



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DECLÍNIO DA AUTONOMIA NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Renan Guerra Martha Lemos

Rio de Janeiro

2017

RENAN GUERRA MARTHA LEMOS

O DECLÍNIO DA AUTONOMIA NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Monografia apresentada como exigência para conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Ubirajara da Fonseca Neto

Coorientadora:

Profª Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Rio de Janeiro

2017

RENAN GUERRA MARTHA LEMOS

O DECLÍNIO DA AUTONOMIA NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Monografia apresentada como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2017 - grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Des. Poul Erik Dyrlund – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ. _____

Convidado: Prof. Des. Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ. _____

Orientador: Prof. Ubirajara da Fonseca Neto - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. _____

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À minha esposa Adriana e à madre Teresa,
que me guiam e me dão esperança em minha jornada.

AGRADECIMENTOS

À minha família que me enche de amor e paz.

Em especial, à minha esposa Adriana Lemos e à minha mãe Teresa Guerra.

Aos amigos que sempre me alegram.

Em especial, ao meu amigo mais antigo, o Rafael Portella.

Aos colegas do escritório Faoro & Fucci Advogados pela confiança.

Em especial, à minha chefe à época, a Janaina Roloff.

Aos professores da Escola por me ensinarem a estudar.

Em especial, à Tatiana Batista e ao Aurélio Bouret.

Aos colegas de Escola pelos exemplos de dedicação, genialidade e ética.

Em especial, ao Rafael Frias e à Samantha Negrís.

Aos administradores da Escola que mantêm essa renomada instituição.

Em especial, ao diretor Renato Teixeira pela inspiração e pela paciência.

Aos orientadores da pesquisa pelas valiosas contribuições.

À professora Néli Fetzner e ao professor Ubirajara Neto.

Às muitas vozes que me inspiraram.

Muito obrigado.

“– O rio tem muitas vozes, um sem-número de vozes; não é, meu amigo? Não te parece que ele tem a voz de um rei e a de um guerreiro, a voz de um touro e a de uma ave noturna, a voz de uma parturiente e a de homem que suspira, e inúmeras outras ainda?”

Sidarta – Herman Hesse

SÍNTESE

O acesso à justiça no cenário do Judiciário multi-portas explicita o estímulo aos métodos de solução consensual de conflitos e a promoção de uma cultura de paz. A solidariedade é levada a efeito em razão da interdependência dos atores sociais e por meio da especialização funcional. Os referenciais do direito privado foram abalados pela contratação eletrônica e o Judiciário passa por diversas transformações para se modernizar. As novas tecnologias desempenham um papel central na administração da burocracia e no acesso à informação. Há um incentivo à desjudicialização dos conflitos por meio da celebração extrajudicial de negócios solenes. Tanto a conciliação quanto a mediação são métodos adequados para buscar a solução consensual extrajudicialmente ou em juízo. Ao passo que a arbitragem se revela como mais um método extrajudicial de resolução de conflitos ainda que culmine na imposição de uma decisão. E ainda, quando o Judiciário é demandado, o negócio processual se revela um instrumento de autonomia e protagonismo. Os precedentes destacados são recentes para revelar as barreiras superadas ou sustentadas nos Tribunais. Esses fenômenos e tensões foram também investigados na prática forense em audiências. Das observações foram produzidas narrativas e estatísticas que espontaneamente se conectam com os pontos da pesquisa em decorrência do foco de interesse do observador.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O DÉFICIT DE SOLIDARIEDADE COMO CAUSA DE CONFLITOS.....	13
1.1 Uma perspectiva narrativa sobre a prática da solução de conflitos.....	14
1.2 O limite entre exercício arbitrário das próprias razões e ações materiais.....	21
1.3 A incompletude do federalismo cooperativo e a corrupção no terceiro setor.....	27
1.4 A imprecisão jurídica e o desinteresse econômico no mínimo existencial.....	31
1.5 A imposição da função social em uma economia de escassez.....	42
1.6 As liberalidades nos planos da raridade, da validade e da eficácia.....	50
2. O FORMALISMO EXACERBADO DOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS.....	55
2.1 As soluções pacíficas e outras falácias democráticas.....	61
2.2 O contexto da autonomia privada irresponsável nas relações eletrônicas.....	70
2.3 As despesas e os honorários como fatores na equação de conflitos.....	76
2.4 A precaução do legislador por meio do prestígio às solenidades.....	82
2.5 A facilitação do diálogo pela conciliação e mediação extrajudiciais.....	91
2.6 As vantagens mercantis da arbitragem.....	98
3. A INEXPERIÊNCIA CULTURAL EM PROTAGONISMO JUDICIAL.....	103
3.1 A rigidez do objeto litigioso e dos sujeitos do processo.....	103
3.2 O programa de instrumentalidade processual e postura participativa.....	107
3.3 Os limites inexplorados de validade da cláusula geral de negociação.....	126
3.4 A curiosidade sobre as vitrines estatísticas e digitais da massa judicial.....	136
4. A JURISDIÇÃO EM DESCOMPASSO COM SUA FUNÇÃO RESIDUAL.....	147
4.1 O esforço internacional pelos direitos humanos e as barreiras xenofóbicas.....	150
4.2 A jurisdição de massa para 100.000.000 de processos.....	155
4.3 A jurisdição individual no cenário de flexibilização dos direitos sociais.....	173
4.4 Os softwares operacionais automatizantes na prestação jurisdicional.....	202
CONCLUSÃO.....	209
REFERÊNCIAS.....	211
APÊNDICE.....	232

INTRODUÇÃO

A pesquisa “O Declínio da Autonomia no Sistema de Solução de Conflitos” propõe uma investigação de seus métodos organizada em ordem decrescente de autonomia da vontade dos interessados. A interpretação dos referenciais linguísticos dos diplomas legais se dá de maneira pragmática, informada pelas controvérsias atuais que surgem na jurisprudência e na doutrina, bem como da observação de dados reais em pesquisa de campo de audiências por meio de narrativas e estatísticas.

O Código de Processo Civil de 2015 reaviva o debate sobre as necessidades de adequação do Poder Judiciário no Brasil após ter se passado uma década da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. O modelo constitucional de processo preserva fundamentos consagrados como contraditório, juiz natural e duração razoável ao mesmo tempo que se moderniza em busca da solução consensual, eficiência e primazia da resolução de mérito. São várias frentes de inovação no acesso à justiça, inclusive a mediação e o processo eletrônico.

No primeiro capítulo, pretende-se compreender a paz social – ou a ausência de conflito – como um fenômeno que pode decorrer da solidariedade entre os membros de uma comunidade. Trata-se de característica essencial do federalismo cooperativo, da função social, do terceiro setor e das liberalidades. Ainda que tanto a satisfação de interesses pelos próprios meios quanto a satisfação de interesses alheios por meio de liberalidades sejam situações concretas excepcionais, a pesquisa parte da certeza de que uma sociedade solidária está orientada a proporcionar as condições necessárias à dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, os instrumentos extrajudiciais são expostos como mais efetivos, céleres e econômicos em comparação à tutela jurisdicional. As soluções pacíficas – privilegiadas pelo Estado Democrático de Direito – estão relacionadas a menores custos em despesas e honorários. Assim, a legislação processual cede espaço à autonomia dos interessados, impulsionando negócios solenes em cartórios, bem como a conciliação, a mediação e a arbitragem. A dinâmica entre os sujeitos indica a adequação dos instrumentos empregados. Além disso, é preciso observar a dificuldade de realizar a mediação tanto por carência de tradição quanto por insuficiência orçamentária.

No terceiro capítulo, a via judicial é abordada sob o ângulo do protagonismo das partes ao invés da imposição de uma decisão por um magistrado. Assim, o objeto litigioso é

definido como dinâmico em prol da solução consensual. Com destaque, o rol dos negócios processuais típicos se torna meramente exemplificativo em razão da cláusula geral que admite os negócios processuais atípicos. Por essa razão, se torna necessário investigar a autonomia das partes do processo no plano da validade, em especial nos contratos de adesão. Será identificada precisamente a legitimidade de instituições aptas ao exercício de controle prévio ou incidental da abusividade contratual.

No quarto capítulo, a jurisdição é vislumbrada no desempenho de função residual orientada à cultura de paz e ao protagonismo das partes. Entretanto, em um cenário de desencorajamento ideológico e orçamentário da busca pelo Judiciário, sua inafastabilidade se revela a última garantia de direitos sociais em razão da vedação à autotutela e do desequilíbrio de forças. Assim, a jurisdição é apresentada decomposta em uma escala de efetividade que começa na cooperação internacional e nos instrumentos de jurisdição de massa, passando pela tradicional jurisdição individual e termina na fragmentariedade da política criminal. É atualizada a discussão acerca do esgotamento da via pré-processual como um pressuposto.

Ao longo da pesquisa, em contraponto à solidariedade como um aspecto subjetivo orientado à paz, contextualiza-se a tecnologia em seu aspecto objetivo racionalizador. A transformação dos aparatos estatais de administrar conflitos convive com novas espécies de litígios. A negociação eletrônica transformou antigos referenciais além do ponto de retorno, bem como a responsabilidade civil dos provedores e o anonimato dos ofensores desafiam a efetiva prevenção e reparação de danos. A publicidade da rede de computadores devassa a privacidade do homem e o desenvolvimento de *softwares* operacionais beneficia o Judiciário com uma vitrine estatística indispensável à sua adequada compreensão.

A pesquisa não dispensa a abordagem qualitativa por se valer das referências legislativas, jurisprudenciais e bibliográficas, mas apresenta um contra peso quantitativo com narrativas alegóricas decorrentes de audiências presididas por juízes, bem como estatísticas reais baseadas em audiências de mediação observadas ou realizadas. Assim, além da revisão bibliográfica como um ponto de partida, será apresentado um trabalho de campo pautado na ética com a finalidade acadêmica de unir teoria e prática.

A pesquisa objetiva explorar as fontes formais dos diversos instrumentos de solução de conflitos. Além disso, os desafios práticos de sua aplicação são apresentados

descritivamente, bem como as explicações das circunstâncias causadoras de precariedade e ineficiência no acesso à justiça.

Essa transformação cultural e institucional deve ser compreendida em uma acepção pós-positivista. A norma decorre de dados linguísticos programáticos e do âmbito de dados reais. Assim, o Direito já não é mais teorizado como uma ciência exata, mas uma arte prática. O fundamento da pesquisa é a práxis partindo de lugares-comuns. O trabalho aborda os desafios culturais e organizacionais – investigando as razões econômicas desses desafios – enfrentados na disseminação de diversos métodos de solução de conflitos em uma sociedade acostumada com a jurisdição.

Trata-se de um cenário de precarização da prestação jurisdicional por meio de restrições orçamentárias de constitucionalidade controversa conforme a ADI 5468/DF julgada em 2016. Com a fragilização da garantia de direitos fundamentais, ganha relevância a influência das ações dos próprios interessados nos diversos instrumentos de solução de conflitos que serão analisadas à luz de narrativas e estatísticas produzidas a partir da observação de audiências.

Busca-se identificar instrumentos legais de adequação do acesso à justiça em diversos ramos jurídicos e exemplificar com situações reais observadas em audiências que ilustrem o fenômeno em suas concretizações ou obstáculos. Por conseguinte, as narrativas propostas ao longo desta pesquisa servem como uma âncora na realidade.

Trata-se de preencher conceitos indeterminados com prosas sem o apego objetivo que seria próprio apenas às ciências naturais, mas firmada linguisticamente nos dados reais observados em audiências. E ainda, as narrativas desempenham a função de exemplificar situações nas quais o programa normativo foi concretamente executado a contento ou evidenciam as falhas resultantes dos obstáculos culturais e institucionais que se apresentaram contrários à sua realização.

Assim, a metodologia utilizada privilegia o exame de casos concretos a partir da prática forense, especialmente com a elaboração de relatórios descritivos das atividades vivenciadas no âmbito do Estágio do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura por meio da observação de audiências presididas por juízes estaduais. Logo, um esboço verossímil é cartografado espontaneamente pela imersão participativa no cotidiano de atores que compõem essa rede de forças, ou seja, o sistema de solução de conflitos.

1. O DÉFICIT DE SOLIDARIEDADE COMO CAUSA DE CONFLITOS

Neste capítulo, são apresentados tanto os métodos de solução de conflitos caracterizados pela imposição da vontade de um dos interessados para a satisfação de um interesse próprio, quanto aqueles que satisfazem interesses alheios por meios próprios. E a metodologia da pesquisa é contextualizada em detalhes, não só por se tratar de um ponto de partida prático e extrínseco para a compreensão do fenômeno da solidariedade, como também pelo simbolismo de marcar a autonomia acadêmica em concomitância ao mais elevado grau da autonomia da vontade no sistema de solução de conflitos; antes de demonstrar seu declínio.

Assim, superando as situações excepcionais e limítrofes, observa-se que a autonomia privada é norteadada pela socialidade, pela eticidade e pela operabilidade. A socialidade pode ser traduzida na prevalência dos valores da coletividade sobre aqueles que são estritamente individuais. A eticidade impõe um dever de agir conforme os ditames objetivos da justiça. E a operabilidade é concretizada por meio de soluções pragmáticas.

A solidariedade faz parte da estrutura do federalismo brasileiro que é caracterizado pela cooperação entre os entes. E mais, a incompletude dessa cooperação faz surgir um terceiro setor que não é orientado ao lucro, mas à realização das promessas do Estado de Bem Estar Social. Por certo que as políticas públicas são voltadas a proporcionar a condição de dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, pois homens e mulheres têm um valor inerente e absoluto.

Ademais, a função social das coisas e dos contratos preza pela solidariedade com os terceiros. O direito de propriedade e tampouco o direito das obrigações não são herméticos, pois respeitam a vida em sociedade e promovem o bem de todos. A generosidade e o altruísmo motivam a satisfação de interesses alheios e previnem conflitos pacificamente. E por isso, se faz necessário analisar as liberalidades no plano da validade.

A ordem social brasileira se torna progressivamente mais complexa, inclusive em quantidade e qualidade de litígios. As relações de interdependência são com frequência fragilizadas pelos métodos aplicados para a satisfação dos interesses. Considerando o trato continuado e a necessidade de promover uma cultura de paz, a concretização do projeto constitucional de solidariedade se apresenta como uma solução possível ao invés da satisfação de interesses por meio da justiça pelas próprias mãos.

1.1 Uma perspectiva narrativa sobre a prática da solução de conflitos

O referencial teórico da pesquisa é um ponto de partida qualitativo, mas a pesquisa se beneficia da investigação prática e quantitativa¹. Essa produção também é de certo modo um tímido ponto de partida, pois o trabalho de campo apresentado resulta da observação de (quase) cem audiências em um cenário de cem milhões de processos². Objetiva-se vislumbrar em concreto a prestação jurisdicional e o instrumento da mediação na comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro após a publicação do CPC/2015.

Assim, importante definir de que forma essa instituição que é o Poder Judiciário será percebida; se objetiva e impessoal ou política e subjetiva. Admite-se que a argumentação jurídica se aproxima mais da persuasão do que da demonstração. E ainda, que as atividades frequentemente se conformam à norma, porém não se deve universalizar que do mundo das ideias decorre todo o mundo social real³. Quando a legislação é alterada, transforma as coisas em uma certa direção, mas os impactos concretos são imprevisíveis⁴.

Indubitavelmente que o Direito não é uma ciência exata, mas uma arte prática. O fundamento da ciência jurídica é, por conseguinte, a práxis (mais baseada em ônus de prova do que na lógica ou na verdade). O que se espera é que as regras formem um padrão coerente a partir de lugares-comuns ou *topoi*⁵.

A ciência do Direito é ciência do espírito e não ciência natural. Pode discutir-se se a antítese de espírito e natureza coincide ou não com as de realidade e valor, de ser e dever ser, de lei causal e norma, ou se o reino do espírito é mais amplo do que o do valor, do dever ser ou da norma⁶.

¹Inicialmente, cabe destacar que esta pesquisa apresenta um trabalho de campo pautado na ética com a finalidade acadêmica de unir teoria e prática. Em especial, pretende ilustrar conceitos indeterminados, bem como demonstrar a concretização de institutos relevantes, por meio de narrativas produzidas a partir da observação de 54 audiências de instrução e julgamento, na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, no período compreendido entre o 2º semestre de 2015 e o 1º semestre de 2016, presididas por Magistrados Orientadores do Estágio das Disciplinas Práticas Processuais do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro ministrado pela EMERJ.

Além dessa abordagem, a pesquisa também contempla pontualmente dados objetivos, inclusive porcentagem de acordos, produzidos por meio da participação (observação, co-mediação ou mediação) nas sessões de mediação de 45 processos, no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Capital do Estado do Rio de Janeiro, no período compreendido entre o 1º e o 2º semestre de 2016, em Estágio Supervisionado do Curso de Capacitação de Mediadores Judiciais ministrado pelo NUPEMEC na EMERJ.

²Notas do diário de campo acerca do número de processos em curso no Brasil – vide nota nº 1.

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

O Ministério Público e o Magistrado conversam sobre a grande quantidade de processos. [...] A família da audiência anterior está aguardando pela digitação de um termo rotineiro há uma hora. [...]

³MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 1-3.

⁴Ibidem, p. 14.

⁵Ibidem, p. 20-24.

⁶KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1939, p. 17.

Enquanto na lei natural, existe uma relação de causalidade entre os fatos – se X é, Y tem de ser; na lei jurídica, para a Teoria Pura do Direito, há uma relação de imputação – se X é, Y deve ser. Evidentemente, a pena não resulta naturalmente do crime como causa para um efeito, mas há um desencadeamento jurídico provocado pelo legislador. E mais, esse nexos é teórico, pois na prática o resultado pode acontecer quando não era devido, assim como pode não acontecer quando era devido⁷.

A crítica ao silogismo de subsunção decorre de sua aplicabilidade tão somente às mais simples questões. Ainda que a lógica formal resolva operações matemáticas como, por exemplo, a cessação da menoridade aos dezoito anos de idade, indubitavelmente falha diante da complexa realidade cotidiana. Assim, prevalece o pluralismo metodológico na atividade dos intérpretes para determinação da norma jurídica adequada ao caso concreto⁸.

Destaca-se que a decisão judicial pressupõe que seja explicada a relação dos atos normativos com a causa, que seja explicado o motivo concreto da incidência de um conceito jurídico indeterminado, que os motivos justifiquem aquela decisão em particular, que todos os argumentos contrários sejam enfrentados e que seja demonstrado como o caso se ajusta ou se distingue dos fundamentos determinantes de precedentes, jurisprudências ou enunciados de súmulas invocados (art. 489, § 1º do CPC/2015⁹).

A vagueza é característica de muitos dos termos constitucionais em razão da pluralidade de perspectivas divergentes que formula seu texto. Atribuir sentido aos preceitos constitucionais é uma atividade concreta que produz vários efeitos sobre a ordem jurídica. Trata-se de um esforço interpretativo aplicado à realidade social. A análise meramente sintática do texto é incompleta porque se furta dos fatos que compõem a realidade¹⁰.

Realmente, o sistema de solução de conflitos pode ser fechado operacionalmente, mas aberto em sua competência cognitiva. Em outras palavras, o programa linguístico da norma seria um subsistema que cumpre seu propósito pluralista admitindo informações dos outros subsistemas.

⁷KELSEN, op. cit., p. 27-28.

⁸AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 90-91.

⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81-83.

O Direito é aplicativo e para pensá-lo deve-se buscar um sentido autêntico e preciso de sua Constituição que seja adequado às particularidades do Brasil. A realidade jurídica muda em função dos personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimento ou socializam e que estão disputando entre si no jogo do campo jurídico orientados por conflitos internos ou com outros campos sociais¹¹.

A crítica em relação ao ensino jurídico atual consiste em sua identificação como instância de reprodução. Interpretar não é um conhecimento objetivo, mas um ponto de vista participante, prático¹² e interno¹³. Não se trata de se aprisionar à relação sujeito-objeto, mas de se relacionar sujeito-sujeito abraçando a revolução linguística¹⁴ e hermenêutica.¹⁵

Assim, há coerência que a pesquisa sobre o declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos se concretize por meio de um processo acadêmico cuja rigidez institucionalizada mitiga a autonomia da produção científica. Portanto, o fato da relevância das experiências práticas do sujeito pesquisador se subordinar às teorias jurídicas dominantes corrobora com o objeto pesquisado.

¹¹STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 926-927.

¹²“A metodologia a ser utilizada consistirá na busca da autoaprendizagem orientada, direcionada para estimular a pesquisa, a criatividade e o pensamento crítico para que o aluno desenvolva o espírito investigativo capaz não somente de reproduzir conhecimentos legados, mas de criar e produzir novos conhecimentos dentro da dinâmica intrínseca ao estudo jurídico. (...) a metodologia envolve modernas técnicas e processos de ensino-aprendizagem que privilegiam a relação entre teoria e prática e a participação do aluno, mediante aulas expositivas, estudos de casos concretos, elaboração de minutas de decisões com análise de doutrina e jurisprudência, além da participação em atividades complementares de natureza teórica e prática no cotidiano do sistema judiciário, com apresentação de relatório descritivo sobre as atividades realizadas. (...) O professor aplicará a metodologia do exame de casos concretos para estimular o aluno a, com base na pesquisa domiciliar e ênfase nos processos argumentativo e reflexivo, aprofundar e fixar seus conhecimentos teóricos, da lei e da jurisprudência.” (ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Regimento do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/ato_regulamento/regimento-do-curso-de-especializacao-em-direito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.)

¹³“[...] o Estágio compreende as disciplinas prático- processuais do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura e se destina à aprendizagem dos métodos e das técnicas de aplicação do direito. (...) o Estágio também visa ao aprimoramento da formação acadêmica e estabelecer uma conexão entre a teoria jurídica e a prática forense, com início na atividade jurisdicional. (...) O estagiário atuará na assessoria do Magistrado Orientador, cabendo-lhe minutar despachos, relatórios, decisões, sentenças e acórdãos; realizar pesquisas de doutrina e jurisprudência e assistir audiências e sessões.” (ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Regulamento do Estágio das Disciplinas Práticas Processuais do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/ato_regulamento/RegulamentodoEstagio2012.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.)

¹⁴“Não deve haver qualquer tipo de destaque gráfico no texto do artigo. (...) quando se pretender dar ênfase ou destaque a alguma ideia (...) evitar fazer esse destaque linguístico pelo isolamento da palavra / expressão entre parênteses. Recomenda-se prioritariamente o uso das vírgulas ou, mais raramente, um par de travessões.” (AREAL, Mônica C. F.; FETZNER, Néli L. C.; TAVARES JUNIOR, Nelson C. *Normas para a elaboração e a apresentação dos trabalhos de conclusão de curso*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/direitopublicoeprivado/caderno-de-normas-abnt-direito-publico-e-privado_abril2017.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.)

¹⁵STRECK, op. cit., p. 61-68.

De todo modo, o direito processual reconhece que nem sempre as apreciações pessoais são dissociáveis da narrativa de um fato (art. 213 do CPP/1941¹⁶). E mais, prefere a reprodução fiel das expressões ditas por quem testemunha um fato (art. 215 do CPP/1941). Além disso, as sentenças se iniciam com um relatório, inclusive identificando as partes e expondo sucintamente a acusação e a defesa (art. 381, I e II do CPP/1941) para então fundamentar não apenas nos motivos de direito, mas necessariamente também nos motivos de fato (art. 381, III do CPP/1941).

Realmente, os termos próprios do Direito estão sujeitos à interpretação – com destaque para os conceitos jurídicos indeterminados. Dessa característica da ciência jurídica, nascem os problemas de prova, de classificação, de interpretação e de relevância. Trata-se de um exercício no campo das probabilidades e não das certezas – daí a força dos *leading cases* no *common law* e a diversidade que comporta a *ratio decidendi*¹⁷.

Decerto que o ingrediente probabilístico na argumentação é frequentemente infundado ou ao menos não verificável. Trata-se de um esforço de aparentar cientificidade com máximas falaciosas porque a capacidade humana de quantificar suas experiências subjetivas é imprecisa¹⁸.

O novo paradigma do Direito implica a indução, ou seja, trabalhar de baixo para cima. Começa com as tarefas ordinárias da práxis jurídica sem ser colonizada pela dedução própria da teoria abstrata. Assim, é uma dimensão pragmática, concreta e limitada pela língua natural¹⁹. Na prática, muitas (novas) regras são apenas simbólicas e intangíveis porque não se traduzem em vantagens reais para os pobres, consumidores, trabalhadores e outras categorias²⁰.

Assim, a autonomia enquanto princípio do sistema de solução de conflitos não implica uma autonomia epistemológica. Inquestionavelmente, a hermenêutica jurídica não dispensa a compreensão interdisciplinar dos fatos sociais. Trata-se de um olhar para o outro que compreende o livre arbítrio dos sujeitos na produção normativa sem a colonização linguística da lei objetivamente estruturada.

¹⁶BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁷MACCORMICK, op. cit., p. 53-60.

¹⁸TARUFFO, Michele. Narrativas judiciais. *Revista de Derecho*, v. 20, n. 1, p. 231-270, jul. 2007, p. 258-259.

¹⁹MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 11-12.

²⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 68-69.

A postura crítica baseada em experiências cotidianas evita a formação de crenças equivocadas. Entretanto, é preciso a suspensão de incredulidade para vivenciar experiências menos racionais e mais fascinantes. A partir dessas duas premissas, uma virada narrativa pode transformar discursos probatórios e decisórios²¹.

Acompanhar processos jurisdicionais e se envolver com os demais sujeitos na rede de produção é um método que pretende demonstrar a realidade jurídica em um plano heterogêneo – não unificado e tampouco totalizador. Trata-se de acolher as diversas fontes de experiência como uma desconcentração do significado investigado²². A atividade cognitiva é essencialmente uma prática criativa, pois a produção de conhecimento decorre do percurso subjetivo durante a pesquisa²³.

Quando se analisa um fato relevante juridicamente, são combinados dois elementos. Os acontecimentos externos perceptíveis sensorialmente no tempo e no espaço são o ponto de partida. Em seguida, um sentido (significado) adere aos acontecimentos²⁴:

Um homem, com uma beca preta vestida, pronuncia determinadas palavras, sentado na sua cadeira, diante de um auditório: este facto significa uma sentença judicial.²⁵

A significação de um fato natural decorre de um processo subjetivo de diálogo com referenciais teóricos imbuído de um determinado propósito de natureza científica – ou política.

No direito penal, o âmbito normativo se revela preponderante na produção da norma, uma vez que a lei não programa linguisticamente de maneira minuciosa dados que são relevantes para a definição²⁶.

No processo de pesquisa, tanto a instituição analisada quanto o pesquisador se transformam. Além disso, a atenção do pesquisador determina o resultado de sua produção. Ao se libertar da pretensão de representação objetiva da realidade, o sujeito experimenta a pesquisa imerso nos processos que acompanha. Assim, as conclusões da pesquisa decorrem de exemplos concretos e explícitos que gradativamente transformam a produção. E também, o

²¹TARUFFO, op. cit., p. 232-233.

²²PASSOS, Eduardo. KASTRUP, Virgínia. ESCÓSSIA, Liliana da. *Pistas do método da cartografia: pesquisa-intervenção e produção de subjetividade*. Porto Alegre: Sulina, 2010, p. 10.

²³Ibidem, p. 13.

²⁴KELSEN, op. cit., p. 7.

²⁵Ibidem, p. 7.

²⁶Assim, na qualificadora da lesão corporal (art. 129, § 1º, II do CP/1940), será do perito a tarefa de esclarecer o juiz em sua tarefa hermenêutica de concretização. (FÁVERO apud CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 115.)

pesquisador não atua hermeticamente, mas como apenas uma das forças em um plano coletivo que constrói a pesquisa. Não obstante, há uma preocupação de participar sem crenças e juízos, mas de apreender os signos próprios do território pesquisado. Há um compromisso com o enfoque prático e principalmente narrativo²⁷.

A narrativa de histórias é indispensável em qualquer contexto – judicial ou extrajudicial – para organizar informações fragmentadas e providenciar uma visão de mundo. No Judiciário, as histórias são compostas por diversos sujeitos e as perspectivas que apresentam – passíveis de erros, omissões e até manipulações²⁸.

Há uma inviabilidade na busca pela verdade absoluta e por isso a ciência jurídica se debruça muito mais sobre a verossimilhança. O discurso jurídico realmente é persuasivo e ideológico por natureza²⁹.

Nesta pesquisa, os conteúdos narrativos não se pretendem representações objetivas da realidade, mas tão somente se inspiram nas audiências para contar histórias cujo propósito é analisar praticamente o sistema de solução de conflitos. Esse distanciamento também contribui para resguardar eticamente a privacidade dos sujeitos que inspiraram as descrições.

Sem dúvida que um auditório não informado acreditará em afirmações verossímeis de uma narrativa fática ainda que não sejam verdadeiras, mas um auditório informado desacreditará nas descrições falsas ainda que sejam verossímeis. Entretanto, ambos os auditórios são capazes de interagir em suspensão de incredulidade com uma narração coerente que se propõe fantasiosa – se indignando com uma parábola sobre injustiça³⁰.

[...] Igualmente, nossa compreensão de um princípio abstrato pode ser alcançada mais vividamente por meio de um caso concreto, de uma narrativa exemplar eloquente. Parábolas bíblicas parecem ser o locus clássico disso. Na interpretação jurídica, as narrativas não são substitutos para os argumentos derivados de princípios, mas são um modo de tornar os princípios vívidos mesmo em casos nos quais não temos certeza sobre como exatamente formular o princípio que está implícito em nosso raciocínio. Assim como os argumentos analógicos, as narrativas têm um papel especial a desempenhar tanto nos processos racionais de descoberta como nos de justificação³¹.

Assim, as narrativas que integram esta pesquisa jamais atentam contra a intimidade e a dignidade dos sujeitos que nobremente as inspiraram. São ficções que decorrem de assistir a

²⁷PASSOS, op. cit., p. 14-15.

²⁸TARUFFO, op. cit., p. 234-235.

²⁹MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Concurso da Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 289-290.

³⁰TARUFFO, op. cit., p. 236-237

³¹MACCORMICK, op. cit., p. 80-81.

justiça sendo construída. Poderiam ser contadas a partir de outros casos, lugares e momentos. E como precisou Andréa Pachá, embora as dores vividas sejam individuais, as contradições comuns à humanidade faz com que todos sejam, em algum grau, repetições de histórias contadas por tantos quantos sejam os observadores.³²

A argumentação jurídica não dispensa os serviços da narração e da descrição. A narração é apta a “evidenciar fatos experienciados e desenvolvidos em um determinado tempo e espaço” e a descrição produz “um olhar estático localizando os elementos da descrição e atribuindo-lhes qualidades que os singularizam”. O emprego desses recursos nos textos jurídicos contribuem persuasivamente, inclusive por apresentarem as causas e consequências dos acontecimentos articulados ou recortarem as características de um momento pontual.³³

As narrativas judiciárias integram fatos e Direito por diversos motivos. A saber: a prática jurídica tende a apagar³⁴ distinções entre fatos e valores; tal distinção serve mais aos Tribunais Superiores do que às instâncias inferiores; e da descrição de fatos costumeiramente decorrem perguntas de ordem filosóficas³⁵.

Se nas ciências naturais, o sujeito se encontra fora do processo de conhecimento graças a uma objetividade própria; nas ciências humanas, há um direcionamento movido pelo interesse do sujeito sem que a sua objetividade corresponda a uma validade universal³⁶.

[...] é – com efeito – tarefa da teoria tratar dos fatos. A Teoria Estruturante do Direito sempre se empenhou em testemunhar em todos os seus campos de trabalho a realidade na qual o direito é usado e na qual ele (se) orienta; ela sempre se empenhou em testemunhar o que é o caso no direito.

Em outras palavras: ela é inteiramente e automaticamente pós-positivista.³⁷

As narrativas judiciárias são construídas por categorias necessárias à compreensão humana, pelo emprego da linguagem como um meio de comunicação, pela adesão às convenções sociais e por influências culturais³⁸. Uma boa narrativa será: plausível, coerente,

³²PACHÁ, Andréa Maciel. *Segredo de justiça*: disputas, amores e desejos nos processos de família narrados com emoção e delicadeza por uma juíza. Rio de Janeiro: Agir, 2014, p. 17.

³³FETZNER, Néli Luiza Cavalieri; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos; VALVERDE, Alda da Graça Marques. Lições de argumentação jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 17-30..

³⁴A propósito, direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário podem até mesmo ser objeto de prova (art. 14 da LINDB/1942 e art. 376 do CPC/2015). E mais, as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas são normas complementares das leis tributárias (art. 100, III do CTN/1966).

³⁵TARUFFO, op. cit., p. 239.

³⁶MÜLLER, op. cit., p. 32-33 e 56.

³⁷Ibidem, p. 14.

³⁸TARUFFO, op. cit., p. 251-255.

familiar e persuasiva; mas todos esses elementos não impedem que seja completamente falsa³⁹.

Assim, a ciência jurídica não deve lançar um véu sobre o seu método, pois se trata de uma ciência social normativa que pensa problemas – casos concretos⁴⁰. A realidade é livre de conformação às ordens linguísticas, puras e positivistas. A legislação contém somente um direito virtual que é ponto de partida para a lei em ação⁴¹ – ou melhor, a lei em juízo.

Nesta pesquisa, compreende-se que a prática subjetiva produz a teoria objetiva a partir de um olhar empático para os demais atores do campo jurídico com eles cooperando solidariamente. Inicialmente, o estudo do declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos se detém sobre a análise teórica e prática da solidariedade como um instrumento que concretiza a autonomia em grau mais elevado que outros métodos.

1.2 O limite entre exercício arbitrário das próprias razões e ações materiais

Antes de abordar manifestações de solidariedade na satisfação de interesse alheio movida pelo altruísmo, cumpre investigar um fenômeno contrastante. Assim, serão apresentados preliminarmente os fenômenos de satisfação de interesses íntimos por meios próprios. Certamente que esses fenômenos não gozam de espaço privilegiado no ordenamento brasileiro. Não obstante, enquanto soluções, se revelam igualmente plausíveis tanto para o sujeito que é vítima de uma injustiça e se encontra diretamente desamparado pelo Poder Público quanto para o sujeito que se impõe movido por razões egoístas.

Cumpre delimitar que o sistema jurídico brasileiro não admite o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP/1940⁴²). Trata-se da satisfação de uma pretensão, embora legítima, com ou sem violência⁴³, quando a lei não autoriza⁴⁴ o agente a realizá-la por meio de

³⁹Ibidem, p. 265.

⁴⁰MÜLLER, op. cit., p. 94-95.

⁴¹Ibidem, p. 116-117.

⁴²BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³A propósito, o emprego ou não da violência condiciona o exercício da pretensão punitiva, respectivamente, por ação penal pública ou privada.

⁴⁴Há controvérsia acerca da natureza da invasão coletiva praticada para fins de reforma agrária, oscilando entre o crime de esbulho possessório (art. 161, § 1º, II do CP/1940) – conforme julgado pelo STF na ADI 2213 MC/DF – e o exercício de um direito coletivo na forma de pressão popular (art. 184, caput e art. 187, caput e § 2º e art. 191, caput da CRFB/1988) – conforme julgado pelo STJ no RT 747/608. (CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 306.)

uma ação de direito material⁴⁵. Em suma, julgado recente do STJ esclarece o conteúdo do crime contra a administração da justiça:

[...] “O elemento material do crime é fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer uma pretensão. Esta é o pressuposto do delito. Sem ela, este não tem existência, incidindo o fato em outra disposição legal. A pretensão, por sua vez, se assenta em um direito que o agente tem ou julga ter, isto é, pensa de boa-fé possuí-lo, o que deve ser apreciado não apenas quanto ao direito em si, mas de acordo com as circunstâncias e as condições da pessoa. Consequentemente, a pretensão pode ser ilegítima - o que a lei deixa bem claro: 'embora legítima' - desde que a pessoa razoavelmente assim não a julgue.” [...] HC 211.888-TO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 17/5/2016, DJe 7/6/2016.⁴⁶

Ao se debruçar sobre a arbitrariedade, a Teoria Pura do Direito supõe que uma ordem variável e fundada na liberdade não seria jurídica propriamente dita. E mais, serviria a uma ideologia comprometida com a propriedade privada justamente para se proteger contra as possíveis ofensivas de um direito objetivo⁴⁷. Entretanto, superada a arbitrariedade, não se verifica uma constante histórica acerca da tutela legítima de direitos ameaçados ou violados:

[...] O conceito de pretensão no direito civil deve-se a Windscheid, que trouxe para o direito material a *actio*, direito subjetivo processual do direito romano, que consistia na época clássica, em uma faculdade de direito privado em face da parte contrária, e, posteriormente, como faculdade de direito público, do particular, em face do Estado, para exigir a proteção judicial.⁴⁸

Para Gabriela Expósito Miranda, a ação processual é a alegação em juízo da existência e titularidade de uma ação material. Além disso, sustenta que não há uma relação de dependência da primeira em relação à segunda, pois do contrário toda demanda judicial seria necessariamente julgada procedente.⁴⁹

Por certo que a concepção atual de Estado sugere que a proibição da autotutela é intrínseca à ordem social. Assim, a atividade jurisdicional é ao mesmo tempo monopólio estatal e dever prestacional⁵⁰. Vale a pena frisar as palavras de Ovídio Baptista para que jamais se interprete que este estudo sugere o contrário: “um Estado onde a regra para a

⁴⁵GÓES, Ricardo Tinoco de. *Teoria quinária da ação*: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento. Bahia: Juspodivm, 2010, p. 544.

⁴⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 211.888-TO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0584'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷KELSEN, op. cit., p. 46-47.

⁴⁸AMARAL, op. cit., p. 204.

⁴⁹GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito. O Fenômeno Processual de Acordo com os Planos Material, Pré-Processual e Processual do Direito: Breves Considerações do Tema a Partir (e além) do Pensamento de Pontes de Miranda. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179-205.

⁵⁰SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83-86.

solução de conflitos consiste na chamada autotutela seria inimaginável em nossos dias, embora encontremos alguns exemplos esparsos.”⁵¹

Realmente, essa concentração de Poder tolera certas exceções. Explica-se que a ação de direito material decorre de hipótese legal que permita ao titular do direito subjetivo ameaçado ou violado de agir diretamente para satisfazer a sua pretensão⁵². Em outras palavras, “a ação de direito material é uma garantia daquele que é o titular do direito material [...]”⁵³.

Assim, se faz necessário marcar com rigor que a ação (no sentido comum) só se tornou uma categoria processual a partir do direito romano bizantino, que teve por consequência a supressão do conceito de ação de direito material. Leonardo Greco sugere que a *actio* do direito romano clássico era uma categoria de direito material⁵⁴.

Foi esse sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.⁵⁵

A autotutela, tanto quanto a autocomposição e o arbitramento, é um sucedâneo da jurisdição, mas em princípio, ao contrário daquelas, é vedada⁵⁶. Mesmo no direito romano, o rol de *actiones* era exaustivo⁵⁷. Assim, o ordenamento convive com modalidades excepcionais de auto execução imediata e urgente, a saber, ações de direito material. São atos jurídicos unilaterais realizados para a satisfação de interesses individuais. Há um risco prático de que não se coadunem com os interesses da coletividade e, por conseguinte, se afastem do bem comum.

Por exemplo⁵⁸, uma adolescente que engravida precocemente em situação de risco continua a sofrer um processo institucional de vitimização ao invés de ser empoderada,

⁵¹Ibidem, p. 32.

⁵²Ibidem, p. 119.

⁵³GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 183.

⁵⁴Ibidem, p. 16.

⁵⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18.

⁵⁶Ibidem, p. 332-333.

⁵⁷Ibidem, p. 353.

⁵⁸Notas do diário de campo acerca da satisfação de interesse pelas próprias mãos – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A tia explica que o acolhimento da adolescente se deu por ter sofrido violência do pai de sua criança e que ele seria perigoso. Justifica que ela evadiu porque demoravam a tirá-la de lá. Menciona que o bebê também estava acolhido na época. [...]

considerando que é extraída involuntariamente da comunidade na qual está inserida e é enclausurada junto de seu bebê sob a rubrica de medida protetiva (art. 98 do ECA/1990⁵⁹) por tempo que aparenta ser indeterminado ou excessivo em um lugar que lhe é relativamente estranho. Nessas circunstâncias, questiona-se a legalidade da evasão como um método de satisfazer seu interesse de retornar ao ambiente familiar.

Realmente, existem vários exemplos⁶⁰ de ações em sentido material voltados à satisfação do interesse público. Entretanto, as ações em sentido material também sobrevivem no direito privado brasileiro, inclusive na forma de causas gerais⁶¹, cabendo destacar que também podem decorrer do direito possessório⁶² ou autorizar obras urgentes⁶³.

⁵⁹BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰Por exemplo, a administração pode usar a propriedade particular no caso de iminente perigo público, assegurada a indenização posterior (art. 5º, XXV da CRFB/1988); em casos de desastre ou diante da necessidade de prestar socorro autoriza-se a penetração em casa sem consentimento do morador (art. 5º, XI da CRFB/1988); a desapropriação indireta é um tipo de esbulho promovido pela administração que enseja tão somente a indenização posterior (art. 27, § 3º, II do Decreto-Lei n. 3.365/1941); a administração também pode tomar providências cautelares motivadas sem o contraditório prévio em casos de risco iminente ao objeto de processo administrativo (art. 45 da Lei n. 9.784/1999); as atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil para prevenir e mitigar acidentes em áreas urbanas executadas em caráter de urgência nas Áreas de Preservação Permanente dispensam autorização do órgão ambiental (art. 8º, § 3º do Código Florestal de 2012); em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional decorrente da transmissão do do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika por mosquito, as autoridades do SUS podem determinar e executar o ingresso forçado em imóveis diante de condições de abandono prolongada, ausência reiterada do responsável ou recusa de acesso que represente um obstáculo à contenção das doenças (art. 1º, IV da Lei n. 13.301/2016); durante o período de eleições, a propaganda em bens particulares independe de licença administrativa ou autorização judicial (art. 37, § 2º da Lei n. 9.504/1997). Entretanto, considera-se inconstitucional o fundamento da “verdade sabida” para a aplicação de sanção sem o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV da CRFB/1988).

⁶¹Por exemplo, a legítima defesa (art. 23, inciso II do CP/1940 e art. 188, inciso I, 1ª parte do CC/2002), o estado de necessidade (art. 23, inciso I do CP/1940; art. 188, inciso II do CC/2002; art. 37, I da Lei n. 9.605/1998) e o exercício regular de direito (art. 23, inciso III, 2ª parte do CP/1940 e art. 188, inciso I, 2ª parte do CC/2002).

⁶²Por exemplo, a restituição da posse turbada (art. 1.210, § 1º do CC/2002). Por certo que a legítima defesa da posse e o desforço imediato são classificadas como formas de autotutela, autodefesa ou de defesa direta. A execução desses instrumentos deve ser imediata, necessária e por força própria. (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 882-883.)

⁶³Por exemplo, a execução urgente das obrigações de fazer ou não fazer por meio de terceiro (art. 249, parágrafo único e art. 251, parágrafo único; ambos do CC/2002); a execução pelo síndico ou condômino das obras ou reparos necessários urgentes ou que não gerem despesas excessivas (art. 1.341, § 1º e § 3º do CC/2002); as atividades de segurança nacional e obras de defesa civil executadas em caráter de urgência em Área de Preservação Permanente (art. 8º, § 3º do Código Florestal de 2012).

Além disso, as ações em sentido material podem se manifestar por meio do direito de retenção⁶⁴. Certamente, a retenção não satisfaz o interesse propriamente dito, mas promove unilateralmente⁶⁵ a garantia de sua satisfação.

E mais, existem ações em sentido material que podem até mesmo incidir no direito empresarial⁶⁶. Ou seja, inegavelmente não se trata de fenômeno exclusivo do direito público ou do direito privado.

Já em âmbito penal, o flagrante delito autoriza a penetração em casa sem o consentimento do morador (art. 5º, XI da CRFB/1988), bem como qualquer do povo pode prender quem se encontre em flagrante delito (art. 301 do CPP/1941⁶⁷). Vale mencionar, ainda em sede penal, que não são puníveis as ofensas à reputação ou ao decoro praticadas pela parte ou seu procurador na discussão da causa em juízo ou pelo funcionário público no ofício de prestar informações (art. 142, I e III do CP/1940⁶⁸). Além disso, vale destacar que em se tratando de aborto necessário – praticado por médico quando houver perigo de vida da gestante e nenhum outro meio de proteção – o profissional prescinde do consentimento da gestante ou de autorização judicial para realizar o procedimento⁶⁹.

⁶⁴Por exemplo, o direito do devedor de reter o pagamento enquanto não houver a quitação regular ou a devolução/inutilização do título (art. 319 e art. 321 do CC/2002); o direito de reter as arras quando a outra parte não executar o contrato (art. 418 do CC/2002); o direito do vendedor com reserva de domínio que recupera a posse do comprador em mora a reter parte das prestações pagas para cobrir a depreciação e demais despesas (art. 527 do CC/2002); o direito do locador de retenção do bem para assegurar o ressarcimento das benfeitorias necessárias ou das perdas e danos que resultem do locador reaver a coisa antes do vencimento (art. 571, parágrafo único e art. 578 do CC/2002); direito do depositário de reter a coisa até o pagamento da retribuição e as despesas (art. 633 do CC/2002); o direito do mandatário de reter a coisa até o pagamento de sua remuneração (art. 664 e art. 681 do CC/2002); direito do comissário de reter bens e valores para reembolsar suas despesas e receber sua comissão (art. 708 do CC/2002); o direito de do transportador de reter até 5% do valor da passagem para compensar a rescisão do contrato ou mesmo à retenção sobre a bagagem do passageiro para garantir o pagamento do valor da passagem (art. 740, § 3º do CC/2002 e art. 742 do CC/2002); o direito de retenção pelo possuidor de boa-fé até a indenização das benfeitorias necessárias e úteis (art. 1.219 do CC/2002); o direito de retenção pelo credor anticrético até o pagamento da dívida (art. 1.423 e art. 1.507, § 2º do CC/2002); o direito do credor pignoratício à retenção da coisa empenhada até o ressarcimento das despesas justificadas (art. 1.433, II do CC/2002) ou o que lhe for devido da quantia recebida ao tempo do vencimento do crédito (art. 1.455, parágrafo único do CC/2002); o penhor urgente sobre as bagagens dos hóspedes ou dos móveis dos inquilinos (art. 1.467 e art. 1.470 do CC/2002).

⁶⁵A propósito, o direito de retenção sobre bens encontra limite na suspensão que decorre da decretação de falência (art. 116, I da Lei n. 11.101/2005). Entretanto, a prática da chamada trava bancária consiste em meio próprio da instituição financeira para satisfação de seus interesses patrimoniais a despeito dos demais credores. Por conseguinte, essa última se revela como um instituto que pode inviabilizar o êxito da recuperação judicial. Ou seja, exemplifica com mister o caráter não solidário das ações em sentido material.

⁶⁶Por exemplo, o direito de votar pela parte ausente ou abstencionista para assegurar o acordo de acionistas (art. 118, § 9º da Lei das Sociedades Anônimas de 1976).

⁶⁷BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁸BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 104.

Retomando o caso da adolescente que sofre a gravidez precoce, a violência doméstica e, por fim, a segregação social; a satisfação de seu interesse por meio da evasão se revela apto a concretizar os direitos fundamentais de liberdade e convivência comunitária (artigos 15 e 19 do ECA/1990⁷⁰). Em princípio, a solução parece decorrer da conjugação desses dados reais com os dados linguísticos programados para o exercício regular dos seus direitos. Há uma fumaça de legitimidade no método escolhido pela adolescente.

Em se tratando de fatos jurídicos, quando observados estritamente pela Teoria Pura do Direito, a sanção deve seguir a conduta antijurídica como consequência absoluta e positiva. Em outras palavras, a qualidade de delito não está condicionada a qualquer norma transcendente – como a norma moral⁷¹.

