que depende da interposição de recurso, independente do legislador ter previsto para sua concessão o seu requerimento.

Portanto, o que Franzé (2014, p.134), diz ser efeito dependente, a nosso ver deve ser entendido como tutela provisória, e não como similar a esta:

quando o efeito não é natural (não é gerado pela recorribilidade), mas pode ser agregado ao recurso desde que exista os pressupostos pertinentes, tais como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (no caso do efeito suspensivo) ou os efeitos carreados no art. 273 do CPC (em relação ao efeito antecipativo).

Com este entendimento, as tutelas provisórias no âmbito recursal devem ser entendidas como tutela, pleiteadas em momento processual diverso. Assim tem as tutelas provisórias pleiteadas em primeiro grau e as pleiteadas em segundo grau, ou seja, no âmbito recursal, não devendo ser entendidas como efeito dependente, já que a alteração diz respeito apenas ao momento processual de seu deferimento.

As tutelas provisórias para serem concedidas necessitam, quando de urgência, que reste evidenciados a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, e se de evidência, das hipóteses elencadas no art. 311.

Portanto, não entendemos apropriada a inserção da medida de urgência como efeito recursal, pois se afirmamos ser possível se pleitear a tutela provisória em âmbito recursal, não seria apropriado tratá-la como efeito do recurso, uma vez que não deixou de ser tutela provisória quando requerida em sede de recurso.

Neste sentido importante transcrever a conclusão a que chega o ilustre doutrinador, ao afirmar serem similares os pressupostos e a finalidade das tutelas sumárias de primeiro grau com os efeitos dependentes, entendendo-as como institutos diversos:

Por derradeiro, não há como deixarmos de correlacionar os efeitos *dependentes* com as tutelas sumárias de primeiro grau. E isso, porque o *efeito suspensivo dependente* guarda estreita relação com a cautelar, uma vez que os pressupostos (*periculum in mora e fumus boni iuris*) bem como a finalidade são similares, já que, ao suspender o pronunciamento impugnado, apenas assegura o resultado final do recurso, sem adiantá-lo. Da mesma forma, o efeito antecipativo é similar à tutela antecipada em primeiro grau, tanto no tocante aos seus pressupostos (CPC, art. 273), quanto em relação à consequência, pois adiante os efeitos das razões recursais e não apenas o assegura. (FRANZÉ, 2014, p. 135)

Se assim o fosse, concluiríamos não ser possível a tutela provisória em grau recursal. Mas apenas os efeitos antecipativos, já que são institutos similares e não iguais segundo entendimento citado acima. O que não entendemos correto, em acordo a previsão expressa no CPC/2015, do cabimento das tutelas provisórias em grau recursal.

Ademais, para Franzé (2014, p.135), a incidência dependente é uma consequência da interposição do respectivo recurso. Se assim considerássemos, não seria possível a tutela provisória incidental, pois a mesma depende da ação para ser pleiteada.

Concluimos, portanto, ser cabível as medidas de urgência em grau recursal, devendo-as ser entendidas como tal. Ou seja, a tutela antecipada, a tutela cautelar e a tutela de evidência devem ser pleiteadas como tutelas provisórias e não como efeito antecipativo.

3.1 Compatibilidade da Tutela Antecipada

De acordo com o explicitado acima, a tutela antecipada pode dar-se antecipadamente ou incidentalmente, em cognição sumária.

Por ter a finalidade de antecipar os efeitos da tutela satisfativa por meio da cognição sumária, quando pleiteada no âmbito recursal, será compatível apenas quando fundamentada em fato novo, fato superveniente, inclusive por comprovação através de documento novo.

Para o jurista Luís Henrique Barbante Franzé (2014, p.159), *fato novo*, é o já existente quando o pronunciamento impugnado foi proferido e *fato superveniente* é aquele inexistente quando prolatado o pronunciamento impugnado, independente de prova da ocorrência de força maior.

Franzé (2014, p. 159) cita João Castro de Mendes que dispôs somente ser fato novo a questão de ofício e ainda não decidida.

A esse entendimento acrescenta-se o disposto no art. 1014 do CPC/2015: As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

Como força maior lê-se conforme dispõe o art. 393 do Código Civil: existência de *fato necessário*, que seja suficiente para gerar *efeito impossível de ser evitado*. (FRANZÉ, p. 159)

Portanto, desde que fundada em fato novo ou superveniente a tutela antecipada poderá ser pleiteada em âmbito recursal, de forma incidental.

Tal afirmativa encontra respaldo, pois a tutela antecipada carece de cognição sumária. Caso o fato apresentado para concessão da medida não seja novo ou superveniente, o juízo *a quo* já o teria analisado em cognição exauriente, sendo, portanto, tal fato, objeto de recurso apenas quanto à reforma, anulação, integração ou esclarecimento da decisão judicial e não mais analisado como medida antecipada.

O recurso pode ser visto como meio ou poder, para provocar o reexame da decisão, quer seja pela mesma autoridade judiciária, quer seja por outra, hierarquicamente superior, com fulcro na modificação, reforma ou mera invalidação da mencionada decisão. (FRANZÉ, p. 122)

Por fim, a tutela antecipada pleiteada neste momento processual só terá cabimento em caráter incidental, já que em seu art. 303 o CPC/2015 dispôs que a tutela antecipada em caráter antecedente será cabível apenas nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação.

Como partilhamos do entendimento majoritário entre os processualistas de ser o recurso continuação do direito de ação, e não ação autônoma, a tutela antecipada em caráter antecedente é incompatível quando pleiteada no âmbito recursal, ante seu cabimento dar-se apenas quando a urgência for contemporânea à propositura da ação e por não ser o recurso ação, não sendo adequada a citada medida em grau recursal.