No caso concreto, considerando também o fato de que a adolescente deixou seu bebê para trás ao evadir, a coação estatal foi devida. Não haveria espaço para que a interdisciplinaridade informasse outra reação do Poder Público, pois margem interpretativa do fato natural na tarefa de significação jurídica seria deveras estreita.

Essas indagações sugerem que o limite à satisfação de interesses por meios próprios guarda estreita conexão com o prejuízo imposto injustamente aos interesses de terceiros e até mesmo da coletividade. E por conseguinte, esse limite é muito prático, resulta da cognição no caso concreto e não se caracteriza como meramente teórico ou abstrato como programado textualmente em disposições legais.

Realmente, há uma distinção entre o sentido objetivo e o sentido subjetivo dos fatos. A forma objetiva de uma sentença condenatória à pena capital que oculte a finalidade subjetiva de matar um indivíduo considerado perigoso não deixa de ser juridicamente um homicídio⁷². Por conseguinte, a forma de uma medida protetiva não prevalece sobre o seu conteúdo caso implique a restrição injustificada da liberdade.

Para a Teoria Pura, há uma certeza de que o Direito é um meio de coação estatal – uma técnica social – apta a perseguir qualquer finalidade. Em outras palavras, a lei é um instrumento que pode servir a qualquer ideologia, valor, ética ou política⁷³.

⁷⁰BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷¹KELSEN, op. cit., p. 29-30.

⁷²Ibidem, p. 9-10.

⁷³Ibidem, p. 33.

Por conseguinte, um ponto de fricção entre a autonomia normativa da Teoria Pura do Direito e um (hipotético) sistema de solução de conflitos orientado pelo princípio da autonomia consiste que naquela a finalidade do ordenamento jurídico não é definida – porque sequer é uma preocupação científica – enquanto neste é precisamente definida, como empoderamento dos interessados, e alçada a princípio fundamental.

Todavia, as ações em sentido material são inegavelmente medidas excepcionais. Por certo que ao invés de incentivar a justiça pelas próprias mãos, a sociedade brasileira se sustenta (ao menos formalmente) na solidariedade, na cooperação e na solução pacífica das controvérsias sempre orientada à promoção do bem comum. Para levar a efeito essas promessas de paz social e bem comum, o Estado se organiza em suas três esferas de modo cooperativo, inclusive contando com o suporte da sociedade civil.

1.3 A incompletude do federalismo cooperativo e a corrupção no terceiro setor

A carência de solidariedade na sociedade brasileira deve ser compreendida também historicamente. Ao contrário da América hispânica que se organizou em diversas repúblicas, a América portuguesa manteve sua unidade político-social nacional. Não que esse tenha sido o caminho óbvio – dadas as proporções geográficas e a dispersão populacional. A história brasileira é marcada por acasos que contribuíram para que assim fosse: a legitimação da posse de terras além da linha divisória do Tratado de Tordesilhas como uma consequência do reinado de Felipe II tanto sobre Portugal quanto Espanha; e a vinda da família real para o Rio de Janeiro por causa da invasão de Portugal por Napoleão. O resultado é uma dificuldade grave de materializar uma consciência coesa⁷⁴.

A Constituição prevê a intervenção federal como um mecanismo excepcional nas hipóteses taxativas do art. 34 da CRFB/1988⁷⁵, bem como a intervenção dos Estados-membros nos Municípios tão somente nas hipóteses do art. 35 da CRFB/1988⁷⁶. Assim, o federalismo brasileiro é, em regra, cooperativo (art. 23, parágrafo único da CRFB/1988⁷⁷).

⁷⁴REALE, Miguel. *Política e direito: (ensaios)*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5-6

⁷⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁶Aliás, dos muitos precatórios não pagos pelo Poder Público em âmbito estadual e municipal – razão de promulgação da EC 62/2009 – decorrem diversos pedidos (não deferidos) de intervenção. (MENDES, op. cit., p. 965-966.)

⁷⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Realmente, a solidariedade é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I da CRFB/1988). Mais que isso, suas relações internacionais devem ser regidas pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX da CRFB/1988).

Não que esse federalismo cooperativo seja isento de riscos e contradições. O cenário político multifacetado comporta a dissonância partidária entre o representante eleito para presidir a Federação e aqueles eleitos para governar as Unidades Federativas⁷⁸.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercem competências comuns (art. 23 da CRFB/1988⁷⁹) em decorrência do programa constitucional de cooperação. Por exemplo, na proteção do meio ambiente os entes federativos podem atuar supletivamente em substituição ao detentor originário da atribuição (art. 2º, II da Lei Complementar n. 140/2011⁸⁰) ou subsidiariamente quando auxiliam no que lhes for solicitado (art. 2º, III da Lei Complementar n. 140/2011)⁸¹. E também cooperam no âmbito da segurança pública, inclusive mediante operações conjuntas e atividades de capacitação profissional (artigos 1º e 2º da Lei n. 11.473/2007).

O Estado que se confinava à manutenção da ordem pública cedeu ao modelo de Estado que promove o bem-estar coletivo⁸². Para cumprir com o programa de direitos fundamentais positivos, o Estado Social precisa ser também um Estado fiscal. Daí advém a necessidade de tributação – principal fonte de receita pública do Estado Moderno – que pressupõe a propriedade privada. Todo direito fundamental apresenta uma dimensão positiva que implica custos⁸³. De fato, a propriedade é medida da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CRFB/1988⁸⁴) graduando as exações conforme o potencial econômico dos contribuintes⁸⁵.

⁷⁸REALE, op. cit., p. 17

⁷⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁰BRASIL. Lei-Complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸¹A busca pelo apoio e cooperação de ONGs, organizações privadas e pessoas físicas consiste em diretriz do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Espera-se que estes colaboradores realizem estudos, pesquisas científicas, educação ambiental, atividades de lazer e turismo ecológico, monitoramento, manutenção, dentre outras atividades de gestão das unidades de conservação (art. 5º, IV da Lei n. 9.985/2000).

⁸²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

⁸³MENDES, op. cit., p. 1389-1390.

⁸⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁵MENDES, op. cit., p. 1416.

Os esforços para concretizar um Estado de bem estar social são travados pelos cidadãos contra os governos, os consumidores contra os fornecedores, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores e os empregados contra os empregadores⁸⁶.

Quer pelos elevados custos das atividades do Estado ou pela sua complexidade, surgiu a necessidade de uma redistribuição de tarefas para a sociedade. Trata-se de uma reflexão orientada pelo interesse público que repercute na forma de atuação administrativa e na participação civil. Essa solidariedade complexa pode ser demonstrada pelas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões – instituídas para organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum⁸⁷.

Na década de 1990, no contexto de Reforma Gerencial dos Estados latino-americanos, novas formas de cooperação se desenvolveram no Brasil: Serviços Sociais Autônomos (SSA) – Lei n. 8.246/1991⁸⁸; Organizações Sociais (OS) – Lei nº 9.637/1998⁸⁹; Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – Lei n. 9.790/1999⁹⁰; e, mais recentemente, as Organizações da Sociedade Civil (OSC) – Lei nº 13.019/2014⁹¹. Quer dizer, são entidades do terceiro setor que buscam presteza, flexibilidade e eficiência no exercício de atividades estatais típicas – qualidades essenciais à própria estruturação do Estado social. Não se trata de privatização propriamente dita, mas de redução da atuação estatal⁹².

Nesse ponto, o dizer de Streck apresenta a questão de maneira bastante clara, pois “evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *Welfare State* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social”. Há necessidade de reintegrar a atividade econômica e a vida social, bem como reforçar o aspecto interventivo do poder político.⁹³ Entretanto, o que se demonstra ao longo desta pesquisa é o declínio da autonomia, por exemplo, do Poder Judiciário.

⁸⁶CAPPELLETTI, op. cit., p. 28-29.

⁸⁷MENDES, op. cit., p. 848.

⁸⁸BRASIL. Lei n. 8.246, de 22 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8246.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁹BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁰BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹¹BRASIL. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/L13019compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹²MENDES, op. cit., p. 874-876.

⁹³STRECK, op. cit., p. 88.

Realmente, a ausência de finalidade lucrativa marca a forma solidária desse fenômeno (art. 1º, caput da Lei n. 9.790/1999⁹⁴). E se não buscam a distribuição de excedentes operacionais, podem almejar a experimentação de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito (art. 3º, IX da Lei n. 9.790/1999).

Em relação às OSCIP, houve preocupação do legislador em prever que nos casos de malversação de bens e recursos de origem pública, há possibilidade de investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no exterior (art. 13, § 2º da Lei nº 9.790/1999⁹⁵ regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999⁹⁶)⁹⁷. Além disso, na hipótese de qualificação errada ou fraudulenta de OSCIP, qualquer cidadão é legitimado para requerer a perda em sede administrativa ou judicial (art. 8º da Lei nº 9.790/1999). Esses exemplos sugerem o risco concreto de corrupção dessas entidades em tese solidárias.

No Brasil, a redemocratização nacional coincide com o deslocamento mundial – principalmente orçamentário – da responsabilidade pelo bem estar social dos Estados para as sociedades civis⁹⁸.

Há um reconhecimento da importância da aplicação de valores éticos – e políticos – que conduzam a economia na direção da solidariedade e da justiça social. Trata-se de um liberalismo social que decorre das alterações naturais na realidade histórica do capitalismo⁹⁹.

O crescimento do terceiro setor encontra-se no rol que caracteriza a tendência de subsidiariedade na administração pública. Assim como: a privatização de empresas estatais, a privatização de atividades antes consideradas serviços públicos, a ampliação da atividade de fomento e a ampliação das formas de parceria do setor público com o setor privado¹⁰⁰.

⁹⁴BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁵BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁶BRASIL. Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁷DI PIETRO, op. cit., p. 571.

⁹⁸VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS; Marcelo Baumann. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 240

⁹⁹REALE, op. cit., p. 3

¹⁰⁰DI PIETRO, op. cit., p. 35.

Em caso observado¹⁰¹, foi identificada a participação solidária de entidade religiosa na educação de criança que recebeu medida protetiva. Ora, a colaboração de interesse público entre os cultos religiosos e o Poder Público é assegurada constitucionalmente (art. 19, I da CRFB/1988¹⁰²). Acerca das organizações religiosas, é possível afirmar que “sua finalidade e razão de ser, é reunir pessoas leigas para a manutenção de culto religioso, ou para a prática de atos de assistência ou de caridade”¹⁰³.

Ainda que instituições religiosas não possam se qualificar como OSCIP (art. 2º, III da Lei n. 9.790/1999¹⁰⁴), e embora não haja previsão expressa que possam se qualificar como OS (art. 2º da Lei nº 9.637/1998¹⁰⁵), por certo que se autoriza expressamente que se qualifiquem como OSC (art. 2º, I, “c” da Lei nº 13.019/2014). Nesse caso concreto, a presença do sacerdote demonstrou que o terceiro setor assumiu responsabilidades cruciais cujos eventuais impactos sobre os recursos públicos – em tese – não teriam fins lucrativos. E vale mencionar que além de prover educação, a assistência familiar também restou evidente.

Para que o valor absoluto da pessoa humana seja tutelado, o valor econômico dos serviços públicos é colocado ao seu dispor com a cooperação dos entes federativos e a participação da sociedade civil. Dessa maneira, as promessas jurídicas de direitos fundamentais se tornam condições mínimas concretas para uma existência digna.

1.4 A imprecisão jurídica e o desinteresse econômico no mínimo existencial

A concepção universalizante dos direitos humanos advém de uma percepção jusnaturalista das liberdades fundamentais. Trata-se da leitura de conceitos como igualdade, justiça e paz em uma acepção que transcende as barreiras culturais e geográficas. Com o fim de promover o respeito aos direitos subjetivos essenciais, há uma ruptura com a lógica

¹⁰¹Notas do diário de campo acerca da atuação de entidades solidárias – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 5ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] As partes vem acompanhadas de um sacerdote da igreja local. [...] O clérigo esclarece a questão e acrescenta que a igreja participa ativamente na educação da criança. [...]”

¹⁰²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰³AMARAL, op. cit., p. 295.

¹⁰⁴BRASIL. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵BRASIL. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

reducionista. Assim, o conteúdo dos direitos de titularidade de todo e qualquer ser humano não se resume ao formalismo linguístico do direito objetivo.

Claro que aceitar uma vinculação internacional aos direitos humanos implica um reenquadramento do princípio da autonomia. Dessarte, os Estados não seriam absolutamente livres para atingir um nível cosmopolita de evolução jurídico-social e manter suas soberanias em sentido estrito. Entretanto, é possível que à conquista democrática de direitos humanos em uma ordem mundial siga a compreensão de que seus destinatários são também seus autores¹⁰⁶.

O desenvolvimento sustentável é antropocentrismo – sem olvidar da harmonia com a natureza como qualidade necessária de uma vida saudável e produtiva – por princípio de direito internacional consolidado nas últimas décadas (princípio 1 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992¹⁰⁷). Essa diretriz implica não reduzir o homem ao objeto (passivo) do direito, mas elevá-lo à categoria de sujeito (ativo) por meio da autonomia de satisfazer seus interesses e dissolver as correspondentes preocupações.

No pensamento democrático, a promoção da pessoa é característica de uma sociedade ordenada pela solidariedade em busca de justiça e bem estar, tanto para a coletividade quanto para os indivíduos¹⁰⁸.

No Direito Brasileiro, o começo e o fim da personalidade são determinados pela lei do domicílio da pessoa (art. 7º, caput da LINDB/1942)¹⁰⁹. E toda pessoa é tutelada no direito internacional desde a concepção (art. 4º, § 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica promulgado pelo Decreto n. 678/1992)¹¹⁰. Notadamente, o ordenamento se preocupa com o ser humano desde a condição de nascituro, colocando a salvo os seus direitos, “inclusive o de ser gerado e de ser gestado e de nascer”¹¹¹ (art. 2º do CC/2002). Com certeza quando resguardada sob a rubrica dos crimes contra vida se trata tanto da vida extra-uterina quanto intrauterina¹¹².

¹⁰⁶BROCHADO, Maria. *Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. Niterói: Impetus, 2012, p. 199-200.

¹⁰⁷BRASIL. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁸DINAMARCO, op. cit., p. 199.

¹⁰⁹BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹⁰BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹¹ BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). *Bioética e Biodireito: Aspectos Jurídicos e Metajurídicos*, Rio de Janeiro, Forense; p. 153-168, 2004.

¹¹²CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 47.

Em mais de um caso concreto¹¹³, verificou-se que as autoridades públicas desaconselharam certos jurisdicionados a terem novos filhos. Por certo que o planejamento familiar por livre decisão do casal se funda não só na dignidade da pessoa humana, como também na paternidade responsável (art. 226, § 7º da CRFB/1988¹¹⁴). Assim, a questão de difícil resposta nesses casos é perquirir se o poder simbólico de promotores, magistrados, defensores e advogados fragilizaria a autonomia do casal e disfarçaria uma coerção juridicamente indesejada. O ponto de partida para vislumbrar uma solução possível consiste em analisar os elementos comuns a todas essas famílias, inclusive a insuficiência econômica frente ao mínimo existencial.

O direito brasileiro disciplina instrumentos jurídicos para a tutela do nascituro, inclusive resguardando o quinhão que lhe cabe na partilha em poder do inventariante até o seu nascimento (art. 650 do CPC/2015¹¹⁵ e art. 1.798 do CC/2002¹¹⁶). E também é válida a doação a nascituro que vem a nascer se foi aceita por seu representante (art. 542 do CC/2002). Além disso, julgado recente do STF garantiu condições dignas à gravidez de presidiárias para também amparar o nascituro:

[...] A Constituição assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação e enfatiza a proteção à maternidade e à infância. Com base nessa orientação, a Segunda Turma concedeu a ordem em “habeas corpus” para revogar a prisão preventiva decretada. (...) Grávida de sete meses, ela fora recolhida a uma penitenciária desprovida de estrutura física para acolhimento de presas nessa condição. [...] HC 128381/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.6.2015. (HC-128381)¹¹⁷

Entretanto, embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* que sejam inviáveis ou estejam congelados há mais de 3 anos podem ser objeto de pesquisa e terapia por meio da utilização das células-tronco. E mais, não é punível o aborto no caso de gravidez resultante de

¹¹³Notas do diário de campo acerca do controle de natalidade – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 5ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Ministério Público recomenda que ela não tenha outro filho e que vá a um posto de saúde para ser assistida em como evitar a reprodução. [...]

Narrativa da 6ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Ministério Público pergunta se a requerente tem outros filhos e desencoraja que tenha mais algum. [...]

Narrativa da 36ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Ministério Público conta quantos filhos cada parte tem e diz que não devem mais ter filhos. (...) O Defensor Público pergunta se ela fez ligadura. (...) Magistrado brinca sobre pílula do dia seguinte. [...]

¹¹⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹⁶BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 128381/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo789.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

estupro (art. 128, II do CP/1940¹¹⁸). Além disso, julgado célebre do STF decidiu pela atipicidade do aborto de anencéfalo de modo que tal conduta não atenta contra o bem jurídico tutelado, qual seja, a vida:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. (...) Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. ADPF 54 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 27.4.2005. (ADPF-54)¹¹⁹

Nesse ponto se faz necessário perquirir o valor da vida humana, pois ainda que se admita a possibilidade de reflexos patrimoniais decorrentes do direito à vida, inegavelmente tal direito transcende meros aspectos econômicos. Além disso, a compreensão da autonomia como um princípio norteador do sistema de solução de conflitos pressupõe uma orientação antropocentrismo¹²⁰, pois não há liberdade sem vida.

De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (Preis) e a dignidade¹²¹ (Würden). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral encontra-se infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para se alcançarem quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social,

¹¹⁸BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹²⁰Vale lembrar que em certo grau, a proteção dos direitos da personalidade se estendem às pessoas jurídicas (art. 52 do Código Civil de 2002).

¹²¹Notas do diário de campo acerca dos sentimentos de respeito e justiça ou de sofrimento e indignação – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 1ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte autora se sente maltratada, mal interpretada, se emociona e abandona a audiência. [...]

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte ré relata que se arrepende, se emociona e que discorda da adoção. [...] A parte ré relata que foi agredida, que educadores sociais mentem, que estuda para ser educadora social, que era impedida pela guardiã de conviver com a criança com fundamento exclusivamente na ordem judicial de guarda e que parou de visitar a criança quando se mudou. As testemunhas de caráter da parte autora vieram e foram dispensadas. [...]

Narrativa da 3ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O adotante demonstra grande satisfação com o êxito. [...]

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A mãe biológica consente com a adoção e desata a chorar. [...]

Narrativa da 8ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A requerente bate palmas de aprovação, sorri e expressa muita felicidade. [...]

Narrativa da 34ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O réu trata a Promotora por “menina” e ela reclama. (...) O réu trata a Defensora por “querida” e a Promotora exige respeito. (...) O réu pede desculpas antes de sair. [...]

deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização do valor intrínseco da dignidade humana¹²².

As vidas humanas necessariamente tem o mesmo valor moral juridicamente, pois todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput da CRFB/1988¹²³). Não havendo distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV da CRFB/1988).

Dito de outro modo, a vida de qualquer ser humano é preservada pelo constituinte desde a fecundação até a morte, pois relegou ao legislador infraconstitucional tão somente a tarefa de precisar categoria distinta, qual seja, a personalidade jurídica. Assim, a vida é tutelada tanto na modalidade de direito de defesa quanto de dever de proteção. E mais, não se trata de uma liberdade, pois inexistente a faculdade de não viver¹²⁴.

Enfim, toda e qualquer pessoa humana é dotada de um valor intrínseco como assenta o julgado recente do STJ sobre danos morais ao absolutamente incapaz:

[...] O absolutamente incapaz, ainda quando impassível de detrimento anímico, pode sofrer dano moral. O dano moral caracteriza-se por uma ofensa, e não por uma dor ou um padecimento. (...) A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo - essência de todos os direitos personalíssimos -, e é o ataque a esse direito o que se convencionou chamar dano moral. REsp 1.245.550-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/3/2015, DJe 16/4/2015.¹²⁵

O respeito à diversidade humana pode ser exemplificado na proteção especial aos índios em relação à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, caput da CRFB/1988¹²⁶).

A resolução nº 230/2016 do CNJ¹²⁷ orienta a adequação do Poder Judiciário para a inclusão das pessoas com deficiência. E também dispõe sobre o servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência. A curatela se tornou uma medida extraordinária de proteção da pessoa com deficiência, que somente diz respeito ao seu patrimônio, não

¹²²MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 81

¹²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹²⁴MENDES, op. cit., p. 257-262.

¹²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.245.550-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0559'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹²⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹²⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 230, de 22 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n230-22-06-2016-presidencia.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

alcançando seu corpo, sua sexualidade, o matrimônio, a privacidade, a educação, a saúde, o trabalho e o voto (art. 84, § 3º e art. 85, caput e § 1º da Lei nº 13.146/2015¹²⁸).

Na esteira de respeito às diversidades como uma característica fundamental da sociedade na promoção do bem comum, julgado recente do STJ reconhece o pluralismo familiar para assegurar a dignidade por meio do direito de adoção por casais homoafetivos:

[...] É possível a inscrição de pessoa homoafetiva no registro de pessoas interessadas na adoção (art. 50 do ECA), independentemente da idade da criança a ser adotada. (...) Ademais, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como uma unidade familiar, digna de proteção do Estado, não se vislumbra, no contexto do "pluralismo familiar" (REsp 1.183.378-RS, DJe 1º/2/2012), pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a possibilidade de haver qualquer distinção de direitos ou exigências legais entre as parcelas homoafetiva (ou demais minorias) e heteroafetiva da população brasileira. [...] REsp 1.540.814-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 18/8/2015, DJe 25/8/2015.¹²⁹

E também se trata de um valor de dignidade que por ser humana transcende as barreiras dos Estados nacionais, como se depreende de um julgado recente do STJ que assegura como direito dos refugiados a preservação de sua vida, liberdade e dignidade como condições primeiras a serem atendidas para que sequer se cogite de sua expulsão lícitamente do território nacional:

[...] Nesse contexto, salienta-se que tanto a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (art. 32) quanto a Lei 9.474/1997 (art. 36) preveem que o refugiado que esteja regularmente registrado não será expulso do território nacional, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública. (...) Entretanto, o conjunto de normas que tratam da matéria impõem alguns cuidados adicionais ao Executivo. O primeiro é o relativo à impossibilidade de que o refugiado seja devolvido ao local onde sua vida, liberdade ou dignidade correm riscos. [...] HC 333.902-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 14/10/2015, DJe 22/10/2015.¹³⁰

Entretanto, em algum momento houve controvérsia acerca da possibilidade de indenização pela morte de filho menor que não exercia trabalho remunerado (súmula 491 do STF¹³¹). E mais, em caso de guerra declarada, admite-se a pena de morte (art. 5º, XLVII, “a” da CRFB/1988¹³²). E em casos de homicídio, a indenização consiste também nas despesas de

¹²⁸BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.540.814-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0567>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 333.902-DF, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0571>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 491. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=491.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

tratamento, nas despesas de funeral, na reparação do luto e na prestação de alimentos aos seus dependentes pelo tempo que provavelmente viveria (art. 948 do CC/2002¹³³).

Precisar o que seria esse mínimo existencial em abstrato que garantiria a dignidade humana só pode ser feito por meio de conceitos indeterminados. Um ponto de partida à luz das necessidades que devem ser atendidas pelo salário mínimo compreende: as necessidades vitais básicas e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7º, IV da CRFB/1988¹³⁴). São caracterizadas socioeconomicamente como famílias de baixa renda¹³⁵ aquelas cuja renda total seja de até três salários mínimos ou cuja renda *per capita* seja de até meio salário mínimo (art. 4º, II do Decreto n. 6.135/2007¹³⁶).

Ao comparar experiências de sistemas distintos de assistência judiciária dos pobres, pequenos escritórios¹³⁷ localizados no seio das comunidades – com todos os riscos inerentes a recursos limitados – obtiveram uma melhor relação custo-benefício. E ainda, moveram grandes esforços para informar seus direitos, o contato foi facilitado e as barreiras de classe foram minimizadas. Talvez mais importantes sejam as atividades direcionadas à ampliação dos seus direitos enquanto classe até mesmo por meio de lobby para reformar a legislação¹³⁸.

Realmente, abusar da necessidade humana, ou mesmo da inexperiência ou leviandade, para obter lucro patrimonial que exceda 20% do valor corrente ou justo constitui crime contra a economia popular (art. 4º, “b” da Lei n. 1.521/1951¹³⁹). Por certo que proporcionar a todos uma existência digna é finalidade da ordem econômica (art. 170 da CRFB/1988¹⁴⁰). Por esse motivo, considera-se abusiva a cláusula limitadora do tempo de internação hospitalar de

¹³³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³⁵Notas do diário de campo acerca de baixa renda – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 44ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O réu está ausente e o advogado da parte autora explica que ele mora em comunidade e não tem endereço certo. [...]

¹³⁶BRASIL. Decreto n. 6.135, de 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹³⁷Notas do diário de campo acerca de escritórios comunitários – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 44ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Advogado explica que o réu mora em comunidade carente. (...) O advogado explica que presta serviço no escritório de prática jurídica da Universidade. [...]

¹³⁸CAPPELLETTI, op. cit., p. 40.

¹³⁹BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

segurado (súmula 302 do STJ¹⁴¹). Ademais, qualquer forma de exploração do homem pelo homem deve ser reprimida (art. 21, § 3º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica promulgado pelo Decreto n. 678/1992¹⁴²).

Além disso, atender as necessidades da maioria da população mundial passa necessariamente pela redução da desigualdade e constitui um dos princípios internacionais para o desenvolvimento sustentável. Essa tarefa essencial é atribuída a todos os Estados e indivíduos em cooperação (princípio 5 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992¹⁴³).

Foi somente na época contemporânea que se passou a ter consciência universal dessa aterradora situação, podendo-se dizer que somente então começou a se contar o tempo da justiça existencial.

Esse tempo somente será realmente vivido quando reinar a caridade existencial, (...) quando, em suma, os donos da Economia e das Finanças inserirem em seus orçamentos de despesas o *quantum* indispensável a que não existam mais sede e fome em nosso mísero planeta¹⁴⁴.

Alguns serviços e atividades são tão essenciais às pessoas na vida em sociedade que constituem limitação legal ao direito de greve dos trabalhadores (art. 9º, § 1º da CRFB/1988¹⁴⁵). E mais, a paralisação de trabalho de interesse coletivo é tipificado como crime (art. 201 do CP/1940¹⁴⁶). São serviços tipicamente essenciais: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; e compensação bancária (art. 10 da Lei n. 7.783/1989¹⁴⁷).

¹⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 302. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='302'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴²BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴³BRASIL. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴⁴REALE, op. cit., p. 95

¹⁴⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴⁶BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴⁷BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Admite-se socialmente que a pessoa seja exposta a trabalhos penosos, insalubres e perigosos, mas se assegura uma remuneração adicional (art. 7º, XXIII da CRFB/1988¹⁴⁸). Já o tratamento desumano não é dispensável a ninguém (art. 5º, III da CRFB/1988), ainda que preencher o significado desse conceito aberto possa se revelar uma tarefa de difícil execução.

Incontroverso é que trabalhos forçados, jornadas exaustivas, condições degradantes de trabalho, restrição da locomoção em razão de dívida ou cerceamento do uso de meio de transporte, vigilância ostensiva ou retenção de documentos e objetos pessoais configuram expressamente o crime de reduzir à condição análoga à de escravo (art. 149 do CP/1940¹⁴⁹). São exemplos de aniquilação degradante da autonomia da pessoa.

A solidariedade faz nascer não apenas o direito à reparação das lesões, mas um dever de comportamento. O processo de monetarização da responsabilidade colide com sua função atual, pois transfere à sociedade os riscos dos empreendimentos¹⁵⁰. As empresas devem suportar os custos “por conta da tutela de interesses gerais, relacionados à segurança dos trabalhadores, tutela dos consumidores ou integridade do meio ambiente” e da “proteção de dados”¹⁵¹. Eventualmente, a desconsideração da personalidade jurídica se revela um instrumento garantidor da reparação que passou a ser processado na forma de incidente (artigos 133 a 137 do CPC/2015¹⁵²).

Entretanto, a obrigação de indenizar não pode conduzir à privação do patrimônio mínimo de que necessitam o incapaz ou seus dependentes (art. 928, parágrafo único do CC/2002¹⁵³).

¹⁴⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁴⁹BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁵⁰PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 154-156.

¹⁵¹RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

¹⁵²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁵³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A disciplina securitária¹⁵⁴ traz à luz os reflexos econômicos decorrentes da morte. Em especial, vale destacar que o valor do seguro de pessoa é livremente estipulado e, por conseguinte, ampara a dignidade na razão da autonomia.

Quanto ao mínimo existencial, alguns bens não estão sujeitos à execução em razão de impenhorabilidade absoluta. Assim, é garantido o padrão médio de vida que decorre dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência na medida das necessidades comuns (art. 833, II do CPC/2015¹⁵⁵). Trata-se de norma destinada à preservação do mínimo existencial¹⁵⁶.

O imóvel residencial (de menor valor ou aquele registrado para tal finalidade) é impenhorável, salvo em razão do crédito empregado na sua construção ou aquisição, crédito de pensão alimentícia, tributos e obrigações em função da coisa, hipoteca, origem criminosa ou fiança locatícia (artigos 1º, 3º e 5º da Lei n. 8.009/1990¹⁵⁷).

No mesmo sentido protetivo, ao devedor de pensão alimentícia é assegurado que a soma dos descontos não ultrapasse cinquenta por cento dos seus ganhos líquidos (art. 529, § 3º do CPC/2015¹⁵⁸).

Outrossim, na esteira do mínimo existencial no âmbito da pluralidade familiar, julgado¹⁵⁹ recente do STJ reconhece o direito de alimentos aos casais homoafetivos:

¹⁵⁴Enquanto nos seguros de dano, a indenização não pode ultrapassar o interesse sobre a coisa segurada (artigos 778 e 781 do CC/2002), inclusive em sede de seguro duplo (art. 782 do CC/2002); no seguro de pessoa, o valor é livremente estipulado com um ou mais seguradores (art. 789 do CC/2002) o que ilustra a imensurabilidade econômica do valor da vida de qualquer ser humano.

Interessante mencionar que no seguro sobre a vida de terceiro, presume-se o interesse quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente (art. 790, parágrafo único do CC/2002) e isso não decorre em virtude tão somente de um vínculo ou mesmo dependência de natureza patrimonial, mas também da natureza afetiva dessas relações.

Ademais, há norma cogente de nulidade da transação para pagamento a menor em sede de seguro de pessoa (art. 795 do CC/2002). Outrossim, que a utilização de meio de transporte mais arriscado, a prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou atos de humanidade em auxílio de outrem não eximem o pagamento do seguro contra morte ou incapacidade (art. 799 do CC/2002). Além disso, o suicídio do segurado não exclui o benefício, salvo se ocorrido nos dois primeiros anos do contrato (art. 798 do CC/2002). E também, que o seguro de pessoa pode ser contratado em favor de grupo vinculado ao estipulante (art. 801, caput do CC/2002).

A propósito, os dependentes de servidor civil ou militar vitimados fatalmente em atividade de cooperação federativa no âmbito da segurança nacional fazem jus a indenização no valor de R\$ 100.000,00 (art. 7º, caput da Lei n. 11.473/2007).

¹⁵⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁵⁶CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 345-346.

¹⁵⁷BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁵⁸BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.302.467-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0558'](http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0558'>)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

[...] De fato, a conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI 4.277-DF e ADPF 132-RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar. REsp 1.302.467-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3/3/2015, DJe 25/3/2015.

Por sua vez, julgado¹⁶⁰ recente do STJ regula a pensão por morte e o impacto da dependência econômica na medida da expectativa de vida. Ou seja, o precedente traz critérios objetivos acerca da possibilidade jurídica de se atribuir uma repercussão patrimonial ao término prematuro de uma vida em proporção compatível com a dignidade:

[...] O direito à pensão mensal surge exatamente da necessidade de reparação por dano material decorrente da perda de ente familiar que contribuía com o sustento de quem era economicamente dependente até o momento do óbito. (...) Por isso, é conveniente a utilização da tabela de sobrevivência (Tábua Completa de Mortalidade correspondente ao gênero da vítima) do IBGE em vigência na data do óbito para melhor valorar a expectativa de vida da vítima e, consequentemente, para fixar o termo final da pensão. REsp 1.311.402-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18/2/2016, DJe 7/3/2016.

Apesar de juridicamente ser inegável que o mínimo existencial é um pressuposto da dignidade da pessoa humana, os fatores econômicos entram em conflito de interesses com a concretização dessas condições. O ponto de partida é assumir que “Economia Política é a ciência que estuda o comportamento humano como relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos”¹⁶¹ e, por conseguinte, que “se todos os meios tivessem uma só aplicação, certa e necessária, a Economia, que estabelece a regra de opções racionais e eficientes, pouco ou nada teria a dizer”¹⁶².

Assim, se faz parte da tarefa do economista indicar a utilização que deve ser dada a cada bem, inclusive a aplicação da mão-de-obra, a pessoa humana não é necessariamente a finalidade da Economia Política. Nessa perspectiva interdisciplinar, a pessoa humana talvez seja relegada a apenas um instrumento com usos alternativos, mais ou menos eficientes, ao contrário do que pretende formalmente a dogmática jurídica. Em outras palavras, o mínimo existencial pode ser economicamente desinteressante e ineficiente.

¹⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.311.402-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0578>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁶¹ROBBINS apud MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. *Economia*. 3. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 19.

¹⁶²MAGALHÃES, ibidem, p. 19.

A ineficiência em termos econômicos também aparenta colidir com a tutela do meio ambiente. Exemplo no direito ambiental de solidariedade (art. 225, caput da CRFB/1988¹⁶³) é o pacto inter-geracional que impõe a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Trata-se de bem de titularidade difusa garantido de modo sustentável. A propriedade em si assume uma função social na ordem constitucional (art. 5º, XXIII e art. 186, ambos da CRFB/1988).

A preocupação com o meio ambiente assume uma objetividade própria que não admite a relativização do valor intrínseco da biodiversidade conforme o seu valor para o homem ou mesmo de seu uso potencial (art. 2, I do Anexo do Decreto n. 4.339/2002¹⁶⁴). Não se sustenta a concepção limitada de que a pessoa humana “[...] é o valor-fonte de todos¹⁶⁵ os valores [...]”¹⁶⁶. Realmente, a preocupação com o meio ambiente está intimamente ligada com o amadurecimento da função social como uma categoria jurídica autônoma e indispensável.

1.5 A imposição da função social em uma economia de escassez

O sistema jurídico é dinâmico, um processo não linear da transição de pensamentos transversos que integram um ambiente histórico-social irreduzível a um único ponto de vista. Uma “virada de Copérnico” deslocou o centro desse sistema para a Constituição e empreende longa travessia por desigualdades institucionalizadas em direção ao novo paradigma do que será o Direito. Assim, as cláusulas gerais dos contratos decorrem da resiliência do programa constitucional¹⁶⁷.

Há um espaço ambíguo entre os círculos secantes do Direito e da Política que decorre do meio de produção das leis, das razões dos seus aplicadores e dos efeitos de sua aplicação. Entretanto, o Direito mais se aproxima da Ética por instrumentalizar a legitimidade, a justiça e a dignidade – não comporta arbitrariedades¹⁶⁸.

¹⁶³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁶⁴BRASIL. Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4339.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁶⁵Apesar de que a salvaguarda de vidas humanas autoriza a descarga excepcional de substâncias perigosas e lixo em águas sob jurisdição nacional (art. 19, caput da Lei n. 9.966/2000) – indicando uma ponderação possível em relação ao dano ambiental.

¹⁶⁶REALE, op. cit., p. 89

¹⁶⁷FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

¹⁶⁸BARROSO, op. cit., p. 13-14

Assim, é preciso não olvidar dos valores constitucionais que necessariamente devem ser cumpridos no âmbito concreto do direito, público ou privado, material ou processual: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/1988¹⁶⁹), solidariedade social (art. 3º, I, CRFB/1988) e isonomia (art. 5º, caput, CRFB/1988).

Resgatando o conceito iluminista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a liberdade se apresenta como o poder de fazer tudo que não prejudique o outro contanto que se assegure aos outros os mesmos direitos. À época da Revolução Francesa, se fixou que somente a lei poderia determinar esse limite. Entretanto, após a Segunda Guerra, o Estado Legislativo vem sendo gradualmente substituído pelo Estado Constitucional¹⁷⁰. Atualmente, esse pensamento que relaciona lei e liberdade se expressa no sistema jurídico brasileiro (art. 5º, inciso II da CRFB/1988)¹⁷¹.

A rediscussão da prática jurídica implica o reconhecimento de que persiste um modelo de direito com feição liberal-individualista. Assim, ainda está em gestação um novo modelo democrático do Estado de Direito.¹⁷² A discussão passa pela (in)viabilidade das grandes potências e corporações gerirem em condomínio o poder e a riqueza mundial de modo a evitar a competição imperialista e até mesmo a guerra.¹⁷³

Realmente, o Direito serve tanto à garantia quanto à limitação da autonomia dos indivíduos. E ainda, as fronteiras sociais do exercício da liberdade são produzidas historicamente como resultado dos conflitos nas relações humanas. Por esse motivo, a definição clássica de Roberto Lyra Filho sobre o Direito não poderia ser mais atual ao estudo da autonomia da vontade:

Direito é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade. Moral é o reino da contenção, em que a liberdade é domada. Nenhum dos dois, é claro, tolera os dogmas, os princípios eternos, ou se extrai de fontes ideais, abstratas ou sobre-humanas. Ambos são, ao revés, conquistas sociais, históricas e fortemente condicionadas pela estrutura social, onde emergem, na oposição, no contraste de modelos diversos, conforme a divisão de classes e grupos dominadores e dominados, cujas normas estão sujeitas aos critérios da legitimidade, histórica também, isto é, definida pelo padrão mais avançado, ao nível do tempo presente¹⁷⁴.

¹⁶⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 849-850.

¹⁷¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁷²STRECK, op. cit., p. 29.

¹⁷³Ibidem, op. cit., p. 78.

¹⁷⁴LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 90.

Um negócio que não guarde correspondência com os valores de uma comunidade pode provocar o sentimento de prejuízo e desigualdade em terceiros. Assim, todo acordo de vontades deve respeitar um núcleo mínimo, geral e extrínseco. No Estado Democrático de Direito, esse conteúdo indisponível é destinado a todos e passível de ser conhecido por meio da interpretação das leis¹⁷⁵.

“O direito civil ressentia-se do voluntarismo que, consolidado pelas certificações, intensificaram a desproporção entre os poderes privados na atividade econômica (liberalismo econômico)”¹⁷⁶. Essa conclusão evolui o subsistema contratual ao ponto em que “a doutrina do negócio jurídico só se torna compreensível a partir da ligação dos três princípios da auto-determinação, da auto-responsabilidade e da proteção da confiança”¹⁷⁷.

O negócio jurídico, por exemplo, nasceu como poder da vontade do sujeito, como máxima expressão do individualismo. Nos mesmos termos exclusivamente individualistas e subjetivistas, a doutrina mais antiga concebia também o direito subjetivo. Com a passagem do individualismo à solidariedade constitucional, aquele particular negócio, que é contrato, não diz respeito exclusivamente aos sujeitos estipulantes, mas, enquanto socialmente relevante, não se subtrai a um juízo de valor e, portanto, à positiva valoração do ordenamento¹⁷⁸.

Nesse ponto, para compreender a necessidade de impor função social à ordem jurídica, se faz necessário partir de uma definição clássica da Economia Política para explicar as razões pelas quais a função social não surge espontaneamente:

É a ciência da administração dos recursos raros em uma sociedade humana: ela estuda as formas que assume o comportamento humano na organização onerosa do mundo exterior em razão da tensão que existe entre os desejos ilimitados e os meios limitados dos agentes econômicos¹⁷⁹.

A produção e o consumo são fenômenos econômicos que interagem com quantidades econômicas, como o nível de salários e os juros. Além disso, também atuam organismos econômicos, como o governo e os bancos¹⁸⁰. Nessa fórmula complexa, a escassez dos bens é um fator de extrema relevância. Por conseguinte, a função social – que pressupõe aplicação

¹⁷⁵FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 94

¹⁷⁶TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, Tecnologia e Teoria da Interpretação. *Revista Forense*, v. 419, p. 77-96, 2014, p. 79.

¹⁷⁷ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Recensão à obra *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito* de Claus Wilhelm Canaris. Fundação Kalouste Gulbenkian, 2ª edição, 1996, Lisboa. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 147-146, 2008, p. 154.

¹⁷⁸PERLINGIERI, op. cit., p. 142.

¹⁷⁹BARRE apud MAGALHÃES, op. cit., p. 19-20.

¹⁸⁰BOULDING apud MAGALHÃES, op. cit., p. 20.

certa de bens com usos alternativos – não necessariamente potencializa o objetivo de atender os desejos ilimitados de determinados agentes econômicos.

A raridade dos bens decorre da razão entre necessidade e disponibilidade dos bens. Por um lado, são denominados livres os bens cuja disponibilidade excede a necessidade, por exemplo, o ar atmosférico. Por outro lado, são denominados econômicos os bens cuja necessidade excede a disponibilidade¹⁸¹.

Vale destacar também que o trabalho – fator relevante na produção de bens – sofreu transformações históricas. Realmente, foram diversos os regimes de coação por meio dos quais a autonomia do trabalhador foi subjugada, inclusive: a escravidão, a servidão e a corporação¹⁸². Ou seja, o valor social do trabalho (art. 1º, IV da CRFB/1988¹⁸³) não é um fenômeno espontâneo e pressupõe um grau elevado de autonomia no sistema de solução de conflitos.

No caso concreto¹⁸⁴, a vontade de um adolescente de ser adotado pela família com quem estava convivendo era evidente. Ainda que o casal também tenha demonstrado interesse, afirmaram francamente que não dispunham de condições financeiras que garantissem os cuidados necessários ao adolescente. Por certo que recursos materiais não são pressuposto do poder familiar, pois na sua falta devem ser acionados os serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção (art. 23 do ECA/1990¹⁸⁵).

Entretanto, nesse caso, a família não foi apoiada por nenhum programa e mesmo assim, as autoridades forçavam que a adoção prosseguisse sem que fosse cumprido preliminarmente esse dever público. Em outras palavras, a economia de escassez operou em desfavor dessa família, pois a função social, ou seja, a utilidade juridicamente certa, dos bens disponíveis, com várias utilidades, não foi atingida por falta de imposição jurídica.

Apesar dessa paisagem econômica, insiste-se na dogmática jurídica que os direitos fundamentais incidem na autonomia privada. A teoria da eficácia imediata ou direta sustenta a

¹⁸¹MAGALHÃES, op. cit., p. 22.

¹⁸²Ibidem, p. 28-29.

¹⁸³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁸⁴Notas do diário de campo acerca da ausência de solidariedade diante da necessidade – vide nota nº 1 (p. 14). Narrativa da 12ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A família afirma querer adotar, mas dizem que precisam de um prazo maior porque estão sem dinheiro e contam que não participam de nenhum programa. Entretanto, o Ministério Público e o Magistado esclarecem imponentemente que a falta de dinheiro não deve ser impedimento à adoção. [...]

¹⁸⁵BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

pronta aplicação dos direitos fundamentais contra o poder do Estado e abuso dos particulares (art. 5º, §1º da CRFB/1988¹⁸⁶). A teoria da eficácia mediata ou indireta privilegia a autonomia da vontade e aceita a incidência de direitos fundamentais por meio de pontos de irrupção. As cláusulas gerais, como boa fê e função social, balizam os acordos entre as partes (intrínseca e extrinsecamente)¹⁸⁷.

A violação da ordem constitucional por entes privados, embora relevantes do prisma do direito constitucional, não se equipararia, segundo esse entendimento, à ofensa perpetrada pelos órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos.¹⁸⁸

As cláusulas gerais necessitam de preenchimento valorativo e se revelam como pontos de equidade. O sistema móvel encontra-se entre a cláusula geral e a previsão normativa rígida para garantir em menor grau a segurança jurídica sem desconsiderar as circunstâncias do caso concreto¹⁸⁹.

A propósito, o enunciado 23 do CJF¹⁹⁰ preleciona que: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil¹⁹¹, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.”

Além disso, o programa constitucional determina que o sistema financeiro nacional sirva aos interesses da coletividade e promova o desenvolvimento equilibrado do país (art. 192, caput da CRFB/1988¹⁹²). A propósito, o constituinte originário definia como usura a cobrança de juros superiores a 12% ao ano, mas emenda constitucional (n. 40/2003) revogou a disposição do § 3º do art. 192.

Decerto que por ponderação do próprio legislador (parágrafo único do art. 2.035 do CC/2002¹⁹³), os preceitos de ordem pública – inclusive a função social da propriedade (art.

¹⁸⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁸⁷MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179-180.

¹⁸⁸Ibidem, p. 1046.

¹⁸⁹ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Recensão à obra Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito de Claus Wilhelm Canaris. Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996, Lisboa. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 147-146, 2008, p. 164-165.

¹⁹⁰BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 23. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹¹BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

170, III da CRFB/1988¹⁹⁴) e dos contratos¹⁹⁵ – gozam de retroatividade justificada. Assim, nenhum contrato pode produzir efeitos jurídicos que violem essas balizas na vigência do Código Civil¹⁹⁶.

A boa-fé objetiva se relaciona aos deveres anexos dos contratos: cuidado, respeito, informação, confiança, lealdade, probidade, cooperação, honestidade, razoabilidade e equidade. A violação positiva do contrato decorre do não cumprimento de um desses deveres. Por certo que funciona por meio das figuras: *surrectio, tu quoque, exceptio doli, venire contra factum proprium non potest* e *duty to mitigate the loss*¹⁹⁷.

Assim sendo, é preciso pontuar que existe na advocacia uma tradição retórica de emprego de mecanismos de esvaziamento, marginalização ou omissão de argumentações racionais desfavoráveis à pretensão patrocinada e ao mesmo tempo o apelo para meios de persuasão não racional. Entretanto, é preciso que se passe a privilegiar a ética narrativa na advocacia – ainda que sabidamente parcial e dirigida ao ônus probatório¹⁹⁸.

Exemplos¹⁹⁹ não faltam no programa normativo em prol da boa-fé objetiva ou da função social. Realmente, o rompimento das relações é evitado pelo princípio da conservação contratual, inclusive por revisão judicial dos contratos. Nos contratos civis (artigos 317 e 478 do CC/2002²⁰⁰), aplica-se a teoria da imprevisão em contratos bilaterais, onerosos, diferidos ou sucessivos, se um fato extraordinário aos riscos contratuais causar uma onerosidade excessiva. Nos contratos de consumo (art. 6º, V do CDC/1990²⁰¹), a onerosidade excessiva superveniente enseja revisão ainda que não seja imprevisível²⁰².

¹⁹⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁹⁵Por exemplo, nos contratos de seguro de pessoa a função social é atuante para determinar que na falta dos beneficiários previstos a indenização será paga a quem foi privado de meios necessários à subsistência (art. 792, parágrafo único do CC/2002).

¹⁹⁶TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 577-578.

¹⁹⁷Ibidem, p. 580-581 e 585.

¹⁹⁸TARUFFO, op. cit., p. 242-247.

¹⁹⁹Vale mencionar a intimação de quem tem direito conjunto de retrato para acordar com o outro que realiza a retrovenda (art. 508 do CC/2002). E também a garantia da função externa da função social dos contratos pela indenização decorrente do aliciamento do prestador de serviço (art. 608 do CC/2002). Nos crimes de trânsito, não se impõe prisão em flagrante ou fiança ao condutor que preste socorro à vítima do acidente (art. 301 do CTB/1997).

²⁰⁰BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁰¹BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁰²TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 612-622.

As decisões judiciais²⁰³ e tampouco os contratos²⁰⁴ não são consideradas hermeticamente, mas inseridas em um contexto social.

A coligação contratual²⁰⁵ é um reflexo jurídico da sociedade orgânica, complexa e interdependente. Os contratos coligados²⁰⁶ (enunciado 421 da V Jornada de Direito Civil²⁰⁷) são negócios jurídicos independentes com efeitos interligados.

E também a propriedade²⁰⁸ é compreendida em sua função socioambiental (art. 5º, XXIII e XXIV da CRFB/1988²⁰⁹).

Outrossim, as normas diretivas, ou normas-princípios, decorrem dos valores éticos e culturais da sociedade. Os direitos fundamentais passam a servir não apenas contra ingerências do Estado, mas também contra os excessos dos próprios indivíduos. Repudia-se a discriminação e garante-se a integridade psicofísica, bem como a autodeterminação e participação social²¹⁰.

A primeira solução para o acesso à justiça – ou a primeira onda preconizada – é fundamentalmente solidária, pois se preocupa com a assistência judiciária para os pobres. Os passos iniciais dados nesse sentido foram advogados particulares que prestavam serviços sem contraprestação. Entretanto, em uma economia de mercado, o resultado era ineficiente. Assim, diversos países adotaram atitudes positivas para garantir a assistência e superar o *laissez-faire*, inclusive subsidiando advogados particulares²¹¹.

A saber, julgado recente do STF objetiva a concretização da solidariedade, pois faz prevalecer a situação fática de miserabilidade sobre critério objetivo definido em lei:

²⁰³Exemplo desse fenômeno é a possibilidade do juiz, de ofício, intimar terceiro que porventura tenha interesse em oferecer embargos (art. 675, parágrafo único do CPC/2015). Já na alteração do regime de bens do matrimônio, os próprios cônjuges podem sugerir ao juiz que faça a divulgação por meio alternativo à publicação de edital para resguardar os direitos de terceiros (art. 734, § 2º do CPC/2015).

²⁰⁴O Código Civil excepciona diversas vezes que contratos terão efeitos perante terceiros. A saber, a estipulação em favor de terceiro (artigos 436 a 438), a promessa de fato de terceiro (artigos 439 e 440), o contrato com pessoa a declarar (artigos 467 a 471) e – vale repetir – a eficácia externa da função social do contrato (art. 421).

²⁰⁵Exemplo típico no direito brasileiro é a coligação de contrato de locação de imóvel urbano com contrato de trabalho (art. 47, II da Lei n. 8.245/1991), bastante representativo da função social.

²⁰⁶A propósito, no direito comparado, há exemplos de denominações distintas para tais contratos. Na Itália, coligação contratual; na França, grupos de contratos; e na Argentina, redes contratuais. (TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 561.)

²⁰⁷CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 421. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/261>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁰⁸Notadamente, todos os imóveis rurais devem manter ao menos 20% de vegetação nativa a título de Reserva Legal (art. 12, II do Código Florestal de 2012).

²⁰⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

²¹¹CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31-35.

Rcl 18.636/PB [...] Pretendido acesso ao benefício assistencial de prestação continuada (CF, art. 203, V). Critério objetivo que, consagrado no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, revelou-se insuficiente e inadequado ao amparo efetivo das pessoas necessitadas, pois excluía do alcance tutelar do benefício constitucional pessoas em situação de comprovada miserabilidade. A ressignificação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à regra legal em causa, fundada em modificações supervenientes do contexto fático e do quadro normativo em vigor, conduziu à superação da exegese dada no julgamento da ADI 1.232/DF, ensejando, mediante evolução interpretativa, nova compreensão hermenêutica, considerada mais adequada e fiel à vocação protetiva inerente ao art. 203, V, da Constituição. [...] Ministro CELSO DE MELLO Relator. Decisão publicada no DJe de 16.11.2015²¹²

Assim, no 1º grau dos Juizados Especiais Cíveis, não são exigidos honorários advocatícios e despesas processuais (art. 54, caput e art. 55, caput da Lei n. 9.099/1995²¹³) e os advogados são prescindíveis nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9º, caput e art. 41, § 2º da Lei n. 9.099/1995).

Ora, reduzir os custos é uma vitória, mas que faz pouco se desacompanhada de auxílio aos pobres para que reconheçam a violação de seus direitos ou mesmo se não forem desfeitas as barreiras geográficas e culturais entre os pobres e seus patronos²¹⁴. Notadamente, é preciso atender ao objetivo fundamental: a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III da CRFB/1988²¹⁵).

Nesse sentido, para atacar as barreiras geográficas, os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho devem instalar a justiça itinerante, inclusive se servindo de equipamentos públicos e comunitários (art. 125, § 7º; art. 107, § 2º; art. 104, § 1º da CRFB/1988²¹⁶). A saber, foram criados os Juizados Especiais itinerantes para resolver os conflitos existentes nas áreas rurais ou nos locais de menor concentração populacional (art. 95, parágrafo único da Lei n. 9.099/1995²¹⁷), bem como os Juizados Especiais Federais itinerantes (art. 22, parágrafo único da Lei n. 10.259/2001²¹⁸). Além disso, os serviços de cartório e as audiências dos Juizados Especiais podem ser

²¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 18.636/PB, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo813.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹³BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 38.

²¹⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹⁶Ibidem.

²¹⁷BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²¹⁸BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

realizados em prédios públicos de quaisquer bairros ou cidades da Comarca (art. 94 da Lei n. 9.099/1995).

Enfim, a proteção jurídica de interesses subjetivos se concretiza pela baliza da função social. Por conseguinte, essa diretriz geral implica que a valoração da utilidade dos bens não dispensa a mensura do respectivo interesse coletivo ao invés de se limitar à razão individual. E se a solidariedade é um caminho desejável para a pacificação social – prevenindo litígios sem que se torne necessário solucioná-los – há necessidade de precisar quais são os limites jurídicos para demonstrações de generosidade e altruísmo.

1.6 As liberalidades nos planos da raridade, da validade e da eficácia

Os atos que se caracterizam juridicamente como liberalidades não representam a maior porção do cotidiano das relações sociais. Por essa razão, ao invés de debater os elementos que constituem seu plano jurídico de existência, mais vale a qualidade de raridade oriunda da Economia Política.

Por exemplo, segundo o relatório Justiça em Números do CNJ²¹⁹, no final de 2015, pouco mais de 11 mil trabalhadores auxiliares eram voluntários no Poder Judiciário que ao tempo possuía mais de 278 mil servidores. A busca pela contratação de trabalhadores auxiliares – dentre os quais se incluem voluntários – evidentemente integra o quadro político-econômico de precarização do Poder Judiciário que é abordado ao longo do trabalho.

Entretanto, a voluntariedade não decorre exclusivamente de um quadro de precarização. Se faz necessário apontar a cultura como um vetor de mudança da sociedade. Realmente, a cultura se constitui por um patrimônio complexo de valores espirituais e materiais acumulados historicamente pelo povo²²⁰.

Os direitos subjetivos não estão adstritos ao reconhecimento jurídico de uma vontade psicológica. Por exemplo, os incapazes, nascituros e as pessoas jurídicas são titulares de direitos subjetivos. Não obstante, a autonomia se relaciona de uma maneira especial com os direitos subjetivos quanto à disposição de um bem jurídico.

²¹⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²²⁰REALE, op. cit., p. 2

Uma decorrência dos direitos subjetivos são os sujeitos de direitos. Ou seja, a liberdade das pessoas implicaria fundamentalmente sua auto-determinação em caráter antecedente ao direito objetivo. Entretanto, para a Teoria Pura do Direito, a vontade só teria aptidão para conceder direitos a si mesmo quando coincidente com a vontade do outro de criar deveres para si. E mais, não dispensaria um direito objetivo que conceda efeitos ao contrato celebrado²²¹.

Uma conclusão inversa de tal acepção do Direito seria que para conceder voluntariamente deveres a si mesmo sem uma contraprestação, se faria necessário que a vontade do outro seja de conceder direitos a si mesmo, além de um direito objetivo que conceda efeitos às manifestações de vontade.

A satisfação do interesse alheio pelos próprios meios é incompatível com a lógica econômica de escassez e a diretriz da mais valia. Ora, o comportamento real de uma empresa, segundo a ciência econômica, frequentemente se preocupa em controlar o mercado, supondo que alcançará maiores lucros a longo prazo²²².

Não obstante, foi alçada ao status de princípio fundamental – da solidariedade – no sistema jurídico brasileiro. Por conseguinte, se faz necessário investigar juridicamente um sistema (hipotético) de satisfação de necessidades no qual os membros da sociedade promovem o bem estar dos outros, acolhendo esse objetivo em comum como uma decorrência das instituições fundamentais.

Em primeiro lugar, é preciso dizer que doação é a transferência não remunerada de bens ou vantagens (art. 538 do CC/2002²²³). Trata-se de uma liberalidade – que não se descaracteriza pelo encargo (art. 553 do CC/2002). Pode ser remuneratória se excede o valor de um serviço prestado e até mesmo contemplativa do merecimento do donatário, dentre as diversas espécies desse contrato (art. 540 do CC/2002).

Em relação às formalidades, a doação deve ser realizada por meio de escritura pública ou instrumento particular, pois só se admite a validade da doação verbal do bem móvel pequeno valor com tradição imediata (art. 541 do CC/2002²²⁴).

²²¹KELSEN, op. cit., p. 44-45

²²²MAGALHÃES, op. cit., p. 124-125.

²²³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²²⁴Ibidem.

Além disso, há um diálogo necessário do instituto com o direito sucessório, pois a doação inoficiosa é eivada de nulidade na parte indisponível (art. 549 e art. 2.003 do CC/2002²²⁵). E ainda, exige-se a boa-fé do descendente que recebe a doação de seu ascendente para que colacione o bem sob pena de sonegação (art. 544 e art. 2.002 do CC/2002).

Acerca do caráter gratuito, a inexecução do encargo e a ingratitude são causas de revogação (art. 555 do CC/2002²²⁶). O donatário é ingrato quando atenta contra a vida do doador, lhe ofende fisicamente ou moralmente, lhe recusa alimentos de que necessita; ou ao seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (artigos 557 e 558 do CC/2002).

Quando ao mínimo existencial, é nula a doação universal, ou seja, aquela que não resguarda o patrimônio jurídico mínimo para a existência digna (art. 548 do CC/2002).

No caso concreto²²⁷, a insistência de uma das partes em buscar mais do que a metade que lhe cabe na partilha dos bens comuns levou a outra parte a propor jocosamente que levasse todos os seus bens e afirmar que passaria a depender da comisseração pública. Evidentemente, tal oferta de doação é juridicamente inválida, pois não resguarda sequer as condições de manutenção da própria sobrevivência do doador.

O ordenamento jurídico brasileiro também se preocupa, em especial, com as doações no âmbito do direito eleitoral²²⁸. Trata-se de uma ponderação entre a autonomia financeira dos partidos e a legitimidade democrática da disputa eleitoral.

Ao contrário da doação, o empréstimo tem caráter temporário, seja por prazo determinado ou indeterminado. Não obstante, tanto o comodato quanto o mútuo – exceto pelo mútuo oneroso – são contratos gratuitos e, por conseguinte, manifestações de solidariedade.

²²⁵Ibidem.

²²⁶Ibidem.

²²⁷Notas do diário de campo acerca de patrimônio mínimo – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 29ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Calcula-se que a parte autora tem direito a um imóvel. Entretanto, a parte autora almeja receber dois. (...) Juízo sugere direito real de habitação de um imóvel e usufruto vitalício de outro. (...) A parte ré satiriza que dará tudo à parte autora e então pedirá esmola. [...]

²²⁸A doação feita por pessoa física em benefício de partido eleitoral é limitada a 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador, que não estarão sujeitos a contabilização quando na forma de gastos eleitorais não superiores a mil UFIR (art. 23, § 1º e art. 27 da Lei nº 9.504/1997). E também, a propaganda eleitoral veiculada em bens particulares deve sempre ser gratuita e espontânea (art. 37, § 8º da Lei nº 9.504/1997). É vedado aos candidatos a membro do Conselho Tutelar doar aos eleitores bens de qualquer valor (art. 139, § 3º do ECA/1990).

Outro contrato que vale ser mencionado é a constituição de renda, pois pode ser celebrada a título gratuito (art. 803 do CC/2002²²⁹) por prazo que não ultrapasse a vida do credor (art. 806 do CC/2002).

Em âmbito de direito do consumidor, serviços e produtos equiparam-se às amostras grátis quando fornecidos sem solicitação (art. 39, parágrafo único do CDC/1990²³⁰).

O serviço voluntário²³¹ também é exemplo de solidariedade e compreende “a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa” (art. 1º da Lei nº 9.608/1998²³²).

A propósito, entidade privada sem fins lucrativos é aquela cujos excedentes operacionais são aplicados integralmente na consecução do objeto social ao invés de distribuídos (art. 2º, I, “a” da Lei n. 13/019/2014²³³).

Já as fundações podem ser constituídas pela dotação especial de bens para fins – não lucrativos – assistenciais, culturais, educativos, de saúde, alimentares, ambientais, científicos, humanísticos ou religiosos (art. 62 do CC/2002²³⁴ com enunciado n. 9 da I Jornada de Direito Civil²³⁵).

No direito empresarial, vale destacar que qualquer ato praticado a título gratuito desde dois anos antes da decretação da falência é ineficaz em relação à massa falida (art. 129, IV da Lei n. 11.101/2005²³⁶). E ainda, não são exigíveis as obrigações a título gratuito do devedor em recuperação judicial ou falência (art. 5º, I da Lei n. 11/101/2005).

²²⁹BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³⁰BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³¹Em especial, a cooperação federativa no âmbito da segurança pública pode ser desempenhada em caráter voluntário por militares, policiais e servidores inativos há menos de cinco anos (art. 5º, § 1º da Lei n. 11.473/2007) – exceto se inativos em razão de doença, acidente, invalidez, incapacidade, idade-limite, aposentadoria compulsória, licenciamento a bem da disciplina, condenação judicial transitada em julgado ou expulsão (art. 5º, § 2º da Lei n. 11.473/2007).

²³²BRASIL. Lei n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9608.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³³BRASIL. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13019compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³⁴BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³⁵CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 9. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/655>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³⁶BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Em se tratando de processo administrativo, admite-se tanto a desistência do pedido quanto a renúncia aos direitos disponíveis (art. 51, caput da Lei n. 9.784/1999²³⁷). Por outro lado, nos procedimentos de licitação, não são aceitas propostas que apresentem preços incompatíveis com os insumos e salários de mercado, salvo em relação aos materiais e instalações de propriedade do licitante (art. 44, § 3º da Lei n. 8.666/1993²³⁸).

A solidariedade entre familiares é tão marcante que o favorecimento pessoal não é punível quando prestado pelo ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso (art. 348, § 2º do CP/1940²³⁹).

Talvez a solidariedade seja o caminho para a ausência ou ao menos prevenção de conflitos. Todavia, a sociedade brasileira carece de solidariedade ao ponto que o conflito judicializado alcançou um nível estatístico alarmante. Por conseguinte, se o conflito não está sendo suficientemente evitado em concreto e tampouco o Judiciário está desempenhando sua função típica com celeridade e eficiência, diversos métodos extrajudiciais de solução adequada dos conflitos se revelam promissores.

²³⁷BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³⁸BRASIL. Lei n. 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²³⁹BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

2. O FORMALISMO EXACERBADO DOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS

Nas situações em que a autotutela não se encontre licitamente à disposição dos interesses, as controvérsias precisam ser resolvidas sem recorrer ao emprego da própria força²⁴⁰. Segundo a visão esquematizada proposta por Fernanda Tartuce, os conflitos podem ser solucionados por diversos meios: autotutela, autocomposição (unilateral – renúncia, desistência e reconhecimento do pedido; ou bilateral – negociação, mediação e conciliação) e heterocomposição (arbitragem ou solução jurisdicional)²⁴¹.

A ordem peculiar e propositiva de apresentação nesta pesquisa dos diversos instrumentos de solução de conflitos é fundada em uma análise sistemática deles. Ou seja, os instrumentos são compreendidos como partes integrantes de uma engrenagem otimizada por um princípio orientador.²⁴² Nesta pesquisa cada instrumento explicitado se manifesta em menor grau de autonomia dos interessados em relação aos anteriormente apresentados.

“Sistema é vocábulo empregado, neste estudo, no sentido que lhe atribuem os filósofos, a saber: ordem complexa, dotada de estrutura interna e cujos elementos se diferenciam entre si mas se unificam pelo objetivo comum”²⁴³.

Além disso, devem ser respeitadas as duas balizas propostas por Bobbio acerca das grandes dicotomias teóricas. Ou seja, problematizar o emprego correto dos instrumentos conceituais da teoria do direito, bem como a adequação desses instrumentos ao objetivo de representar com exatidão a dicotomia proposta.²⁴⁴

A propósito, a apresentação contraposta de dois possíveis sistemas processuais não é uma inovação teórica. Realmente, Gajardoni distinguiu exatamente dois sistemas de procedimentos em relação à rigidez de suas formas: “a) sistema da legalidade das formas procedimentais; b) sistema da liberdade de formas procedimentais”. Não se trata de valorizar uma pureza abstrata (da legalidade ou da liberdade), mas de identificar os méritos e desvantagens de cada princípio orientador. A propósito, vale destacar que a legalidade é fonte de segurança jurídica por força da previsibilidade da marcha processual e seus resultados.²⁴⁵

²⁴⁰TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 18-19.

²⁴¹Ibidem, p. 73.

²⁴²MACIEL, op. cit., p. 259.

²⁴³DINAMARCO, op. cit. p. 72.

²⁴⁴BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p.

²⁴⁵GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 659-681.

Ou seja, o que se pretende nesta pesquisa é estruturar com precisão o sistema real, orientado pelo princípio da legalidade, bem como um sistema hipotético, orientado pelo princípio da autonomia. E a partir da comparação entre ambos, objetiva-se demonstrar empiricamente o declínio da autonomia no sistema real de solução de conflitos. E, em última análise, apresentar uma síntese mais adequada suavizando seus pontos de tensão.

Uma crítica severa ao apelo dos princípios reside justamente na vagueza semântica e, por conseguinte, na pluralidade de interpretações. Além disso, adverte-se das consequências desastrosas da descontextualização histórica do fenômeno jurídico. Em outras palavras, a cadência institucional deve necessariamente inspirar a hermenêutica atual.²⁴⁶

Então que se vislumbre desde já uma parte da pluralidade dos significados livremente empregados nesta pesquisa em relação ao princípio da autonomia: “AUTONOMIA.²⁴⁷ (1)²⁴⁸ S. f. (Gr. *’autós + nomós*) Dir. Polit. Etimologicamente, dar leis a si próprio. Faculdade de governar-se por si próprio.”²⁴⁹; “AUTONOMIA DA VONTADE.²⁵⁰ Dir. Civ. Manifestação intencional livre de uma pessoa capaz.”; “AUTONOMIA DIDÁTICA. Prerrogativa concedida ao estabelecimento de ensino, pelo poder público, no sentido de seguir critérios didáticos sem necessária obediência a preceitos oficiais.”; “AUTONOMIA LEGISLATIVA. Dir. Polit. Governo próprio e competência privativa para regular seus próprios atos. No sistema federativo, a autodeterminação prefixada pelo poder federal. CF, art. 25.”; “AUTONOMIA POLÍTICA. Dir. Polit. Competência privativa conferida a uma região geográfica para organizar-se e governar-se por si própria. No Brasil, capacidade atribuída pela Constituição Federal aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. CF, arts. 25, 29, 32.”; “AUTONOMIA SUCESSÓRIA. Dir. Suc. Exercício do poder conferido aos herdeiros de derrogar as normas sobre a partilha judicial que não sejam de ordem pública. Cf. partilha e partilha amigável.”

²⁴⁶KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A colaboração dos sujeitos processuais na construção da decisão judicial e o contraditório como “influência”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 561-571.

²⁴⁷É possível que tenha sido nesse sentido que se empregou na expressão “livre autonomia dos interessados” em relação à definição de regras no art. 166, § 4º do CPC/2015.

²⁴⁸Optou-se por não destacar o segundo sentido oficial, qual seja: “AUTONOMIA. (2) S. f. Dir. Camb. Requisito essencial dos títulos de crédito, ao lado da cartularidade e da literalidade, que confere a quem os adquire a condição de titular autônomo, independentemente da relação entre o emitente e os possuidores antecedentes.”

²⁴⁹SIDOU, Jose Maria Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 86-88.

²⁵⁰Expressão empregada em relação às partes em procedimento de mediação tanto no art. 2º, V da Lei nº 13.140/2015 quanto no art. 166, caput do CPC/2015.

Uma definição possível do conceito de conflito foi proposta como o fenômeno decorrente de interesses – relações entre pessoas e bens – de pessoas distintas direcionados ao mesmo bem.²⁵¹

Na década de oitenta do século passado, Roberto Lyra Filho propunha uma visão ideológica sobre o Direito a partir de esquematizações visuais complexas por meio da dialética, criticando tese e antítese para concluir pela síntese, acerca do fenômeno da dominação cultural. Não se pretende aqui repetir ou atualizar tal visão, mas o método contribuiu para o mérito de sua obra naquele contexto.²⁵²

Nenhum princípio no sistema de solução de conflitos deve se sobrepor ao outro, pois o resultado seria intolerável. Por exemplo, nem aqueles que supõem que um processo com garantias se contrapõe a um processo célere, propõem a mais rápida das soluções por meio do sumário linchamento do réu.²⁵³

Claro que outros conceitos, inclusive afins, também são de grande relevância para a estruturação desses esquemas. Não se supõe que os seus significados estão esgotados explicitamente neste breve apoio lexical.²⁵⁴

Prosseguindo, se uma das etapas implica estruturar os diversos instrumentos autônomos que integram o sistema de solução de conflitos, se faz necessário precisar como se caracteriza a autonomia de um instrumento. Realmente, à luz da análise que se faz do

²⁵¹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. 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: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1-32.

²⁵²LYRA FILHO, op. cit., p. 58-61.

²⁵³PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Op. cit., p. 1-32.

²⁵⁴Além desses, também vale apresentar em separado os seguintes termos com certa relevância para a compreensão do declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos: “AUTOCOMPOSIÇÃO. S. f. Dir. Proc. Civ. Circunstância que se observa quando particulares optam trocando o órgão oficial por outro que não é oficial, todavia investido no múnus daquele, o que se verifica com a preferência pelo juízo arbitral.”; “AUTODETERMINAÇÃO. S. f. Dir. Intern. Púb. Princípio segundo o qual todos os povos têm direito de estabelecer livremente o seu estatuto político e assegurar livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. CF, art. 4 (III); ONU, Pacto (I), 1966.”; “AUTODEFESA. (1) S. f. Dir. Pen. Ato de desafronta levado a efeito pelo próprio sujeito paciente da agressão. CP, art. 25.”; “AUTODEFESA. (2) S. 2º. Dir. Proc. Defesa de um direito feita em juízo pelo próprio titular. Autopatrocínio. CPC, art. 36; CPP, 263; CLT, 791.”; “AUTOJUSTIÇA. S. f. Dir. Pen. Justiça supostamente praticada pelo próprio ofendido. Justiça privada, infensa à ordem jurídica.”; “AUTOLIMITAÇÃO. (1) S. f. Dir. Civ. Restrição na manifestação de vontade imposta pelo próprio indivíduo por meio de elementos condicionantes. CC, arts. 121-132.”; “AUTOLIMITAÇÃO. (2) S. f. Dir. Intern. Púb. Restrição à vontade soberana do Estado, ao trazer à órbita do direito interno, ou lei nacional, atos internacionais que se compromete a obedecer.”; “AUTOMAÇÃO. S. m. (Ing. *automation*) Econ. Sistema mecânico pelo qual a máquina substitui ao homem, operando com regularidade, efetuando medições e introduzindo correções durante seu funcionamento. CF, art. 7(XXVII)”; “AUTÔNOMO. S. m. (Gr. *autónomos*) Dir. Trab. Profissional que trabalha por conta própria, ou sem vínculo empregatício. L 3807, de 26.8.1960; L 5890, de 8.6.1973”; “AUTOTUTELA. S. f. Dir. Adm. Policiamento exercido pela Administração sobre seus próprios atos e bens, para efeito de bom uso desses e otimização daqueles.”

processo do trabalho em comparação ao processo civil, as categorias distintas para analisar a autonomia dos instrumentos deve partir dos seus sujeitos, do objeto, dos atos, do procedimento e dos seus efeitos.²⁵⁵

Há uma nítida distinção entre os sujeitos de cada instrumento. Nos instrumentos predominantemente solidários, uma pessoa não necessariamente interessada atua unilateralmente em prol de outra pessoa interessada. Nos instrumentos predominantemente solenes, ao menos duas pessoas interessadas atuam e a intervenção de natureza extrajudicial de um terceiro desinteressado é prescindível. Nos instrumentos que privilegiam o protagonismo, há necessariamente um terceiro desinteressado provocado, cuja intervenção de natureza judicial é afastada na razão do consenso entre as partes. No instrumento predominantemente jurisdicional, a intervenção de natureza judicial do terceiro desinteressado provocado não é afastada por ausência ou impossibilidade jurídica de consenso.

Em relação ao objeto de cada instrumento, ao longo da pesquisa se distingue, por exemplo, quais são as causas de invalidade das liberalidades, quais são as causas que a lei autoriza a solução por escritura pública, quais são os direitos que admitem transação e quais são as causas de judicialização necessária.

E em relação tanto aos atos quanto aos procedimentos, fica evidente que se tratam de formas e meios diversos de se promover a solução dos conflitos, inclusive cujas disciplinas derivam de diplomas legais, e até ramos do direito, distintos.

Logo, nos instrumentos de satisfação de interesses marcados pela solidariedade há um grau de autonomia maior em relação aos demais. Outrossim, nos instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos marcados pelo formalismo há um menor grau de autonomia em relação aqueles marcados pela solidariedade, mas que supera o grau de autonomia dos instrumentos judiciais. Em juízo, os instrumentos marcados pelo protagonismo das partes apresentam um maior grau de autonomia do que a imposição de uma decisão pelo Estado-juiz.

Ao longo da pesquisa, sugere-se que a crescente automação que resulta das novas tecnologias sugere que os mais modernos instrumentos à disposição do sistema marcam o declínio – talvez inevitável – da autonomia.

E a escolha pela autonomia como princípio desse sistema de solução de conflitos decorre da compreensão do direito em seu aspecto subjetivo. Ou seja, o direito é atributo da

²⁵⁵MEIRELES, Edilton. O Novo CPC e Sua Aplicação Supletiva e Subsidiária no Processo do Trabalho. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 713-740.

pessoa livre – e que objetivamente limita a atuação do Estado. Por essa razão, os instrumentos existem para satisfazer os interesses das pessoas. Há uma primazia natural do indivíduo que antecede e legitima a própria regra objetiva. Quando há uma violação ao sujeito lhe corresponde um direito de proteção exercido a princípio por meio da comunicação – e não da força²⁵⁶.

A alegoria da pirâmide para representar a ordem jurídica serve ao propósito de ilustrar a continuidade histórica de seu desenvolvimento buscando completude sistêmica e coesão principiológica²⁵⁷. Claro que erguer qualquer princípio, especialmente a legalidade ou a autonomia, à função orientadora de um sistema não se trata de um truque de fumaça e espelhos para legitimar arbitrariedades²⁵⁸. Sem dúvida que se trata de um conceito indeterminado que goza de normatividade por si só e do qual emanam regras coerentes programadas para concretizá-lo.

Diante da insuficiência abstrata dos textos legais e a lentidão de seu ritmo de produção, as necessidades particulares são primariamente resolvidas por meio de negociações que vinculam juridicamente as partes envolvidas. Além disso, a tradição social espontaneamente se estabiliza na forma de costumes, ainda que porventura sejam gramaticalmente contrários à lei.

Na sua primitiva intenção, o dualismo de Direito objectivo e o subjectivo exprime a convicção de que o segundo precede, no tempo e logicamente, o primeiro. A ideia é esta: primeiro nascem os direitos subjectivos, especialmente o de propriedade – protótipo do direito subjectivo – (por via da apropriação originária); mais tarde, surge o Direito objectivo, como ordem estatal que protege, reconhece e garante os direitos subjectivos originados independentemente d'ele. [...] Só por abstracção podia chegar-se paulatinamente ao conceito de ordem jurídica, partindo da concepção dos direitos subjectivos já existentes²⁵⁹.

Os direitos subjetivos já foram muito debatidos ao ponto de serem percebidos por diversas teorias e a proteção jurídica eficaz parece ser um ponto relevante. A teoria da vontade (Windscheid) explica que o ordenamento jurídico tutela a vontade livre. A teoria do interesse (Ihering) distingue o conteúdo útil e finalístico de seu respectivo meio de proteção formal. A teoria da garantia entende como direito subjetivo a garantia de proteção jurídica. E a teoria da pretensão garantida (Reale) compreende que se encontra na possibilidade de exigir a concretização do direito próprio em conformidade ao disposto normativamente. E também a

²⁵⁶Ibidem, p. 263-265.

²⁵⁷BROCHADO, op. cit., p. 147

²⁵⁸Ibidem, p. 158.

²⁵⁹KELSEN, op. cit., p. 43-44

teoria do direito reflexo (Kelsen) que estrutura o direito subjetivo como reflexo de um dever objetivo e que em sentido técnico lhe vale o exercício voluntário de uma ação para que o Estado realize a coação necessária²⁶⁰.

Evidente que a forma de garantir esses direitos em um sistema (hipoteticamente) orientado pelo princípio da autonomia não implica preponderantemente a judicialização do conflito. Assim, antes do Judiciário ser provocado a deixar sua inércia para exercer a função jurisdicional, existe uma paleta de instrumentos objetivos que a princípio seriam mais adequados. São instrumentos que estão ao alcance dos interessados na solução do conflito e não dependem da atuação do Juiz como os que serão expostos ao longo deste capítulo.

Ainda que os casos possam se assemelhar e, por conseguinte, a maioria deles deve ser tratada pelo mesmo instrumento, admite-se a pluralidade de remédios jurídicos. Em casos específicos deve ser empregada a solução que se revela (realmente) eficaz²⁶¹.

Em muitos povos como os orientais e a sociedade norte-americana no século XX, a expansão desses meios deu-se de modo espontâneo, como reflexo do multiculturalismo e da coesão da vida comunitária. A própria sociedade foi estruturando esses mecanismos, chamados nos Estados Unidos de ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), que foram progressivamente recebendo o reconhecimento da lei, como a mediação, a arbitragem e um sem-número de outros institutos, como o *rent a judge* na Califórnia, o *factfinding*, o *summary jury trial*, a arbitragem anexa à corte, os *ombudsmen* em inúmeras instituições, como bancos e hospitais, e a *early neutral evaluation*.²⁶²

Ocorre que em países da *civil law*, o fenômeno ganhou impulso relativamente tarde, no último quartel do século XX, e por razões distintas. Em especial, do surto incontrolável de demandas judiciais se originaram as políticas públicas de estímulo – ou imposições legais – à utilização de mecanismos alternativos.²⁶³

Se a divisão de trabalho é um elemento da sociedade complexa, a especialização²⁶⁴ também é imprescindível na organização de solução de conflitos. O uso do direito penal (em

²⁶⁰BROCHADO, op. cit., p. 125-128

²⁶¹MACIEL, op. cit., p. 261.

²⁶²GRECO, L, 2015, op. cit., p. 20.

²⁶³Ibidem, op. cit., p. 21.

²⁶⁴Notas do diário de campo acerca da especialização dos profissionais que atuam no Poder Judiciário – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A Defensoria Pública explica à requerida quem são os profissionais envolvidos: a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Magistrado. [...]

Narrativa da 46ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O magistrado determina que a criança seja ouvida por Psicólogo. [...]

Narrativa da 48ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A mãe pede apoio psicológico para a criança, mas recebe apenas recomendações. [...]

Narrativa da 49ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Chega o Psicólogo pontualmente. [...]

princípio) predomina na sociedade primitiva e é menos adequado aos indivíduos com elevado grau de interdependência. A solidariedade orgânica justifica uma política nacional de métodos adequados de resolução de conflitos.

O Estado moderno é especializado, administrador da burocracia, controlador da violência, comandante do poder de polícia²⁶⁵ e se apropria da racionalidade. Esses elementos contribuem para o reconhecimento e legitimidade do domínio do Estado. É possível compreender o interesse estatal de promover a especialização dos meios de solução de conflitos sob a sua esfera de vigilância nos termos da lei.

Aqui se faz necessário descortinar o mito de que alguma sistematização de ideias poderia não ser ideológica. A escolha por indicar a efetividade da solução extrajudicial dos conflitos integra uma ideologia que tenta conquistar a realidade²⁶⁶. Sequer se trata de uma ideologia nascida no século XXI ainda que só tenha ganhado destaque no Brasil nos anos recentes.

A terceira onda de acesso à justiça investe seus esforços “[...] no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”²⁶⁷. Realmente, o propósito (declarado) do sistema jurídico é imunizar a sociedade contra os conflitos e remediar a violência²⁶⁸.

Assim, o acesso à justiça se torna cada vez mais complexo e comporta fenômenos de desjurisdicionalização e até mesmo de desjudicialização. Na definição sociológica, a desjurisdicionalização pode ser compreendida como a intervenção do Poder Judiciário sem implicar a imposição de uma decisão pelo magistrado ao passo que a desjudicialização é a não intervenção do Poder Judiciário²⁶⁹. Qualquer que seja o instrumento aplicado, a sociedade está sempre buscando pela estabilização das relações como um pressuposto da segurança.

2.1 As soluções pacíficas e outras falácias democráticas

²⁶⁵Notas do diário de campo acerca do poder de polícia do magistrado na condução das audiências – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 1ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado adverte a parte autora para que respeite o decoro. [...]

²⁶⁶MACIEL, op. cit., p. 291.

²⁶⁷CAPPELLETTI, op. cit., p. 67-68.

²⁶⁸MACIEL, op. cit., p. 261.

²⁶⁹ALEMÃO, Ivan. *Sociologia do direito para concursos da magistratura* (de acordo com a Resolução nº 75 do CNJ). São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 24.

A problemática em compreender o poder consiste em representar integralmente como que os fatos sociais que fundamentam a ordem jurídica resultante de um processo valorativo assumem a forma de uma estrutura normativa²⁷⁰.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput da CF/1988)²⁷¹, razão pela qual todo o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único da CF/1988) e é promovida a solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da CF/1988). Trata-se também de um princípio de direito internacional que o desenvolvimento sustentável seja alcançado por meio da solução pacífica das controvérsias (princípio 26 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992²⁷²).

Realmente, a participação popular nos assuntos públicos é um direito político reconhecido internacionalmente (art. 23, § 1º, “a” da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica promulgado pelo Decreto n. 678/1992²⁷³). Assim, há de se precisar que o ordenamento jurídico brasileiro é resultado da conjugação de forças políticas em uma arena democrática²⁷⁴.

A tecnologia assume um papel de destaque inclusive na formação da democracia nacional. O espaço de debate da internet comporta a livre manifestação do pensamento e a propaganda eleitoral em sítios (exceto administrativos ou de pessoas jurídicas), mensagens eletrônicas e redes sociais (artigos 57-A ao artigo 57-I da Lei n. 9.504/1997²⁷⁵). E ainda, os partidos políticos são obrigados a prestar contas de suas campanhas eleitorais publicamente em sítio eletrônico (art. 28, § 4º da Lei nº 9.504/1997). Do mesmo modo, serão publicadas em sítio eletrônico as informações prévias relativas às pesquisas e testes (art. 33, § 2º da Lei nº 9.504/1997).

²⁷⁰REALE, op. cit., p. 9

²⁷¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁷²BRASIL. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁷³BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁷⁴Os senadores, deputados federais, deputados estaduais e vereadores são representantes eleitos – por maioria ou proporcionalidade – pelo voto direto e secreto dentre os candidatos indicados por partidos políticos nacionais (art. 2º do CE/1965). Se bem que o sufrágio universal não admite que se alistem os menores de dezesseis anos, tampouco os estrangeiros e os conscritos (art. 14; § 1º, c; § 2º da CRFB/1988). Além desses, não podem ser eleitos os analfabetos e aqueles que não cumpram a condição de idade mínima do cargo (art. 14, § 3º, VI e § 4º da CRFB/1988).

²⁷⁵BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A proposta consiste em alçar os interessados além do status passivo de absoluta subordinação à atividade (legislativa, administrativa ou jurisdicional) do Estado, superando também o status negativo por gozar de liberdades (com destaque à inércia²⁷⁶ do Poder Judiciário), ou mesmo positivo que se esgotaria no direito de exigir uma tutela do Estado (como a prestação jurisdicional), mas ao status ativo como atores que protagonizam como se dará a produção do Direito²⁷⁷.

No caso concreto²⁷⁸, a criança foi ouvida com atenção pelo magistrado, inclusive ao ponto de restar evidente a ausência de afinidade real com a genitora biológica, embora desinformada, uma vez que aparentou desconhecer esse vínculo sanguíneo. Assim, se fez cumprir uma das regras mais básicas para colocação em família substituta (art. 28, § 1º do ECA/1990²⁷⁹). Evidentemente, a participação do interessado na solução da controvérsia fortalece o regime democrático e concretiza a autonomia como princípio.

Notadamente, a participação da criança não foi plena como se pode constatar em razão dela não ter figurado nominalmente como sujeito do processo e sequer receber a oportunidade de ler ou assinar a ata da audiência apesar de sua insistência. Essa aparente contradição é formalmente sanada pela intervenção do Ministério Público (art. 178, II do CPC/2015²⁸⁰).

Os partidos revelam que a sociedade convive com ideologias antagônicas, ainda que se sustente o mito da neutralidade – especialmente do juiz. O poder é empregado dentro de um sistema que simbolicamente atribui ao povo a legitimidade de produzir a norma. Entretanto, esse povo é desmobilizado por instrumentos racionais até o ponto em que o poder se concentre realmente nas mãos de seus representantes formais.

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. (...) A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do

²⁷⁶Notas do diário de campo acerca da inércia do Poder Judiciário – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado afirma que os ofícios já foram expedidos e que já decidiu um determinado pedido antes de ser apresentado pela Defensoria. [...]

²⁷⁷MENDES, op. cit., p. 157

²⁷⁸Notas do diário de campo acerca de passividade, sujeição e subordinação – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 4ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O juízo se comunica com facilidade com a criança perguntando sobre a sua família, sua educação e sua alimentação. A criança não reconhece a sua genitora como sua mãe e diz que ela é mãe de uma amiga sua. (...) A criança pede diversas vezes um dos papéis que circulam entre os adultos porque quer assinar também, mas é ignorada. [...]

²⁷⁹BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁸⁰BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes²⁸¹.

Ainda que o programa normativo decorra da conjugação atual de forças democráticas, há uma vedação constitucional originária às propostas de emenda que tendam a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º da CRFB/1988). A propósito, causa estranheza – e mitiga o princípio da autonomia – que o cidadão não se encontre nem mesmo por meio de manifestação coletiva em âmbito nacional no rol de legitimados a propor emenda à Constituição (art. 60, incisos I a III da CRFB/1988).

Até mesmo no julgamento colegiado é possível constatar o debate democrático como um valor, uma vez que para todos os efeitos o voto vencido necessariamente integra o acórdão (art. 941, § 3º do CPC/2015²⁸²). A falta de consenso no julgamento de uma apelação, ação rescisória (procedente) ou de um agravo de instrumento (que reforme o mérito) implica inclusive a aplicação da técnica de julgamento de convocar mais julgadores para compor o colegiado (art. 942 do CPC/2015).

O programa normativo não se separa da ordem política, pois a produção legislativa decorre do manejo de instrumentos formais pelos grupos no poder. E um resultado provável para a ordem jurídica consiste na marginalização das expressões políticas dos grupos não dominantes como atividades ilegais.

Há uma certeza na democracia de que a oposição também constitui o governo. Isso implica uma política conciliadora de forças divergentes e uma mentalidade flexível²⁸³. Não obstante, a convivência de ideologias conflitantes não despe o Estado Democrático de Direito – justamente por ser Estado de Direito – da qualidade de ordem de coação.

O maior valor jurídico reconhecido ao Estado ou aos seus órgãos em relação aos súbditos consiste em a ordem jurídica conceder a todos ou a alguns homens (os órgãos da autoridade) dotados da qualidade de órgãos do Estado, a capacidade de obrigar os súbditos mediante uma manifestação unilateral da sua vontade (ordem, mandato).²⁸⁴

²⁸¹BARROSO, 2009, op. cit., p. 19

²⁸²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁸³REALE, op. cit., p. 3

²⁸⁴KELSEN, op. cit., p. 98.

O poder assume muitas formas na sociedade democrática. Realmente, as pessoas se comportam de acordo com regras que decorrem das leis, das sentenças, dos contratos ou dos costumes.

A fonte de direito consiste assim em um ato de vontade, da sociedade, por seus poderes de natureza executiva, legislativa e judiciária, ou de grupos sociais ou instituições, ou até dos próprios indivíduos no exercício de um poder que lhes é reconhecido pela ordem jurídica, que é a chamada autonomia privada.²⁸⁵

Não à toa que os costumes são classificados em três espécies: *secundum legem*, *praeter legem* e – vale destacar – *contra legem*.²⁸⁶ Assim, a lei não necessariamente coincide com os hábitos (ou mesmo com os anseios) do povo que lhe antecede. E claro que tampouco a *lex non grata* será espontaneamente praticada pelo povo. Vale recordar aqui a Lei Feijó²⁸⁷ editada – para inglês ver – meio século antes da Lei Áurea²⁸⁸.

Essa contradição decorre da concretização da autonomia a despeito do programa normativo. Além disso, na omissão legal, o costume é produzido pelo preenchimento autônomo das lacunas legislativas. E mesmo quando o costume se amolda à lei, pode ser percebido como uma decorrência da autonomia capaz de preencher conceitos indeterminados.

O contexto social, em regra, é auto-explicativo e dispensa a intervenção da ciência jurídica²⁸⁹. Assim, quando os indivíduos negociam em definitivo os termos de um contrato, a autonomia privada implica não necessariamente estarem acompanhados de advogados e muito menos de um juiz para decidir o que deve ser feito em seguida.

Ainda sobre as manifestações de poder pelo povo, é preciso destacar a iniciativa popular como um direito político que serve de instrumento para expressar os anseios sociais (art. 14, III da CRFB/1988)²⁹⁰ e que pode ser exercido tanto no âmbito federal (art. 61, § 2º da CRFB/1988), quanto no estadual (art. 27, § 4º da CRFB/1988) e também no municipal (art. 29, XIII da CRFB/1988).

²⁸⁵AMARAL, op. cit., p. 83.

²⁸⁶TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 17.

²⁸⁷BRASIL. Lei de 7 de novembro de 1831. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁸⁸BRASIL. Lei n. 3.353 de 13 de maio de 1888. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁸⁹KELSEN, op. cit., p. 8-9

²⁹⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Além dessa forma de participação democrática, destacam-se os plebiscitos e os referendos (art. 49, XV da CRFB/1988²⁹¹). Qualquer incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados é necessariamente precedida da aprovação pela população diretamente interessada por meio de plebiscito (art. 4º, caput da Lei nº 9.709/1998)²⁹².

Realmente, a participação adequadamente informada dos interessados nos processos decisórios é a melhor maneira de tratar as questões ambientais²⁹³ (princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992²⁹⁴). A participação da comunidade direciona as ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III da CRFB/1988). Assim, o programa normativo da ordem social pressupõe que a sua concretização se dá no âmbito da coletividade. Ou seja, seus destinatários também são os seus sujeitos.

Notadamente, a jurisdição é uma marca do poder institucionalizado exercido pela unidade política estatal sobre os indivíduos²⁹⁵. Apesar das atividades estatais evidentemente ostentarem o mais elevado grau de imperatividade, não se pode deixar de mencionar que existem entidades intermediárias – partidos políticos, sindicatos, associações e sociedades – que exercem poder sobre seus afiliados²⁹⁶. A bem da verdade, são outras formas, compatíveis com o regime democrático, de mitigação da autonomia.

Ainda que a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário sirva à justa composição da lide, “ninguém poderá afirmar que as demais formas de composição de conflitos, realizadas pelos agentes do Poder Executivo, não sejam igualmente justas e conformes à lei.”²⁹⁷

²⁹¹Ibidem.

²⁹²BRASIL. Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁹³Certamente que a participação dos usuários e das comunidades é um fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 1º, VI da Lei n. 9.433/1997), bem como a sociedade civil participa das audiências públicas promovidas pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (art. 15 da Lei n. 11.105/2005), há participação popular no estabelecimento e revisão da Política Nacional de Unidades de Conservação e consultas públicas quanto à criação de unidades de conservação (art. 5º, II e art. 22, § 2º da Lei n. 9.985/2000). Em especial, assegura-se que as comunidades indígenas serão ouvidas quando suas terras forem afetadas para aproveitamento de recursos hídricos ou para lavra de riquezas minerais (art. 231, § 3º da CRFB/1988). E também, a participação das comunidades é assegurada nos grupos de trabalho para regularização de unidades de conservação sobrepostas às áreas indígenas (art. 57 da Lei n. 9.985/2000).

²⁹⁴BRASIL. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

²⁹⁵DINAMARCO, op. cit., p. 102.

²⁹⁶Ibidem, p. 76.

²⁹⁷SILVA, op. cit., p. 65.

Em diversos ramos do direito, podem ser mencionados exemplos de garantia da participação popular, inclusive no direito administrativo²⁹⁸ e no direito penal²⁹⁹.

Destaca-se que todo interessado tem direito de peticionar aos Poderes Públicos em defesa de seus direitos (art. 5º, XXXIV da CRFB/1988³⁰⁰). Claro que há um impulso oficial até mesmo nos procedimentos administrativos, mas a atuação dos interessados é necessariamente observada sem qualquer prejuízo (art. 2º, parágrafo único, XII da Lei n. 9.784/1999).

Assim, a autonomia é um princípio – ou critério – do sistema (hipotético) de solução de conflitos que deve orientar as soluções extrajudiciais. E mais, assuntos de interesse geral pendentes de decisão administrativa implicam a abertura de consulta pública aos administrados, desde que sem prejuízo ao interessado (art. 31, caput da Lei n. 9.784/1999).

Entretanto, as normas gerais e abstratas que decorrem do processo legislativo nem sempre são claras e tampouco cumpridas em todos os casos concretos. Assim, o programa normativo por si só não dá conta de promover a paz social. Por consequência, interesses conflitantes convivem e carecem de métodos de solução – extrajudiciais e judiciais.

A distinção tradicional entre Estado e Direito identifica aquele com o poder e este com a ordem justa. Ao passo que a sua conversão ideológica em Estado de Direito decorre da superação da justificativa religiosa para a legitimidade do Estado. Por certo que qualquer Estado se trata de uma ordem de coação sobre a comunidade que se manifesta sob a forma jurídica. A Teoria Pura do Direito vislumbra a possibilidade de justificação do Estado contanto que seja por meio de elementos extrínsecos ao Direito propriamente dito – como a política ou a ética³⁰¹.

A sociedade não se encontra – se é que em algum tempo e lugar se encontrou – em um estado de natureza, mas em busca de um estado harmônico. E a transição democrática entre

²⁹⁸Por exemplo, há obrigatoriedade de audiência pública para licitações que isoladas ou em conjunto – com objetos similares e não posteriores a 120 dias do término de contrato anterior – superem R\$ 150.000.000,00 (art. 39 da Lei n. 8.666/1993). E mais, qualquer cidadão pode impugnar edital de licitação irregular (art. 41, § 1º da Lei n. 8.666/1993 e art. 87, § 1º da Lei n. 13.303/2016). Há uma programação normativa republicana de fiscalização anual das contas municipais que admite o questionamento por parte de qualquer contribuinte (art. 31, § 3º da CRFB/1988).

²⁹⁹Na execução penal, assegura-se a participação do Conselho da Comunidade – formado por 1 comerciante, 1 advogado, 1 defensor público e 1 assistente social – em cada comarca para visitar os estabelecimentos penais mensalmente, entrevistar presos, apresentar relatórios mensais e diligenciar recursos assistenciais (artigos 80 e 81 da LEP/1984).