3.2 Compatibilidade da Tutela Cautelar

A tutela cautelar por ser medida de cunho assecuratório, não demonstra

incompatibilidade quando requerida em âmbito recursal, tampouco requer para sua concessão a fundamentação em fato novo ou fato superveniente como a tutela antecipada.

De igual modo à tutela antecipada, a concessão da tutela cautelar pode dar-se de forma antecedente ou incidental. Sendo compatível no âmbito recursal apenas quando na forma incidental, já que o recurso não é compreendido em nosso ordenamento jurídico como ação, em acordo ao já explanado.

3.3 Compatibilidade da Tutela de Evidência

Acreditamos não haver divergências quanto sua previsão no ordenamento jurídico, inclusive já há enunciado a este respeito, pelo Fórum Permanente dos Processualistas Civis⁷. Passemos, então, à verificação de sua compatibilidade.

Para que se possa verificar a compatibilidade da tutela de evidência no âmbito recursal, imperioso a análise, do objetivo pretendido pelo jurisdicionado, quando pleiteada a tutela de evidência, nos moldes do disposto no art. 311 do CPC/2015, associado ao pressuposto da tutela de evidência.

Logo se a tutela de evidência for pleiteada tendo por finalidade uma medida antecipada aplicar-se á o disposto quanto ao requerimento desta em sede recursal, elucidado no item 3.1, Compatibilidade da Tutela Antecipada, porém se a finalidade for a concessão de uma tutela cautelar aplicar-se-á o disposto no item 3.2, Compatibilidade da Tutela Cautelar.

Se tiver por pressuposto situação vislumbrada pelo legislador apenas na fase de conhecimento será incompatível quando pleitear-se em âmbito recursal, o que se verifica quando pleiteadas nos moldes do art. 311, III, IV do CPC/2015.

1. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou, em breves considerações, a compatibilidade das medidas de urgência no âmbito recursal, tendo em vista a importância da matéria, por estar entre os objetivos buscados pelo CPC/2015, uma justiça pronta e célere.

Tendo por finalidade impedir o perecimento do direito do jurisdicionado, seja em fase de conhecimento seja no âmbito recursal as medidas cautelares, são o

⁷ A evidência pode ser tutelada até mesmo em sede recursal. (enunciado n. 423 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)

instituto processual apto a corroborar para que o Poder Judiciário tenha um sistema processual eficiente, atendendo os anseios do jurisdicionado.

Com este intuito o CPC/2015 sistematizou as medidas de urgência, dividindo-as em Tutela de Urgência e Tutela de Evidência, expandindo quanto à estas suas hipóteses de incidência.

Restou evidenciado, a previsão legal quanto à legalidade de se pleitear a tutela antecipada, tutela cautelar e tutela de evidência em sede recursal. Assim dispõe o CPC/2015 em seu art. 299, elucidar qual o órgão competente para requerer a tutela provisória nos recursos, bem como em seu art. 932, II, ao incumbir ao relator competência para apreciar o pedido de tutela provisória em recurso.

Neste sentido, não entendemos adequado os efeitos antecipativos do recurso, já que não são tratados como tutela provisória, mas sim como similar a esta.

Igualmente, quanto à compatibilidade das medidas de urgência quando requeridas em recurso, os questionamentos foram elucidados.

O requerimento da tutela antecipa somente será compatível em sede recursal quando em caráter incidental e fundamentar-se em fatos novos ou supervenientes, tendo em vista a natureza jurídica do recurso adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

A tutela cautelar, por ser medida de cunho assecuratório, ou seja, ter por finalidade a efetividade da tutela satisfativa definitiva, através de medidas assecuratórias, não restou incompatível quando pleiteadas no âmbito recursal.

Quanto a tutela de evidência, para que se possa afirmar ser compatível ou não quando requerida em sede recursal deve-se analisar o objetivo a ser alcançado pelo jurisdicional quando utilizadas.

Ainda enseja para verificação de sua compatibilidade se pleiteada quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa ou quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Restando prejudicado a tutela de evidência em âmbito recursal quando fundamentada pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa ou quando a petição inicial for instruída com

prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Em vista disso, o trabalho logrou êxito ao analisar em breves considerações a compatibilidade das medidas de urgência em sede recursal, tendo como pano de fundo o novo regramento previsto no CPC/2015 para as tutelas provisórias. Concluiu-se que, apesar do CPC/2015 ter previsto a possibilidade de requerimento da tutela antecipada, cautelar e de evidência, por vezes não são compatíveis quando pleiteadas no âmbito recursal, seja por não abarcarem fato novo ou superveniente, seja por serem compatíveis apenas na fase de conhecimento.

REFERÊNCIAS

BODART, Bruno V. da Rós. **Tutela de Evidência. Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015 – (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).

DICIO. Dicionário Online de Português. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br>> Acesso em: 18 de agosto de 2016.

DIDDIER, Fredie Jr., BRAGA, Paula Sarno e 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**. 11. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. V.2.

FÓRUM Permanente de Processualista Civis. Disponível em: <http://fpprocessualistas-civis.blogspot.com.br> Acesso em: 18 de agosto de 2016.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Tutela Antecipada Recursal**. 4ª ed. Ed. Juruá, 2014.

_____. **Teoria Geral dos Recursos Revisitada**. 2ª. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2015.

NOVO Código de Processo Civil. Lei N. 13.105 de 16 de março de 2015. 2ª. Edição. 2016. Ed. Manole

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015. – (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em:
< <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> > Acesso em:
18 de agosto de 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Atual. São Paulo: Central
de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas, 1999.