³⁰⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁰¹KELSEN, op. cit., p. 104-108

esses dois extremos (sobrevivência versus civilização) pode ser compreendida na alegoria do contrato social. Trata-se da negociação implícita entre os atores de uma trama política. Ou ainda, uma disputa velada entre jogadores numa arena com regras jurídicas que culmina com o consenso ou a imposição da força autorizada.

A busca pela realização pessoal impulsiona os protagonistas da comunidade. Entretanto, a limitação fática à satisfação de seus interesses em uma lógica econômica de escassez produz uma situação crítica. Ademais, essa crise se relaciona mais intimamente com os instintos de luta ou fuga do que com deveres jurídicos contra-intuitivos – como a imposição de uma pseudo-solidariedade por meio de obrigações legais. Assim, somente a soberania popular é capaz de legitimar a produção de leis para limitar a lógica egoísta natural aos indivíduos.

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) pode ser mencionado como um exemplo de força que decorre da organização de centenas de milhares de famílias sob bandeiras comuns: reforma agrária, educação, cultura, igualdade de gênero, diversidade étnica, democratização da comunicação, saúde pública, desenvolvimento econômico, democracia participativa e soberania nacional. Não são um partido político, mas se articulam setorialmente até mesmo em âmbito internacional. As suas formas de luta oficiais – ocupação de terras e prédios públicos, acampamentos rurais e urbanos, marchas, greves de fome, vigílias e manifestações – instrumentalizam a autonomia dos interessados para solucionar conflitos.

A greve também se revela como um instrumento social de pressão do trabalhadores contra seus empregadores, inclusive por parte dos servidores públicos contra a Administração Pública (art. 9º, caput e art. 37, VII da CRFB/1988³⁰²).

A educação é uma fonte supostamente plural de ideias (art. 206, III da CRFB/1988³⁰³) que em parte representa manifestações culturais difusas (art. 215, caput da CRFB/1988). Por conseguinte, a autonomia das universidades e instituições de pesquisa (art. 207 da CRFB/1988) é uma forma de garantir a não homogeneização da diversidade – essencial à democracia – contra o poder político da maioria.

³⁰²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁰³Ibidem.

As instituições democráticas em si mesmas são fontes de diversidade e por vezes a atuação de seus membros ocasiona conflitos internos à própria corporação em razão de sua complexidade orgânica. Por exemplo, decisão³⁰⁴ recente do STF acerca da solução administrativa dos conflitos de atribuições no Ministério Público relega a atuação do Poder Judiciário nessas questões intrínsecas:

Compete ao PGR, na condição de órgão nacional do Ministério Público, dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais. [...] ACO 924/PR, rel. Min. Luiz Fux, 19.5.2016. (ACO-924)

Essa diversidade institucional se assemelha às contradições internas de qualquer sistema. E as antinomias precisam ser resolvidas por critérios lógicos³⁰⁵. No caso do sistema de solução de conflitos – sem olvidar da hierarquia, cronologia e especialidade – a autonomia³⁰⁶ se destaca como um norteador capaz de harmonizar as regras em colisão.

Se os sistemas são construídos por conteúdo valorativo³⁰⁷, o programa normativo de cada instrumento deve ser conjugado com a realidade da cultura democrática. Em princípio, esse valor cultural implica a participação ativa dos cidadãos interessados como um fundamento de qualquer regra procedimental.

A negociação, enquanto meio elementar à disposição dos interessados na solução de conflitos se revela como um instrumento radicalmente distinto da imposição de uma decisão, cujo êxito ou fracasso depende em grande parte de enfoque técnico preparatório:

[...] (i) quais são os interesses envolvidos; (ii) quais são os recursos e as capacidades das partes; (iii) quais opções criativas podem ser desenvolvidas; (iv) quais são as alternativas das partes; (v) qual é o Batna das partes; (vi) qual é o valor de reserva; (vii) quais são os critérios objetivos que se aplicam à negociação; (viii) que perguntas deve fazer, como e com que tom; (ix) que informações deve revelar; que pontos deve fazer, como e com que tom e com qual moldura; (x) mapeamento de conflitos de agência; (xi) mapeamento de questões de relacionamento; (xii) como será a primeira oferta ou proposta; (xiii) como será o processo de negociação.³⁰⁸

A negociação, a mediação e a arbitragem, dentre outros métodos, se tornaram uma estratégia governamental cujo objetivo é desonerar o Poder Judiciário. Além desse objetivo

³⁰⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 924/PR, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo826.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁰⁵MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Concurso da Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

³⁰⁶Por exemplo, se um casal celebra diversos acordos materialmente incompatíveis em épocas distintas, o primeiro critério a ser considerado deve ser a vontade válida das partes de prevalecer aquele que melhor se adapte às suas necessidades concretas. Certamente não é o simples fato de um deles ser mais recente, mais detalhado ou estar homologado que estabelece as suas bases de eficácia. E de nada serve a validade teórica sem a eficácia prática.

³⁰⁷MACIEL, op. cit., p. 260.

³⁰⁸GABBAY, op. cit., p. 41.

nem sempre declarado, a falácia da solução pacífica das controvérsias oculta riscos reais de negação de acesso à justiça formal, as desvantagens aos hipossuficientes, os perigos da sua institucionalização e a imposição dos métodos. A propósito, em relação à obrigatoriedade, existem aqueles que sustentam que a inafastabilidade de jurisdição se dirige tão somente ao Legislativo (o que parece ser incompatível com a obrigatoriedade legal de um método alternativo).³⁰⁹

Ainda que os métodos alternativos de solução de conflitos sejam bastante estimulados atualmente, há um referencial para criticar o oportunismo e conveniência do fenômeno, pois “a história nos revela que as soluções de conflitos entre grupos humanos se efetivaram, de forma constante e variável, através da mediação. Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas têm longa e efetiva tradição em seu uso”. O que se conclui é que “não se trata, pois, de fortalecer a democracia, mas sim de fortalecer o mercado” por razões neoliberais conforme apontam autores.³¹⁰

Essa participação como expressão de cidadania comporta um significado múltiplo. Trata-se de uma participação política, social, econômica, cultural e educacional. Assim que se vence o emprego consolidado da violência, do medo, da desigualdade e da arbitrariedade como formas de controle social³¹¹.

E não se trata apenas de uma questão de democracia e de soluções pacíficas, uma vez que dentre os motivos mais evidentes pelos quais as pessoas em conflito buscam os métodos extrajudiciais se destaca o alto custo da via judicial. Entretanto, as despesas processuais e os honorários advocatícios não são imprevisíveis e tampouco incontrolláveis. Decerto que o custo da prestação jurisdicional é produzido dentro de uma lógica excludente planejada em desfavor das classes oprimidas.

2.2 O contexto da autonomia privada irresponsável nas relações eletrônicas

³⁰⁹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. 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: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1-32.

³¹⁰GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. Da mediação e da conciliação na definição do novo Código de Processo Civil: artigo 165. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33-108.

³¹¹MACIEL, op. cit., p. 288.

Em uma visão retrospectiva, a revolução industrial consistiu em uma aplicação tecnológica na produção de riqueza. Suas inúmeras repercussões sociais podem ser destacadas pela dicotomia ideológica entre liberalismo e socialismo e exemplificada juridicamente pelo fortalecimento de organizações operárias³¹². Para atualizar a discussão jurídica sobre os possíveis impactos na ordem social que podem advir de uma revolução tecnológica, se faz necessário contextualizar a *internet* como um componente da rede de forças atuantes no sistema de solução de conflitos tanto extrajudicialmente quanto judicialmente.

O poder econômico e o desenvolvimento tecnológico estão sempre um passo à frente da ciência jurídica. “Com efeito, a contratação eletrônica veio abalar, de um só golpe, cinco referências fundamentais utilizadas pela disciplina jurídica do contrato: quem contrata, onde contrata, quando contrata, como contrata e o que contrata”³¹³. E assim chancela o artigo 425 do CC/2002³¹⁴ que por admitir os contratos atípicos privilegia a autonomia da vontade, (supostamente) potencializada pelo meio eletrônico.

Se um contrato é celebrado no lugar em que foi proposto (art. 435 do CC/2002³¹⁵), que dizer de uma proposta recebida eletronicamente. Além disso, o contrato entre ausentes se aperfeiçoa com a expedição da aceitação, exceto se o proponente aguarda resposta, se a retratação for tempestiva ou se o aceite for intempestivo (art. 434 do CC/2002).

As novas tecnologias são dotadas de um aspecto emancipador que encurta distâncias e conversa a memória. A liberdade fundamenta relações não regulamentadas equivocadamente tidas como espaços de não direito, mas há de se recusar a mão invisível do mercado. Nesse tom, a insuficiência do direito à privacidade (art. 5º, X da CRFB/1988³¹⁶) já faz nascer o direito ao esquecimento. No entanto, pensamentos conservadores por muito tempo discutiram se o livro (art. 3º, I da Lei Complementar n. 87/1996³¹⁷) se tornou ou não o *e-book*³¹⁸.

³¹²REALE, op. cit., p. 15.

³¹³SCHREIBER, Anderson. Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro - Formação dos Contratos Eletrônicos e Direito de Arrependimento. In: Plínio Melgar (org.), *O Direito das Obrigações na Contemporaneidade* - Estudos em Homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 44.

³¹⁴BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³¹⁵BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³¹⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³¹⁷BRASIL. Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³¹⁸TEPEDINO, op. cit., P. 77-96.

A violação da privacidade dos registros de conexão, dos registros de acesso a aplicações da internet e das comunicações privadas por meio eletrônico só é admissível por ordem judicial (art. 7º, II e III; art. 10, § 1º e § 2º; art. 13, § 5º; art. 15, § 3º da Lei n. 12.965/2014³¹⁹).

No mesmo sentido, a tecnologia e a livre iniciativa transformaram amplamente o mercado e frequentemente a harmonia com o ordenamento jurídico se dá com o controle judicial. Os táxis atualmente dividem o mercado de modo acirrado com o serviço internacional digital da marca *Uber*, as operadoras de televisão por assinatura competem com o serviço internacional digital da marca *Netflix* e investigações criminais buscam polemicamente a cooperação do serviço internacional digital da marca *WhatsApp*. Não à toa, a Lei Complementar n. 157 de 2016 tratou de incluir diversos serviços eletrônicos na lista anexa à Lei do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza³²⁰.

Forçoso reconhecer a necessidade de revisar os antigos dogmas e relativizá-los historicamente por meio de pesquisas comparativas. Novos problemas flexibilizam o paradigma das categorias jurídicas pretéritas. O Estado moderno e a própria lei extraem sua autoridade da serventia à pessoa³²¹.

Os problemas de hoje não nasceram em outros tempos e em outras terras, não mais que do ‘Admirável Mundo Novo’ de Huxley. As questões de privacidade do homem-vitrine da sociedade da vigilância e classificação não podem ser traçadas às do burguês da Revolução Industrial ou do monge do Feudalismo. E no mesmo sentido, o consentimento nos negócios jurídicos atualmente só pode ser compreendido à luz do indomável progresso tecnológico³²².

Frise-se nesse ponto que a autonomia da vontade não pode ser compreendida descontextualizada do estado da tecnologia. Em especial, a rede mundial de computadores molda o acesso à informação e isso repercute na tomada de decisão informada. Além disso, os paradigmas contratuais foram alterados em escala sem precedentes históricos e, por conseguinte, institucionais.

³¹⁹BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²⁰BRASIL. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²¹PERLINGIERI, op. cit., p. 53.

³²²RODOTÁ, op. cit., p. 23-25.

Se houve uma época em que a troca, permuta ou escambo (art. 533 do CC/2002³²³) preponderava no direito privado, transformações sócio-econômicas garantiram que a compra e venda (art. 481 ao art. 532 do CC/2002) assumisse maior relevância. Assim, a revolução tecnológica inegavelmente se reflete no ordenamento jurídico em assombrosa magnitude.

No Brasil, o marco legal da internet (Lei n. 12.965/2014³²⁴) abordou diversas tensões do ambiente digital sob a classe de princípios (art. 3º): liberdade de expressão, privacidade, segurança de dados, neutralidade da rede, funcionalidade internacional, responsabilidade dos agentes, participação e liberdade de negociação.

Em um cenário de crescente valorização econômica dos dados pessoais, inclusive a título de contraprestação em contratos aparentemente gratuitos, são considerados dados sensíveis: a origem social e étnica, a saúde, a informação genética³²⁵, a orientação sexual e as convicções políticas, religiosas e filosóficas (art. 3º, § 3º, II da Lei nº 12.414/2011³²⁶). Entretanto a experiência prática sugere que os sítios eletrônicos não traçam um limite de preservação da privacidade dos usuários quanto a esses e tantos outros dados.

Cabe destacar que os contratos eletrônicos de consumo se tornam cada vez mais comuns e admitem o exercício do direito de arrependimento durante o prazo de reflexão de 7 dias a contar do recebimento do produto ou serviço (art. 49 do CDC/1990³²⁷).

Existe uma preocupação atual com a autodeterminação sobre dados pessoais que extrapola o âmbito de proteção do *habeas data*. Não obstante, os serviços de proteção ao crédito e as listagens de mala direta estão compreendidos dentre os registros e bancos de dados que são objeto do remédio constitucional (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.507/1997³²⁸) para tutela do direito de personalidade³²⁹.

³²³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017..

³²⁴BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²⁵Atualmente, a identificação criminal comporta até mesmo a coleta de perfil genético (art. 5º-A, caput da Lei n. 12.037/2009). Em que pese a regra seja a identificação civil, a autonomia do indivíduo é relativizada nas hipóteses previstas – rasura, falsificação, insuficiência, conflito, essencialidade, divergências, lapso – sujeitando à identificação criminal (art. 3º, caput da Lei n. 12.037/2009).

³²⁶BRASIL. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²⁷BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²⁸BRASIL. Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³²⁹MENDES, op. cit., p. 450-451.

O conteúdo da vida honesta, inofensiva e justa se transforma por meio das relações eletrônicas. Ao contrário da legalidade estrita que rege a responsabilidade penal, a responsabilidade civil de indenizar não decorre exclusivamente do ato lesivo na sociedade de consumo em massa interligada pela rede mundial de computadores.

Realmente, quem ilicitamente causa dano a outrem é obrigado a repará-lo (art. 927, caput do CC/2002³³⁰). Entretanto, precisar quem é o causador do dano por ato ilícito praticado em meio eletrônico pode se revelar uma tarefa hercúlea que esvazia a obrigação de indenizar.

No caso concreto³³¹, apesar de serem contratantes de provedores de conexão, tanto a parte quanto os auxiliares não conseguiram acesso à internet em seus celulares dentro da sala de audiências. Em razão disso, uma informação que poderia ter sido acessada em provedor de conteúdo restou desconhecida. Nessa situação, o nexos causal indica que a eventual responsabilidade pela falta de serviço seria do provedor de conexão (e não do provedor de conteúdo).

A opção legislativa foi pela não responsabilização civil dos provedores de conexão à internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros (art. 18 da Lei n. 12.965/2014³³²).

Já os provedores de aplicações de internet são responsáveis pelos conteúdos de terceiros se descumprirem ordem judicial específica (art. 19, caput da Lei n. 12.965/2014³³³). Ou ainda, quando forem devidamente notificados serão responsabilizados subsidiariamente se não indisponibilizarem o conteúdo de terceiro que viole a intimidade por meio de cenas de nudez ou de caráter sexual (art. 21 da Lei n. 12.965/2014). A notificação também é o marco relevante para a responsabilidade penal do prestador de serviço que deixar de desabilitar o acesso ao conteúdo de pornografia infantil (art. 241-A, § 2º do ECA/1990³³⁴). E ainda, quando se tratar de violação de direitos autorais, também cabe a responsabilização dos provedores de aplicações de internet (art. 31 da Lei n. 12.965/2014). Em âmbito eleitoral, os provedores de conteúdo e de serviços multimídia são responsabilizados quando comprovado

³³⁰BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³³¹Notas do diário de campo acerca da falha no acesso à internet – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 46ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Tentam conseguir a informação pela rede social, mas os celulares estão sem sinal. [...]

³³²BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³³³Ibidem.

³³⁴BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

seu conhecimento prévio do conteúdo de propaganda eleitoral irregular ou quando não tomarem providências tempestivamente após serem notificados pela Justiça Eleitoral (art. 57-F da Lei nº 9.504/1997³³⁵).

Por certo que a propaganda eleitoral caluniosa, difamatória, injuriosa ou inverídica quando propalada pela internet produz efeitos prejudiciais enquanto não for retirada. A permanência independe da prática de novos atos pelo autor da ofensa – trata-se de fenômeno da automatização. Assim, o prazo decadencial para pedir o direito de resposta só começa a correr de sua retirada (art. 58, § 1º, III da Lei n. 9.504/1997³³⁶).

Aliás, os vereadores somente gozam de inviolabilidade por suas palavras em razão do mandato na circunscrição do Município (art. 29, VIII da CRFB/1988³³⁷). A relativização do conceito espacial que decorre da publicidade por meios eletrônicos pode representar um fator problemático e limitante dessa inviolabilidade no caso concreto.

A interdição de mensagens ou páginas de informação pode ser determinada pelo juiz na hipótese de discriminação ou preconceito por motivos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional praticadas, induzidas ou incitadas por meio da rede mundial de computadores (art. 20, § 3º da Lei n. 7.716/1989³³⁸).

Há uma preocupação fundada combatida com política criminal em relação à corrupção de menores praticada por meios eletrônicos, inclusive em salas de bate-papo da internet (art. 244-B, § 1º do ECA/1990³³⁹). E também é combatida com política criminal a pornografia infantil perpetrada por meio da rede mundial de computadores (artigos 241-A, art. 241-B e 241-D do ECA/1990).

Logo, o que se demonstra é que danos graves são causados por meios eletrônicos. E a resposta do legislador nem sempre é célere ou eficaz a ponto de instrumentalizar a ordem jurídica com as condutas necessárias à sua prevenção ou mesmo reparação. O sistema inexoravelmente abrange uma nova via de satisfazer interesses ou gerar novos conflitos.

³³⁵BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³³⁶Ibidem.

³³⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³³⁸BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³³⁹BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A população em geral enfrenta uma nítida limitação ou incapacidade pessoal porque falta-lhes o conhecimento jurídico básico até para perceber que em determinada relação estão sofrendo um abuso que é passível de objeção. Assim, há uma necessidade por informação que é primordial e deve ser atendida³⁴⁰.

2.3 As despesas e os honorários como fatores na equação de conflitos

É certo que as taxas judiciárias³⁴¹ devem guardar equivalência com o custo do serviço prestado para garantir o exercício do direito de proteção judicial efetiva³⁴². Entretanto, o acesso à justiça por meio da resolução formal de litígios é muito caro. As despesas incluem os salários de juízes e de servidores, os prédios e outros recursos necessários. Nos países que adotam a sucumbência, o perdedor ainda é penalizado arcando com os custos de ambas as partes. E a despesa mais expressiva costuma ser os honorários advocatícios³⁴³.

“A justiça é cara e da brasileira pode-se dizer o que com sarcástico humor britânico fora dito: *is open to all, like the Ritz Hotel*.”³⁴⁴ A comparação cômica da acessibilidade da atividade jurisdicional àquela de um hotel cinco estrelas denuncia uma função implícita de se destinar predominantemente a quem puder arcar com os seus custos.

Entretanto, em muitos países desenvolvidos a justiça é até mais cara do que no Brasil. Por exemplo, na Alemanha, nos Estados Unidos e na Inglaterra, nenhuma causa custa menos do que mil dólares.³⁴⁵

Evidentemente, não foram exploradas todas as alternativas em relação aos custos do processo, inclusive o financiamento do processo por terceiros oriundos do mercado financeiro ou de seguros. O risco ético que assombra essa linha consiste na vinculação entre o acesso à justiça financiado ser frequentemente compensado com uma porção significativa do eventual êxito da parte.³⁴⁶

³⁴⁰CAPPELLETTI, 1988, p. 23

³⁴¹Essa matéria se encontra na competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, IV da CRFB/1988).

³⁴²MENDES, op. cit., p. 416-417.

³⁴³CAPPELLETTI, op. cit., p. 15-16.

³⁴⁴DINAMARCO, op. cit., p. 325.

³⁴⁵GRECO, L, 2015, op. cit., p. 417.

³⁴⁶ABREU, Rafael Sirangelo de. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 965-982.

A busca pela solução extrajudicial resulta também do cálculo comparativo de seus custos em relação à solução judicial. Notadamente, a tabela de honorários da OAB³⁴⁷ na seccional do RJ quando o CPC/2015³⁴⁸ entrou em vigor orientava que um advogado cobrasse 10% do valor de um acordo extrajudicial em honorários (ao menos R\$ 93,86 em março/2016) ao passo que propunha 20% sobre o valor da causa de uma ação cível de rito sumário mesmo se a parte for vencida (ao menos R\$ 2.815,67 em março/2016).

Em outubro de 2016, a OAB/RJ aprovou³⁴⁹ uma tabela de valores a serem cobrados por advogados para participação de audiências nos Juizados Especiais Cíveis. O valor foi aprovado em R\$ 150,00 por audiência com desconto progressivo conforme a quantidade de audiências no mesmo mês: a) de 5 a 10 audiências, desconto de até 20%; b) de 11 a 20 audiências, até 35%; c) de 21 a 40 audiências, até 50%; d) acima de 40 audiências, até 65% (R\$ 52,50).

Todavia, a sua contratação impõe ao cidadão um custo, nem sempre necessário e nem sempre recuperado. Na medida em que o processo se desformaliza e que se eleva a consciência jurídica do cidadão, certamente decairá a necessidade imperiosa da presença do advogado.³⁵⁰

Segundo Benedito Cerezzo Pereira Filho, a atuação da advocacia no processo de elaboração do CPC/2015 alcançou diversas conquistas, inclusive em relação aos honorários. Na perspectiva do autor, o fortalecimento da advocacia com dignidade contribui para a administração da justiça.³⁵¹

Há décadas que se verifica mundialmente a tendência dos parajurídicos assumirem um papel de importância no acesso à justiça. Isso decorre da constatação de que muitos serviços jurídicos poderiam em tese dispensar a execução por advogados caros e altamente treinados.³⁵²

Interessante mencionar que existe um raciocínio inverso no tocante ao direito eleitoral, uma vez que honorários advocatícios em processo judicial não podem ser considerados como

³⁴⁷ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Tabelas de Honorários*. Disponível em: <http://www.oabRJ.org.br/arquivos/156_Tabela_Honorarios_Marco_2016.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁴⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁴⁹ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB/RJ aprova tabela para atos de advogados correspondentes*. Disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/noticia/102515-oabRJ-aprova-tabela-para-atos-de-advogados-correspondentes>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁵⁰GRECO, L, 2015, op. cit., p. 17.

³⁵¹PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Os Honorários Advocatícios no Novo Código de Processo Civil e a Valorização do Advogado enquanto Profissional Indispensável à Administração da Justiça (Art. 133, CF). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 887-905.

³⁵²CAPPELLETTI, op. cit., p. 144.

gastos eleitorais de campanha (Ac.-TSE, de 10.3.2016, no AgR-REspe no 77355) ao passo que honorários advocatícios extrajudiciais no curso das campanhas eleitorais devem ser contabilizados como gastos eleitorais (Ac.-TSE, de 11.11.2014, no REspe no 38875). Trata-se de uma lógica de judicialização que não é orientada pelo princípio da autonomia e desencoraja a ação extrajudicial dos próprios interessados.

A propósito, julgado recente do STJ sobre os custos das soluções extrajudiciais reconhece a validade da obrigação contratual de indenizar honorários de advogado mesmo quando a atuação for extrajudicial:

[...] Não é abusiva a cláusula prevista em contrato de adesão que impõe ao consumidor em mora a obrigação de pagar honorários advocatícios decorrentes de cobrança extrajudicial. (...) Isso porque, além de não causar prejuízo indevido para o devedor em atraso e representar importante segmento no mercado de trabalho dos advogados, ela tem apoio nas normas dos arts. 389, 395 e 404 do CC, as quais atribuem ao devedor a responsabilidade pelas despesas e prejuízos causados em razão de sua mora ou inadimplemento, neles incluindo expressamente os honorários advocatícios. [...] REsp 1.002.445-DF, Rel. originário Min. Marco Buzzi, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 26/8/2015, DJe 14/12/2015.³⁵³

Já foi reconhecida a inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para a interposição de recurso administrativo (Súmula Vinculante do STF n. 21³⁵⁴). Tampouco se exige, em regra, a assistência do advogado nos procedimentos administrativos (art. 3º, IV da Lei n. 9.784/1999³⁵⁵). Tais exigências poderiam se revelar intransponíveis no caso concreto e por via transversa suprimiriam o devido processo.

Não se deve assumir que a falta de assistência por advogado necessariamente conduza ao desamparo, pois a própria administração se organiza de modo a elaborar modelos e formulários padronizados para atender demandas repetitivas (art. 7º da Lei n. 9.784/1999³⁵⁶). Assim, sem dúvida há um prestígio à segurança jurídica e à celeridade, mas uma observância temperada do princípio da autonomia. Com efeito, a dispensa de advogado privilegia a autonomia, mas por outro lado a formulação padrão de pedidos pode não atender em concreto às necessidades individuais do administrado.

³⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.311.402-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0574'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=21.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁵⁵BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁵⁶Ibidem.

Também o processo administrativo cuida da representatividade na sociedade de massa reconhecendo legitimidade às organizações e associações no tocante aos interesses coletivos e difusos, além de admitir interessados que não tenham iniciado o processo (art. 9, II, III e IV da Lei n. 9.784/1999³⁵⁷). Ainda que a legitimidade extraordinária se distancie do princípio da autonomia, a relativização é adequada em um cenário de multiplicação de demandas individuais.

A princípio, não se exige reconhecimento de firma no processo administrativo, salvo quando houver dúvida ou imposição legal (art. 22, § 2º da Lei n. 9.784/1999³⁵⁸). E tampouco se exige a autenticação prévia de documentos, uma vez que poderá ser feita pelo órgão administrativo (art. 22, § 3º da Lei n. 9.784/1999). Assim, logra-se que os custos extrajudiciais sejam reduzidos.

Além dos altos custos da demanda judicial que podem tornar fútil uma causa pequena, ainda é uma realidade brasileira imaginar que a solução possa demorar dois ou três anos para ser alcançada. E algumas pessoas se encontram em situação de vantagem por causa de seus recursos – podem pagar para litigar e aguardar a demora judicial³⁵⁹.

Aqui cabe precisar que o tempo também é um fator relevante nessa equação. Por exemplo, o prazo máximo para que seja proferida decisão em processo administrativo fiscal foi fixado em 360 dias (art. 24, caput da Lei n. 11.457/2007³⁶⁰).

O novo enfoque de acesso à justiça experimenta diversas reformas. Explora-se muito além das alterações de procedimento, reestruturação de tribunais e auxílio por pessoas leigas. Trata-se também de investir em evitar litígios e facilitar a utilização de mecanismos privados e informais para solucionar conflitos³⁶¹.

Contextualizando a perspectiva de acesso à justiça no Brasil, dentre todos os precedentes apresentados nesta pesquisa, o mais relevante é o voto vencido no julgado³⁶² recente do STF sobre a controversa constitucionalidade de cortes orçamentários à Justiça do Trabalho. A despeito da autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 99,

³⁵⁷Ibidem.

³⁵⁸Ibidem.

³⁵⁹CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19-21.

³⁶⁰BRASIL. Lei n. 11.457, de 16 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11457.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁶¹CAPPELLETTI, op. cit., p. 71.

³⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo832.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

caput da CRFB/1988³⁶³), há indícios de que o fenômeno da desjudicialização dos conflitos decorre tanto da busca pelo consenso quanto em função de uma precarização orçamentária planejada politicamente para esvaziar a garantia judicial dos direitos fundamentais:

[...] Realçava que a Justiça do Trabalho estaria sendo discriminada num contexto em que se prega a flexibilização dos direitos sociais e a remessa das disputas trabalhistas para uma solução privada. [...] Isso poderia culminar em um estado de submissão financeira e de subordinação orçamentária incompatível com a autonomia que a própria Constituição outorgou. [...] Asseverava que de nada valeriam os direitos e as liberdades se os fundamentos em que se apoiam deixaram de contar com o suporte do Poder Judiciário, que poderia ficar paralisado pela ausência de recursos orçamentários necessários ao regular funcionamento de seus órgãos. [...] ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux, 29 e 30.6.2016. (ADI-5468)

O voto vencido da ADI-5468 é de suma importância para a compreensão crítica das exposições contidas neste trabalho. Trata-se de perceber, por exemplo, que segundo o relatório Justiça em Números do CNJ³⁶⁴, no final de 2015, o Poder Judiciário contava com mais de 155 mil trabalhadores auxiliares (conciliadores, estagiários³⁶⁵, juízes leigos, terceirizados, trabalhadores de serventias privatizadas e voluntários) para mais de 278 mil servidores – e mais de 14 mil magistrados. Nos 6 anos anteriores, o primeiro tipo de contratação chegou a crescer mais de 80% enquanto o segundo cresceu apenas 6%.

No caso concreto³⁶⁶, o alimentado estava cursando faculdade e não conseguia um trabalho remunerado. O alimentante chegou a sugerir que trabalhasse como voluntário para que ganhasse experiência. Embora o trabalho voluntário não prepondere sobre as demais, integra as possíveis formas de precarização das relações produtivas. Nesse caso, não haveria a solidariedade material, mas o declínio da autonomia. Se o alimentante se sujeitasse ao trabalho voluntário, ocorreria uma exploração decorrente da conjugação de forças econômicas.

³⁶³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁶⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁶⁵Notas do diário de campo acerca de estagiários – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 44ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Advogado explica que é do escritório de prática jurídica da Universidade. (...) Advogado deseja boa sorte aos estagiários ao se despedir. [...]

³⁶⁶Notas do diário de campo acerca de voluntários – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 43ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Advogados concordam que cursar faculdade no turno da manhã é mais barato. (...) Alimentante sugere ao alimentado que faça trabalho voluntário para praticar já que não encontra emprego em sua área. (...) O alimentado escolheu a mesma área do pai, mas se desvinculou da empresa dele por ficar estigmatizado e estagnado. [...]

A propósito, pelo que consta no relatório *Justiça em Números*³⁶⁷ publicado em 2016 pelo CNJ, na Justiça do Trabalho – justamente aquela mais atingida pela precarização orçamentária segundo a ADI-5468 – são realizados mais acordos do que em qualquer outra justiça: 25% de seus processos contra a média de 11% do Judiciário como um todo.

Além disso, vale destacar uma conclusão pertinente de Edilton Meireles que contribui para explicar as diversas causas de precarização das relações de trabalho (e da própria Justiça do Trabalho):

A tentativa de se ressaltar a autonomia do processo do trabalho por parte dos processualistas trabalhistas e, por outro lado, o ‘esquecimento’ do processo laboral por parte dos processualistas civis, somente têm contribuído para frear o desenvolvimento daquele e retardar a modernização desse outro.³⁶⁸

Ainda sobre a precarização sistematizada do Poder Judiciário, aponta-se a impugnação do edital n. 003/2016 do TJPR apresentada pela Associação dos Analistas Judiciários do Estado do Paraná (Anjud). Trata-se de concurso público no qual se exigia CNH dos candidatos às especialidades de psicologia e serviço social com o objetivo de lhes imputar a dupla função de motorista.

A advertência acerca do declínio da autonomia do Poder Judiciário oportunamente coincidir com o estímulo ao emprego de *ADRs* encontra apoio na doutrina, uma vez que segundo Leonardo Greco:

O uso dos meios alternativos é desejável, mas deve ter como pano de fundo uma justiça estatal eficiente e confiável, para que a escolha dos cidadãos entre uma ou outra via se dê em busca do meio que mais bem tutele os interesses em jogo e para que aqueles que optarem pelos primeiros se sintam seguros de que a justiça estatal estará sempre de portas abertas para coibir os abusos ou erros manifestos que ocorrerem na sua atuação.³⁶⁹

Realmente, ao invés de legitimar meios alternativos, a conciliação e a mediação foram institucionalizadas como meios integrados de resolução de disputas. Destaca-se aqui a exposição precisa que prestigia a autonomia, pois “é preciso estimular e orientar as pessoas a resolverem, por si próprias, seus conflitos, devendo o Judiciário, em algumas hipóteses, ser o meio alternativo.”³⁷⁰

³⁶⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁶⁸MEIRELES, Edilton. O Novo CPC e Sua Aplicação Supletiva e Subsidiária no Processo do Trabalho. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 713-740.

³⁶⁹GRECO, L, 2015, op. cit., p. 24.

³⁷⁰CUNHA, Leonardo Carneiro; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 383-394.

A busca pela justiça distributiva levou a população a confiar ao Judiciário o papel de guardião de promessas constitucionais³⁷¹. Ainda que se trate de um Poder inerte, a sua provocação se torna cada vez menos excepcional. E por conseguinte, diante do conservadorismo da lei e da insuficiência executiva, a timidez com a qual historicamente se conteve se reverteu no chamado ativismo judicial. Assim, os juízes transcendem a função hermenêutica e assumem para si uma função criativa em relação ao programa normativo e uma função mandamental em relação às políticas públicas.

Para evitar esse desequilíbrio na separação dos poderes, bem como freiar a hipertrofia da demanda judicial, cada vez mais o legislador incentiva a solução extrajudicial dos conflitos. Dentre os diversos instrumentos, a opção com frequência é a via dos cartórios para a celebração de negócios solenes.

2.4 A precaução do legislador por meio do prestígio às solenidades

Há uma tendência de desjudicialização de várias matérias. É possível notar que muitos fenômenos de desjudicialização são marcados pelo formalismo. E o ponto de partida para a mitigação do princípio da autonomia no sistema de solução de conflitos por meio do formalismo consiste na possibilidade de obrigar as pessoas a fazer ou deixar de fazer determinadas coisas em virtude de lei (art. 5º, II da CRFB/1988³⁷²).

Nesse aspecto, destaca-se a recorrência da solenidade, pois eventualmente é exigida legalmente a forma de escritura pública. Ainda que a regra de validade para a declaração de vontade seja a forma livre, a lei pode exigir forma especial em casos expressamente previstos (art. 107 do CC/2002)³⁷³.

Toda norma jurídica tem um fim (declarado) social que (em tese) se dirige ao bem comum e à pacificação da sociedade (art. 5º da LINDB/1942)³⁷⁴. Assim, se constata teleologicamente em normas recentes o propósito da desjudicialização dos conflitos – a fuga do Judiciário – por meio da celebração de negócios solenes na via extrajudicial³⁷⁵.

³⁷¹BROCHADO, op. cit., p. 192

³⁷²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁷³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁷⁴BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁷⁵TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 20-21.

Existe entendimento no sentido de que a atividade de conciliação exercida em fase contenciosa caracteriza ato de jurisdição voluntária³⁷⁶. Portanto, vale ratificar que a busca da solução consensual em juízo concretiza em menor grau o princípio da autonomia do que instrumentos extrajudiciais como, por exemplo, a transação.

A transação, por excelência, consiste em contrato típico que se destina à prevenção e solução de litígios mediante concessões mútuas que reconheçam direitos patrimoniais (artigos 840, 841 e 843 do CC/2002³⁷⁷). Trata-se de negócio formal que deverá ser solene quando a lei exigir instrumento público para o seu objeto ou quando recair sobre direitos contestados em juízo (art. 842 do CC/2002).

Há muitos exemplos de solenidade em relação aos interesses dirigidos a bens imóveis³⁷⁸. Os conflitos que envolvem a propriedade sobre terras podem ser compreendidos em um contexto de desigualdade social. Trata-se do reflexo de um sistema econômico que concentra riquezas exageradamente. O sistema jurídico dá alguns passos teóricos no sentido oposto, orientando-se em conformidade aos pressupostos mínimos da dignidade humana, inclusive a função social da propriedade.

Não só a disputa de terras – dada a relevância econômica historicamente conhecida da propriedade imóvel – se revela uma fonte fértil de conflitos marcada pelo formalismo, como

³⁷⁶SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

³⁷⁷BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁷⁸Exemplificando, a lei exigiu a escritura pública como regra de validade dos negócios relativos aos direitos reais sobre imóveis com valor superior a 30 salários mínimos (art. 108 do CC/2002) – ainda que não exija escritura pública para sua incorporação na formação de capital social em sede de constituição de companhia (art. 89 da Lei n. 6.404/1976). A busca pela via extrajudicial pode ser constatada com o reconhecimento extrajudicial de usucapião (artigo 1.071 do CPC/2015), inclusive aquela prevista no Programa Minha Casa Minha Vida (art. 59 e 60 da Lei n.º 11.977/2009). Também a concessão de uso especial para fins de moradia pode ser obtida administrativamente (art. 6.º, caput da Medida Provisória n. 2.200/2001). E também por escritura pública, os condôminos poderão realizar a divisão de terras particulares e os proprietários a demarcação. Para percorrer a via extrajudicial, deverão cumprir os requisitos previstos no art. 571 do CPC/2015 e demais dispositivos do capítulo próprio do procedimento especial. Na locação de imóveis urbanos, dependem de consentimento prévio e escrito – caracterizando prestígio ao formalismo – a cessão, a sublocação e o empréstimo (art. 13, caput da Lei n. 8.245/1991). Além disso, os cônjuges podem mediante escritura pública instituir bem de família (art. 1.711 do CC/2002).

também as relações familiares³⁷⁹. Há uma instabilidade social em seu nível fundamental. A célula familiar atualmente não representa garantia de segurança à comunidade. Ainda que diversas controvérsias familiares se apresentem sob a forma econômica, raramente o seu conteúdo é tão objetivo quanto o patrimônio.

Segundo Tartuce³⁸⁰, muitas vozes na doutrina (Lôbo, Veloso, Stolze, Pamplona, Pereira, Dias e Canotilho) e na jurisprudência (TJDF e TJSP) discursam o fim do instituto da separação após a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, o Conselho Nacional de Justiça reconhece que o tema não foi pacificado. Entretanto, ainda segundo Tartuce, diversos outros doutrinadores (Delgado, Santos, Villela, Silva, Tepedino, Moraes e Barboza) aceitam que o instituto persiste no ordenamento brasileiro, assim como parte da jurisprudência (TJRS). Sobre o tema, a V Jornada de Direito Civil³⁸¹ emitiu diversos enunciados (514-517) que buscam pacificar as controvérsias.

Com o advento do CPC/2015³⁸², a legislação expressamente assentou dispositivos relativos à separação. Assim, é possível sustentar que o art. 1.577 do CC/2002³⁸³ ainda faculta aos separados judicialmente o comparecimento em juízo para se reconciliarem por ato regular. Entretanto, ocorreu o fenômeno da desjudicialização da matéria por meio do art. 48 da

³⁷⁹Também serão registrados publicamente os nascimentos (e averbados a declaração e o reconhecimento de filiação), casamentos (e averbadas a nulidade e a anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal), óbitos; a emancipação; a interdição; a ausência e a morte presumida (artigos 9º e 10 do CC/2002). E ainda, a constituição de renda (art. 807 do CC/2002). Inclusive, conforme enunciado 571 da VI Jornada de Direito Civil, a resolução prévia e judicial das questões relativas aos filhos menores de idade ou incapazes autoriza a lavratura de escritura pública. Essa solenidade pode ser celebrada inclusive por autoridades consulares brasileiras (art. 18, § 1º da LINDB/1942). E também o divórcio ou separação consensual (artigo 733 do CPC/2015) podem ser celebrados por escritura pública. Assim como o inventário e partilha – exceto quando houver testamentos ou interessados incapazes – (art. 610, § 1º e § 2º do CPC/2015), bem como a cessão de quinhão hereditário (art. 1.793 do CC/2002). A emancipação do menor de idade com dezoito anos completos pode ser realizada por instrumento público (art. 5º, I do CC/2002). A colocação em família substituta poderá ser peticionada em cartório sem a assistência de advogado quando os pais forem falecidos ou destituídos do poder familiar (art. 166, caput do ECA/1990). Já para que a criança viaje ao exterior na companhia de apenas um dos pais, se faz necessária tão somente que a autorização do outro seja com firma reconhecida (art. 84, II do ECA/1990). E ainda, quando o adolescente estiver cumprindo medida socioeducativa, lhe assiste direito de petição a qualquer autoridade ou órgão público que deve respondê-lo em 15 dias (art. 49, IV do ECA/1990). E o art. 19, § 4º do ECA/1990 assegura a convivência da criança e do adolescente com o pai ou mãe privado de liberdade, independentemente de autorização judicial, mas promovidas pelo responsável. É um exemplo legislativo de que direitos devem ser garantidos sem que isso implique judicialização desnecessária, ou seja, para declarar um direito do qual ninguém deveria duvidar.

³⁸⁰TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 1.191-1.202.

³⁸¹CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados134jornadadircivilnum.pdf/at_download/file>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁸²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁸³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Resolução nº 35 de 2007 do CNJ³⁸⁴ e do referido art. 733 do CPC/2015³⁸⁵. Essa discussão também representa o declínio da autonomia, uma vez que as relações familiares são formatadas pela legalidade.

Outrossim, julgado recente do STF admite o reconhecimento da união estável para fins de pensão dispensando o pronunciamento judicial. Realmente, as relações familiares são muito mais espontâneas do que pretende um sistema orientado pelo princípio da legalidade:

[...] Não constitui requisito legal para a concessão de pensão por morte à companheira que a união estável seja declarada judicialmente, mesmo que vigente formalmente o casamento. Dessa forma, não é dado à Administração Pública negar o benefício apenas com base nesse fundamento, sem deixar, porém, de averiguar, no âmbito administrativo, a separação de fato e a união estável. [...] A Turma esclareceu que por via processual administrativa o órgão pagador do servidor falecido reconheceu a união estável e concedera-lhe a pensão por morte em concurso com a ex-esposa. MS 33008/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 3.5.2016. (MS-33008)³⁸⁶

No Direito Empresarial, também há diversos exemplos³⁸⁷ de instrumentos marcados pelo formalismo e desjudicialização. A propósito, decisão³⁸⁸ recente do STJ sobre a importância funcional do protesto como um método de solução de conflitos menos agressivo do que a execução do título:

[...] Ademais, um dos claros propósitos da lei é propiciar a solução extrajudicial de conflitos, pois, a teor do art. 19, § 2o, cabe ao tabelião não apenas receber o montante devido, mas também dar a respectiva quitação. [...] Ademais, faz-se necessário consignar que, como é necessário ao apontamento a protesto que o documento tenha executividade, isto é, seja dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, a medida é bem menos severa ao devedor se comparada à execução do título, pois não envolve atos de

³⁸⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/resenj_35.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁸⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33008/DF, rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo824.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁸⁷A aquisição de personalidade jurídica por pessoa jurídica de direito privado – especialmente sociedades – decorre da inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio e na forma da lei (art. 45, caput e art. 985 do Código Civil de 2002). E a sociedade simples pode ser dissolvida pelo consenso unânime dos sócios (art. 1.033 do Código Civil de 2002). Além disso, a recuperação extrajudicial (art. 161 da Lei n. 11.101/2005) é um instrumento marcado pelo formalismo cuja finalidade é a satisfação de interesses conflitantes. Preenchidos os requisitos legais (art. 48 da Lei n. 11.101/2005), o devedor poderá propor e negociar extrajudicialmente com seus credores um plano de recuperação. Entretanto, não é aplicável aos créditos de natureza tributária, trabalhista, acidente de trabalho, alienação fiduciária, arrendamento mercantil, reserva de domínio ou adiantamento de câmbio. De toda sorte, mesmo antes da homologação judicial, é capaz de produzir efeitos que modifiquem o valor ou forma de pagamento aos credores signatários (art. 165, § 1º da Lei n. 11.101/2005). Além disso, não impossibilita acordos privados entre o devedor e seus credores (art. 167 da Lei n. 11.101/2005). A eleição de um representante para promover entendimento direto com os empregadores é um direito social assegurado nas empresas que empreguem mais de duzentas pessoas (art. 11 da CRFB/1988). E ainda, existe um programa de leniência para reduzir ou extinguir a punição por infração à ordem econômica no qual o Cade privilegia os colaboradores das investigações e processos administrativos de modo que se identifique os demais envolvidos ou se comprove a infração (art. 86 da Lei nº 12.529/2011).

³⁸⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.398.356-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0579'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

agressão ao patrimônio do executado, sendo certo que os órgãos de proteção ao crédito também fazem uso de dados de caráter público da distribuição do Judiciário - o que, igualmente, resulta na "negativação" nos órgãos de proteção ao crédito [...] REsp 1.398.356-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 24/2/2016, DJe 30/3/2016.

No direito privado³⁸⁹, vale destacar que em tese se assegura à pessoa com deficiência o reconhecimento igual perante a lei, inclusive com o processo de tomada de decisão apoiada (art. 84, § 2º da Lei n. 13.146/2015³⁹⁰). Não se trata de judicialização, mas de um instrumento marcado pelo formalismo que garante em algum grau a autonomia da pessoa com deficiência.

No caso concreto³⁹¹, verificou-se a informalidade na produção de laudo técnico sem que fosse exigida perícia judicial e tampouco que se originasse de órgão público. Entretanto, nem por isso a questão deixou de ser judicializada. Na prática, o formalismo – e a judicialização – tendem a perseguir (art. 84, § 4º da Lei n. 13.146/2015³⁹²) as pessoas com deficiência de modo a comprometer ainda mais a sua autonomia sob o argumento de que a formalidade lhes protegeria melhor.

Enquanto judicialmente, o consenso e a cooperação são valores desejáveis, porém prescindíveis para a solução dos conflitos; extrajudicialmente, frequentemente se apresentam como requisitos indispensáveis para o emprego de determinados instrumentos.

Também serve de exemplo ao fenômeno de desjudicialização, a faculdade prevista de depositar o valor da obrigação em dinheiro em estabelecimento bancário³⁹³ oficial no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta do prazo de 10 dias para se manifestar (art. 539

³⁸⁹Outro exemplo do Direito Civil: admite-se que o penhor legal seja homologado pela via extrajudicial (art. 703, § 2º do CPC/2015).

³⁹⁰BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁹¹Notas do diário de campo acerca de formalismo – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 1ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Ministério Público concorda que laudo a ser produzido seja particular. (...) Juízo, Ministério Público, serventário e advogado dialogam sobre facilidade institucional promovida pela Corregedoria do Tribunal por meio da informática que possibilita consulta de certidões de nascimento e óbito. [...]

³⁹²BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁹³Notas do diário de campo acerca dos erros materiais e confusões com dados bancários – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado indaga se o pai tem conta corrente, ele afirma que não sabe os dados e que entrará em contato. [...]

Narrativa da 27ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Ocorre confusão quanto ao número da conta. [...]

Narrativa da 54ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Descobrem um erro material no número da conta bancária informada na petição do advogado do próprio interessado [...]

do CPC/2015³⁹⁴). Assim, a necessidade de se propor a ação de consignação em pagamento decorre da recusa do credor, pois no seu silêncio o devedor será liberado da obrigação.

Critério excepcional de solução de conflitos que foi adotado no direito brasileiro é o sorteio³⁹⁵. Ou seja, a criatividade (tanto quanto a autonomia) é tolhida pela legalidade em relação à utilização de métodos alternativos.

Se a desjudicialização é um fenômeno que convive em harmonia com a autonomia privada – mais ainda com as relações familiares – não deveria ser de outro modo na Administração³⁹⁶. Ora, judicializar toda e qualquer questão administrativa como solução primária dessas controvérsias seria incompatível com a separação de poderes.

Outro exemplo de desjudicialização decorre da Fazenda Nacional arquivar os autos de execução fiscal que sejam de pequeno valor por requerimento de seu Procurador. A alçada era de até R\$ 10.000,00 segundo o art. 20, caput da Lei n. 10.522/2002, mas passou a ser R\$ 20.000,00 conforme art. 1º, inciso I da Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda³⁹⁷. Já os conselhos profissionais, por disposição legal, não podem executar judicialmente dívidas relativas a anuidades em valor inferior a 4 exercícios (art. 8º, caput da Lei n. 12.514/2011). São exemplos que indicam a tendência de não ajuizar pequenas causas, prestigiando outros instrumentos mais adequados e menos onerosos para a satisfação de interesses econômicos.

Ainda que a apreciação judicial seja inafastável, a administração deve anular os próprios atos ilegais e pode revogar os inconvenientes ou inoportunos (art. 53 da Lei n.

³⁹⁴BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁹⁵Foi previsto para a hipótese de promessa de recompensa de coisa indivisível se o ato for praticado simultaneamente por mais de um indivíduo, aquele que obtiver a coisa dará ao outro o valor de seu quinhão (art. 858 do CC/2002). Também é admitido o sorteio – sem que se caracterize jogo ou aposta – para dirimir questões ou coisas comuns na forma de sistema de partilha ou processo de transação (art. 817 do CC/2002). Outra hipótese de solução por meio de sorteio – na falta de acordo – é a escolha do dia e ordem de fala dos candidatos em debates por rádio ou televisão (art. 46, III da Lei nº 9.504/1997).

³⁹⁶Inegavelmente, a própria Administração Pública ao instituir uma servidão administrativa – ônus real à propriedade particular passível de indenização que assegura obras e serviços públicos – pode celebrar acordo ao invés de judicializar a questão. Aliás, é o que dispõem os artigos 40 e 41 do Decreto-Lei n. 3.365 de 1941. O mesmo vale para a desapropriação por interesse público ou social (art. 10). Os termos de compromisso e os termos de ajustamento de conduta são instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 8º, XVIII da Lei n. 12.305/2010). Trata-se de um exemplo da busca pelo consenso como um meio de satisfação de interesses também no direito ambiental. Já a servidão ambiental pode ser instituída por meio de instrumento público, instrumento particular ou por termo administrativo perante órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (art. 9º-A, caput da Lei n. 6.938/1981). A propósito, como um meio de priorizar a participação dos catadores, a lei dispensou a licitação para sua contratação (art. 44, I do Decreto n. 7.404/2010). Além disso, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) é competente para homologar acordos que transformem penalidades pecuniárias em obrigações de proteção ambiental (art. 8º, IV da Lei n. 6.938/1981).

³⁹⁷BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n. 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

9.784/1999³⁹⁸ e Súmula 473 do STF³⁹⁹). Entretanto, a segurança jurídica é um direito fundamental que goza de destaque constitucional (art 5º, caput da CRFB/1988⁴⁰⁰). Por certo que também a Administração Pública deve garanti-la⁴⁰¹.

Só para ilustrar, o art. 2º da Lei n. 9.784/1999⁴⁰² define o prazo decadencial de cinco anos para anulação de atos administrativos favoráveis ao administrado de boa fé. Não é à toa, a decadência (art. 210 do CC/2002⁴⁰³; art. 107, IV do CP/1940 e art. 38 do CPP/1941) e a prescrição (art. 189 do CC/2002 e art. 107, IV do CP/1940) são a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a decadência civil pode ser convencional (art. 211 do CC/2002). No processo penal, a revisão criminal pode ser proposta a qualquer tempo, até mesmo depois da extinção da pena (art. 622, caput do CPP/1941).

Ora, esses institutos pacificam as relações jurídicas no tempo e protegem a confiança. Há previsão de prazo prescricional de até 10 anos no direito civil e de até 20 anos no direito penal (art. 205 do CC/2002 e art. 109, I do CP/1940). Essa disparidade é incompatível com a função residual do direito penal, fruto de um abismo cronológico entre os dois diplomas legais e da persistência histórica do anseio repressivo.

A rescisão conveniente do contrato administrativo pode ser amigável desde que reduzida a termo no processo de licitação e precedida de autorização escrita fundamentada pela autoridade competente (art. 79, II e § 1º da Lei n. 8.666/1993)⁴⁰⁴. E as supressões só poderão exceder 25% do valor inicial do contrato se resultantes de acordo entre os contratantes (art. 65, § 2º, II da Lei n. 8.666/1993).

As agências reguladoras exercem atribuições relevantes na busca pela solução extrajudicial em relação aos serviços que constituem seu objeto de regulação. O Poder

³⁹⁸BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

³⁹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁰⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁰¹MÊNDES, op. cit., p. 857.

⁴⁰²BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁰³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁰⁴BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Público lhes outorga o exercício da ouvidoria de denúncias e reclamações dos usuários, bem como da rescisão amigável das concessões⁴⁰⁵.

Todos os legitimados da ação civil pública podem tomar o compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º da Lei n. 7.347/1985⁴⁰⁶). Assim, a responsabilidade pelos danos aos interesses difusos ou coletivos pode ser solucionada também por esse instrumento.

É possível também identificar a desjudicialização como um programa normativo nas questões com um forte viés político⁴⁰⁷ e administrativo. Assim, compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (art. 51, I da CRFB/1988)⁴⁰⁸.

Na hipótese de irregularidades ou ilegalidades no controle interno das metas plurianuais, nos programas de governo, nos orçamentos da União, na gestão federal ou na aplicação de recursos públicos, a Constituição legitima qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para oferecer denúncia perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º da CRFB/1988).

Em contraste à União e aos Estados-membros, os Municípios não mantêm um Poder Judiciário – tampouco um Ministério Público (art. 29 e art. 128 da CRFB/1988)⁴⁰⁹. Em que pese muitos sustentarem que os Municípios gozam de status de integrantes da federação, há algumas razões em contrário⁴¹⁰. O que é incontroverso é a importância do papel institucional dos Municípios⁴¹¹. Ainda que as razões dessa organização sejam essencialmente federativas, a falta de Poder Judiciário municipal certamente impacta na forma como são resolvidos conflitos no Brasil.

⁴⁰⁵DI PIETRO, op. cit., p. 529.

⁴⁰⁶BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁰⁷E ainda, serão processados e julgados pelo Senado Federal, o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I da CRFB/1988); e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II da CRFB/1988).

⁴⁰⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁰⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴¹⁰MENDES, op. cit., p. 834.

⁴¹¹Ibidem, p. 847.

Isto pode explicar porque a justiça estadual, no ano de 2015⁴¹², tinha mais de 59 milhões casos pendentes e 18 milhões de casos novos – sendo que 10 milhões de casos pendentes e 2 milhões de casos novos são do TJRJ – ao passo que a justiça federal e a justiça do trabalho combinadas tinham em torno de 14 milhões de casos pendentes e 7 milhões de casos novos. Decerto que as despesas da justiça estadual alcançam 44 bilhões de reais – sendo de 4 bilhões de reais no TJRJ – ao passo que a justiça federal e a justiça do trabalho gastam juntas 26 bilhões de reais.

A desproporcionalidade entre as justiças sugere à primeira vista que a carência de uma justiça municipal desequilibra a carga de competências, processamento e financiamento muito mais para os Estados (em conjunto) do que para a União.

Já no direito penal⁴¹³, é possível destacar a renúncia expressa ou tácita ao direito de queixa como uma solução extrajudicial alternativa à pretensão punitiva (art. 104 do CP/1940⁴¹⁴). E também, a retratação cabal da injúria ou difamação antes da sentença – pelos mesmos meios de comunicação da ofensa – como uma causa de isenção de pena (art. 143 do CP/1940).

Não há espaços de não direito. Ainda que uma lei por si só seja apenas um programa normativo, é apta a desencadear uma série de transformações sociais em concreto. Assim, em muitas situações de conflito social, o que se faz necessário para a pacificação é a inovação legislativa.

Por certo que novas profissões⁴¹⁵ surgem (art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único da CRFB/1988) para atender às necessidades constatadas nos fatos sociais. Em Portugal, o DL n.º 88/2003 reforma a execução instituindo a Câmara dos Solicitadores, posteriormente transformada em Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução com a Lei n.º 154/2015.

⁴¹²CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴¹³Vale lembrar que a autoridade policial pode conceder fiança nas infrações cuja pena privativa de liberdade não exceda 4 anos (art. 322, caput do CPP/1941). Os presos podem ser autorizados pelo diretor do estabelecimento prisional para saída temporária nas hipóteses de falecimento ou doença grave de parente ou necessidade de tratamento médico (art. 120 da LEP/1984). Nas denúncias contra Senadores ou Deputados, a Casa respectiva pode sustar o processo (art. 53, § 3º da CRFB/1988). Os termos de acordos em investigações de organizações criminosas devem ser feitos por escrito (art. 6º, caput da Lei n. 12.850/2013).

⁴¹⁴BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴¹⁵A propósito, a competência para legislar sobre condições para o exercício de profissões é privativa da União (art. 22, XVI da CRFB/1988).

Em se tratando de profissões, há de se destacar que as convenções e acordos coletivos de trabalho são um direito social de todos os trabalhadores garantido constitucionalmente (art. 7º, XXVI da CRFB/1988⁴¹⁶).

E no Brasil, o CPC/2015⁴¹⁷ deveria fomentar a profissionalização dos conciliadores e mediadores. Entretanto, é possível constatar na prática que a realização do ofício é precarizada tanto em decorrência dos obstáculos culturais quanto daqueles de natureza econômica.

2.5 A facilitação do diálogo pela conciliação e mediação extrajudiciais

O Estado deve sempre promover a solução consensual de conflitos, especialmente por meio da conciliação e da mediação (art. 3º, § 2º e § 3º do CPC/2015⁴¹⁸). Com destaque, a autonomia da vontade das partes é um dos princípios que orientam a mediação (art. 2º, V da Lei n. 13.140/2015⁴¹⁹).

A rigor, as modalidades pré-processual ou incidental podem ser realizadas tanto com a intervenção do Poder Judiciário quanto sem a referida intervenção. Assim, ao contrário de outros autores, optou-se nesta obra por distinguir as modalidades de mediação entre extrajudicial ou judicial.

Além disso, cabe aqui destacar a provocação de Humberto Dalla e Mariana Freitas de Souza, pois a mediação extrajudicial e a mediação judicial não necessariamente implicam princípios idênticos.⁴²⁰

Nesta seção, por questões de coerência sistemática, apresenta-se a mediação com enfoque⁴²¹ na modalidade extrajudicial. A modalidade judicial será retomada especificamente quando for abordado o protagonismo das partes em juízo. Entretanto, deve ficar registrado

⁴¹⁶Ibidem.

⁴¹⁷BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴¹⁸BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴¹⁹BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴²⁰PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SOUZA, Mariana Freitas de. O tratamento legal da mediação no Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105/2015. In: *Mediação de conflitos* – para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 317-332.

⁴²¹FILPO, Klever Paulo Leal. *Os juízes não aderiram à mediação*. Lex Humana, v. 6, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=565&path%5B%5D=330>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

desde já que a segunda é um fenômeno de desjurisdicionalização enquanto a primeira é um fenômeno de desjudicialização.

A prática⁴²² revela que o investimento de algumas horas de atividade de profissionais qualificados tecnicamente para a facilitação de diálogos pode auxiliar os envolvidos a satisfazerem consensualmente os seus interesses com muito mais celeridade e eficiência do que um processo impositivo de sentença.

Por exemplo, na experiência estrangeira, em Ontário, no Canadá, o índice de acordos nas mediações obrigatórias alcançou 40%.⁴²³ Aqui vale a advertência de Humberto Dalla e Mariana Freitas de Souza:

Recomenda-se, aqui também, cautela. A aferição de sucesso ou insucesso em uma mediação depende de critérios muitas vezes desconhecidos por parte dos operadores do Direito. Nesse sentido, tendo a mediação por objetivo o restabelecimento do canal de comunicação que antes existia entre aquelas partes, o sucesso da mediação, em regra, estará em conseguir que as partes voltem a se comunicar e, assim, consigam, juntas, construir a solução para o seu conflito.⁴²⁴

A inspiração ideológica em relação aos meios alternativos de solução de conflitos pressupõe que da adoção da teoria do ganha/perde decorre o fenômeno do perde/perde, pois haverá um rompimento das relações. Por certo que a mediação se estrutura linguisticamente na conjunção “e” (linguagem ternária) ao invés de “ou” (linguagem binária).⁴²⁵

Nos casos difíceis, o programa normativo da mediação é um porto seguro para resolver as omissões legislativas das demais formas consensuais de resolução de conflitos (art. 42, caput da Lei n. 13.140/2015⁴²⁶).

Se o contraditório consagra tanto o direito de falar como o direito de ser ouvido⁴²⁷, a mediação faz o mesmo sem constranger as partes a adotar posturas contrárias.

Devemos estudar o interesse de agir, tanto para as partes quanto para os terceiros, como um filtro mais amplo do que atualmente vem considerado, compreendendo o complexo de atividades que são permitidas aos sujeitos ao longo de todo o curso do

⁴²²Notas do diário de campo acerca do sucesso na prática da mediação – vide nota nº 1 (p. 14).

Dentre os 45 processos de mediação pesquisados, constatou-se o sucesso da atividade em 24% deles – caracterizado ortodoxamente pela celebração de acordo entre as partes. O êxito foi mais expressivo considerando-se tão somente os 19 casos de família, nos quais o sucesso da atividade alcançou 42%.

⁴²³RODOVALHO, Thiago. A Viragem da Mediação do NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 395-405.

⁴²⁴PINHO, op. cit., p. 324.

⁴²⁵GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. Da mediação e da conciliação na definição do novo Código de Processo Civil: artigo 165. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33-108.

⁴²⁶BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴²⁷CÂMARA, op. cit., p. 15

procedimento, franqueando sua atuação, desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente. Se dinamicamente analisado, e verificado para cada ato ou posição processual, o conceito de “zona de interesse” pode ser fecundamente aplicado em diversas hipóteses.⁴²⁸

Realmente a oralidade é um dos princípios da prática da mediação, bem como um critério ou forma de realização de atos processuais. Há um predomínio do uso da palavra oral, mas não a sua exclusividade. A escritura assume a função meramente registral e isso privilegia o contato direto entre os sujeitos envolvidos na solução do conflito.⁴²⁹

Não é a toa que “Mudando a forma de resolver conflitos no Brasil” foi o tema do Congresso de Mediação Empresarial Internacional promovido em 2013 pelo Instituto CPR. A “Declaração do século XXI do Instituto CPR de política de resolução extrajudicial de disputas para empresas” materializa uma tendência internacional de adotar uma nova filosofia empresarial. De fato, a mediação e a arbitragem são os meios sugeridos para resolver os impasses em participação nos lucros da empresa (art. 4º, incisos I e II da Lei n. 10.101/2000)⁴³⁰.

“Tudo isso explica porque existe uma forte tendência do próprio setor privado em adotar códigos de auto-regulamentação”, que podem ser classificadas como “reações espontâneas do mercado”⁴³¹. As cláusulas de arbitragem e as câmaras privadas de mediação (art. 175, parágrafo único do CPC/2015⁴³²; artigos 12-C a 12-F da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ⁴³³) representam bem essa tendência no direito empresarial. E também, a Política Nacional de Relações de Consumo incentiva mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (art. 4º, inciso VI do CDC/1990). Não só, prevê a convenção coletiva de consumo como um meio típico de composição do conflito (art. 107 do CDC/1990)⁴³⁴.

Realmente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem criar câmaras de mediação e conciliação para solução consensual de conflitos no âmbito

⁴²⁸CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009, p. 41.

⁴²⁹CARDOSO, Oscar Valente. A oralidade no Novo Código de Processo Civil: de volta para o passado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 686-710.

⁴³⁰BRASIL. Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³¹RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

⁴³²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³³BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³⁴BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

administrativo, inclusive para: avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, dirimir conflitos envolvendo a administração pública e celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 174 do CPC/2015)⁴³⁵. Um conflito que se descortina na autocomposição envolvendo pessoa jurídica de direito público é a incompatibilidade do princípio geral da confidencialidade com o princípio especial da publicidade.

Além disso, o Brasil se comprometeu internacionalmente a resolver conflitos envolvendo trabalhadores na administração pública por meio da negociação, inclusive conciliação, mediação e arbitragem (art. 8º da Convenção n. 151 de 1978 da OIT⁴³⁶).

A conciliação e a mediação transcendem a negociação em sentido estrito. Dentre os meios adequados de resolução de conflitos, a negociação se apresenta como direta e dispensa a figura de um terceiro – bastante adequada quando não há qualquer clima de animosidade entre os envolvidos. Tanto a conciliação quanto a mediação se apresentam com a participação de um terceiro.

A conciliação (art. 165, § 2º do CPC/2015⁴³⁷) é mais adequada quando a causa versa sobre direitos entre pessoas sem um vínculo anterior. Já a mediação (art. 165, § 2º do CPC/2015) é mais recomendada quando destinada a preservar ou restaurar um vínculo anterior qualquer que seja o objeto.

Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos⁴³⁸.

No caso concreto⁴³⁹, as partes do litígio além de não estarem interessadas na mediação, afirmaram que já tinham experiência anterior nesse sentido. Entretanto, mais do que oferta, houve verdadeira insistência tanto do magistrado quanto do advogado de uma das partes. Assim, apesar de intimamente não estarem convencidas de que seria a melhor ferramenta, acabaram por aceitar a oferta obstinada dos profissionais.

⁴³⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³⁶BRASIL. Decreto n. 7.944, de 6 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7944.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³⁷BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴³⁸CAPPELLETTI, op. cit., p. 72.

⁴³⁹Notas do diário de campo acerca da adequação da mediação – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 43ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] As partes recusam mediação ou terapia, pois já fizeram na época do rompimento. (...) O Magistrado incentiva a mediação, o advogado apresenta entusiasmo e a parte aceita. [...]

Esse caso se coaduna com a advertência de que nem sempre o *ADR* se apresenta como adequado ou alternativo, uma vez que pode ser o único instrumento disponível em decorrência de circunstâncias fáticas ou jurídicas. Logo, verifica-se um declínio da autonomia no sistema real de solução de conflitos, ainda que de modo paradoxal.

Ponto nevrálgico da distinção entre o conciliador e o mediador para alguns seria a possibilidade daquele apresentar uma proposta às partes. Já o mediador teria tarefa de rephrasear o que lhe for transmitido na busca de uma comunicação⁴⁴⁰ limpa, contextualizar através das barreiras de deformação e repensar o caso conduzindo sutilmente os mediados para uma paisagem adequada. A mediação cria um ambiente⁴⁴¹ seguro e confidencial, com a garantia de que o profissional seja imparcial, ainda que não seja neutro.

Realmente, “[...] as partes precisam estar à vontade para expor todos os seus dramas, objetivos, expectativas, confinando no conciliador ou no mediador a condução segura, discreta e serena dos trabalhos destinados à obtenção de uma autocomposição”. O que apenas contribui para a crítica quanto à institucionalização dos *ADRs*, uma vez que a formalidade própria do Poder Judiciário é dissonante da informalidade necessária à conciliação e a mediação.⁴⁴²

A imparcialidade é concretizada por meio de garantias ao exercício de um cargo com a finalidade de oferecer neutralidade e distanciamento das partes⁴⁴³. Na mediação, aplicam-se

⁴⁴⁰Notas do diário de campo acerca da comunicação entre os envolvidos no conflito – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Pai afirma que visita todos os dias e que às vezes encontra a mãe lá, que estão separados há alguns anos, que não sabe onde ela trabalha e que entram em contato por meio da família. [...]

⁴⁴¹Notas do diário de campo acerca do ambiente das audiências realizadas no Poder Judiciário – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 4ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A criança pergunta se o Magistrado também é criança já que tem brinquedos na sala de audiência. [...]

Narrativa da 17ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] As partes espontaneamente sentam lado a lado. O servidor avisa e uma delas se levanta para sentar do outro lado. [...]

Narrativa da 27ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado indaga quem é autor e quem é réu. E conduz à troca de assentos. [...]

Narrativa da 36ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A sogra se senta ao lado da nora em lado oposto ao filho. [...]

Narrativa da 41ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte ré indaga qual seu lado, o Ministério Público aponta o lado contrário por engano e o Servidor corrige o equívoco. [...]

Narrativa da 46ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A criança se levanta subitamente ao encontro das pessoas do outro lado da mesa. O magistrado lhe pega no colo. [...]

Narrativa da 50ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O réu adentra, mas não sabe onde se sentar. Confusão. [...]

⁴⁴²CUNHA, Leonardo Carneiro; op. cit., p. 383-394.

⁴⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 481.

aos mediadores as mesmas regras de impedimento e suspeição de juízes (art. 5º, Lei 13.140/2015 e art. 148, II do CPC/2015)⁴⁴⁴, veda-se que os mediadores testemunhem sobre o conflito (art. 6º, Lei 13.140/2015⁴⁴⁵) e se não houver escolha consensual das partes o mediador será designado por distribuição (art. 168, § 2º, CPC2015)⁴⁴⁶.

Assim, o mediador é impedido de atuar em causas nas quais interveio como mandatário de parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público, prestou depoimento, tenha proferido decisão como magistrado. Ou ainda, esteja postulando ou seja parte ele próprio, seu cônjuge/companheiro ou parente seu até o terceiro grau se colateral; ou seja sócio, diretor ou administrador da parte; ou seja herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; ou seja parte cliente de escritório de advocacia de um deles; ou promova ação contra a parte ou seu advogado (art. 144 do CPC/2015⁴⁴⁷).

Além disso, o mediador será suspeito quando for amigo íntimo ou inimigo de parte ou advogado, receba presentes de interessado, oferecer meios para as despesas da causa, seu credor ou devedor for parte (ou de seu cônjuge/companheiro ou parente seu até o terceiro grau se colateral), tenha interesse ou por motivo de foro íntimo (art. 145 do CPC/2015⁴⁴⁸).

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil aprovado em 2015 estabelece como um dever ético dos advogados o estímulo a conciliação e mediação para evitar a instauração de litígios (art. 2º, parágrafo único, VI da Resolução n. 02/2015 do CFOAB⁴⁴⁹). E ainda, que quando um advogado exercer conciliação, mediação ou arbitragem, deve respeitar as disposições do Código de Ética (art. 77). Realmente, a celebração de acordos extrajudiciais e judiciais – nas hipóteses previstas em lei – tanto quanto atuar em procedimentos de mediação são atribuições também da Advocacia Pública (art. 37, VIII e XV da Lei n. 13.327/2016⁴⁵⁰).

As narrativas no judiciário contadas por partes e advogados em ânimo de litigar produzem versões dissonantes e obrigam o juiz a decidir não apenas sobre o direito, mas

⁴⁴⁴BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁴⁵Ibidem.

⁴⁴⁶BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁴⁷Ibidem.

⁴⁴⁸Ibidem.

⁴⁴⁹ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁵⁰BRASIL. Lei n. 13.327, de 29 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13327.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

sobre os fatos⁴⁵¹. O que se espera agora dos profissionais do Direito é que facilitem a produção de histórias convergentes que viabilizem a solução consensual.

Tradicionalmente, o ambiente do tribunal é intimidador e povoado por figuras opressoras como juízes e advogados⁴⁵². A proposta na mediação – mesmo a judicial – é romper⁴⁵³ com a atmosfera típica e adversarial do Poder Judiciário.

As perguntas por que, para que e o que é mais importante para você nesta negociação, o que você quer preservar, cuidar, neste processo de diálogo, auxiliam a identificar o que de mais caro (interesse ou real interesse) está sendo defendido por posturas rígidas (posições ou interesses manifestos)⁴⁵⁴.

Entretanto, as pesquisas indicam que a qualidade da mediação é prejudicada pelo ambiente forense – especialmente quanto à informalidade – quando comparado com aquela praticada em escolas ou associações de moradores⁴⁵⁵.

No início da primeira reunião, o mediador fará o discurso de abertura alertando da confidencialidade do procedimento (art. 14 da Lei n. 13.140/2015⁴⁵⁶). As reuniões podem ser conjuntas ou individuais (art. 19 da Lei n. 13.140/2015). Outras sessões podem ser marcadas com a anuência das partes (art. 18 da Lei n. 13.140/2015⁴⁵⁷).

Neste princípio – imparcialidade – reside mais uma das promessas difíceis do sistema de solução de conflitos. A parcialidade se exterioriza por uma aliança do mediador ou conciliador com uma das partes em detrimento da outra. E esse tratamento desigual pode decorrer de uma discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas, nacionalidade, classe social, posição econômica, dentre outras⁴⁵⁸.

De toda sorte, existem diversos métodos de resolver conflitos sem demandar o Poder Judiciário. E ainda que a participação do Estado venha a ser necessária, a imposição de uma decisão pelo juiz pode vir a ser dispensada, especialmente porque tanto a conciliação quanto a mediação podem ser extrajudiciais ou judiciais. Por outro lado, se a imposição de uma decisão

⁴⁵¹TARUFFO, op. cit., p. 242.

⁴⁵²CAPPELLETTI, op. cit., p. 24.

⁴⁵³Na prática, a sala de mediação típica se distingue drasticamente da sala de audiência de instrução e julgamento a começar pela mesa redonda com todos os sujeitos sentados no mesmo nível.

⁴⁵⁴ALMEIDA, Tânia. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2013, p. 107.

⁴⁵⁵FILPO, op. cit., p. 67.

⁴⁵⁶BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁵⁷Ibidem.

⁴⁵⁸MACIEL, op. cit., p. 295.

se revelar realmente a melhor solução, é possível buscar um árbitro ao invés de um magistrado.

2.6 As vantagens mercantis da arbitragem

A intervenção do Estado na organização do processo evoluiu no Direito Romano. Um dos grandes regimes judiciais era a *ordo iudiciorum privatorum* que se desenvolvia primeiramente diante de um magistrado que autorizava o curso do processo e assistia no estabelecimento dos elementos da controvérsia. Então, se desenrolava perante um juiz – normalmente um particular escolhido pelas partes – que sentenciava com base nas provas⁴⁵⁹.

No mesmo sentido, esclarece Marco Antonio dos Santos Rodrigues:

O processo civil romano é tradicionalmente dividido em três fases (...) São elas a da *legis actiones*, a *per formulas* e a da *extraordinario cognitio*. As duas primeiras fases constituem a chamada *ordo iudiciorum privatorum*, uma mistura de justiça estatal e justiça arbitral, valendo ressaltar que, na primeira, havia muitos elementos da justiça privada presentes.⁴⁶⁰

Ainda que a arbitragem seja um processo relativamente rápido e supostamente de baixo custo, tende a se tornar excessivamente oneroso em razão dos honorários do árbitro.⁴⁶¹ Isso indica que se trata de um instrumento disponível apenas para aqueles capazes de suportar o ônus financeiro.

Por certo que a atividade jurisdicional não é exclusiva do Estado, uma vez que é inegável a natureza jurisdicional da arbitragem. O propósito de pacificar conflitos e realizar justiça, bem como a dispensa de homologação da sentença arbitral são fundamentos sólidos dessa conclusão⁴⁶². Trata-se do dualismo jurisdicional, uma vez que a jurisdição estatal convive com a jurisdição arbitral. Além disso, ambas decorrem de fontes de poder distintas, respectivamente, o Estado e a vontade das partes. Por certo que “a jurisdição arbitral é dotada de grande dose de autonomia perante a estatal [...]”⁴⁶³.

Segundo reporta Leonardo Greco acerca da natureza jurídica da arbitragem à luz do direito comparado:

⁴⁵⁹ASSIS, João Welligton de. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 188.

⁴⁶⁰RODRIGUES, op. cit., p. 7.

⁴⁶¹CAPPELLETTI, op. cit., p. 82.

⁴⁶²DINAMARCO, op. cit., p. 107.

⁴⁶³Ibidem, p. 144.

[...] Para muitos, esses institutos, que têm sido bastante estimulados pelo próprio Estado, são apenas equivalentes jurisdicionais da natureza contratual. Entretanto em certos países, como a Alemanha, os poderes conferidos a esses mecanismos, como a arbitragem, chegam em certos casos a equiparar-se aos que a lei confere aos próprios magistrados (...) Por isso, forte corrente considera que esses institutos são verdadeiramente jurisdicionais [...] ⁴⁶⁴

E mais, a legitimidade do instituto sugere que a inevitabilidade do poder estatal é mitigada, pois o campo de atuação do Poder Judiciário em relação aos procedimentos arbitrais é legalmente restrito.

Em relação à arbitragem, a Lei n. 9.307/1996⁴⁶⁵ exige a capacidade civil e disponibilidade dos direitos litigiosos como requisitos gerais (art. 1º). A administração pública também pode utilizar a arbitragem (art. 1º, § 1º). E ainda, é necessária a forma escrita quando prévia, bem como concordância específica quando por adesão (art. 4º, § 1º e § 2º). Entretanto, é abusiva a cláusula de utilização compulsória inserida em contrato de consumo (art. 51, VII do CDC/1990)⁴⁶⁶.

As partes fazem opção pela arbitragem de direito ou por equidade, mas será sempre de direito quando envolver a administração pública (art. 2º). O árbitro é equiparado ao funcionário público para fins penais (art. 17).

Assevera Gilmar Mendes que:

A utilização do juízo arbitral não é novidade no Direito brasileiro. Já a Constituição de 1824 estabelecia que as partes poderiam nomear juízes árbitros para solucionar litígios de natureza cível, e as sentenças seriam executadas sem recurso, por convenção das partes (art. 160)⁴⁶⁷.

De acordo com a literalidade do art. 160 da Constituição de 1824⁴⁶⁸: “Art. 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

Há mais de um século, o Decreto nº 1.637 de 1907⁴⁶⁹ amparava os conselhos permanentes de conciliação e arbitragem no âmbito dos “syndicatos profissionais” e sociedades cooperativas.

⁴⁶⁴GRECO, L, 2015, op. cit., p. 25.

⁴⁶⁵BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁶⁶BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁶⁷MENDES, op. cit., p. 413.

⁴⁶⁸BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁶⁹BRASIL. Decreto n. 1.637, de 5 de janeiro de 1907. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

O direito dos trabalhadores escolherem árbitros em consenso com seus empregadores após negociações coletivas frustradas é assegurado constitucionalmente (art. 114, § 1º do CRFB/1988⁴⁷⁰).

A arbitragem encontra seus limites na Lei n. 9.307 de 1996⁴⁷¹ que ressalva algumas medidas extraordinárias à apreciação pela autoridade judiciária, inclusive: lavrar compromisso arbitral havendo resistência à cláusula compromissória (art. 7º, caput e § 7º); tutelas cautelares e de urgência antes de sua instituição (art. 22-A), nomeação de árbitro na falta de consenso (art.13, § 2º), exame da rejeição de arguição de suspeição ou incompetência (art. 20, § 2º), condução coercitiva de testemunha (art. 22, §2º), fixação de honorários na ausência de estipulação (art.11, parágrafo único) e declaração de nulidade da sentença arbitral (art. 20, § 2º). O Decreto nº 4.311 de 2002 ⁴⁷²promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras feita em Nova York.

Cogitou-se que a existência da convenção de arbitragem fosse apresentada por meio de exceção que interrompesse o prazo da contestação para evitar que o mérito seja antecipado pela via inadequada. Entretanto, a versão final do código (art. 337, X do CPC/2015)⁴⁷³ definiu que se trata de preliminar alegada em sede de contestação.

Importante mencionar que o mandatário que tenha poder especial de transigir não lhe outorga automaticamente o poder para firmar compromisso de arbitragem (art. 661, § 2º do CC/2002⁴⁷⁴)⁴⁷⁵. O contrato de compromisso é típico (artigos 851 a 853 do CC/2002).

Ademais, o contrato administrativo de concessão (comum ou de parceria público-privada) pode prever a arbitragem – ou qualquer outro meio privado de resolução de conflitos – contanto que seja realizado no Brasil em português (art. 23-A da Lei nº 8.987/1995⁴⁷⁶ e art. 11, III da Lei nº 11.079/2004⁴⁷⁷).

⁴⁷⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷¹ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷²BRASIL. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷³BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷⁴BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷⁵TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 766.

⁴⁷⁶BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁷⁷BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Tudo aconselha, por conseguinte, a opção pela arbitragem, em virtude da praticidade de seu procedimento, máxime se os interessados estabelecerem, de comum acordo, o processo de escolha dos árbitros, ou adotarem as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

A meu ver, somente haverá vantagens em resolver os litígios no plano social, evitando-se a via estatal tão congestionada esta se encontra, como tive oportunidade de ressaltar⁴⁷⁸.

Decorre do devido processo legal, com as garantias de ampla defesa e contraditório, o direito de participação nos processos decisórios. Realmente, o Estado é titular de um poder institucionalizado exercido por meio da jurisdição⁴⁷⁹. Entretanto, há uma convivência harmônica com os demais meios de solução de conflitos. Por certo que já são até mesmo prestigiados ao invés do processo de sentença.

E no caso da arbitragem, para ilustrar sua convivência entre os *ADRs*, admite-se a o hibridismo por meio da celebração da cláusula chamada med-arb. Ou seja, inicia-se o procedimento com a mediação e, se necessário, segue-se com arbitragem. Nesse caso, não se deve centralizar na mesma pessoa os papéis de mediador e árbitro, uma vez que os procedimentos são orientados por princípios distintos.⁴⁸⁰

No caso concreto⁴⁸¹, a atuação do magistrado foi tão paciente, cooperativa e atenta que não pode deixar de ser elogiada por um dos advogados. Realmente, naquele caso, não houve atropelo. As partes foram realmente ouvidas e se verificou que a mediação poderia ser benéfica, inclusive sugerindo que técnicas não jurídicas seriam necessárias.

Entretanto, vale destacar que a audiência começou atrasada e demorou mais do que o tempo reservado na pauta. Logo, ainda que a prestação jurisdicional possa ter sido eficientemente prestada por um magistrado em um caso, a dúvida que permanece é se pode ser adequada em todo e qualquer caso. O investimento em arbitragem pode se revelar a melhor alternativa em alguns casos diante do excesso de demandas judiciais.

⁴⁷⁸REALE, op. cit., p. 79

⁴⁷⁹DINAMARCO, op. cit., p. 133-134.

⁴⁸⁰GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 11.

⁴⁸¹Notas do diário de campo acerca da disponibilidade do magistrado para conduzir audiências – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 22ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A audiência se iniciou trinta minutos após o horário agendado. (...) O magistrado pede proposta de acordo. (...) O magistrado assente mais de uma vez como se compreendesse os gastos que são deduzidos. O magistrado comenta com o promotor que decidirá por encaminhar o caso à mediação. (...) O magistrado reforça que as partes têm muito o que dizer e que dispensará todo o tempo que for necessário. (...) O magistrado reforça pela mediação. (...) O magistrado observa que nem todos os mediadores são formados em Direito. O advogado da parte ré opina que os melhores mediadores são formados em Psicologia. (...) O advogado da parte autora elogia com propriedade a tradicional paciência do magistrado em audiência. (...) A audiência durou uma hora e trinta minutos. [...]

Ainda que não tramite no Poder Judiciário, a sentença arbitral vale como título executivo judicial (art. 515, VII do CPC/2015)⁴⁸² sem que disso decorra qualquer incompatibilidade no sistema de solução de conflitos (art. 3º, § 1º do CPC/2015). E se assim é a natureza da sentença arbitral, se faz necessário precisar as razões da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 3º, caput do CPC/2015) como um aspecto fundamental do devido processo legal.

⁴⁸²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

3. A INEXPERIÊNCIA CULTURAL EM PROTAGONISMO JUDICIAL

O devido processo constitucional não é compatível com o juiz egoísta que constrói a sozinho a decisão judicial repetindo a máxima “dá-me os fatos que te darei o direito”⁴⁸³. As partes interessadas são protagonistas⁴⁸⁴ e destinatárias da produção jurisdicional e por isso mesmo ocorre o fenômeno da desjurisdicionalização com o Judiciário multi-portas.

“Uma pluralidade de normas constitui uma unidade, um sistema, uma ordem, se a sua validade puder ser referida a uma norma única como último fundamento dessa validade”⁴⁸⁵. Para esse sistema de solução de conflitos a validade das regras deve decorrer de um programa normativo destinado a melhor concretizar o princípio da autonomia dos interessados.

Na Teoria Pura do Direito, o apego estrito à forma chega a suscitar retroagir a validade de qualquer norma ao valor normativo expressado pelo primeiro órgão histórico constituinte. Então, conclui que mesmo uma nova ordem – dotada de eficácia real – instituída pelas vias ilegais e revolucionárias será considerada juridicamente amparada por sua respectiva norma fundamental – passando a regular sua própria criação⁴⁸⁶. O problema não enfrentado nessa acepção da ordem jurídica é qual deveria ser o conteúdo dessa norma fundamental.

Segundo o relatório Justiça em Números do CNJ⁴⁸⁷, publicado em 2016, apenas 11% das sentenças em 2015 foram homologatórias de acordo. Embora o índice possa ter aumentado em relação aos anos anteriores, é necessário pesquisar as circunstâncias por trás desse crescimento – que paradoxalmente pode explicar o declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos.

3.1 A rigidez do objeto litigioso e dos sujeitos do processo

⁴⁸³CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

⁴⁸⁴Notas do diário de campo acerca do protagonismo das partes – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado incentiva a solução consensual. A Defensoria Pública na representação da parte autora prontamente obsta a busca pela solução consensual sem inquirir a representada. (...) A Defensoria Pública impede a parte autora de prestar depoimento espontaneamente. [...]

Narrativa da 47ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado sugere à autora que acompanhe o oficial de justiça na próxima tentativa de citação diante da dificuldade na primeira vez. [...]

⁴⁸⁵KELSEN, op. cit., p. 59.

⁴⁸⁶Ibidem, p. 62-66.

⁴⁸⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Antes de mais nada, a dignidade da pessoa humana veda que o homem seja mero objeto do processo ou até mesmo um meio para satisfação de interesses ao invés de sujeito de direito e um fim em si mesmo⁴⁸⁸. Por consequência, cabe precisar que o objeto litigioso do processo é formado pelo mérito. Em suma, consiste na pretensão deduzida em juízo por meio da formulação de pedido apresentado ao Poder Judiciário (art. 141 do CPC/2015⁴⁸⁹).

A adoção de um sistema rígido pode ser justificada para evitar uma violação ao contraditório. Assim, a estabilização⁴⁹⁰ do processo prestigia o princípio da lealdade processual porque pautada em uma conduta ética. Além disso, evita surpresa aos litigantes por trazer segurança jurídica com sustentação na preclusão – a regra da eventualidade é um mecanismo que encontra utilidade na rigidez. E ainda, concretiza a justiça na forma de pacificação social. Argumenta-se também que a rigidez contribui para a celeridade do processo⁴⁹¹.

Por outro lado, a adoção de um sistema flexível de modificação do pedido e da causa de pedir permite a adequação do processo à tutela efetivamente buscada, contribuindo com a pacificação social. A flexibilidade se harmoniza com a instrumentalidade do processo e com a economia processual. Outrossim, se aproxima da realidade quando se preocupa com os novos elementos e privilegia a função político-social do juiz. Entretanto, pode prejudicar a duração razoável do processo e causar verdadeiro tumulto⁴⁹².

O regime proposto como adequado é o flexível com limitações. Assim, o sistema ideal admite que o processo seja adequado ao conflito para garantir a economia processual contanto que sejam respeitadas as demais garantias constitucionais como devido processo legal, contraditório, ampla defesa e boa-fé processual. Além disso, deve haver acordo de vontades, salvo se fraudulento ou violador da ordem pública⁴⁹³.

⁴⁸⁸MENDES, op. cit., p. 399.

⁴⁸⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁹⁰É interessante observar o fenômeno do exaurimento da atividade jurisdicional em primeira instância em relação ao sistema recursal, uma vez que se não houver previsão legal expressa não será reconhecido ao juiz a faculdade de se retratar de sua decisão diante de um recurso que seja interposto. Trata-se de uma limitação à sua autonomia. Exemplo de previsão legislativa do juízo de retratação se encontra no sistema recursal do direito eleitoral (art. 267, § 6º do CE/1965).

⁴⁹¹RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 72-75

⁴⁹²Ibidem, p. 78-81

⁴⁹³Ibidem, p. 112-115

Atualmente, terceiros podem participar de acordo, bem como o objeto da transação não está adstrito ao deduzido (art. 515, § 2º do CPC/2015). Ou seja, o acordo celebrado pode ampliar o processo tanto objetivamente quanto subjetivamente⁴⁹⁴.

E ainda, haverá resolução de mérito sobre a questão prejudicial decidida expressa e incidentemente por juízo competente para a matéria quando houver contraditório e ampla defesa (art. 503 do CPC/2015⁴⁹⁵).

Em que pese o Poder Judiciário seja inerte por natureza, existem pontos excepcionais sobre os quais o juiz deve decidir de ofício⁴⁹⁶.

Por certo que se assegura ao autor a possibilidade de modificar objetivamente a lide até o saneamento do processo. Todavia, se o réu já tiver sido citado, a modificação depende de seu consentimento (art. 329 do CPC/2015⁴⁹⁷).

Particularmente, se o autor demandar o réu por dívida já paga, total ou parcialmente, sem ressalvar a quantia recebida, será obrigado a repetir em dobro do que já recebeu. Além disso, se demandar mais do que for devido será obrigado a pagar o que exigiu em excesso (art. 940 do CC/2002⁴⁹⁸). Tais sanções não serão aplicadas se o autor desistir antes da contestação (art. 941 do CC/2002).

Havendo urgência ao tempo da propositura da ação, o autor pode requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, mas desde já definirá o objeto litigioso ainda que possa complementar sua argumentação e juntar novos documentos posteriormente (art. 303, caput e § 1º, I do CPC/2015⁴⁹⁹). Interessante mencionar que embora essa tutela seja passível de estabilização, não impede a propositura de nova demanda em até dois anos para sua revisão, reforma ou invalidação (art. 304 do CPC/2015).

Sem dúvida que, em regra, o réu não altera o objeto litigioso – ainda que amplie a atividade de conhecimento. Entretanto, se o réu oferecer reconvenção (art. 343 do CPC/

⁴⁹⁴CÂMARA, op. cit., p. 325

⁴⁹⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁹⁶Dentre eles, é possível destacar que o juiz pode de ofício aplicar multa suficiente e compatível com a obrigação de fazer ou de não fazer em qualquer fase do processo (art. 537 do CPC/2015). Em se tratando de sentenças proferidas contra a Fazenda, há uma ruptura com a regra da inércia do Judiciário e com o princípio da autonomia, pois a lei impõe a remessa necessária (art. 496 do CPC/2015).

⁴⁹⁷BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁹⁸BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁴⁹⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

2015⁵⁰⁰) estará apresentando nova demanda⁵⁰¹. Do mesmo modo, o réu pode modificar a reconvenção até a intimação do autor, sem o seu consentimento, e até o saneamento do processo, com o seu consentimento (art. 329, parágrafo único do CPC/2015). Além disso, o réu que discordar do valor pleiteado em ação monitória deve declarar imediatamente o valor que entende devido em sede de embargos (art. 702, § 2º do CPC/2015).

O parcelamento em 6 meses a que tem direito o executado mediante o depósito inicial de 30% acrescido de custas e honorários de advogado (art. 916 do CPC/2015⁵⁰²) relativiza a autonomia do exequente, além de excepcionar a regra geral do objeto de pagamento (art. 313 do CC/2002⁵⁰³).

Em contraste, julgado recente do STJ assevera a natureza dúplice – assentada na prescindibilidade da reconvenção – da ação de guarda na qual litigam o casal parental:

[...] A Turma entendeu que, nas ações de guarda e responsabilidade em que os polos da demanda são preenchidos pelo pai de um lado e pela mãe do outro, ambos litigando pela guarda do filho, pode-se dizer que se trata de ação dúplice decorrente da natureza da relação processual. [...] É lícito, pois, o pedido da apelada, ora recorrida, formulado em sede de contestação, visto que, sendo a ação de natureza dúplice, desnecessário o oferecimento de reconvenção. O acatamento desse pedido, portanto, não configura sentença *extra petita*. Note-se, contudo, que esse caráter dúplice evidencia-se nas ações de guarda e responsabilidade apenas quando os que em juízo vindicam a guarda do menor forem obrigatoriamente pai e mãe. [...] REsp 1.085.664-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3/8/2010.⁵⁰⁴

Também tem natureza dúplice a ação de exigir contas, uma vez que o saldo apurado constituirá título executivo judicial (art. 552 do CPC/2015⁵⁰⁵). Vale mencionar julgado recente do STJ:

[...] A ação de prestação de contas (CPC, art. 914 e segs.) advém de relação jurídica da qual resulta a obrigação daquele que administra negócios ou interesses alheios, servindo para aclarar o resultado da gestão (saldo credor ou devedor), podendo ser proposta por quem tem o direito de exigí-las ou por quem tem o dever de prestá-las, tendo como característica seu caráter dúplice e predominante função condenatória. [...] REsp 1203559/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 17/03/2014.⁵⁰⁶

⁵⁰⁰Ibidem.

⁵⁰¹RODRIGUES, op. cit., p. 61

⁵⁰²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁰³BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁰⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.085.664-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0441'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁰⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁰⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1203559/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0588'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

No caso concreto⁵⁰⁷, observou-se que as partes tinham interesses contrários em relação a determinado bem da vida que não seria julgado naquele processo. Entretanto, o procedimento foi privilegiado em detrimento da pacificação social. Ou seja, a rigidez do objeto litigioso e a formalidade procedimental prevaleceu sobre os interesses em jogo como se pode notar da discussão presencial entre as partes ter sido sumariamente afastada sem concretizar a economia processual. Paradoxalmente, no mesmo processo, o magistrado decidiu de ofício determinada questão pressupondo que o defensor faria o requerimento.

Se a modificação⁵⁰⁸ do objeto litigioso – e do procedimento em geral – normalmente depende do consenso entre as partes, também a solução do mérito pode ser obtida pelo acordo de vontades. De tal sorte que o legislador incentiva o consenso na qualidade de meio de solução de conflitos ainda que pela via judicial.

3.2 O programa de instrumentalidade processual e postura participativa

O Estado-árbitro reprime ilícitos e protege bens jurídicos, bem como exerce o poder por meio de técnicas de desencorajamento que dificultam ou tornam desvantajosas as ações indesejadas. esse modelo cede espaço para o Estado-assistente caracterizado por maior organização, uso de técnicas de encorajamento para efetivamente promover o direito tornando necessárias ou vantajosas as ações desejadas⁵⁰⁹.

No extremo oposto àquele em que se coloca o processo jurisdicional, está a disciplina dos negócios jurídicos (...) a imensa distinção constitui desdobramento da ausência do exercício do poder, pois o que ali se dá é a auto-regulação de interesses,

⁵⁰⁷Notas do diário de campo acerca de rigidez do objeto litigioso – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O magistrado explica que o processo já foi extinto e que a inovação depende de um novo processo. (...) O magistrado afirma que os ofícios já foram expedidos e que já decidiu um determinado pedido antes de ser apresentado pelo defensor. (...) O defensor busca convencer os demais de que não é necessário um novo processo, mas não recebe acolhida. (...) As partes começam a discutir. O magistrado interrompe e adverte que postulem em ação própria. [...]

⁵⁰⁸Cabe mencionar que o plano de recuperação judicial pode ser alterado em assembléia-geral desde que o devedor concorde expressamente e não implique exclusivamente a diminuição dos direitos dos ausentes (art. 56, § 3º da Lei n. 11.101/2005). A propósito, deferido o processamento da recuperação judicial, cabe ao devedor comunicar aos juízos competentes da ordem de suspensão das ações e execuções contra ele (art. 52, § 3º da Lei n. 11.101/2005).

No processo judicial de desapropriações por utilidade pública, a lei limita as alegações do réu ao vício do processo judicial e impugnação do preço, relegando qualquer outra questão à ação própria (art. 20 do Decreto-Lei n. 3.365/1941).

⁵⁰⁹BOBBIO, op. cit., p. 18-19.

a cargo dos próprios sujeitos que serão atingidos diretamente pela eficácia programada do ato e justificada pela autonomia da vontade.⁵¹⁰

A normatividade dos princípios implica a determinação das demais normas que lhes são subordinadas. Assim, as regras processuais devem desenvolver e especificar em direções particulares o princípio da autonomia. Trata-se de valorizar a busca da solução consensual como um objetivo fundamental apropriado ao Estado Democrático.

A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo aspecto positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (...) o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a idéia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da efetividade do processo e conduz à assertiva de que ‘o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais’ (...) ⁵¹¹

Segundo Leonardo Greco, ainda que se reconheça que o direito processual seja ramo do direito público não se pode negar a chamada praxe forense. O autor explica que o processo tem um fundamento cultural insuperável. “A atividade humana de administração da justiça (...) é uma atividade milenar que vai desenvolvendo práticas que se tornam regras inconscientemente e independentemente de previsão legal”.⁵¹²

E apesar da cultura judiciária não ser predominantemente voltada para os métodos de solução consensual do litígio, “o que os parágrafos do art. 3º fazem é instituir um sistema multiportas de acesso à Justiça, incrementando (e não limitando) o exercício da jurisdição.”⁵¹³

Dentre os motivos apontados como impedimentos comuns às soluções consensuais, incluem-se ao menos dez que ajudam a explicar a inexperiência cultural:

[...] (i) comunicação falha; (ii) necessidade de expressar emoções; (iii) diferentes visões dos fatos; (iv) diferentes visões do direito; (v) questões de princípio; (vi) pressões constituintes; (vii) ligações com outras disputas; (viii) existência de múltiplas partes; (ix) conflitos de agência e (x) ‘*jackpot syndrome*’, ou a síndrome de preferir arriscar para atingir o benefício máximo.⁵¹⁴

Espera-se que no médio e no longo prazo, uma cultura de pacificação prevalecerá, inclusive como um resultado possível para a obrigatoriedade da mediação. A propósito,

⁵¹⁰DINAMARCO, op. cit., p. 77.

⁵¹¹Ibidem, p. 377.

⁵¹²GRECO, L, 2015, op. cit., p. 41-42.

⁵¹³SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Teoria Geral do Processo e a Parte Geral do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 107-138.

⁵¹⁴GABBAY, op. cit., p. 12.

Thiago Rodovalho lançou uma indagação de severa pertinência prática: “o que é obrigatório na mediação obrigatória?” E, apesar de não ser tema pacífico, a resposta que propõe é precisa e adequada, pois a obrigatoriedade realmente consiste apenas no comparecimento à primeira sessão de mediação. Para transformar a cultura da sentença, a oportunidade de ao menos introduzir os princípios da mediação é, por si só, um ato de grande relevância^{515, 516}

[...] Dois grandes desafios deverão ser enfrentados (...) a iniciativa legislativa deverá ombrear um sério trabalho voltado à compreensão popular sobre o instrumento que estará à disposição de todos, bem como ao aprimoramento dos profissionais do Direito acerca do método (...) a remodelação da mediação à feição processual, sem que isso fulmine suas características principiológicas [...]⁵¹⁷

A mudança de cultura que se necessita, pode vir do trabalho do mediador, uma vez que na mediação não se interfere no conflito, mas se ensina a pensar e expressar o que se sente para oportunizar escolhas reais pelos próprios interessados. O dever do mediador é tratar as pessoas com gentileza e ser duro apenas com os conflitos.⁵¹⁸

Em que pese a esperança de que a aplicação dos *ADRs* desonere o Poder Judiciário, a via escolhida, qual seja, a absorção dos meios de solução de conflitos pelo aparato estatal, é criticada. Afirmar-se que se trata de um modelo comprovadamente fracassado tanto em razão dos custos quanto em razão da apreciação jurisdicional dos casos sem acordo, e até mesmo da supervalorização de tais ferramentas.⁵¹⁹

O aspecto judicial da tendência de democratização da justiça consiste no binômio ciência-reação. Constata-se que o processo de construção da decisão judicial é duplamente

⁵¹⁵Na prática, os mediadores dão tanta relevância ao chamado discurso de abertura, que mesmo quando uma das partes se ausenta da primeira sessão, o discurso é feito regularmente. Inegavelmente, se trata de uma oportunidade que não deve ser desperdiçada, pois o conhecimento do instrumento é capaz de provocar mudanças reais na cultura de litigância.

⁵¹⁶RODOVALHO, Thiago. A Viragem da Mediação do NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 395-405.

⁵¹⁷PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. 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: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1-32.

⁵¹⁸GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. Da mediação e da conciliação na definição do novo Código de Processo Civil: artigo 165. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33-108.

⁵¹⁹NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A Regra Interpretativa da Primazia do Mérito e o Formalismo Processual Democrático. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 139-178.

garantido, ou seja, há uma faceta formal ou estática do contraditório, bem como uma faceta substancial ou dinâmica que pressupõe a possibilidade de influenciar a decisão ativamente.⁵²⁰

E essa participação ativa é potencializada pela flexibilização do procedimento para atender adequadamente às peculiaridades do caso concreto, inclusive as necessidades dos sujeitos parciais. Historicamente, o ordenamento brasileiro valorizou a legalidade das formas. Notadamente, a evolução processual também consagrou procedimentos especiais diante da insuficiência de um procedimento único para toda e qualquer causa. A adaptabilidade dos procedimentos e a liberdade de formas não levam (necessariamente) à anarquia, mas legitima formas criativas de acesso à justiça e supera o mito da igualdade por meio da rigidez formal. Ou seja, consagra fontes autônomas de regras procedimentais.⁵²¹

Notadamente, a transação constitui título executivo extrajudicial se referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal (art. 784, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015⁵²²). E ainda, dispensa as custas remanescentes quando ocorre antes da sentença (art. 90, § 3º do Código de Processo Civil de 2015).

Dentre outros incentivos à solução consensual em juízo vale mencionar a produção de prova antecipada que é admitida para viabilizar a autocomposição (ou outro meio adequado de solução de conflito) ou quando puder evitar o ajuizamento de ação (art. 381, II e III do CPC/2015⁵²³).

Também nas ações monitórias, de prova escrita sem força executiva, o réu é estimulado ao cumprimento do mandado no prazo, ao invés de oferecer embargos, por meio da fixação de honorários advocatícios em apenas 5% do valor da causa e isenção de custas processuais (art. 701, caput e § 1º do CPC/2015). Também há previsão (art. 90, § 4º do CPC/2015⁵²⁴) de redução dos honorários à metade como um incentivo ao reconhecimento da procedência do pedido concomitante ao cumprimento integral da prestação reconhecida.

⁵²⁰MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Da proteção contra surpresa processual e o Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 595-618.

⁵²¹CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 619-657.

⁵²²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵²³BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵²⁴BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Visto que as sentenças e acórdãos preferem a ordem cronológica do envio à conclusão, algumas hipóteses são excluídas dessa regra⁵²⁵. Dentre elas, o novo processo civil brasileiro distingue a homologação de acordo que pode se desvincular dessa fila e concretizar a celeridade e funcionar como um prêmio à solução consensual.

Os juízes de paz⁵²⁶ têm competência constitucional para exercer atribuições conciliatórias sem caráter jurisdicional (além de celebrar casamentos) e devem ter no mínimo 21 anos como condição de elegibilidade pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos (art. 14, VI, “c” e art. 98 da Constituição de 1988⁵²⁷). O CNJ decidiu na consulta 0006218-49.2015.2.00.0000 formulada pelo TJ de Tocantins, com base no art. 477 da CLT, que cabe ao juiz de paz para homologar rescisões de contrato de trabalho na ausência do sindicato, Ministério do Trabalho, Ministério Público e Defensoria Pública.

Nos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099/1995⁵²⁸), já era previsto como regra procedimental a designação de audiência de conciliação no prazo de 15 dias ao tempo da propositura da ação (art. 16). Na audiência, as partes serão esclarecidas das vantagens da conciliação e advertidas dos riscos e consequências do litígio (art. 21). A pena pelo não comparecimento do réu na audiência de conciliação é a revelia (art. 20) seguida da prolação de sentença (art. 23); ausente o autor, extingue-se o processo (art. 51, I). Realizado acordo, será homologado por sentença irrecorrível (art. 22, parágrafo único e art. 41, caput). Do contrário, as partes podem optar pela arbitragem de imediato se estiver presente juiz leigo à sua escolha, cujo laudo será homologado em no máximo 5 dias úteis pelo juiz togado por sentença irrecorrível (artigos 24 a 26 e art. 41, caput). Se não optarem pela arbitragem, procede-se de imediato ou em até 15 dias úteis à instrução e julgamento (art. 27 e art. 40). E novamente, na execução de título extrajudicial, nota-se a busca pela solução consensual por audiência de conciliação (art. 53, § 1º).

Visto que o Código de Processo Civil de 2015 no artigo 3º, § 3º estabelece como dever dos sujeitos processuais o estímulo à conciliação, a mediação e outros métodos de solução

⁵²⁵CÂMARA, op. cit., p. 16

⁵²⁶A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35 de 1979) dispõe sobre a justiça de paz nos artigos 112 e 113; a Organização Judiciária do DF (Lei n. 11.697 de 2008) no art. 49; e, a Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (Lei n. 6956 de 2015), nos artigos 64 e 65. O Código Eleitoral determina que os candidatos a juízes de paz sejam registrados nos Juízos Eleitorais (art. 89, III da Lei nº 4.737/1965).

⁵²⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵²⁸BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

consensual⁵²⁹ de conflitos. E ainda, o art. 487, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” define precisamente que haverá resolução de mérito quando o juiz homologar o reconhecimento da procedência do pedido, a transação ou a renúncia à pretensão (outroa “renúncia ao direito” na redação do art. 269, V do CPC/1973⁵³⁰).

Ainda que o processo já se encontre em recurso especial ou extraordinário, ainda resta a possibilidade de reconhecimento da procedência do pedido conforme decisão recente do STF:

A jurisprudência do STF firmou entendimento no sentido de reconhecer, também na instância extraordinária, a possibilidade da homologação do pedido de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, quando postulado por procurador habilitado com poderes específicos, desde que anterior ao julgamento final do recurso extraordinário. [...] RE 514639 QO/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 10.5.2016. (RE-514639)⁵³¹

Certamente a decisão homologatória de autocomposição – judicial ou extrajudicial – constitui título executivo judicial (art. 515, incisos II e III com art. 725, VIII do CPC/2015⁵³²) e será uma sentença quando versar sobre todo o objeto do processo (art. 354, caput do CPC/2015) ou decisão interlocutória se disser respeito apenas a uma parcela (art. 354, parágrafo único do CPC/2015).

Trata-se de um de uma perspectiva policêntrica do processo na qual o juiz não assume um protagonismo judicial, mas junto com as partes (e até mesmo outros sujeitos do processo) constroem juntos a resolução de mérito⁵³³. A propósito, a Resolução n. 106/2010 do CNJ⁵³⁴ dispõe sobre critérios objetivos para a promoção de magistrados, bem como avaliação de produtividade. Realmente, ao encontro dessa visão, as regras (art. 6º, parágrafo único)

⁵²⁹Notas do diário de campo acerca do dever de estimular os métodos de solução consensual – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 1ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado e o Ministério Público estimulam a solução consensual. [...]

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado incentiva a solução consensual. [...]

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A Defensoria Pública deseja obter a solução consensual quanto à visitação. [...]

Narrativa da 54ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado propõe o meio termo entre as duas pretensões. [...]

⁵³⁰BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 514639 QO/RS, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵³²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵³³CÂMARA, op. cit., p. 109

⁵³⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_106.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

privilegiam o juiz que tiver índice de conciliação proporcionalmente superior ao índice de sentenças em comparação à média dos colegas de unidades similares.

O Poder Judiciário executa programas cujo objetivo é promover a autocomposição. E durante os trabalhos, os prazos processuais se suspendem (art. 221, parágrafo único do CPC/2015⁵³⁵).

Quando não for o caso de improcedência liminar, o réu passou a ser citado para audiência de conciliação ou de mediação com pelo menos 20 dias úteis de antecedência (art. 27 da Lei n. 13.140/2015⁵³⁶; art. 334, caput do CPC/2015⁵³⁷), que só não ocorrerá quando a causa versar sobre direito que não admita transação (art. 3º, caput da Lei n. 13.140/2015; art. 334, § 4º, II do CPC/2015) ou quando ambas as partes manifestarem desinteresse (art. 334, § 4º, I do CPC/2015).

Desencoraja-se as partes de não comparecerem⁵³⁸ injustificadamente com a punição por ato atentatório à dignidade da justiça com multa de até 2% da vantagem pretendida ou valor da causa (art. 334, § 8º do CPC/2015⁵³⁹). E mais, caso o autor não queira a audiência, se o réu concordar abrevia em, no mínimo, 10 dias úteis o prazo que teria para elaborar sua contestação (art. 335, inciso II do CPC/2015).

A esse respeito, importante apresentar a interpretação do professor Câmara: “apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo ‘ambas’, deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de conciliação não se realizará se qualquer das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual”⁵⁴⁰. Trata-se de uma interpretação dos artigos 319, VII e 334, §5º do CPC/2015⁵⁴¹ combinada com o art. 2º, §2º da Lei 13.140/2015⁵⁴²: “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.”

⁵³⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵³⁶BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵³⁷BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵³⁸Notas do diário de campo sobre ausência das partes – vide nota nº 1 (p. 14).

Em 45 processos de mediação judicial pesquisados, constatou-se em 49% deles que a mediação restou infrutífera por ausência de uma ou ambas as partes.

⁵³⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁴⁰CÂMARA, op. cit., p. 199

⁵⁴¹Ibidem.

⁵⁴²BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A propósito, o conceito indeterminado de justa causa foi explicado legalmente como evento alheio à vontade da parte que lhe impeça de praticar o ato processual por si ou mandatário (art. 223, § 1º do CPC/2015⁵⁴³).

A lei determinou que o Judiciário crie centros judiciários de solução consensual de conflitos (Cejusc) que realizarão as sessões de conciliação e mediação (art. 24, caput da Lei 13.140/2015⁵⁴⁴; art. 165, caput do CPC/2015). A composição e organização desses centros é definida pelo CNJ (art. 24, parágrafo único da Lei n. 13.140/2015; art. 165, § 1º do CPC/2015; art 8º ao 11 da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ⁵⁴⁵).

Os conciliadores judiciais e os mediadores judiciais são auxiliares da justiça (art. 149 do CPC/2015⁵⁴⁶) equiparados a servidores públicos para efeitos penais (art. 8º da Lei n. 13.140/2015⁵⁴⁷). Para que os profissionais se cadastrem nacionalmente e nos tribunais (art. 12 da Lei n. 13.140/2015; art. 167, caput e § 1º do CPC/2015) devem ser devidamente certificados (art. 11 da Lei n. 13.140/2015; art. 167, § 1º do CPC/2015; Anexo I da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ⁵⁴⁸).

As partes podem escolher, de comum acordo, o profissional ou câmara de sua preferência, ainda que não esteja cadastrado no tribunal (art. 168, caput e § 1º do CPC/2015⁵⁴⁹). Entretanto, se não houver acordo quanto ao profissional, será designado um profissional por distribuição alternada e aleatória por área de atuação dentre os cadastrados no tribunal (art. 168, § 2º e 167, § 2º do CPC/2015) que estarão sujeitos às mesmas regras de impedimento e suspeição de juiz (art. 5º, caput da Lei n. 13.140/2015⁵⁵⁰; art. 148, II do CPC/2015), mas não à prévia aceitação das partes (art. 25 da Lei n. 13.140/2015). E poderão ser

⁵⁴³BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁴⁴BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁴⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁴⁶BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁴⁷BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁴⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁴⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁵⁰BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

admitidos outros contanto que as partes concordem (art. 15 da Lei n. 13.140; art. 168, § 3º do CPC/2015).

As partes devem estar acompanhadas por advogados ou defensores públicos, exceto nas causas até vinte salários mínimos pelo rito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 26 da Lei n. 13.140/2015⁵⁵¹; art. 9º, caput da Lei n. 9.099/1995⁵⁵²; art. 1º da Lei n. 10.259/2001⁵⁵³) e também é dispensável que as partes da ação de alimentos estejam acompanhadas de advogados (art. 6º e art. 9º, § 1º da Lei nº 5.478/1968⁵⁵⁴).

Dessarte, julgado⁵⁵⁵ recente do STJ sobre a validade do acordo de alimentos sem a participação de advogado do alimentante que em certo grau privilegia a autonomia do interessado, mas pode vir a prejudicar essa mesma autonomia diante da vulnerabilidade por falta de assistência jurídica⁵⁵⁶:

[...] À luz da legislação pátria, é indubitável que o alimentante possui capacidade e legitimidade para transacionar, independentemente da presença de seu patrono no momento da realização do ato. (...) "A assistência de advogado não constitui requisito formal de validade de transação celebrada extrajudicialmente mesmo versando sobre direitos litigiosos" (RESP 666.328-PR, Primeira Turma, DJ 21/3/2005). (...) Incide, desse modo, a premissa de que *quem pode o mais pode o menos*, como já assentado em precedente desta Corte (REsp 1.135.955-SP, Primeira Turma, DJe 19/4/2011). (...) Logo, ausentes os vícios de consentimento, quais sejam, dolo, coação, erro substancial quanto à pessoa ou coisa controversa e lesão (art. 849 do CC), não há motivo para a anulação da transação judicial de alimentos celebrada na presença do magistrado e do Ministério Público. REsp 1.584.503-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/4/2016, DJe 26/4/2016.

Certamente, “[...] o patrocínio técnico gratuito não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não o oferece como deveria e prometeu [...]”⁵⁵⁷.

Prosseguindo, o procedimento de mediação judicial deve ser concluído em até dois meses, que sempre serão menos do que sessenta dias úteis, contados da primeira sessão, mas pode ser prorrogado por vontade das partes (art. 28, caput da Lei n. 13.140/2015; art. 334, § 2º

⁵⁵¹Ibidem.

⁵⁵²BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁵³BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁵⁴BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁵⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.584.503-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0582>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁵⁶Notas do diário de campo acerca da ausência de advogado ou defensor público – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 17ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Uma das partes chega para a audiência sem Defensoria Pública. [...]

⁵⁵⁷DINAMARCO, op. cit., p. 326.

e art. 219, caput do CPC/2015). Assim, pode ser necessário e adequado ao procedimento comum, o agendamento de três sessões com intervalos de um mês (e ao menos vinte dias úteis) entre elas.

Se houver acordo na sessão de mediação judicial, constituirá título executivo extrajudicial (art. 20, parágrafo único, 1ª parte da Lei n. 13.140/2015⁵⁵⁸) que a pedido das partes será homologado pelo juiz como título executivo judicial (art. 20, parágrafo único, 2ª parte e art. 28, parágrafo único da Lei n. 13.140/2015).

A remuneração é fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, assegurada a gratuidade de justiça (art. 13; art. 4º, § 2º e art. 42, caput da Lei n. 13.140/2015⁵⁵⁹; art. 169, caput do CPC/2015⁵⁶⁰). As câmaras privadas devem suportar um percentual de audiências não remuneradas com gratuidade de justiça (art. 169, § 2º do CPC/2015). Entretanto, o tribunal pode criar quadro próprio por concurso público (art. 167, § 6º da Lei 13.140/2015). E também é admitido que seja atividade voluntária (art. 169, § 1º da Lei 13.140/2015).

No caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a remuneração na entrada em vigor do CPC/2015 passou a ser (programaticamente⁵⁶¹) de R\$ 10,00 para os conciliadores judiciais e R\$ 20,00 para os mediadores judiciais por cada processo e que seja homologado acordo, exceto nos casos com gratuidade de justiça e nos processos de Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários – hipóteses em que não haveria remuneração (Ato Normativo Conjunto TJ/CGJ nº 73/2016).

Advogados e juízes entrevistados⁵⁶² – entre 2010 e 2013 – entendiam que a mediação endoprocessual, ou incidental, seria um desperdício de tempo em desfavor da celeridade e da duração razoável do processo. Aqui vale mencionar que a pesquisa indicava que à época⁵⁶³ a maioria dos juízes de família do Rio de Janeiro não aderiu à mediação.

⁵⁵⁸BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁵⁹Ibidem.

⁵⁶⁰BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁶¹Notas do diário de campo acerca da remuneração dos mediadores – vide nota nº 1 (p. 14).

Na prática, não foi percebida qualquer remuneração ao longo do ano de exercício pesquisado, qual seja, 2016, mesmo nos casos que em tese atendiam os pressupostos da irrisória ajuda de custo.

⁵⁶²FILPO, op. cit., p.66 e 71.

⁵⁶³Notas do diário de campo acerca da adesão dos juízes de família à mediação – vide nota nº 1 (p. 14).

Em 2016, no mesmo local, por meio da observação e mediação de 19 processos de família, identificou-se que originaram em 8 varas de família distintas dentre as 18 existentes na Capital. Assim, constatou-se que a situação pretérita (2010 a 2013) não se perpetua, pois a maioria ou todos os juízes de família teriam aderido à mediação.

A busca pela solução consensual é ainda mais acentuada em ações de família: divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável⁵⁶⁴, guarda⁵⁶⁵, visitação⁵⁶⁶, filiação e alimentos⁵⁶⁷ (art. 693 do CPC/2015⁵⁶⁸). Trata-se de reconhecer que o juiz precisa dispor do auxílio de outros profissionais de outras áreas do conhecimento – possibilitando atendimento multidisciplinar (com especialista nos depoimentos⁵⁶⁹ de abuso ou alienação parental) – e enfatizar a conciliação e a mediação – preferencialmente extrajudicial (artigos 694 e 699 do CPC/2015). Para não agravar⁵⁷⁰ o conflito, foi sábio o legislador em determinar que a citação nas ações de família sequer será acompanhada de cópia da petição inicial, mas ordenará o comparecimento em audiência de conciliação ou mediação (art. 695, § 1º do CPC/2015).

Na esteira das evoluções do Direito de Família, o art. 1.584, § 1º do CC/2002⁵⁷¹ preconiza que o juiz esclarecerá na audiência de conciliação sobre o significado da guarda compartilhada⁵⁷², sua importância, deveres, direitos e sanções. Trata-se de uma hipótese

⁵⁶⁴Notas do diário de campo acerca de união estável – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Indagada se é casada no papel, a mãe responde que sim. [...]

⁵⁶⁵ Notas do diário de campo acerca de guarda – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A Defensoria Pública explica que a guarda sempre pode ser revista, pede novos estudos. [...]

⁵⁶⁶ Notas do diário de campo acerca de visitação – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado busca consenso da rede familiar do pai, ou seja, sua companheira. (...) E o local sugerido para a convivência é a casa do avô materno. O Ministério Público se assegura com o pai que há um bom relacionamento entre eles. [...]

Narrativa da 46ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Chega a parte, as avós se emocionam. A menina se levanta e para beijar suas parentes. [...]

⁵⁶⁷ Notas do diário de campo acerca de alimentos – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado fixa os alimentos em 30% do salário mínimo a ser pago pela mãe ao pai. O Defensor Público discute e afirma que recorrerá pela diferença em relação à pensão que era paga pelo pai à mãe. (...) Defensoria Pública discute sobre os alimentos, mas a mãe não parece se importar. [...]

Narrativa da 49ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado manda o pai guardar os comprovantes dos alimentos e adverte que se não fizer pode ir preso. [...]

⁵⁶⁸BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁶⁹Notas do diário de campo acerca do depoimento de crianças – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 46ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Ministério Público faz diversas inquirições sucessivamente à criança e consegue respostas verossímeis. [...]

⁵⁷⁰ Notas do diário de campo acerca da escalada do conflito – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] As partes começam a discutir. [...]

Narrativa da 54ª audiência de instrução e julgamento observada:

O réu cumprimenta a autora com um aperto de mão e faz um gracejo que lhe desagradou. [...]

⁵⁷¹BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁷²Notas do diário de campo acerca de guarda compartilhada – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A mãe afirma que tentou resolver a situação sozinha por alguns dias antes de participar o pai. [...]

legislativa que programa o emprego da técnica do empoderamento⁵⁷³ tão cara à mediação. O art. 1.584, § 3º do CC/2002 preconiza a orientação de equipe interdisciplinar e o enunciado nº 335 do CJF⁵⁷⁴ estimula o uso da mediação em relação à guarda compartilhada.

Embora a mediação se destaque nas causas de família, a busca pela solução consensual marca diversos ramos do direito. Realmente, há muitos exemplo, tanto no direito civil⁵⁷⁵ quanto no direito empresarial⁵⁷⁶.

Além disso, existem exemplos no direito público, a saber, no direito eleitoral⁵⁷⁷, no direito tributário⁵⁷⁸ e no direito administrativo⁵⁷⁹.

⁵⁷³Notas do diário de campo acerca de empoderamento – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 9ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado manda entrar também o adolescente. (...) O Magistrado indaga o adolescente que concorda com a guarda acenando. [...]

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Advogado é advertido para não responder pela parte. [...]

Narrativa da 12ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Sai o adolescente. (...) Retorna o adolescente que diz querer passar as férias com a família acolhedora (...) adolescente e unidade cooperam (...) Adolescente assina. [...]

⁵⁷⁴BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 335. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/358>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁷⁵Ainda no direito civil, acerca da locação de imóveis urbanos, é preciso mencionar que na audiência de conciliação da ação revisional de aluguel, a lei obriga o réu a oferecer contraproposta quando discordar do valor pretendido e incumbe ao juiz tentar a conciliação (art. 68, IV da Lei n. 8.245/1991). A lei também prevê que poderá ser homologado acordo de desocupação na ação revisional que será executado por mandado de despejo (art. 70 da Lei n. 8.245/1991). E ainda, se ao invés de apresentar contestação ao despejo, o locatário (ou o fiador) pagar o débito, evita-se a rescisão da locação (art. 62, II da Lei n. 8.245/1991).

⁵⁷⁶No direito empresarial, havendo concordância expressa e unânime com a dissolução parcial de sociedade, não haverá condenação em honorários e as custas serão rateadas na proporção do capital social (art. 603, § 1º do CPC/2015). No mesmo sentido, quando não houver contestação ao pedido de restituição durante o procedimento de falência, a massa não é condenada em honorários advocatícios (art. 88, parágrafo único da Lei n. 11.101/2005).

⁵⁷⁷Já no direito eleitoral, vale mencionar que no registro de candidatos às eleições, havendo homonímia que não se resolva pelos critérios previstos, os candidatos são notificados para que cheguem a um acordo (art. 12, § 1º, inciso IV da Lei nº 9.504/1997).

⁵⁷⁸Em se tratando de direito tributário, mesmo a Fazenda Pública admite concessões recíprocas como um meio de terminar o litígio sobre a matéria tributária (art. 171 do CTN/1966). A transação é causa de extinção do crédito tributário (art. 156, III do CTN/1966).

⁵⁷⁹Em sede de direito administrativo, no processo judicial de desapropriação por utilidade pública, se o expropriado concordar com o preço, o juiz homologará o acordo de vontades (art. 22 do Decreto-Lei n. 3.365/1941). Nesse caso, as custas serão pagas pelo autor (art. 30 do Decreto-Lei n. 3.365/1941).

Ainda no direito administrativo, a Medida Provisória nº 703/2015 – se é que havia relevância e urgência para tal revogação (art. 62, caput da CRFB/1988) – revogava o art. 17, § 1º da Lei n. 8.429/1992 (que por sua vez veda a transação, o acordo e a conciliação nas ações de improbidade administrativa) teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29 de maio de 2016.

E mais, no regime especial de pagamento de precatórios, parte dos recursos públicos podem ser destinados ao pagamento mediante acordos em Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios com redução de até 40% no valor do crédito (art. 102, parágrafo único do ADCT e art. 100, § 20 da CRFB/1988).

Realmente, até na *ultima ratio* do direito penal⁵⁸⁰ já se admite a busca pela solução consensual em juízo como marca do protagonismo das partes.

Destaca-se que a Constituição de 1988⁵⁸¹ (art. 98, I) determinou a criação de juizados para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo em procedimento oral e sumaríssimo. O procedimento sumaríssimo é previsto no CPP⁵⁸² (art. 394, III) como espécie do procedimento comum. A Lei n. 9.099/1995⁵⁸³ – que criou os Juizados Especiais Cíveis – também criou os Juizados Especiais Criminais:

Sem dúvida, a Lei n. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descaracterizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência⁵⁸⁴.

Nos Juizados Especiais Criminais, há uma audiência preliminar com a oportunidade de composição dos danos e proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 72 da Lei n. 9.099/1995⁵⁸⁵). A conciliação pode ser conduzida pelo Juiz ou por conciliador, preferencialmente bacharel em Direito, que não pode funcionar administrativamente na Justiça Criminal (art. 73 da Lei n. 9.099/1995). Entretanto, não caberá proposta ao condenado

⁵⁸⁰Já no processo penal, admite-se uma fase prévia de reconciliação, art. 520 do Código de Processo Penal no rito especial dos crimes contra a honra que pode resultar em extinção da punibilidade pela renúncia. Na aplicação de pena de prestação pecuniária é possível exemplificar o fenômeno pelo negócio do art. 45, § 2º do CP/1940 que ocorre entre o réu e o beneficiário para modificar sua natureza. E nos Juizados Especiais Federais, a entidade terá poderes para compor os danos decorrentes de ilícito criminal (art. 11, parágrafo único da Lei n. 10.259/2001). O perdão do ofendido obsta o prosseguimento da ação penal de iniciativa privada (art. 105 do CP/1940).

Ainda na esteira penal de exemplos de cooperação dos interessados na solução do conflito, o co-autor é privilegiado pela localização da vítima com vida, pela recuperação total ou parcial do produto do crime, pela identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime (art. 14 da Lei nº 9.807/1999); quando delatar a associação criminosa para fins de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo ou a facilitação da libertação do sequestrado (art. 7º e art. 8º da Lei nº 8.072/1990; art. 41 e art. 49 da Lei nº 11.343/2006; art. 4º da Lei nº 12.850/2013) ou o concorrente que denuncie à autoridade facilitando a libertação do sequestrado (art. 159, § 4º do CP/1940); bem como nos crimes econômicos (art. 16, parágrafo único da Lei nº 8.137/1990); nos crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º da Lei nº 9.613/1998).

No caso das organizações criminosas – estruturadas pela divisão de tarefas entre quatro ou mais pessoas que praticam terrorismo, infrações internacionais, transnacionais ou com penas superiores a 4 anos – é possível que o Ministério Público ou o delegado de polícia celebrem acordo de colaboração, inclusive concedendo redução de pena, substituição de pena e até mesmo perdão judicial condicionados ao resultado positivo da colaboração (art. 1º e art. 4º, caput e § 6º da Lei nº 12.850/2013).

⁵⁸¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁸²BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁸³BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁸⁴LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 746.

⁵⁸⁵BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

à pena privativa de liberdade, ao beneficiado nos últimos 5 anos ou a quem não preencher critérios subjetivos (art. 76, § 2º da Lei n. 9.099/1995).

A propósito, julgado⁵⁸⁶ recente do STF esclarece que na transação penal⁵⁸⁷ não são impostos os efeitos das sentenças penais condenatórias:

[...] As consequências jurídicas extrapenais, previstas no art. 91 do CP, são decorrentes de sentença penal condenatória. Isso não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. [...] Além disso, o juiz, em caso de descumprimento dos termos do acordo, não poderia substituir a medida restritiva de direito consensualmente fixada por pena privativa de liberdade compulsoriamente aplicada. RE 795567/PR, rel. Min. Teori Zavascki, 28.5.2015. (RE-795567)

De toda sorte, é importante tecer uma crítica ao consenso. Ainda que um argumento seja capaz de convencer um auditório universal, é possível que o consenso alcançado seja apenas uma má idéia nas mãos de um bom orador⁵⁸⁸.

Há casos nos quais as partes não estão preparadas para resolver a questão sem a imposição do Poder Judiciário e com ela conseguem alcançar uma solução consensual sobre o direito material. No entanto, em outros casos as partes não chegarão a nenhum consenso sobre o objeto litigioso, mas conseguem negociar sobre as regras processuais buscando uma solução rápida, econômica e exequível.

Nem todo fato tem relevância para o Direito e por isso os fatos são classificados em fatos não jurídicos e fatos jurídicos. Pois bem, dentre os fatos jurídicos *lato sensu*, alguns decorrem de causas naturais, fatos jurídicos *stricto sensu*; enquanto outros se originam do comportamento humano, atos jurídicos *lato sensu*. Dentre os que decorrem de ato humano, podem ser atos-fatos, involuntários; ou atos ilícitos, vontade contrária ao ordenamento jurídico; ou atos jurídicos *stricto sensu*, vontade cujos efeitos são pré-estabelecidos em lei; ou negócios jurídicos, vontade dotada de poder de escolha dentro dos limites legais⁵⁸⁹.

Assim, da dicotomia entre direito material e direito processual, o verbete do negócio jurídico processual significa nas palavras da Academia Brasileira de Letras Jurídicas:

⁵⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 795567/PR, rel. Min. Teori Zavascki, 28.5.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁸⁷A propósito, a transação penal em crimes ambientais deve ser precedida da composição do dano ou comprovação de impossibilidade (art. 27 da Lei n. 9.605/1998). E a declaração de extinção de punibilidade por suspensão condicional do processo nos crimes ambientais depende de laudo de reparação do dano ambiental (art. 28 da Lei n. 9.605/1998).

⁵⁸⁸MACCORMICK, op. cit., p. 26-27

⁵⁸⁹CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. Dir. Proc. Civ. Ato das partes consistente em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade que produzem a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Ex., quanto a declaração unilateral, a desistência da ação; quanto a declarações bilaterais, o compromisso arbitral. CPC, art. 158⁵⁹⁰.

E ainda, os negócios jurídicos devem ser classificados quanto à manifestação de vontade dos envolvidos, quanto às vantagens patrimoniais para os envolvidos, quanto aos efeitos temporais, quanto à necessidade de solenidades, quanto à independência, quanto às condições pessoais essenciais dos negociantes, quanto à causa determinante, quanto ao momento de aperfeiçoamento e quanto à extensão dos efeitos⁵⁹¹.

A propósito, a escolha do procedimento pelo autor ao ajuizar a demanda é um exemplo de negócio processual unilateral, assim como a desistência da ação, reconhecimento de procedência do pedido e renúncia à pretensão⁵⁹².

O Código de Processo Civil de 1973 previu diversos negócios processuais típicos⁵⁹³. Entretanto, vale mencionar um breve exemplo de lição doutrinária que negava⁵⁹⁴ a própria

⁵⁹⁰SIDOU, Jose Maria Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 582.

⁵⁹¹TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 194-196.

⁵⁹²FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 281-295.

⁵⁹³O Código de Processo Civil de 1973 previu diversos negócios processuais típicos: modificação do réu na nomeação à autoria (artigos 65 e 66); sucessão do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário da coisa litigiosa (art. 42, § 1º); acordo de eleição de foro (art. 111); prorrogação da competência territorial por inércia do réu (art. 114); desistência do recurso (art. 158 e art. 500, III); convenção sobre prazos dilatórios (art. 181); convenção para suspensão do processo (artigos 265, II e 792); desistência da ação (art. 267, § 4º e art. 158, parágrafo único); convenção de arbitragem (art. 267, VII e art. 301, IX); revogação da convenção de arbitragem (art. 301, IX e § 4º); reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); transação judicial (art. 269, III; 475-N, III e V; e 794, II); renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação (art. 269, V); convenção sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único); acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 392, parágrafo único); conciliação em audiência (artigos 447 a 449); adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, I); convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1º); liquidação por arbitramento em razão de convenção das partes (art. 475-C, I); escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); renúncia ao direito de recorrer (art. 502); requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569); escolha do foro competente pela Fazenda Pública na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633); desistência da penhora pelo exequente (art. 667, III); administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º); dispensa da avaliação se o exequente aceitar a estimativa do executado (art. 684, I); opção do exequente por substituir a arrematação pela alienação via internet (art. 689-A); opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A); acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); escolha de depositário de bens sequestrado (art. 824, I); acordo de partilha (art. 1.031). (DIDIER JÚNIOR, 2015, op. cit., p. 42-43.)

⁵⁹⁴Vale mencionar como o item dos negócios processuais era cobrado em provas de concursos públicos. A assertiva foi considerada correta pela banca CESPE na prova para o cargo de Juiz de Direito Substituto do DF no ano de 2015: “Observadas algumas restrições, admite-se que as partes distribuam o ônus da prova por convenção, hipótese essa considerada como típico negócio jurídico processual para parte da doutrina que defende a existência dessa categoria jurídica.”

existência dos negócios processuais à luz da Lei n. 5.869, o Código de Processo Civil de 1973⁵⁹⁵:

No processo civil, tem sido negada a possibilidade de existência de negócios jurídicos processuais, porque os atos do processo não são regidos pelo princípio da vontade. Não se atribui às partes o poder de regular o seu andamento e desenvolvimento, de acordo com a sua vontade. Existem algumas hipóteses em que a lei permite à parte fazer determinadas escolhas, como ocorre no foro de eleição ou na distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único), mas isso não se insere no campo da autonomia da vontade, porque o poder de escolha fica restrito e limitado ao que foi imposto em lei⁵⁹⁶.

Vale sinalizar desde já que nem todos os negócios processuais são válidos, assim como qualquer negócio pode ser inválido. Por exemplo, julgado recente do STJ decide pelo afastamento da cláusula de eleição de foro⁵⁹⁷ nos casos em que se discute a validade do próprio contrato:

[...] Na hipótese em que a própria validade do contrato esteja sendo objeto de apreciação judicial pelo fato de que não houve instrumento de formalização assinado pelas partes, a cláusula de eleição de foro não deve prevalecer, ainda que prevista em contratos semelhantes anteriormente celebrados entre as partes. O STJ tem entendido que, em hipóteses em que se discute a própria validade do contrato, o foro de eleição não prevalece (REsp 773.753-PR, Terceira Turma, DJ 24/10/2005; e CC 15.134-RJ, Segunda Seção, DJ 11/12/1995). [...] REsp 1.491.040-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015⁵⁹⁸.

Há uma tradição de rigidez no processo civil brasileiro. A mudança da causa de pedir e do pedido estava sujeita a três regras distintas conforme a fase em que se encontrava o processo: faculdade do autor se antes da citação; subordinada à concordância do réu se após a citação, mas antes do saneamento; e vedada após o saneamento do processo⁵⁹⁹. Essa política processual pouco fez para romper o clima bélico entre os sujeitos.

⁵⁹⁵BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁹⁶GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento* (1ª parte). 11. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225-226

⁵⁹⁷Acerca da eleição de foro, nos contratos de adesão eletrônicos é nula a cláusula que afasta a jurisdição brasileira sobre serviços prestados no Brasil (art. 8º, parágrafo único, II da Lei n. 12.965/2014). A propósito, há cláusula necessária de eleição de foro da sede da Administração Pública nos contratos celebrados entre esta e qualquer pessoa (art. 55, § 2º da Lei n. 8.666/1993).

O foro de eleição é previsto como um negócio processual típico nos contratos de locação de imóvel urbano (art. 58, II da Lei n. 8.245/1991). E ainda, a lei previu para esses contratos, um negócio processual sobre a citação, intimação ou notificação por correspondência com aviso de recebimento, no caso de pessoa física; ou por telex ou fac-símile, no caso de pessoa jurídica (art. 58, IV da Lei n. 8.245/1991).

⁵⁹⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.491.040-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0557>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁵⁹⁹RODRIGUES, op. cit., p. 65-66

A desistência⁶⁰⁰ da ação depois da citação depende do consentimento do réu (art. 485, § 4º do CPC/2015⁶⁰¹). Já a desistência do recurso, bem como a renúncia ao direito de recorrer, independem da anuência da outra parte (art. 998, caput e art. 999 do CPC/2015⁶⁰²).

A nova justiça é marcada pela ausência de adversários e pela busca de fatores convergentes nas relações jurídicas. Esse compromisso não rompe com o processo tradicional, mas com a sua vulgarização.

O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual. Consequência disso é o assim chamado princípio da cooperação, consagrado no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar⁶⁰³ entre si para que se obtenha, em prazo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”⁶⁰⁴.

No caso concreto⁶⁰⁵, o comportamento do magistrado, do promotor e do defensor foram convergentes no sentido de diminuir a participação do advogado de uma das partes e

⁶⁰⁰Em se tratando de litígio contra a União, formulado o pedido de desistência pelo autor, as autoridades devem condicionar sua concordância ao autor renunciar expressamente ao direito (art. 3º, caput da Lei n. 9.469/1997). A propósito, o procedimento de recuperação judicial foi programado de modo semelhante, pois uma vez deferido o processamento, o devedor não poderá desistir sem a aprovação da assembleia-geral de credores (art. 52, § 4º da Lei n. 11.101/2005). E nas ações diretas de inconstitucionalidade, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, bem como nas ações declaratórias de constitucionalidade, a desistência não é admitida (art. 5º, caput; art. 12-D; art. 16 da Lei n. 9.868/1999). Em particular, no processo penal, a renúncia do réu ao direito de recorrer não impede que o seu defensor apele (art. 5º, LV da CRFB e enunciado da súmula 705 do STF).

⁶⁰¹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰²Ibidem.

⁶⁰³Notas do diário de campo acerca da cooperação entre as partes e profissionais da justiça – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado pede cooperação da tia para trazer a avó da criança para testemunhar independente de qualificação e intimação. [...]

Narrativa da 9ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Refeito o pregão a parte autora é encontrada. [...]

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Há cooperação entre a Defensoria. [...]

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado não localiza foto e o pai ajuda na identificação. (...) A mãe tentou oferecer cooperação na resposta das perguntas do pai, mas foi tolhida. (...) Magistrado coopera com o advogado sobre a pensão. (...) Defensoria Pública adverte de erro material no horário.

Narrativa da 54ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Advogado do réu pede inúmeras vezes cooperação do colega para que passe na central de mandados e seja citado no divórcio. Advogado do autor diz que não passará lá e olha o relógio. [...]

Narrativa da 48ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Defensor Público coloca seu colega a par do caso. [...]

⁶⁰⁴CÂMARA, op. cit., p. 9.

⁶⁰⁵Notas do diário de campo acerca da importância dos profissionais da justiça – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado, Ministério Público e Defensoria Pública, sem o advogado, consultam os autos em grupo. (...) O Ministério Público pressiona por uma posição e silencia o advogado. (...) O Ministério Público e o Magistrado elaboram a ata, inclusive substituindo iniciativas do advogado. (...) O advogado pede que haja mudança de nome e lhe é respondido que aquela não é a oportunidade. [...]

indiretamente da própria parte. Entretanto, o tratamento entre esses profissionais deveria ser de igualdade. E mais, a participação de todos esses profissionais deveria ficar em segundo plano em relação à atuação dos próprios interessados. O caso ilustra um dos desafios culturais de estabelecer um protagonismo das partes e marca o declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos.

Na vigência da legislação anterior, as regras de direito processual civil eram consideradas de direito público. Embora esse conceito tradicional goze de fundamentos sedimentados, é possível ousar que modernamente houve um deslocamento para o domínio privado em razão da prevalência do consenso entre interesses particulares.

Vários dos negócios processuais típicos do CPC/1973⁶⁰⁶ foram mantidos no CPC/2015⁶⁰⁷, inclusive: eleição de foro (art. 63), suspensão convencional do processo (art. 313, II), adiamento convencional da audiência (art. 362, I), distribuição convencional do ônus da prova (art. 373, § 3º e § 4º) e convenção de liquidação de sentença por arbitramento (art. 509, I), dentre outras⁶⁰⁸.

Não só, o CPC/2015⁶⁰⁹ previu novos negócios processuais típicos: redução de prazos peremptórios (art. 222, § 1º), calendário processual (art. 191), escolha consensual do perito (art. 471), audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes (art. 357, § 3º), saneamento consensual (art. 364, § 2º) e desistência (unilateral) de documento cuja falsidade foi arguida (art. 392)⁶¹⁰.

E ainda, são típicos: a sucessão processual do réu, consentida pelo autor, quando aquele aliena a coisa litigiosa (art. 109, § 1º do CPC/2015⁶¹¹). Ademais, a sujeição consensual à jurisdição nacional (art. 22, III do CPC/2015). Também cabe à parte renunciar expressamente ao prazo que lhe seja benéfico (art. 225 do CPC/2015). Podem também delimitar consensualmente as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e as questões de direito relevantes para a decisão de mérito (art. 357, § 2º do CPC/2015).

⁶⁰⁶BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰⁷BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁰⁸CUNHA, op. cit., p. 27-62.

⁶⁰⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶¹⁰CUNHA, op. cit., p. 27-62.

⁶¹¹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

E também são típicos: o ajuste da forma de administração e escolha do depositário quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifícios em construção (art. 862, § 2º do CPC/2015⁶¹²). Além disso, a nomeação do administrador-depositário em penhora de frutos e rendimentos de bens pode recair sobre o exequente ou sobre o executado se houver acordo entre as partes (art. 869, caput do CPC/2015). Interessante observar que a avaliação é dispensável no processo de execução quando uma das partes concordar com a estimativa feita pela outra, mas que o juiz pode duvidar do valor acordado e proceder à avaliação mesmo assim (art. 871, I e parágrafo único do CPC/2015). As partes também podem convencionar a suspensão do procedimento executivo que retornará ao seu curso se a obrigação não for cumprida dentro do prazo (art. 922 do CPC/2015).

Existem outros exemplos⁶¹³ de negócios processuais típicos em outras leis.

Um exemplo moderno dos negócios processuais fora do processo civil é a colaboração premiada que segundo o relator Ministro Dias Toffoli no Habeas Corpus 127.483 PR, “além de meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração premiada enquadra-se na categoria negócio jurídico processual.” Assim, os negócios processuais típicos também integram o processo penal⁶¹⁴.

Enfim, há diversos exemplos típicos tanto no processo civil quanto no processo penal que espera uma postura participativa dos sujeitos processuais. Entretanto, se antes a

⁶¹²Ibidem.

⁶¹³Em sede de responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica por atos contra a administração pública, é típica a cooperação da pessoa jurídica na apuração das infrações é levada em consideração na aplicação das sanções (art. 7º, VII da Lei n. 12.846/2013), bem como podem ser celebrados acordos de leniência (art. 16 da Lei nº 12.846/2013).

⁶¹⁴Ainda na esteira penal de exemplos de negociação processual, a renúncia ao direito de queixa e o perdão do querelado são típicos e se estendem a todos os autores do crime (art. 50, caput e art. 51 do CPP/1941). A propósito, a composição dos danos civis implica renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único da Lei n. 9.099/1995).

A pena privativa de liberdade que não seja superior a 2 anos pode ser suspensa por 2 a 4 anos, se o condenado não for reincidente em crime doloso e preencha os critérios subjetivos – ou se a pena for de até 4 anos será suspensa por 4 a 6 anos e o condenado for maior de 70 anos de idade ou por razões de saúde. O condenado fica sujeito ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz, devendo prestar serviços à comunidade ou se sujeitar à limitação de fim de semana por 1 ano, bem como reparar o dano, dentre outras que forem adequadas (artigos 77 e 78 do CP/1940).

E mais, admite-se que as partes desistam da inquirição de testemunhas arroladas (art. 401, § 2º do CPP/1941). Certas autoridades podem negociar com o juiz o local, dia e hora em que serão inquiridas (art. 221, caput do CPP/1941). A ação penal privada se sujeita à perempção pela inércia do querelante (art. 60 do CPP/1941). No tribunal do Júri, o direito ao silêncio do acusado é preservado nos debates (art. 478 do CPP/1941). Trata-se de uma garantia de autonomia – autodefesa. A confissão no processo penal é divisível e retratável (art. 200 do CPP/1941). E cabe proposta no Jecrim de suspensão do processo por 2 a 4 anos se a pena mínima não superar 1 ano, submetendo o acusado a reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, não deve se ausentar da comarca sem permissão do juiz, bem como deve comparecer mensalmente em juízo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995).

atipicidade dos negócios era própria do direito civil, é imprescindível mencionar que o CPC/2015 inovou o programa normativo com uma cláusula geral de negociação de direito processual.

3.3 Os limites inexplorados de validade da cláusula geral de negociação

O princípio da atipicidade dos negócios processuais decorre do art. 200 do CPC/2015⁶¹⁵ (art. 158 do CPC/1973⁶¹⁶). O novo Código de Processo Civil privilegia a instrumentalidade⁶¹⁷ do processo (art. 283, caput do CPC/2015) ao favorecer o surgimento de novas formas de negócios jurídicos processuais na chamada cláusula geral de acordo de procedimento (art. 190, caput do CPC/2015). Trata-se de um negócio bilateral, que pode ser plurilateral quando participar o juiz⁶¹⁸.

A relação entre direito e sociedade é recíproca, pois se a lei produzirá novos negócios, também as convenções produzirão novas jurisprudências. “O direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este.”⁶¹⁹.

A gestão cooperativa do processo pode até mesmo ser realizada antes do seu surgimento. A comparação com o direito italiano sugere protocolos de procedimento e de audiência a serem concluídos entre as jurisdições e os profissionais judiciários. O fenômeno dessas convenções coletivas é chamado no direito inglês de *pre-action protocols*.⁶²⁰

⁶¹⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶¹⁶BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶¹⁷Notas do diário de campo acerca da instrumentalidade do processo – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte autora se revolta, pois queria a adoção. O Magistrado explica que o pedido não poderia ser feito após a citação. (...) A parte autora afirma que sempre respeitou os estudos sociais e a vontade da requerida. E ainda, que durante uma época estava separada de seu parceiro e que nesse período o advogado de outrora lhe desencorajou a adotar as adolescentes porque teria chances iguais de procedência ou improcedência. E que se deixou levar por estar mal assessorada. O Ministério Público culpa a autora pela demora e tumulto processual. [...]

⁶¹⁸CUNHA, op. cit., p. 27-62.

⁶¹⁹BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004, p. 237.

⁶²⁰GRECO, L, 2015, op. cit., p. 59.

O legislador não foi temerário e cuidou de garantir o devido processo legal diante da indisponibilidade, da incapacidade, da vulnerabilidade, da abusividade ou da nulidade (art. 190, parágrafo único do CPC/2015⁶²¹).

A advertência de Dinamarco em seu estudo sobre a instrumentalidade do processo vale ser resgatada para que o entusiasmo com a cláusula geral de negociação processual não atrole o legado jurídico alcançado por meio de uma longa série de tentativas e erros:

Não se trata de desprocessualizar a ordem jurídica. É imenso o valor do processo e nas formas dos procedimentos legais estão depositados séculos de experiência que seria ingênuo querer desprezar. O que se precisa é desmistificar regras, critérios, princípios e o próprio sistema.⁶²²

A moderna doutrina constitucional alemã consagra a teoria da eficácia externa dos direitos fundamentais. Assim, cogita-se a inconstitucionalidade de ato da vida privada⁶²³. E mais, o nosso ordenamento já admite um duplo controle: o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade, embora ainda se debata sobre a natureza supraconstitucional, constitucional, supralegal ou ordinária dos tratados, especialmente em matéria de direitos humanos⁶²⁴.

Pelo arcabouço teórico do direito civil, os elementos do negócio jurídico devem ser analisados a partir da teoria de Pontes de Miranda, denominada de Escada Ponteano, ou seja, nos planos de existência, validade e eficácia. Inegável o valor dos enunciados 16-21, 115, 131-135, 252-262, 402-413 aprovados pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) para a árdua tarefa de controlar a validade dos negócios processuais.

Nas primeiras acepções de direitos humanos, foram tidos como direitos fundamentais: a fruição da vida e da liberdade, os meios de adquirir e possuir a propriedade, além dos meios de obter felicidade e segurança⁶²⁵. Basta cambiar felicidade por igualdade, que se encabeça os direitos fundamentais brasileiros.

O controle de validade dos negócios processuais será exercido pelo juiz de ofício ou a requerimento. Quando se tratar de relação de consumo, qualquer consumidor ou entidade que o represente poderá provocar o Ministério Público para que demande judicialmente a

⁶²¹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶²²DINAMARCO, op. cit., p. 317.

⁶²³MENDES, op. cit., p. 1046

⁶²⁴Ibidem, p. 595 e 614

⁶²⁵MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Concurso da Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296.

declaração de nulidade da cláusula abusiva e assegure o justo equilíbrio contratual (art. 51, § 4º do CDC/1990⁶²⁶). Ademais, aplica-se a regra da interpretação mais favorável ao consumidor (*interpretatio contra stipulatorem*) quando houver ambiguidade (art. 47 do CDC/1990). O CC/2002⁶²⁷ também tratou dos contratos de adesão nos artigos 423 e 424 de modo que haja interpretação mais favorável ao aderente diante cláusulas ambíguas ou contraditórias e veda a renúncia antecipada ao direito resultante do negócio. Entretanto, vale recordar que o enunciado da súmula 381 do STJ⁶²⁸ veda ao magistrado conhecer de ofício da abusividade das cláusulas negociadas em contratos bancários.

A relação de consumo cotidiana e desigual fez o legislador positivar uma regra que faz vir à memória a “advertência⁶²⁹ de Miranda” (Miranda vs. Arizona; 384 US 346, 1966) no art. 54 do Código de Defesa do Consumidor⁶³⁰. Exige-se que os contratos de adesão sejam “redigidos em termos⁶³¹ claros e com caracteres ostensivos” e as “cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque”. Grosso modo, o aderente tem o direito de não contratar, mas se o fizer está ciente de que aquela cláusula restritiva não abusiva será usada contra ele.

Do mesmo modo, julgado⁶³² recente do STJ reconhece a atribuição do Procon para controle de abusividade:

[...] O Procon pode, por meio da interpretação de cláusulas contratuais consumeristas, aferir sua abusividade, aplicando eventual sanção administrativa. (...) O Procon, embora não detenha jurisdição, está apto a interpretar cláusulas contratuais, porquanto a Administração Pública, por meio de órgãos de julgamento administrativo, pratica controle de legalidade, o que não se confunde com a função jurisdicional propriamente dita pertencente ao Judiciário. (...) Salienta-se, por fim, que a sanção administrativa prevista no art. 57 do CDC é legitimada pelo poder de

⁶²⁶BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶²⁷BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='381'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='381'>)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶²⁹Notas do diário de campo acerca de advertências – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A Defensoria Pública diz que a requerida está insegura, adverte que não terá direito à visita. [...]

⁶³⁰BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶³¹Notas do diário de campo acerca da clareza linguística – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado indaga a parte se é genitora e ela tem um distanciamento da expressão, mas responde que é mãe. [...]

Narrativa da 46ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado toma cuidado com a linguagem acessível em razão das crianças presentes. [...]

⁶³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.279.622-MG, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0566'](http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0566'>)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

polícia (atividade administrativa de ordenação) que o Procon detém para cominar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei 8.078/1990. Precedente citado: REsp 1.256.998-GO, Primeira Turma, DJe 6/5/2014. REsp 1.279.622-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/8/2015, DJe 17/8/2015.

Ainda sobre o controle administrativo de cláusulas abusivas – previstas em rol exemplificativo no art. 51 do CDC/1990⁶³³ – especialmente quando inseridas nos contratos de adesão, vale recordar dois dispositivos vetados no Código de Defesa do Consumidor, acompanhados das razões de veto.

Art. 51 - § 3º - O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.

Art. 54 - § 5º - Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão.

Tais dispositivos transgridem o art. 128, § 5º, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (C.F., art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o Constituinte imprimiu a essa instituição (CF., artigos 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4º, do Projeto. Vetado o § 3º do art. 51, impõe-se, também, vetar o § 5º do art. 54.

A experiência australiana no controle de contratos abusivos é na contramão da brasileira. Se lá houve a desjudicialização desde 1999, aqui esse caminho foi vetado justamente com base na inafastabilidade do Poder Judiciário.

Os australianos do Estado de Vitória determinam o abuso em cláusulas de contratos por ato declaratório de agência reguladora voltada com a técnica exclusivamente para a seara dos consumidores, como sugere seu título de Assuntos do Consumidor de Vitória⁶³⁴.

Nos Estados Unidos, existem agências quase legislativas – função derivada da lei de baixar normas obrigatórias hierarquicamente inferiores à lei – e quase judiciais – que decidem conflitos entre prestadores de serviços ou destes com os usuários e são passíveis de controle judicial. Na Europa, as autoridades administrativas independentes regulam pelo consenso dos interessados – um direito negociado que passa a integrar o ordenamento jurídico⁶³⁵.

Decerto que é preciso aferir se as agências reguladoras se submetem ao princípio da legalidade estrita – própria de atos normativos secundários – ou se suas decisões se

⁶³³BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶³⁴MARTHA, Renan Guerra Cavalcante. *Agências reguladoras e contratos de adesão*. 2010. 50 f. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010. Orientador: Fábio Corrêa S. de Oliveira, p. 66

⁶³⁵DI PIETRO, op. cit., p. 33-34

enquadrariam como regulamentos autônomos⁶³⁶. Em seguida, se faria necessário indagar da legitimidade democrática para que essas agências inovem no ordenamento jurídico caso não se atenham a concretizar e especificar o que o legislador previu. É certo que dentre seus objetivos se encontram tanto a defesa do consumidor quanto assegurar a livre concorrência⁶³⁷.

Para responder essas questões à luz do direito brasileiro, há de se compreender que a delegação legislativa é inconstitucional sem que se fundamente em previsão expressa. E ainda, a participação (quando previstas) no processo de elaboração das normas editadas pelas agências não tem caráter obrigatório o que lhes retira legitimidade⁶³⁸.

Acerca da amplitude de poder normativo, mas do Conselho Nacional de Justiça, Gilmar Mendes comenta que “[...] certamente ainda será matéria de apreciação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”. Houve crítica – à legitimidade democrática – em relação à edição da Resolução nº 7 de 2005 que combate a prática do nepotismo⁶³⁹. Na ADI 4.638-MC, o STF assentou que cabe ao CNJ uniformizar o Judiciário e que sua fonte primária de poder normativo é a própria Constituição Federal. E na ADI 3.367 o STF ressaltou que não se submete ao CNJ – em verdade, o CNJ que é passível de controle pelo STF, conforme artigos 102, I, “b” e “r” e 52, II da CRFB/1988⁶⁴⁰.

A interpretação à luz do artigo 154 do Código de Processo Civil de 1973⁶⁴¹, inspiração do artigo 277 do Código de Processo Civil de 2015⁶⁴², traz a seguinte lição:

As formas que a lei impõe ao processo não são um objetivo em si, mas uma garantia dada aos que dele participam. Se, apesar de desrespeitadas, a finalidade for atingida, não se decretará a nulidade do ato⁶⁴³.

No processo penal, também não se declara a nulidade de qualquer ato processual sem que dela decorra prejuízo para alguma das partes (art. 583 do CPP/1941⁶⁴⁴).

⁶³⁶MENDES, op. cit., p. 855

⁶³⁷RAMOS, op. cit., p. 25

⁶³⁸DI PIETRO, op. cit., p. 34

⁶³⁹MENDES, op. cit., p. 1023-1024.

⁶⁴⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁴¹BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁴²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁴³GONÇALVES, op. cit., p. 24

⁶⁴⁴BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Há nulidade dos negócios jurídicos em razão: da incapacidade⁶⁴⁵ do sujeito; do motivo ilícito, do fim fraudulento ou da simulação; do objeto ilícito, impossível ou indeterminável; da inobservância de forma prescrita ou solenidade essencial; ou por disposição legal explícita ou implícita (artigos 166 e 167 do CC/2002⁶⁴⁶).

No caso concreto⁶⁴⁷, que versava sobre usucapião, as circunstâncias indicavam uma simulação em prejuízo de terceiros. Os interesses apresentados oralmente pelos advogados e pelas partes eram convergentes. Tanto que paradoxalmente o advogado da parte autora expressamente pediu a improcedência e até auxiliou o advogado da parte ré nas alegações finais, embora formalmente tenha se negado a desistir ou renunciar a pretensão. A inconsistência era tão evidente que o advogado da parte autora chegou a intimidar os estagiários presentes para que não relatassem a audiência contrariando o que estivesse escrito na ata. Esse caso ilustra que nem sempre a autonomia cumpre com a sua função social, pois a forma exteriorizada de um negócio processual pode ocultar a má-fé.

Além disso, são anuláveis os negócios em razão: da incapacidade relativa do sujeito, por vício da vontade⁶⁴⁸ – erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão – ou fraude contra credores (art. 171 do CC/2002). São elementos que viciam materialmente a vontade que compõe o consenso formalizado.

Não podem ser admitidos os negócios processuais que versem sobre norma cogente, inclusive: que permita prova ilícita – carta psicografada; que imponha sigilo ou segredo de justiça afastando a regra constitucional de publicidade; que dispensa a intervenção obrigatória do Ministério Público; que crie recurso novo por ser matéria reservada à lei⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵Inegavelmente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) marca a evolução da disciplina legal da capacidade civil e, por conseguinte, um prestígio ao princípio da autonomia. Assim, os menores de 16 anos são absolutamente incapazes (art. 3º do CC/2002) ao passo que maiores de 16 e menores de 18 anos, ébrios, viciados, aqueles que não puderem exprimir sua vontade e os pródigos são relativamente incapazes (art. 4º do CC/2002). Notadamente, a autonomia é um direito fundamental das crianças e adolescentes que compreende opinar, bem como participar da vida comunitária e política (artigos 15 a 18-A do ECA/1990). Quanto aos índios não integrados, sujeitam-se ao regime de tutela (art. 7º, caput da Lei n. 6.001/1973). A incapacidade civil dessas pessoas é programada em seu favor não em seu prejuízo, pois não se deve esquecer que todos são sujeitos com direito à liberdade.

⁶⁴⁶BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁴⁷Notas do diário de campo acerca de simulação – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 42ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O magistrado pergunta se desistem. Explicam que buscam impedir usucapião. (...) O advogado da parte autora expressamente requer improcedência, mas não renuncia e assiste ao advogado da parte ré nas alegações finais. O advogado da parte ré informa quantos anos de ocupação do imóvel. O advogado da parte autora intimida os estagiários para que não relatem diferente do que está escrito na ata. [...]

⁶⁴⁸Em especial, é expressamente prevista a possibilidade de anulação de partilha amigável por erro, dolo, coação ou incapacidade (art. 657 do CPC/2015).

⁶⁴⁹CUNHA, op. cit., p. 27-62.

A declaração de vontade deve ser interpretada preponderantemente em razão de sua intenção e substância ao invés da forma literal (art. 112 do CC/2002), sempre conforme a boa-fé e os usos (art. 113 do CC/2002) e estritamente em relação à renúncia (art. 114 do CC/2002). A propósito, o poder de representação decorre da lei ou é voluntariamente conferida pelo interessado (art. 115 do CC/2002) e a depender do caso pode realmente implicar uma mitigação ou então mera instrumentalização da autonomia dos interessados.

Paula Costa e Silva, professora catedrática da Universidade de Lisboa, leciona sobre o pactum de non petendo que “as esparsas considerações que podem ser colhidas a partir da doutrina portuguesa relativamente aos negócios que tenham por objecto o direito de acção vão maioritariamente no sentido da sua inadmissibilidade”⁶⁵⁰. Desse modo, o entendimento majoritário é pela nulidade da cláusula de renúncia antecipada de acesso ao Judiciário.

Segundo Leonardo Greco são válidas as convenções “[...] de renúncia ao duplo grau de jurisdição (...) Admito, ainda, a convencionalidade da escolha do juiz, desde que respeitadas as regras de competência absoluta, como já tivemos até 1973 no desquite amigável.”⁶⁵¹

Vale destacar que os negócios processuais atípicos podem versar sobre ônus de prova (art. 190, caput, do CPC/2015)⁶⁵². Nesses casos, não se admitirá a convenção das partes quando recaia sobre direito indisponível ou torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, § 3º do CPC/2015)⁶⁵³. No entanto, não poderá haver inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, seja em contrato de adesão ou não, sob pena de nulidade (art. 51, inciso VI do CDC/1990)⁶⁵⁴.

Admite-se que por meio de negócio processual atípico, as partes convençionem título executivo extrajudicial. De tal sorte que, a confissão de dívida por instrumento particular assinado pelo devedor sem qualquer testemunha – faltando-lhe o requisito do art. 784, III do CPC/2015⁶⁵⁵ – pode ser objeto dessa sorte de convenção⁶⁵⁶.

⁶⁵⁰SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 297-334.

⁶⁵¹GRECO, L, 2015, op. cit., p. 63.

⁶⁵²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁵³Ibidem.

⁶⁵⁴BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁵⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁵⁶CÂMARA, op. cit., p. 324 e 337.

E ainda, julgado⁶⁵⁷ recente do STJ sobre o prazo decadencial de anulação de um acordo extrajudicial inválido homologado judicialmente:

No caso em que particular e Fazenda Pública firmaram, sem a participação judicial, acordo que tenha sido meramente homologado por decisão judicial - a qual, por sua vez, apenas extinguiu a relação jurídica processual existente entre as partes, sem produzir efeitos sobre a relação de direito material existente entre elas -, o prazo decadencial para anular o ajuste por meio de ação ajuizada pelo particular é de 5 anos, contados da data da celebração da transação, e não da decisão homologatória. [...] REsp 866.197- RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/2/2016, DJe 13/4/2016.

O prazo da prescrição da pretensão ou da exceção decorre da lei e não da vontade das partes (art. 192 do CC/2002⁶⁵⁸), mas pode ser renunciada após o transcurso do prazo (art. 191 do CC/2002). Já a decadência poderá ser legal ou convencional, mas só será passível de renúncia quanto a essa última modalidade (art. 209 do CC/2002).

Há indisponibilidade, por exemplo, do próprio corpo – como a “tira de couro” que garante a dívida no Auto da Compadecida – quando passível de diminuição permanentemente da integridade física ou contrariar os bons costumes sem que haja exigência médica (art. 13 do CC/2002⁶⁵⁹). Além disso, a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato (art. 426 do CC/2002⁶⁶⁰). Também são inalienáveis e irrenunciáveis os direitos morais do autor (art. 27 da Lei n. 9.610/1998⁶⁶¹), assim como o direito patrimonial do autor de receber 5% sobre o aumento de preço em cada revenda (art. 38, caput da Lei n. 9.610/1998).

A propósito, julgado⁶⁶² recente do STJ sobre a invalidade de renúncia ao direito de alimentos durante a união estável:

[...] No presente julgado, a hipótese é de prévia dispensa dos alimentos, firmada durante a união estável, ou seja, quando ainda existentes os laços conjugais que, por expressa previsão legal, impõem aos companheiros, reciprocamente, o dever de assistência. Observe-se que a assistência material mútua constitui tanto um direito como uma obrigação para os conviventes, conforme art. 2º, II, da Lei 9.278/1996 e arts. 1.694 e 1.724 do CC. [...] Nesse sentido há entendimento doutrinário e, de igual, dispõe o Enunciado 263, aprovado na III Jornada de Direito Civil, segundo o qual: "O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida

⁶⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 866.197- RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0581>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁵⁸BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁵⁹Ibidem.

⁶⁶⁰Ibidem.

⁶⁶¹BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 13 jan. 2017.

⁶⁶²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.178.233-RJ, Rel. Min. Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0553>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

enquanto subsista vínculo de Direito de Família". [...] REsp 1.178.233-RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 18/11/2014, DJe 9/12/2014.

O contrato de seguro no Brasil é um exemplo de contrato dirigido. Trata-se de contrato de adesão cujas cláusulas são regulamentadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP)⁶⁶³. A disciplina legal dos contratos de seguros de responsabilidade civil impede que o segurado reconheça sua responsabilidade, confesse a ação ou transija com o terceiro prejudicado sem a anuência expressa da seguradora (art. 787, § 2º do CC/2002⁶⁶⁴).

É possível até mesmo especular uma nova espécie de contrato de adesão na qual o próprio fornecedor seria aderente com a finalidade de usar determinada marca de certificação – “aquela que atesta a qualidade de determinado produto ou serviço conforme normas técnicas estabelecidas por institutos especializados”⁶⁶⁵ – prevista no art. 123, inciso II da Lei de Propriedade Industrial de 1996⁶⁶⁶. Assim, o consumidor seria atraído por produtos ou serviços com o valor agregado de um negócio processual sabidamente vantajoso, ou seja, econômico, célere e simples.

No direito administrativo, verifica-se a indisponibilidade das terras devolutas ou arrecadas pelos Estados em ações discriminatórias quando se verificar a necessidade de proteção de ecossistemas naturais (art. 225, § 5º da CRFB/1988)⁶⁶⁷.

No direito tributário, a extinção do crédito pelo pagamento é indisponível e não decorre da falta de impugnação pela Fazenda Pública às alegações deduzidas em embargos à execução fiscal. Vale mencionar decisão⁶⁶⁸ recente do STJ:

[...] Nos casos relacionados a direitos materiais indisponíveis da Fazenda Pública, a falta de manifestação não autoriza concluir automaticamente que são verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária. Em razão da indisponibilidade do direito controvertido e do princípio do livre convencimento, nada impede, inclusive, que o juízo examine esse tema. REsp 1.364.444-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 8/4/2014.

⁶⁶³RAMOS, op. cit., p. 605-606

⁶⁶⁴BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁶⁵RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 195.

⁶⁶⁶BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁶⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁶⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.364.444-RS, Rel. Min. Herman Benjamin.

No direito ambiental, o crédito de carbono é “título de direito sobre bem intangível e incorpóreo transacionável” (art. 3º, XXVII do Código Florestal de 2012⁶⁶⁹). Assim, há espaço para transação envolvendo o meio ambiente.

Exemplo no processo penal é a impossibilidade de se retratar da representação, depois de oferecida a denúncia (art. 25 do CPP/1941⁶⁷⁰).

Ademais, decisão recente do STF acerca dos efeitos personalíssimos ou intrínsecos da colaboração premiada:

AG. REG. NA Rcl N. 21.258-PR. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI. [...] As cláusulas do acordo de colaboração, contra as quais se insurge o agravante, não repercutem, nem sequer remotamente, em sua esfera jurídica, razão por que não tem interesse jurídico nem legitimidade para impugná-las.⁶⁷¹

No processo penal, a renúncia do representante ou do representado não exclui o direito do outro, tampouco o perdão por um querelante produz efeito sem que o outro querelante também perdoe o querelado (artigos 50, parágrafo único e 52 do CPP/1941⁶⁷²). Além disso, o juiz controla a licitude dos acordos no combate às organizações criminosas (art. 4º, § 8º da Lei nº 12.850/2013⁶⁷³). O colaborador tem direito de se retratar e não ter as provas autoincriminatórias usadas exclusivamente em seu desfavor (art. 4º, § 10º da Lei nº 12.850/2013).

Tanto o direito de representação quanto de queixa decaem em 6 meses (art. 103 do CP/1940⁶⁷⁴). A representação é irretratável depois de oferecida a denúncia (art. 102 do CP/1940 e art. 25 do CPP/1941⁶⁷⁵), encerrando-se o grau de autonomia do representado na disposição da ação penal. Ademais, o direito de queixa pode ser renunciado expressa ou tacitamente (art. 104, caput do CP/1940). E o perdão obsta o prosseguimento da ação penal

⁶⁶⁹BRASIL. Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁷⁰BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG. NA Rcl N. 21.258-PR. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo822.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁷²BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁷³BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁷⁴BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁷⁵BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

privada e só pode ser oferecido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 106, § 2º do CP/1940).

Em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se admite que a própria ofendida intime ou notifique o agressor (art. 21, parágrafo único da Lei Maria da Penha de 2006⁶⁷⁶).

E mais, na apuração de medida socioeducativa, a desistência de outras provas é nula quando decorre da confissão do adolescente (Súmula 342 do STJ⁶⁷⁷).

Apesar das consolidadas causas de nulidade delinearem limites para a cláusula geral de negociação processual, tal discussão é vazia se da ausência de cultura protagonista decorrer a falta de exploração desse instrumento de autonomia. Entretanto, há um aspecto cultural (marcadamente democrático e republicano) a ser analisado como uma consequência da publicidade viabilizada pelas novas tecnologias. Inegavelmente, tanto o conteúdo das decisões judiciais de maior repercussão, em especial do STF e do STJ, bem como os dados econômicos da gestão do Poder Judiciário, passaram a ser mais acessíveis (por vezes em tempo real) tanto aos juristas quanto aos jurisdicionados.

3.4 A curiosidade sobre as vitrines estatísticas e digitais da massa judicial

A produção⁶⁷⁸ de estatísticas é uma preocupação da sociedade que pode ser percebida em diversas leis⁶⁷⁹, especialmente nas últimas duas décadas. Realmente, o Conselho Nacional de Justiça outorga anualmente o Selo Justiça em Números aos tribunais na forma da Portaria 56 de 27 de maio de 2016. Trata-se de medida que busca melhorar as informações prestadas

⁶⁷⁶BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 13 jan. 2017.

⁶⁷⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 342. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='342'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='342'>)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁷⁸Notas do diário de campo acerca da produção de estatísticas – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Examino a sala e constato que não há um profissional que seja designado para observar todas as audiências com a função de retornar seus apontamentos aos atores oficiais. [...]

⁶⁷⁹Esse fenômeno pode ser percebido no art. 103-B, § 4º, VI da CRFB/1988 (estatísticas semestrais do CNJ sobre processos e sentenças prolatadas em cada unidade da Federação nos diversos órgãos do Poder Judiciário); no art. 5.1 da Recomendação sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação apensas ao Decreto n. 3.597/2000 (estatísticas sobre a natureza e extensão do trabalho infantil); no art. 38 da Lei n. 11.340/2006 (estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher), no art. 17 da Lei n. 11.343/2006 (dados estatísticos nacionais de repressão ao tráfico ilícito de drogas), nos artigos 167, § 4º (avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores) e 1.069 (avaliação da efetividade das normas previstas no Código) do CPC/2015 e no art. 41 da Lei n. 13.140 de 2015 (banco de dados sobre boas práticas em mediação).

pelos tribunais ao CNJ, aprimorar a produção de estatísticas, reconhecer o aperfeiçoamento da gestão de informações e aumentar o acesso público aos indicadores do Judiciário brasileiro.

E mais, na Resolução n. 125/2010⁶⁸⁰ do Conselho Nacional de Justiça, os Centros de Mediação devem manter dados estatísticos em relação à estrutura de pessoal, em relação ao setor pré processual, em relação ao setor processual, em relação ao setor de cidadania e em relação aos participantes.

Inegavelmente, para a prestação de um serviço⁶⁸¹ demandado em massa, como é o caso da atividade jurisdicional, se torna imprescindível a produção de estatísticas sob pena de atrair dois aspectos negativos: ineficiência e obscuridade.

O acesso à informação é direito fundamental assegurado a todos constitucionalmente limitado pela confidencialidade da fonte (art. 5º, XIV da CRFB/1988⁶⁸²). Em especial, o direito de receber informações dos órgãos públicos limitado pela segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII da CRFB/1988). E mais, todo interessado tem direito de obter certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, “b” da CRFB/1988).

Há novas formas de dar publicidade aos atos judiciais, mas não só. Existe uma verdadeira revolução na forma como as pessoas se relacionam que decorre do uso da tecnologia. E essa realidade também pode ser percebida além das portas do Judiciário.

A burocratização e a racionalidade são fatores desse Estado complexo no qual a falta de cidadania digital (art. 7º da Lei n. 12.965/2014⁶⁸³) já se revela como uma nova forma de exclusão⁶⁸⁴ na era da informação. A tecnologia pode ser determinante para garantir a liberdade individual e o acesso à informação. E ainda, os avanços da informática são vetores na

⁶⁸⁰CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁸¹Por isso que o emprego de métodos estatísticos de avaliação de risco (escore de crédito) – independentemente de autorização do consumidor (súmula 550 do STJ) – já constitui prática habitual da economia baseada no consumo de massa.

⁶⁸²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁸³BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁸⁴Ainda são comuns os editais de concursos públicos que servem de exemplo de procedimento não eletrônico no tocante aos recursos administrativos. Nesse ponto, o XLVII Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado do Rio de Janeiro representa uma perspectiva de progresso ao prever que os recursos contra os gabaritos oficiais preliminares das provas objetivas serão interpostos no campo próprio do sítio eletrônico ao passo que nas demais etapas serão envelopados e protocolizados no Tribunal de Justiça.

reorganização da ordem econômica, afetiva e jurídica. O decreto n. 8.776/2016⁶⁸⁵ instituiu o Programa Brasil Inteligente que busca a universalização do acesso à internet no País.

O princípio da publicidade (art. 8º do Código de Processo Civil de 2015⁶⁸⁶) exige que os atos processuais sejam públicos com acesso livre e universal ao local de produção e aos autos em que serão documentados permitindo o controle da sociedade, inclusive pela televisão e pela internet⁶⁸⁷. Por certo, se manifesta como um direito do cidadão de acesso à informação. E também como um dever de transparência do Estado garantindo a participação democrática⁶⁸⁸.

Ainda que no processo penal, a publicidade prevaleça ao longo do procedimento acusatório, o sigilo dos autos deve ser preservado durante a fase inquisitória (art. 20 do CPP/1941⁶⁸⁹) na medida do necessário ao caso concreto e respeitando o exercício do direito de defesa (Súmula Vinculante 14 do STF⁶⁹⁰). Do mesmo modo, o sigilo das votações no Tribunal do Júri excepciona a regra da publicidade⁶⁹¹.

Há exemplos relevantes das aplicações tecnológicas em relação à publicidade dos atos no direito público como um todo, inclusive no direito eleitoral⁶⁹² e no direito ambiental⁶⁹³.

Outrossim, julgado⁶⁹⁴ recente do STF sobre a privacidade do servidor público: “[...] É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico (...) dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. (...) O servidor público não poderia pretender usufruir da mesma privacidade que o cidadão comum.[...]”

Aqui vale demonstrar o fenômeno com a criação dos Portais de Transparência (dentre outros, o Decreto nº 5.482 de 2005⁶⁹⁵). E ainda, cabe apontar a Lei de Acesso à Informação

⁶⁸⁵BRASIL. Decreto n. 8.776, de 11 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8776.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁸⁶BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁸⁷CÂMARA, op. cit., p. 13-14.

⁶⁸⁸MENDES, op. cit., p. 861-862.

⁶⁸⁹BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹¹MENDES, op. cit., p. 408.

⁶⁹²Os advogados de candidatos, partidos e coligações são intimados por edital eletrônico na página de internet do Tribunal Eleitoral quando o feito não versar sobre cassação (art. 94, § 5º da Lei nº 9.504/1997).

⁶⁹³No direito ambiental, o licenciamento ambiental goza de publicidade que pode ser por meio eletrônico mantido pelo órgão ambiental competente (art. 10, § 1º da Lei n. 6.938/1981).

⁶⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 652777/SP, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo782.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹⁵BRASIL. Decreto n. 5.482, de 30 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5482.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

como um marco na concretização da publicidade nos diversos entes federativos, inclusive com a utilização dos novos meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação (art. 3º, V da Lei n. 12.527 de 2011⁶⁹⁶).

E ainda, julgado⁶⁹⁷ recente do STF ratifica a publicidade das verbas indenizatórias de modo a garantir a forma republicana:

[...] acesso aos comprovantes apresentados pelos senadores para recebimento de verba indenizatória (...) A Constituição ressaltaria a regra da publicidade apenas em relação às informações cujo sigilo fosse imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII, parte final) e às que fossem protegidas pela inviolabilidade conferida à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (CF, art. 5º, X, c/c art. 37, § 3º, II). [...]

O Conselho Nacional de Justiça editou as resoluções nº 68, 79 e 102 em 2009 que buscam efetivar a transparência fiscal e o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. A propósito, no art. 2º, II da resolução nº 79 de 2009, determina-se que a regra é a utilização dos meios eletrônicos e que a impressão será excepcional quando estritamente necessária.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 12.465/2011⁶⁹⁸) impõe às entidades públicas e privadas a prestação de contas por meio eletrônico e a divulgação das propostas dos licitantes na internet⁶⁹⁹. As entidades de apoio devem divulgar pela internet os contratos, relatórios semestrais de execução e a relação de pagamentos (art. 4º-A da Lei nº 8.958/1994⁷⁰⁰)⁷⁰¹.

Ao mesmo tempo, os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram em grande medida, a ser divulgados na Internet, não só como meio de concretização de determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.⁷⁰²

Além disso, julgado⁷⁰³ recente do STJ sobre a publicidade do e-mail administrativo:

⁶⁹⁶BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28178/DF, rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo776.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹⁸BRASIL. Lei n. 12.465, de 12 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12465.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁶⁹⁹DI PIETRO, op. cit., p. 557-558.

⁷⁰⁰BRASIL. Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8958compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁰¹DI PIETRO, op. cit., p. 564.

⁷⁰²MENDES, op. cit., p. 862.

⁷⁰³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 48.665-SP, Rel. Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0576'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

[...] As informações obtidas por monitoramento de e-mail corporativo de servidor público não configuram prova ilícita quando atinentes a aspectos não pessoais e de interesse da Administração Pública e da própria coletividade (...) A reserva da intimidade, no âmbito laboral, público ou privado, limita-se às informações familiares, da vida privada, política, religiosa e sindical, não servindo para acobertar ilícitos. [...]

Em sede de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, a sanção prevista de publicação extraordinária da decisão condenatória inclui a divulgação em sítio eletrônico na rede mundial de computadores (art. 6º, § 5º da Lei n. 12.846/2013⁷⁰⁴).

Há muitos exemplos também no processo penal⁷⁰⁵ acerca do impacto das novas tecnologias na publicidade da persecução punitiva ou executória, em especial em relação às comunicações.

A propósito, a inserção de dados falsos ou a modificação não autorizada em sistema de informações praticada por funcionário público configura crime contra a administração pública (artigos 313-A e 313-B do CP/1940⁷⁰⁶). Também é típica a violação de sigilo funcional mediante a permissão ou facilitação de acesso de pessoa não autorizada a sistema de informações ou banco de dados administrativos (art. 325, § 1º, I do CP/1940).

⁷⁰⁴BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁰⁵Os mandados de prisão devem ser registrados imediatamente em banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (art. 289-A, caput do CPP/1941). A autoridade policial oficializa os dados da infração e do indiciado ao Instituto de Identificação e Estatística quando remete os autos do inquérito ao juiz competente (art. 23 do CPP/1941).

O ofendido pode optar por receber comunicações por meio eletrônico (art. 201, § 3º do CPP/1941). Também em sede de procedimento administrativo fiscal, cabe a intimação por meio eletrônico (art. 23, III e § 1º, I do Decreto n. 70.235/1972).

Os depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas são preferencialmente registrados em gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar (art. 405, § 1º do CPP/1941).

No processo penal, a testemunha que more fora da jurisdição do juiz pode ser inquirida por meio de videoconferência (art. 222, § 3º do CPP/1941). A testemunha ou o ofendido podem prestar depoimento por videoconferência quando a presença do réu lhes causar humilhação, terror ou sério constrangimento (art. 217, caput do CPP/1941). O interrogatório do réu preso pode ser realizado por videoconferência em caráter excepcional por motivos de segurança pública, difícil viabilização de seu comparecimento, risco de influenciar testemunha ou ordem pública (art. 185, § 2º do CPP/1941).

A interceptação de comunicações em sistemas de informática é admissível se houver indícios razoáveis de autoria ou participação em crime punível com reclusão e a prova não puder ser obtida por outros meios (art. 1º, parágrafo único e art. 2º da Lei n. 9.296/1996). Ao passo que a interceptação não autorizada constitui crime (art. 10 da Lei n. 9.296/1996).

⁷⁰⁶BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

O impacto também se dá na repressão às organizações criminosas, bem como aos crimes hediondos.⁷⁰⁷

Realmente, as plataformas eletrônicas⁷⁰⁸ ganham força para efetivar o acesso dos interessados. A publicidade promovida pelos meios eletrônicos se torna especialmente relevante para o controle dos gastos públicos⁷⁰⁹, inclusive nas licitações.

⁷⁰⁷Em sede de investigação de organizações criminosas, o delegado de polícia e o Ministério Público – independentemente de autorização judicial – acessam dados cadastrais (qualificação pessoal, filiação e endereço) dos investigados mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito (art. 15 da Lei n. 12.850/2013), reservas e registro de viagens dos últimos 5 anos (art. 16 da Lei n. 12.850/2013) e identificação dos números de origem e destino das ligações telefônicas dos últimos 5 anos (art. 17 da Lei n. 12.850/2013). Em especial, será distribuído em sigilo, sem identificação do colaborador ou do objeto, o pedido de homologação de acordo em sede de colaboração premiada na investigação de organização criminosa (art. 7º, caput da Lei n. 12.850/2013). Os atos de colaboração na investigação de organizações criminosas serão registrados sempre que possível pelo meios mais fiéis, inclusive digitais (art. 4º, § 13 da Lei n. 12.850/2013).

E ainda, os condenados por crime hediondo ou crime doloso com violência de natureza grave contra pessoa são obrigados a se submeter à identificação criminal com identificação do perfil genético. O armazenamento se dá em banco de dados sigiloso regulamentado pelo Poder Executivo, passível de acesso pela autoridade policial em sede de inquérito mediante requisição ao juiz (art. 9º-A da LEP/1984).

⁷⁰⁸Notas do diário de campo acerca de plataformas eletrônicas – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 1ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado, Ministério Público, serventuário e advogado dialogam sobre facilidade institucional promovida pela Corregedoria do Tribunal por meio da informática que possibilita consulta de certidões de nascimento e óbito. [...]

Narrativa da 5ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Ministério Público e a Defensoria Pública animadamente fazem uso do avanço da informática disponibilizado no site pela Corregedoria do Tribunal para consulta de nascimento e óbito. [...]

Narrativa da 8ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A requerente apresenta a certidão de que o Magistrado já dispunha graças ao serviço de informática provido pela corregedoria para consulta de nascimento e óbito. [...]

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Ministério Público pede ofícios e elogia sistema de informática de busca e apreensão. [...]

⁷⁰⁹As licitações em Regime Diferenciado devem ser realizadas preferencialmente na forma eletrônica, inclusive quanto a prática de atos dos licitantes (como apresentação de planilhas de quantitativos e custos de obras e serviços de engenharia) e divulgação do procedimento em sítio eletrônico oficial centralizado (art. 13 e art. 15, § 1º, II da Lei n. 12.462/2011).

E ainda, as empresas públicas e sociedades de economia mista com capital público constam em relação do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins disponível na internet (art. 92, caput da Lei n. 13.303/2016). Seus procedimentos licitatórios – preferencialmente eletrônicos – e contratos, inclusive informações dos atos de execução, aquisições de bens e demonstrações contábeis auditadas devem ser divulgados em sítio na internet (art. 32, § 3º; art. 39, caput; art. 48; art. 51, § 2º; art. 86 § 1º; art. 88, caput; da Lei n. 13.303/2016). Além disso, tais empresas manterão catálogo eletrônico de padronização de compras em caráter auxiliar às licitações (art. 63, IV e art. 67 da Lei n. 13.303/2016).

O pregão pode ser realizado na forma eletrônica por meio da internet (art. 2º do Decreto nº 5.450/2005). E também, a alienação quando feita por meio de leilão judicial, será preferencialmente eletrônico com as garantias de publicidade, autenticidade e segurança e observância das regras de certificação digital (art. 879, II e art. 882 do CPC/2015 e art. 144-A, § 1º do CPP/1941). O edital do leilão será preferencialmente publicado na internet (art. 887, § 2º e § 3º do CPC/2015).

Claro que também há exemplos dignos de menção acerca dos reflexos de transparência por meio da tecnologia também no direito privado, inclusive no direito empresarial⁷¹⁰, no direito de família⁷¹¹ e no direito sucessório⁷¹².

Até mesmo a Advocacia Pública se moderniza e dentre as suas diversas atribuições inclui-se a utilização de sistemas eletrônicos com a atualização das informações sua produção jurídica (art. 37, XIX da Lei n. 13.327/2016⁷¹³).

A publicidade organizada dos precedentes dos tribunais deve se dar preferencialmente pela rede mundial de computadores (927, § 5º do CPC/2015⁷¹⁴). E mais, os Recursos Especiais e os Recursos Extraordinários fundados em dissídios jurisprudenciais devem ser instruídos com o acórdão divergente em mídia eletrônica ou indicando a respectiva fonte quando se tratar de decisão disponível na rede mundial de computadores (art. 1.029, § 1º do CPC/2015).

As informações processuais podem ser publicadas no Diário de Justiça eletrônico. Nesse caso, considera-se publicado no dia útil seguinte à disponibilização da informação (art. 224, § 2º do CPC/2015⁷¹⁵) e o prazo começará a correr da data de publicação (art. 231, VII do CPC/2015).

E quando a citação ou intimação for eletrônica, o prazo começará a correr do dia seguinte à consulta ou ao término do prazo para a consulta (art. 231, V do CPC/2015⁷¹⁶).

Em regra, as partes podem gravar as audiências com seus próprios celulares, independentemente de autorização judicial (art. 367, § 6º do Código de Processo Civil de 2015⁷¹⁷). E a lista de conclusão deverá estar à disposição para consulta pública, inclusive na

⁷¹⁰No direito empresarial, decerto que também o Diário – no qual são lançadas todas as operações – pode ser substituído por fichas escrituradas eletronicamente (art. 1.180, caput e 1.184, caput; ambos do Código Civil de 2002). Também os Registros Públicos de Empresas mantém banco de dados público e gratuito, disponível na rede mundial de computadores, integrados em âmbito nacional, contendo a relação de todos os devedores falidos ou em recuperação judicial (art. 196 da Lei n. 11.101/2005).

⁷¹¹No direito de família, durante o procedimento de interdição, o interditando poderá fazer uso de recursos tecnológicos para melhor expressar sua vontade ao responder as perguntas formuladas pelo juiz (art. 751, § 3º do CPC/2015). Trata-se, mais uma vez, do aspecto emancipador da tecnologia.

⁷¹²No direito sucessório, a publicidade da arrecadação de herança jacente, da arrecadação de bens dos ausentes, do depósito de coisa vaga e do decreto ou levantamento de interdição devem ser realizadas pela rede mundial de computadores – no sítio do tribunal e na plataforma do CNJ (art. 741, caput; art. 745, caput; art. 746, § 2º; 755, § 3º e 756, § 3º; todos do CPC/2015).

⁷¹³BRASIL. Lei n. 13.327, de 29 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13327.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷¹⁴BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷¹⁵Ibidem.

⁷¹⁶Ibidem.

⁷¹⁷Ibidem.

rede mundial de computadores (art. 12, § 1º do CPC/2015) – ainda que a Lei n. 13.256 de 2016 tenha definido que a ordem cronológica seja apenas preferencial. Os atos processuais nos tribunais podem ser registrados e assinados eletronicamente (art. 943, caput do CPC/2015). Até mesmo o julgamento nos processos em que não se admita sustentação oral pode ser realizado eletronicamente, assegurados memoriais, discordância imotivada e suspensão em caso de divergência (art. 945 do CPC/2015).

Assegura-se à testemunha com deficiência os recursos tecnológicos assistivos de que necessite (art. 228, § 2º do CC/2002⁷¹⁸).

Outro avanço em relação à publicidade consiste na garantia ao advogado de realizar sustentação oral por videoconferência junto ao tribunal sediado em cidade diversa de seu domicílio profissional, caso o requeira até a véspera da sessão (art. 937, § 4º do CPC/2015⁷¹⁹).

Surge uma preocupação com o início do prazo processual quando a citação ou intimação se der eletronicamente. Ora, optou-se por uma ficção jurídica: o dia seguinte à consulta propriamente dita ou ao término do prazo para que a consulta seja realizada (art. 231, V do CPC/2015⁷²⁰). Os juízes deprecados passaram a comunicar eletronicamente de imediato aos juízes deprecantes da realização da citação ou da intimação (art. 232 e art. 915, § 4º do CPC/2015⁷²¹).

Não só o modo de registro⁷²² das audiências evoluiu, como também a antiga prática de cópias⁷²³ e fotocópias foi significativamente facilitada com a possibilidade de captura de imagens por meio dos celulares.

⁷¹⁸BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷¹⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷²⁰Ibidem.

⁷²¹Ibidem.

⁷²²Notas do diário de campo acerca de registro de audiências – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado digita o que se passa dispensando avanços da informática. [...] Ministério Público dita ao Magistrado dispensando maiores avanços da informática [...]

⁷²³A preocupação com o direito de cópia não é recente e pode ser exemplificada no art. 66, III do Código Eleitoral de 1965 e no art. 7º, inciso XIII do Estatuto da Advocacia de 1994.

De outro modo, a legislação mais moderna se preocupa com o endereço eletrônico⁷²⁴ – art. 319, inciso II (e art. 620, II) do CPC/2015⁷²⁵. O mandado de segurança pode ser impetrado por meio eletrônico, observadas as regras da Infra- Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, sempre que houver urgência (art. 4º, caput e § 3º da Lei n. 12.016 de 2009⁷²⁶). A recepção de petições e a intimação das partes pode ser feita por meio eletrônico nos Juizados Especiais Federais (art. 8º, § 2º da Lei n. 10.259/2001⁷²⁷). As empresas, salvo as microempresas e de pequeno porte, são obrigadas a manter cadastro atualizado e serão intimadas para o cumprimento de sentença ou do requerimento de adjudicação por meio eletrônico quando não constituírem procuradores (art. 513, § 2º, III e art. 876, III c/c art. 246, § 1º do CPC/2015).

Realmente, julgado⁷²⁸ recente do STJ sobre a validade da notificação por endereço eletrônico:

[...] É válida a notificação por e-mail enviada ao franqueador para o exercício do direito de preferência previsto em contrato de franquia, no caso em que, não tendo o contrato previsto forma específica para a notificação e sendo o correio eletrônico meio usual de comunicação entre franqueador e franqueado, houve ciência inequívoca do franqueador quanto à data do envio e do recebimento da mensagem, segurança quanto à legitimidade do remetente para tratar do assunto e, quanto ao conteúdo, respeito aos requisitos estabelecidos na cláusula contratual. [...] A respeito da forma eleita pelo franqueado para notificar a franqueadora, o correio eletrônico (e-mail), é possível afirmar que esta cumpriu a finalidade essencial do ato: dar ciência de forma incontestável do teor da notificação. [...] REsp 1.545.965-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 22/9/2015, DJe 30/9/2015. Informativo 570 STJ.

Além dos canais abertos de televisão que transmitem diariamente sessões dos Tribunais, muitas audiências de grande interesse público já foram transmitidas pela rede mundial de computadores por meio do *Youtube*.

Antes, o andamento dos processos era informação quase que exclusiva dos advogados, mas hoje, qualquer um pode acompanhar a tramitação de seu processo pela internet. As leis e principalmente os atos administrativos dos tribunais que antes

⁷²⁴Além disso, a comunicação entre órgãos oficiais antes previa o telegrama (art. 68, § 1º do Código Eleitoral de 1965), inclusive como um meio urgente de citação por precatória (art. 356 do CPP/1941). A propósito, a lei de locação de imóveis urbanos previu a possibilidade de comunicação às pessoas jurídicas por telex ou fac-símile (art. 58, IV da Lei n. 8.245/1991). Já nos Juizados Especiais Cíveis, a lei autoriza o registro em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas; e a gravação em fita magnética (art. 13, § 3º da Lei n. 9.099/1995).

⁷²⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷²⁶BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷²⁷BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.545.965-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0570>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

eram difíceis de serem achados, agora constam nos sites dos tribunais, embora ainda tenha muito a ser desenvolvido. O próprio processo digital⁷²⁹ já é uma realidade. [...] Hoje, toda a população acompanha ao vivo os julgamentos do STF pela TV.⁷³⁰

A publicidade encontra nos incisos X e XXXIII do art 5º⁷³¹ os seus limites⁷³² constitucionais para que a segurança da sociedade e do Estado sejam resguardadas, bem como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Portanto, o segredo de justiça (art. 11, parágrafo único e art. 189 do Código de Processo Civil de 2015⁷³³) e a confidencialidade (art. 166, caput do Código de Processo Civil de 2015 com art. 2º da Lei n. 13.140 de 2015) são exceções.

Nos casos concretos⁷³⁴, foram diversas as vezes que os participantes fizeram uso de seus aparelhos móveis para registrar e dar publicidade imediata aos fatos ocorridos na audiência. E essa publicidade também funciona no sentido inverso, ou seja, trazer para a sala de audiências algo que estaria, em princípio, fora dos autos.

Logo, as novas tecnologias trazem um duplo efeito de publicidade ao processo de sentença que ultrapassa antigos paradigmas. Os autos estão no mundo. E o mundo está nos autos.

Um processo que goza da velocidade e transparência promovida pelas novas tecnologias sugere eficiência e certamente marca uma virada cultural, pois os resultados e até mesmo a tramitação da atividade jurisdicional mais do que nunca se torna de conhecimento público. Isso pode resultar uma menor passividade em relação à sua produção. Entretanto,

⁷²⁹Notas do diário de campo acerca de processos físicos – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 12ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O servidor retorna à sala de audiências para avisar o Magistrado que um processo físico está perdido – ainda que isso pudesse ter sido evitado se mais avanços da informática fossem aplicados. O Magistrado manda que o servidor procure até encontrar. (...) Apesar dos avanços da informática, o servidor retorna dizendo que o processo não foi localizado apenas um outro que era idêntico e já foi extinto. (...) O servidor continua procurando o processo. (...) O servidor achou o processo.

⁷³⁰ALEMÃO, op. cit., p. 96-97.

⁷³¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷³²O ECA compatibiliza o segredo de justiça com o interesse público em atos infracionais (art. 143, parágrafo único) ao ressaltar que não a notícia não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome.

⁷³³BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷³⁴Notas do diário de campo acerca de registros por celular – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 16ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte saca o *WhatsApp* e apresenta a prova. [...]

Narrativa da 18ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte faz questão de fotografar a ata para poder publicar no *Facebook*. [...]

Narrativa da 19ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O advogado fotografa a ata e comenta que já enviou para o escritório por *WhatsApp*. [...]

Narrativa da 41ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Advogado comenta sobre a vantagem de poder tirar foto da ata com o celular. [...]

como se demonstra ao longo desta pesquisa, há um declínio da autonomia caracterizado pela rigidez e predominância do processo de sentença.

A força simbólica da figura do magistrado é tão respeitada que às vezes as partes de um conflito que verse sobre direitos transigíveis chegarão a preferir uma prestação jurisdicional (impositiva) a protagonizar uma solução consensual. E ainda, uma parcela das matérias não admitirão qualquer forma de transação e serão obrigatoriamente levadas ao conhecimento do juiz. De todo modo, na sociedade de massa, por vezes, somente a jurisdição de massa atenderá aos interesses sociais como um todo.

4. A JURISDIÇÃO EM DESCOMPASSO COM SUA FUNÇÃO RESIDUAL

A redemocratização do Brasil na literalidade do atual programa constitucional implica a inafastabilidade do Poder Judiciário. Por certo que a decisão judicial assume feições de instrumento político na concretização dos anseios sociais. Assim, o magistrado passa a ser um agente transformador não reduzido ao seu núcleo técnico. Trata-se da judicialização da política ou mesmo da politização da justiça. Ou seja, não se trata de supostamente declarar o conteúdo da lei.

[...] Pelo contrário, a função da jurisdição é antes constitutiva: é a criação de Direito, no sentido autêntico da palavra, visto que a sentença judicial cria, por completo, uma nova relação: determina que existe um facto concreto, indica a consequência jurídica que a êle deve corresponder e verifica, concretamente essa ligação. Assim como os dois factos – condição e consequência – são unidos pela lei duma maneira genérica têm que ser ligados, no âmbito individual, pelas sentenças dos tribunais. Só o preconceito, segundo o qual todo o Direito se esgota na norma geral, só a errônea identificação do Direito com a lei, podem obscurecer uma idea tão evidente⁷³⁵.

Dentre as diversas causas da judicialização da vida, três se destacam como principais: as garantias e os poderes da magistratura graças à redemocratização, a abrangência material do programa normativo constitucional e o controle de constitucionalidade eclético⁷³⁶.

Além disso, o Judiciário assume uma postura mais ativa para concretizar o programa constitucional interferindo mais intensamente no Legislativo e no Executivo, inclusive: ampliando hipóteses de incidência constitucional além daquelas expressamente previstas, declarando a inconstitucionalidade de atos normativos quando a violação não é ostensiva, impondo comportamentos ao Poder Público em políticas públicas⁷³⁷.

É necessário, em suma, verificar o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual⁷³⁸.

As condições do exercício regular do direito de ação são: legitimidade e interesse (art. 17 do CPC/2015⁷³⁹). A legitimidade é a aptidão para ocupar uma posição processual e pode ser ordinária ou extraordinária⁷⁴⁰. O interesse é a utilidade da tutela jurisdicional postulada

⁷³⁵KELSEN, op. cit., p. 68.

⁷³⁶BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009, p. 3-4.

⁷³⁷Ibidem, p. 6.

⁷³⁸CAPPELLETTI, op. cit., p. 73.

⁷³⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁴⁰CÂMARA, op. cit., p. 35.

aferida pelos elementos da necessidade do processo para realização do direito material que não poderia se realizar de modo independente e a adequação da via eleita para produzir o resultado pretendido⁷⁴¹.

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça levou a três posições básicas [...] a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência⁷⁴² judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”⁷⁴³, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado⁷⁴⁴ e compreensivo⁷⁴⁵.

As condições da ação são verificadas com base na técnica da asserção – *in statu assertionis* – admitindo como se fossem verdadeiras as alegações da petição inicial, reservando o provimento de mérito à cognição que decorre do exame de material probatório⁷⁴⁶. Entretanto, no processo de interdição, a legitimidade deve ser comprovada por meio dos documentos que instruírem a inicial (art. 747, parágrafo único do CPC/2015⁷⁴⁷).

O modelo processual das últimas quatro décadas (1973-2015) vem à ruína com a escala de produção elevada, a massificação do consumo de bens descartáveis, a carência de infraestrutura pública e a cultura de judicialização dos conflitos. A oferta e procura no âmbito econômico se equaciona com o número de demandas ao Poder Judiciário. Houve a “explosão da demanda por jurisdição no Brasil, que passou de 350 mil novos processos em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998⁷⁴⁸”.

⁷⁴¹CÂMARA, op. cit., p. 36-37.

⁷⁴²Notas do diário de campo acerca da gratuidade de justiça – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A Defensoria Pública se faz presente. [...]

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado convoca mais um membro da Defensoria Pública. [...]

⁷⁴³Notas do diário de campo acerca de interesses difusos – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado e o Ministério Público dialogam sobre fato notório de que uma associação criminosa está explorando crianças para o comércio de balas. [...]

⁷⁴⁴Notas do diário de campo acerca de articulação do acesso à justiça – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 1ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado inclui o processo em programa de parentalidade. [...]

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Ministério Público atesta que consequência necessária de frequentar a escola de pais é que a pessoa se torna uma mãe melhor. [...]

⁷⁴⁵CAPPELLETTI, op. cit., p. 31.

⁷⁴⁶CÂMARA, op. cit., p. 38-39.

⁷⁴⁷BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁴⁸ALEMÃO, op. cit., p. 54.

Segundo dados históricos de censos do IBGE, a população brasileira contava com 146 milhões de brasileiros em 1991 e 183 milhões em 2007, um crescimento de grandeza desproporcional em relação à expressiva jurisdicionalização dos conflitos. Fato que se tornou notório graças ao relatório Justiça em Números⁷⁴⁹ elaborado em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça é que o Brasil alcançou a cifra de 100 milhões de processos judiciais em curso.

A falência do sistema equivale a vários anos de demandas recebidas e ainda não resolvidas, uma vez que pelas portas do Judiciário já adentram mais de 28 milhões de processos por ano (2012-2014) que são recebidos por em torno de 17.000 magistrados. A produção em série de uma sentença por juiz a cada hora de trabalho apenas impediria a demanda represada de aumentar. A compreensão desse panorama levou o Estado a promover oficialmente outros métodos de resolução de conflitos.

O que também se discute hoje é se com a sobrecarga de trabalho atribuída aos juízes pode haver queda da segurança jurídica em troca da eficiência⁷⁵⁰ administrativa. [...] Estaria o fordismo⁷⁵¹ saindo das fábricas e chegando à administração pública, principalmente no Poder Judiciário, com uma nova espécie de linha de montagem?⁷⁵²

Certamente a quantidade de juízes em cada unidade da federação deve ser proporcional a dois fatores: a efetiva demanda judicial e a população (art. 93, XIII da CRFB/1988⁷⁵³). Entretanto, o mesmo relatório, lançado em 2016, demonstra que a carga de trabalho por magistrado é de 6.577 processos para um índice de produtividade anual de 1.760 processos. E sob a perspectiva dos servidores a carga de trabalho é de 506 processos para uma

⁷⁴⁹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2015. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁵⁰Notas do diário de campo acerca da eficiência administrativa – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Servidor relaciona manualmente cada item da sala de audiências em uma lista de papel sem aplicação da informática. (...) a parte autora constata que a grafia de seu nome está registrada errada no sistema de informática. [...]

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado pergunta novamente algumas questões que o Ministério Público fez em sua ausência. (...) Magistrado pensando na criança critica desorganização do Conselho Tutelar e da Delegacia porque o pai não foi alcançado. [...]

Narrativa da 12ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] ele corrige o Magistrado quanto ao nome do familiar. (...) Padrinho lê atentamente antes de assinar, alerta de erro no nome, é ignorado [...]

⁷⁵¹Notas do diário de campo acerca do fordismo no Judiciário – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado constata que não haverá identidade física do juiz que preside a audiência e aquele que julgará o caso. Além disso, destaca o lapso temporal que a parte ré ficou sem visitar a criança. [...]

⁷⁵²ALEMÃO, op. cit., p. 38.

⁷⁵³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

produtividade de 135 processos. Em outras palavras, há quase quatro vezes mais demandas judiciais do que produção.

4.1 O esforço internacional pelos direitos humanos e as barreiras xenofóbicas

Para a Teoria Pura do Direito, há uma pluralidade de ordens jurídicas adstritas aos seus respectivos âmbitos de validade e coordenadas entre si pelo Direito internacional – uma ordem superior – que garante a unidade do Direito⁷⁵⁴. Atualmente, se afirma que a disciplina dos direitos humanos fundamentais transcende o texto estrito da Constituição.⁷⁵⁵

Entretanto, importante firmar que nenhuma lei, ato ou declaração de vontade oriunda de país estrangeiro terá qualquer eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art. 17 da LINDB/1942⁷⁵⁶; art. 781 do CPP⁷⁵⁷).

De toda sorte, os desafios internacionais vivenciados pelo Brasil não devem ser tratados com ações unilaterais, mas mediante o consenso das nações fronteiriças – ou do mundo como um todo (princípio 12 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992⁷⁵⁸).

A suposição de que o fim dos Estados nacionais seguiria o fim do capitalismo⁷⁵⁹ não se concretizou. Entretanto, a relativização ou redefinição desses Estados parece conviver com a ordem econômica em globalização.

Seria paradoxal concluir que os Estados Democráticos deveriam realizar incursões armadas contra outros países sob o pretexto de expandir a democracia numa guerra ideológica contra um inimigo indeterminável – o terror. Se o ponto de partida acerca da democracia é de que seria um regime apropriado – não universal – ao desenvolvimento cultural, inconcebível que em sua origem necessariamente tenha a solução de conflitos por meio das forças armadas e expurgo dos traços culturais de outras nações⁷⁶⁰.

⁷⁵⁴KELSEN, op. cit., p. 71

⁷⁵⁵STRECK, op. cit., p.824.

⁷⁵⁶BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁵⁷BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁵⁸BRASIL. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁵⁹REALE, op. cit., p. 1.

⁷⁶⁰Ibidem, p. 38.

Os direitos humanos só podem ser concretizados se o poder do Estado for limitado por meio da atividade jurisdicional independente comprometida com a ordem constitucional⁷⁶¹. A Convenção Européia de Direitos Humanos⁷⁶² atribui especial relevância a determinadas garantias do devido processo legal, inclusive: o direito à duração razoável do processo (art. 6º, I); direito à assistência jurídica (art. 6º, III, c); direito à assistência gratuita de tradutor ou intérprete (art. 6º, III, e).

O art. 8º, 2, h do Pacto de São José da Costa Rica consagra a garantia do duplo grau de jurisdição na esfera do processo penal. Entretanto, esse princípio não encontra aplicação geral por falta de fundamento constitucional. Assim, há de se compreender que não há duplo grau de jurisdição quando a Constituição não previu recurso ordinário da decisão de Tribunal competente originariamente⁷⁶³.

O princípio da legalidade se qualifica atualmente como princípio da legalidade comunitária, pois os tratados internacionais ratificados têm força de lei (ao passo que os tratados de direitos humanos são supra-legais). Daí a crítica que é devida ao fenômeno contemporâneo da inflação legislativa levada a efeito pelo chamado legislador motorizado. A “crise de legalidade” se caracteriza pela “[...] contínua perda do caráter geral e abstrato das normas, ante a profusão e multiplicação de leis setoriais, concretas e temporárias [...]”⁷⁶⁴.

Em se tratando de jurisdição civil, tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte (art. 13 do CPC/2015⁷⁶⁵) prevalecem sobre a lei brasileira. Essa abertura facilita a transição para um processo civil transnacional⁷⁶⁶.

Segundo Leonardo Greco, o Tratado de Havana de 1928 (Código de Bustamante) quanto o Protocolo de Buenos Aires de 1994 são os mais importantes tratados sobre competência internacional.⁷⁶⁷ Não obstante, Flávia Pereira Hill desaconselha a exigência categórica da assinatura de um tratado internacional para garantir igualdade no tratamento,

⁷⁶¹MENDES, op. cit., p. 398-399.

⁷⁶²BRASIL. Convenção Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 13 jan. 2017.

⁷⁶³MENDES, op. cit., p. 402-404.

⁷⁶⁴Ibidem, p. 851-852.

⁷⁶⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁶⁶CÂMARA, op. cit., p. 19-20.

⁷⁶⁷GRECO, L, 2015, op. cit., p. 125-126.

pois o acesso à justiça deve ser universalizado e alguém precisa ceder primeiro para que haja reciprocidade.⁷⁶⁸

E mais, no direito penal em âmbito internacional, cabe citar a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa firmada em Praia em 2005 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.833 de 2016⁷⁶⁹. Desde a EC 45/2004, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional encontra respaldo constitucional (art. 5º, § 4º da CF/1988⁷⁷⁰). A adesão brasileira ao Estatuto de Roma se deu por meio do Decreto 25/2002⁷⁷¹.

O CPC/2015⁷⁷² prevê que o Brasil promoverá a cooperação jurídica internacional (artigos 26 e 27).

Realmente, o sistema de solução de conflitos ainda enfrenta diversos problemas no nível internacional, com grande ênfase nas questões de competência⁷⁷³.

⁷⁶⁸HILL, Flávia Pereira. Considerações sobre a cooperação jurídica internacional no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 743-766.

⁷⁶⁹BRASIL. Decreto n. 8.833, de 4 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/d8833.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁷⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁷¹MENDES, op. cit., p. 404.

⁷⁷²BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁷³Por exemplo, há competência para o exercício da jurisdição brasileira quando o réu for domiciliado no Brasil, se a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil ou se a causa de pedir tiver ocorrido no Brasil (art. 21 do CPC/2015 e art. 12, caput da LINDB/1942); alimentos para credor domiciliado no Brasil ou de devedor com patrimônio no Brasil (art. 22, I do CPC/2015); consumidor domiciliado no Brasil (art. 22, II do CPC/2015); sujeição consensual expressa ou tácita (art. 22, III do CPC/2015); e com exclusão de qualquer outra quanto aos bens situados no Brasil quando imóveis, transmitidos *causa mortis* ou partilhados em dissolução da sociedade familiar (art. 23 do CPC/2015 e art. 12, § 1º da LINDB/1942); que o Brasil é competente para julgar a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal (art. 21, parágrafo único e art. 75, X e § 3º) que será julgado recurso ordinário pelo STJ nos processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (art. 1.027, II, “b”). Também compete aos juízes federais assegurar o cumprimento de tratados internacionais – inclusive por deslocamento de competência suscitado pelo Procurador-Geral da República – na hipótese de graves violações de direitos humanos (art. 109, V-A e § 5º da CRFB/1988).

Ainda sobre problemas de competência, não se olvida no direito penal dos tratados de direito internacional (art. 5º, caput do CP/1940 e art. 1º, I do CPP/1941). E ainda, pela territorialidade, são julgados no Brasil os crimes a bordo de embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como de aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo ou em alto-mar (art. 5º, § 1º do CP/1940). E também, pela extraterritorialidade, os crimes cometidos contra a vida ou a liberdade da Presidenta da República, contra o patrimônio público e de genocídio cometido por brasileiro (art. 7º, I do CP/1940). Ademais, os crimes previstos em tratados, praticados por brasileiros ou em aeronaves ou embarcações brasileiras não julgados no estrangeiro também são julgados no Brasil (art. 7º, II do CP/1940). Tampouco o processo penal brasileiro não olvida do direito internacional (art. 1º, I do CPP/1941). Se um crime for cometido fora do território brasileiro, será competente a capital do Estado de sua última residência, ou a justiça do Distrito Federal caso jamais tenha residido no Brasil (art. 88 do CPP/1941); ou ainda, do porto ou aeroporto de desembarque quando se tratar de crime cometido a bordo de navio ou avião (artigos 88 e 89 do CPP/1941). E caso se trate de crime previstos em tratado ou convenção internacional, que exija reciprocidade na execução, a competência é da Justiça Federal (art. 109, V da CRFB/1988).

A propósito, decisão recente do STJ acerca da competência da justiça brasileira nos contratos de consumo transfronteiriços:

[...] Por óbvio, em ambiente comercialmente integrado pela globalização, as relações tendem a se firmar com certa indiferença ao local em que se encontram fornecedores e consumidores, seja pelas facilidades da internet, seja pela mobilidade atual dos meios de transporte e comunicação em geral. [...] Essa vulnerabilidade, desde 1985, é reconhecida inclusive pela Assembleia Geral da ONU (Resolução n. 39/248), na qual se instituiu diretrizes para os Estados promoverem a proteção aos consumidores no âmbito das legislações internas. [...] REsp 1.571.616-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 5/4/2016, DJe 11/4/2016.⁷⁷⁴

Entretanto, os problemas⁷⁷⁵ vão muito além das questões de competência, inclusive é possível mencionar exemplos relativos à comunicação⁷⁷⁶, à tradução⁷⁷⁷, às custas⁷⁷⁸, às cautelares⁷⁷⁹, aos ônus de prova⁷⁸⁰, à homologação⁷⁸¹ e à execução.

⁷⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.571.616-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0580>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁷⁵Notas do diário de campo acerca de traduções – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 15ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado se preocupa com a questão da tradução. (...) A parte se expressa misturando português e inglês. [...]

Narrativa da 52ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O pai é estrangeiro. Debate-se o alto custo de uma tradução juramentada. [...]

⁷⁷⁶Acerca da comunicação dos atos processuais, destaca-se a carta rogatória (art. 36 e art. 237, II, CPC/2015664) e que a autoridade consular será comunicada da herança jacente de estrangeiro (art. 741, § 2o). No processo penal, as cartas rogatórias só serão emitidas quando imprescindíveis e devem ser pagas pela parte requerente (art. 222-A do CPP/1941665). Se o acusado estiver em lugar sabido no estrangeiro, será citado por rogatória e o curso do prazo prescricional será suspenso (art. 368 do CPP/1941).

⁷⁷⁷Acerca dos problemas de tradução, exige-se a versão em português dos documentos na forma diplomática ou juramentada (art. 192, parágrafo único do CPC/2015), exige-se tradutor para os estrangeiros que não dominem a língua portuguesa na ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo (art. 768, § 1º do CPC/2015). Quando o interrogado ou a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete que traduzirá a comunicação (art. 193 e art. 223, caput do CPP/1941). Também os documentos redigidos em língua estrangeira devem ser traduzidos para o português (art. 224 do CC/2002).

⁷⁷⁸Acerca dos problemas de custas, o autor estrangeiro sem residência no Brasil ou que deixar o País deve prestar caução das custas e honorários (art. 83, caput). Aliás, a caução das custas – e de eventual indenização – também é exigida do credor não domiciliado no Brasil que venha a requerer a falência do devedor (art. 97, § 2º da Lei n. 11.101/2005). Outrossim, assegura-se a gratuidade de justiça – inclusive intérprete e tradutor – aos estrangeiros que necessitem (art. 98 e art. 162).

⁷⁷⁹A proibição de se ausentar do país é prevista como medida cautelar diversa da prisão e será comunicada às autoridades que fiscalizam a saída do território nacional, garantida pela entrega do passaporte (art. 320 do CPP/1941).

⁷⁸⁰Acerca dos problemas de ônus de prova, disciplina-se que o direito estrangeiro pode ser objeto de prova (art. 376 do CPC/2015).

⁷⁸¹Acerca da necessidade ou dispensa de homologação, os títulos executivos extrajudiciais de país estrangeiro serão eficazes quando preencherem os requisitos formais estrangeiros e o lugar da obrigação recaia no Brasil (art. 784, § 2º e § 3º) e decisões ou sentenças judiciais ou arbitrais estrangeiras homologadas e cartas rogatórias em que foram concedidos *exequatur* pelo STJ são títulos executivos judiciais (art. 515, VIII e IX e art. 516, III e artigos 960 a 965; art. 105 da CRFB/1988). Entretanto, a sentença estrangeira que de divórcio consensual independe de homologação no STJ para que surta efeitos no Brasil (art. 961, § 5º do CPC/2015) ao passo que o litigioso deve ser homologado (art. 7º, § 6º da LINDB/1942 e art. 226, § 6º da CRFB/1988). A propósito, é dispensada a homologação da carta rogatória de medidas cautelares transmitidas por via diplomática ou consular (ou por elas legalizadas quando transmitidas pelas partes), Autoridade Central ou Juízes e Tribunais das Zonas Fronteiriças com Argentina, Paraguai e Uruguai (art. 19 do Protocolo de Medidas Cautelares de 1994 com art. 1º do Decreto nº 2.626 de 1998 com art. 961, caput do CPC/2015). Além disso, a sentença estrangeira pode ser homologada a pedido da parte interessada na reparação do dano, bem como se houver tratado de extradição ou requisição do Ministro da Justiça para sujeição à medida de segurança (art. 9º do CP/1940).

A propósito, julgado recente do STF sobre traduções dispensáveis:

[...] Também não procederia a alegação de que o Ministério Público, como órgão acusador, deveria ter providenciado a tradução de determinados documentos que acompanharam a peça acusatória. A tradução para o vernáculo de documentos em idioma estrangeiro juntados só deveria ser realizada se essa providência se tornasse absolutamente “necessária” (CPP, art. 236). (...) No ponto, a Corte destacou que a utilização de documentos enviados por outros países para fins de investigação representaria prova produzida no âmbito de cooperação jurídica internacional. Assim, a transferência de procedimento criminal, embora sem legislação específica produzida internamente, teria abrigo em convenções internacionais sobre cooperação jurídica, cujas normas, quando ratificadas, assumiriam “status” de lei federal. [...] Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki, 22.6.2016. (Inq-4146)⁷⁸²

No caso concreto⁷⁸³, uma das partes era estrangeira e residia em outro país. Entretanto, o advogado prontamente se ofereceu para realizar uma comunicação digital em viva-voz por *software* livre a partir do seu próprio aparelho móvel. Inicialmente, tanto pela parte contrária quanto pelo promotor, houve certa resistência até mesmo à idéia de que a parte fosse ouvida pela via telefônica. Então, a postura assumida foi no sentido de que a comunicação deveria ser feita utilizando a tecnologia (in)disponível no fórum. Enfim, com a intervenção do magistrado, a ligação foi feita, mas sem sucesso imediato, pois o som era incompreensível. Por iniciativa do promotor, fecharam-se as portas, e com o ambiente mais silencioso foi possível ouvir e indagar a parte ausente fisicamente.

Assim, os estrangeiros precisam vencer diversas barreiras, inclusive legais, que mitigam o princípio da autonomia (supostamente) em prol de segurança jurídica ou soberania. Na verdade, há uma flagrante desigualdade no acesso à justiça para pessoas que não são domiciliadas no Brasil, não são nacionais ou não falam a língua nacional.

Vale mencionar que em setembro de 2016, o Ato de Justiça contra Patrocinadores de Terrorismo – *Justice Against Sponsors of Terrorism Act*⁷⁸⁴ – se tornou uma lei federal nos Estados Unidos – superando o veto presidencial – para restringir a imunidade estrangeira e permitir ações civis contra qualquer Estado estrangeiro (implicitamente o Reino da Arábia Saudita) ou oficial estrangeiro por danos materiais, lesões corporais ou mortes que decorram

⁷⁸²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo831.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁸³Notas do diário de campo acerca de telecomunicações internacionais – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 52ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte reside fora do Brasil. (...) O advogado informa que a parte está disponível por *Skype* naquele momento, mas o promotor e a outra parte se manifestam contra escutá-lo. (...) O promotor exige que a transmissão se dê pelas máquinas do fórum e não pelo celular. (...) O magistrado admite que a parte seja ouvida por meio do celular. (...) A transmissão se inicia em péssimas condições, ajustam o som, o promotor colabora fechando as portas e conseguem diálogo. [...]

⁷⁸⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *S.2040 - Justice Against Sponsors of Terrorism Act*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2040>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

de um ato de terrorismo internacional que ocorra dentro dos Estados Unidos ou como resultado de uma injustiça cometida por um Estado estrangeiro ou oficial estrangeiro no exercício de seu ofício. E ainda, fixa a jurisdição das cortes estadunidenses para responsabilizar pessoas que cometam, ajudem, encorajem ou conpirem para cometer atos internacionais de terrorismo contra um nacional dos Estados Unidos.

Realmente, as relações jurídicas alcançam novos horizontes em razão da economia globalizada e da rede mundial de computadores. E a prevalência dos direitos humanos não dispensa de uma cooperação internacional para promover uma cultura de paz sem fronteiras. Entretanto, a sociedade brasileira (por si só) produziu no ano de 2015 mais de 27 milhões de processos judiciais e tinha quase 74 milhões de processos pendentes de anos anteriores⁷⁸⁵.

4.2 A jurisdição de massa para 100.000.000 de processos

A litigância de massa faz surgir mais uma desigualdade entre os litigantes. Os chamados litigantes eventuais se encontram em desvantagem em relação aos litigantes habituais. Da habitualidade advém maior experiência com o Direito, melhor planejamento em uma economia de maior escala com a diluição de riscos e experimentação de estratégias e o desenvolvimento de relações informais com os próprios julgadores⁷⁸⁶. Dessa disparidade de armas dificilmente nasce um bom Direito.

Ainda que o Poder Judiciário seja composto de magistrados com formação humanística e receba subsídios interdisciplinares – tais quais os *amicus curiae* ou as audiências públicas – que viabilizem em tempo hábil uma análise amadurecida da decisão jurídica a par das consequências sociológicas, políticas e econômicas, correrá o risco de fragilizar a separação dos poderes⁷⁸⁷. Trata-se da judicialização das políticas públicas e um descrédito aos Poderes Legislativo e Executivo.

O problema do consequencialismo decisório consiste na linha tênue entre o Judiciário contribuir para a efetivação de políticas públicas não observadas e o excesso em avocar para si uma missão que não lhe compete democraticamente⁷⁸⁸.

⁷⁸⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁸⁶CAPPELLETTI, op. cit., p. 25.

⁷⁸⁷BROCHADO, op. cit., p. 195.

⁷⁸⁸Ibidem, p. 194.

O risco dos efeitos sistêmicos decorre do treinamento do juiz para realizar a microjustiça, da sua falta de tempo e conhecimento para avaliar o impacto macroeconômico de suas decisões, bem como da sua não responsabilização política pelos desastres que possam se originar⁷⁸⁹.

A massificação das relações despersonaliza os homens em um conjunto anônimo e submisso. Vislumbra-se um neofeudalismo levado a efeito por protagonistas econômicos mundiais que por meio de obrigações complexas se vinculam aos indivíduos em superposição aos próprios Estados. Surge a categoria jurídica da vulnerabilidade⁷⁹⁰ do sujeito como instrumento da justiça social e de controle do poder de negociação⁷⁹¹.

[...] no Brasil, como consequência da crise do Estado, que por múltiplas razões evidenciou a sua absoluta impotência, especialmente a partir da década de 70 do século passado, para prover à tutela do interesse público, foram criadas as ações coletivas, as ações civis públicas, originárias das *class actions* do direito norte-americano, nas quais uma associação ou um órgão público, no interesse geral da coletividade ou de parte dela, provoca o judiciário para que este adote as medidas que forem necessárias. A justiça civil passa a desempenhar, assim, pela via das ações coletivas, funções que tradicionalmente cabiam à Administração Pública e ao próprio Poder Legislativo, formulando juízos de conveniência e oportunidade destas ou daquelas providências, não mais sob a ótica do estrito cumprimento da vontade da lei, mas como porta-voz de uma vontade política, função para cujo exercício os juízes não tiveram qualquer espécie de formação, nem receberam qualquer mandato político.⁷⁹²

“Na atual sociedade de consumo, em que há lesões massificadas e repetitivas”, continua Milena Donato Oliva, “a reparação por danos morais, antes mesmo de um direito básico do consumidor, consiste em direito fundamental da pessoa humana”⁷⁹³. E é sem se desprender da ótica empresarial da organização de insumos, trabalho, tecnologia e capital que o próprio tempo adquire uma expressão econômica.

Por outro lado, tormentosa é a liquidação dos danos morais. Na busca da reparação, tende-se a superar a sua confusão com a dor psicológica e já se ampara objetivamente

⁷⁸⁹BARROSO, op. cit., p. 16.

⁷⁹⁰Notas do diário de campo acerca de vulnerabilidade do sujeito – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado diferencia guarda e parentalidade. (...) A requerida levanta que a questão principal é a maternidade, pois isso estaria causando problemas para a parte autora. (...) O Ministério Público afirma que Deus quer que a requerida faça sua parte. (...) O Magistrado intervém dizendo que ela estava mal orientada. (...) A mãe confronta a requerente, que ela lhe dizia que sem a maternidade não conseguiria dar certos cuidados, mas que isso não está sendo confirmado na audiência. (...) A Defensora Pública desabafa que sentiu insegurança na mãe.

⁷⁹¹LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. In Thiago Neves (coord.), *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁷⁹²GRECO, L, 2015, op. cit. p. 3.

⁷⁹³OLIVA, 2014, p. 28.

inclusive: a integridade física dos recém-nascidos, a autonomia reprodutiva das mulheres, bem como o acesso aos bens essenciais contratados e até mesmo o direito de não saber. Por sua vez, a responsabilidade pela extensão do dano é deduzida da qualidade do ato ofensor em operação unitária com a individualidade da vítima⁷⁹⁴. Não obstante, em regra, o autor definirá de antemão o valor a ser indenizado por danos morais (art. 292, V, CPC/2015).

Ademais, julgado⁷⁹⁵ recente do STJ sobre a existência de dano moral coletivo em relação de consumo:

[...] Configura dano moral coletivo in re ipsa a realização de venda casada (...) Inicialmente, cumpre ressaltar que o direito metaindividual tutelado na espécie enquadra-se na categoria de direitos difusos, isto é, tem natureza indivisível e possui titulares indeterminados, que são ligados por circunstâncias de fato, o que permite asseverar ser esse extensível a toda a coletividade. [...]

A propósito, as demandas coletivas são a via adequada para pleitear a indenização pelo chamado dano social. Essa nova modalidade de reparação não pode ser intentada pela ação individual. Vale mencionar, nesse sentido, o julgado⁷⁹⁶ do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Inicialmente, cumpre registrar que o dano social vem sendo reconhecido pela doutrina como uma nova espécie de dano reparável, decorrente de comportamentos socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do CC. (...) Isso porque, os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual. [...]

O antigo conceito de comerciante deu lugar ao conceito mais moderno de empresário⁷⁹⁷. O art. 966 do CC/2002⁷⁹⁸ e o art. 3º, caput do CDC/1990⁷⁹⁹ são exemplos de como a transformação das relações econômicas foram transportadas para o sistema jurídico. Notadamente, o art. 2º, caput do CDC/1990 define consumidor como destinatário final de produto ou serviço; o parágrafo único amplia por equiparação a coletividade que interveio na

⁷⁹⁴OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 93; Revista dos Tribunais, 2014.

⁷⁹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.397.870-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0553'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0552'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁷⁹⁷RAMOS, op. cit., p. 14.

⁷⁹⁸BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017..

⁷⁹⁹BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017..

relação de consumo; o art. 17 também equipara as vítimas de fato do produto ou serviço; e o art. 29 equipara as pessoas expostas às práticas comerciais.

Realmente, uma das evidências mais claras da necessidade de tutelar interesses em massa decorre do conceito de meio ambiente que compreende o natural, o artificial, o cultural⁸⁰⁰ (CF, 1988⁸⁰¹, art. 216) e do trabalho⁸⁰² (CF, 1988, art. 200, VIII). Trata-se de um direito de terceira dimensão com titularidade difusa. De uma perspectiva histórica, se tornou gradativamente mais protegido conforme o ordenamento progrediu da fase individualista para a fragmentária e finalmente para a holística.

A fragmentariedade de interesses ou o seu aspecto coletivo apresentam diversos problemas de acesso à justiça: a frequente ilegitimidade ativa de qualquer indivíduo para pleitear a sua proteção e reparação em âmbito coletivo, a dispersão das partes interessadas para se organizarem estrategicamente e a escala diminuta de recompensa que poderia advir de um pleito individual⁸⁰³. O ordenamento jurídico brasileiro tentou resolver esses problemas por meio de diferentes tipo de procedimento judiciais.

Aspecto relevante a ser levado em consideração em qualquer processo jurisdicional é a duração razoável do processo. Trata-se de um direito fundamental das partes (art. 4º do CPC/2015⁸⁰⁴) do qual decorre um dever de cooperação para sua concretização (art. 6º do CPC/2015). Segundo o relatório Justiça em Números⁸⁰⁵, publicado em 2016 pelo CNJ, o tempo médio da sentença de 1º grau na fase de conhecimento é de 1 ano e meio.

No processo civil, o juiz deve proferir despachos em 5 dias úteis, decisões interlocutórias em 10 dias úteis e sentenças em 30 dias úteis (art. 226 do CPC/2015) ou no dobro desses períodos caso haja motivo justificado (art. 227 do CPC/2015).

Em relação às audiências, o legislador previu um intervalo mínimo de 20 minutos entre o horário de início das audiências de conciliação e mediação (art. 334, § 12 do CPC/

⁸⁰⁰Notas do diário de campo acerca de ambiente cultural – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado levará em consideração as festas de fim de ano ao definir a visitação. [...]

⁸⁰¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁰²Notas do diário de campo acerca de ambiente do trabalho – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 12ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Ministério Público e Magistrado apontam que o adolescente poderá ser Jovem Aprendiz aos 14 anos, mas o padrinho é contra trabalhar enquanto ainda estuda. [...]

⁸⁰³CAPPELLETTI, op. cit., p. 26-27.

⁸⁰⁴BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁰⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

2015⁸⁰⁶) e pautas com intervalos mínimos de 1 hora para as demais audiências (art. 357, § 9º do CPC/2015). E mais, o atraso injustificado para o início da audiência de instrução e julgamento em tempo superior a 30 minutos constitui motivo legal para adiamento (art. 362, III do CPC/2015).

Aqui vale completar a lacuna legal à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, o atraso injustificado para o início da sessão de mediação em tempo superior a 10 minutos autorizaria seu adiamento.⁸⁰⁷

A partir dos critérios objetivos típicos⁸⁰⁸ de duração razoável do processo, há indícios de morosidade na prestação jurisdicional.

A celeridade não deve implicar um obstáculo ao acesso à justiça. Desse modo, em regra, as intimações só obrigam ao comparecimento após 48 horas (art. 218, § 2º do CPC/2015⁸⁰⁹).

O CDC/1990⁸¹⁰ distingue no art. 81 que os direitos difusos são aqueles de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. E ainda, entende direitos coletivos como de natureza indivisível e de que seja titular o grupo,

⁸⁰⁶BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁰⁷Notas do diário de campo acerca de duração da mediação – vide nota nº 1 (p. 14).

Entretanto, o tempo de tolerância praticado em sede de mediação costuma ser de 15 minutos, considerando que na prática as sessões são marcadas usualmente com intervalos não inferiores a 30 minutos e em geral de 60 minutos. A média de duração de uma sessão de mediação dentre as audiências pesquisadas foi de 1 hora e 15 minutos.

⁸⁰⁸No processo de suspensão ou perda do poder familiar, o legislador considerou 120 dias como prazo razoável (art. 163, caput do ECA/1990).

Acerca desse princípio, porém no âmbito empresarial, a suspensão da prescrição e dos processos em face do devedor que decorre da recuperação judicial não pode exceder o prazo de 180 dias (art. 6º, § 4º da Lei n. 11.101/2005).

Acerca dos processos que possam resultar em perda de mandato eletivo, a legislação considerou como razoável o prazo de 1 ano, abrangendo todas as instâncias da Justiça Eleitoral. Na hipótese de descumprimento do prazo, cabe a representação do Juiz Eleitoral ao Tribunal Regional Eleitoral e deste ao Tribunal Superior Eleitoral (artigos 97 e 97-A da Lei nº 9.504/1997). Nos processos que versem sobre inelegibilidade, a lei veda que o Ministério Público e a Justiça Eleitoral descumpram qualquer prazo sob a alegação de acúmulo de serviço regular (art. 26-B, § 1º da LC n. 64/1990).

Em sede de Recursos Extraordinários, uma vez reconhecida a repercussão geral, o recurso deve ser julgado no prazo de 1 ano, preferindo aos demais feitos, exceto os que envolvam réu preso ou *habeas corpus* (art. 1.035, § 9º do CPC/2015).

Em âmbito de processo penal, a duração razoável do sequestro foi considerada de 60 dias entre a diligência e o ajuizamento da ação penal (art. 131, I do CPP/1941), de 90 dias entre a acusação e pronúncia (art. 412 do CPP/1941) e de 6 meses entre a pronúncia e o julgamento para fins de desaforamento por excesso de serviço (art. 428, caput do CPP/1941). A jurisprudência se posiciona que o encerramento da instrução criminal supera a alegação de excesso de prazo (súmula 52 do STJ). Além disso, a pronúncia também supera o excesso de prazo na instrução (súmula 21 do STJ). E também, que não constitui excesso de prazo a dilação provocada pela defesa (súmula 64 do STJ).

⁸⁰⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸¹⁰BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com o fornecedor por uma relação jurídica. Por fim, direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum. Assim, dispõe como pode ser exercida a defesa a título coletivo ao invés de individualmente.

No mesmo sentido, a Lei n. 12.016/2009⁸¹¹ no art. 21 define direitos coletivos como direitos de natureza indivisível de que sejam titulares o grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. E que direitos individuais homogêneos decorrem de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. Anota-se que a lei de mandado de segurança não definiu os direitos difusos.

A preocupação institucional do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com essa onda de acesso à justiça pode ser demonstrada pelo edital do XLVII concurso para ingresso na Magistratura. O tema dos direitos difusos e coletivos foi alçado à categoria autônoma dentre os ramos do Direito.

Realmente, o Projeto de Lei n. 5.139/09 é o esforço mais recente após uma linha de tentativas frustradas que buscaram codificar o processo coletivo. Notadamente: o Código-Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América; o Anteprojeto USP de Código Brasileiro de Processos Coletivos; o Anteprojeto UERJ/Unesa de Código Brasileiro de Processos Coletivos⁸¹².

Em juízo, o fenômeno da objetivação da causa é indubitavelmente movida pela racionalização do crescimento do número de processos. Ainda que esse seja um vetor, outro motivo se equaciona praticamente em igual magnitude. É possível mesmo se falar que os dois são pontos de vista distintos da mesma questão.

O constituinte previu notórios instrumentos de proteção em âmbito coletivo: a ação popular (art. 5º, LXXIII da CRFB/1988⁸¹³ e Lei n. 4.717/1965⁸¹⁴), a ação civil pública (art. 129, III da CRFB/1988 e Lei n. 7.347/1985⁸¹⁵) e o mandado de segurança coletivo (art. 5º,

⁸¹¹BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸¹²SILVA, op. cit., p. 12.

⁸¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸¹⁴BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸¹⁵BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

LXX da CRFB/1988 e Lei n. 12.016/2009⁸¹⁶); também vale mencionar o controle concentrado de constitucionalidade.

O legislador infraconstitucional cuidou da tutela de diversos direitos meta-individuais: da mulher (art. 37 da Lei n. 11.340/2006), do idoso (Lei n. 10.741/03), criança e adolescente (art. 148, IV e artigos 208 a 224 da Lei n. 8.069/1990), das pessoas com deficiência⁸¹⁷ (Lei n. 13.146/2015), do consumidor (art. 81, caput do CDC/1990); à igualdade racial (Lei n. 12.288/2010), à saúde (Lei n. 8.080/1990), à educação⁸¹⁸ (Lei n. 9.394/1996), da internet (art. 30 da Lei n. 12.965/2014), dentre outros. A sociedade de massa precisa de diplomas legais que instrumentalizem a defesa desses interesses na devida escala.

No caso concreto⁸¹⁹, o objeto demandado era uma medida protetiva em relação a uma criança específica. Realmente, para aquela criança, o processo era útil e cumpria sua finalidade. Entretanto, as circunstâncias indicaram um problema mais abrangente, pois um número indeterminado de outras crianças estariam sendo exploradas no mesmo local. Apesar disso, aquele processo avançou estritamente na abordagem individual. Surgiu a reflexão acerca da (in)eficácia do método escolhido para solucionar o problema maior.

Os sindicatos são legitimados para defesa administrativa ou judicial dos interesses individuais ou coletivos de sua categoria (art. 8º, III da CRFB/1988⁸²⁰). É obrigatório que o sindicato participe das negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI da CRFB/1988).

⁸¹⁶BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸¹⁷Notas do diário de campo acerca de pessoas com deficiência – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A sala de audiências contém uma cadeira de rodas. [...]

Narrativa da 41ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte ré tenta se expressar, mas desiste por não ser compreendida em razão de sua deficiência. [...]

Narrativa da 54ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado lê o termo de acordo para a parte com deficiência visual. [...]

⁸¹⁸Notas do diário de campo acerca de educação – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 9ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] diz que não está estudando por causa da burocracia da matrícula. [...]

Narrativa da 54ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Autora conta que parou de estudar durante o casamento e largou a família para acompanhá-lo. [...]

⁸¹⁹Notas do diário de campo acerca dos direitos das crianças – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Ministério Público (...) constata quadro social de exploração infantil em bairro da cidade, (...) que não é crível que a criança perambule em bairro distante de sua casa e de sua escola, constata a crueldade de prorrogar o acolhimento e é a favor da guarda do pai, requer estudos e vistoria. [...]

⁸²⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

E ainda, julgado⁸²¹ recente do STJ sobre a legitimidade das associações para defender os associados que expressa, específica e previamente autorizarem o ajuizamento da ação: “[...] Associação não tem legitimidade ativa para defender os interesses dos associados que vierem a se agregar somente após o ajuizamento da ação de conhecimento. (...) REsp 1.468.734-SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 1º/3/2016, DJe 15/3/2016.”

O constituinte também previu a legitimidade das comunidades e organizações indígenas de pleitear em juízo pela defesa de seus direitos e interesses (art. 232 da CRFB/1988).

O processo civil tradicional enfrentava diversos problemas para representar os interesses coletivos ou grupais – não apenas dos pobres. A segunda onda reforma regras de modo a se compatibilizar com essas demandas. A legitimidade é ampliada para que seja permitida a representação adequada de indivíduos ou grupos. E os conceitos de citação, contraditório e coisa julgada são transformados⁸²².

A propósito, julgado⁸²³ recente do STJ sobre a coisa julgada de direitos individuais homogêneos: “[...] ressaltando a formação de coisa julgada somente em favor dos ‘interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes’, de modo que somente esses poderão propor ação de indenização a título individual [...]”

Igualmente, julgado⁸²⁴ recente do STJ sobre a abrangência da coisa julgada o que revela a necessidade de evolução do processo civil para atender esse novo fenômeno do direito de ação:

[...] Tem abrangência nacional a eficácia da coisa julgada decorrente de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, com assistência de entidades de classe de âmbito nacional, perante a Seção Judiciária do Distrito Federal, e sendo o órgão prolator da decisão final de procedência o STJ. É o que se extrai da inteligência dos arts. 16 da LACP, 93, II, e 103, III, do CDC. REsp 1.319.232-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 4/12/2014.

⁸²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.468.734-SP, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0579'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸²²CAPPELLETTI, op. cit., p. 49-50.

⁸²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0575'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.319.232-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0552'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Inegavelmente, a reversão de valores para fundos⁸²⁵ é recorrente na tutela coletiva. Isso representa diversos aspectos quantitativos da tutela coletiva, inclusive a quantidade de interessados e o montante econômico do bem litigioso.

Além disso, qualquer pessoa pode impetrar *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII da CRFB/1988⁸²⁶) em seu próprio favor ou de outrem, bem como pode ser impetrado pelo Ministério Público (art. 654, caput do CPP/1941⁸²⁷), salvo em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º da CRFB/1988). Assim, há um fenômeno de legitimação extraordinária em defesa da liberdade contra ilegalidades e abusos de poder.

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103 da CRFB/1988) podem ser propostas pelos legitimados⁸²⁸ previstos em rol taxativo. A propósito, julgado⁸²⁹ recente do STF sobre o ajuizamento de ADI e ADC com base em controvérsia firmada em critério não quantitativo: “[...] Por outro lado, o requisito relativo à existência de controvérsia judicial relevante, necessário ao processamento e julgamento da ADC (Lei 9.868/1999, art. 14, III), seria qualitativo e não quantitativo [...]”

E ainda, sobre a legitimidade das associações, na contramão da primazia da resolução de mérito e da eficiência, o STF deixou desamparados os magistrados estaduais em julgado⁸³⁰ recente com voto vencido contra o monopólio ativo:

As associações que representam fração de categoria profissional não são legitimadas para instaurar controle concentrado de constitucionalidade de norma que extrapole o universo de seus representados. (...) Vencido o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso. Apontava não ser possível o monopólio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) quanto à legitimidade para o processo objetivo de controle de constitucionalidade. ADPF 254 AgR/DF, rel. Min. Luiz Fux, 18.5.2016. (ADPF-254)

⁸²⁵Por exemplo, o Fundo Nacional Antidrogas do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (art. 29, parágrafo único da Lei n. 11.343/2006). Outros fundos existem, vale citar o Fundo Penitenciário que recebe, dentre outras, as verbas decorrentes do quebraimento de fiança (art. 346 do CPP/1941). E ainda, o Fundo Nacional do Meio Ambiente para o qual são revertidos valores arrecadados em multas por infração administrativa ambiental (art. 73 da Lei n. 9.605/1998). Também existem os fundos geridos pelos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 214, caput do ECA/1990)

⁸²⁶Ibidem.

⁸²⁷BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸²⁸Ou seja, pelo Presidente da República; pela Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; pelo Governador de Estado ou do Distrito Federal; pelo Procurador-Geral da República; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; por partido político com representação no Congresso Nacional; ou ainda, por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁸²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5316 MC/DF, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo786.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 254 AgR/DF, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo826.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A ação popular⁸³¹, por sua vez, pretende a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio – compreendidos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico – da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos (art. 1º, caput e § 1º da Lei n. 4.717 de 1965⁸³²).

Por fim, o conceito de zonas de interesse pode servir para uma maior compreensão do interesse processual nas ações populares, nas ações de improbidade, e em todas as atuações processuais desvinculadas de um interesse material específico. Nestas, o interesse de agir deve continuar ligado a premissas de utilidade, embora voltados para o interesse público ou “interesse cívico”. A expressão “utilidade para o interesse público”, prevista no art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular, é a posituação desta concepção ampliada de interesse processual.⁸³³

Existe uma regra recíproca de aplicação supletiva entre o CDC/1990⁸³⁴ e a ação civil pública (art. 21 da Lei n. 7.347/1985⁸³⁵; art. 90 da Lei n. 7.347/1985). É bem verdade, desde o CDC/1990, surgiu um micro-sistema do processo coletivo⁸³⁶.

A ação civil pública pretende a responsabilização por danos morais e patrimoniais causados: ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social; a

⁸³¹Qualquer cidadão – cuja cidadania se comprova por título eleitoral – é legitimado para pleitear a ação popular (art. 1º, caput e § 3º da Lei n. 4.717 de 1965). O Ministério Público será obrigatoriamente intimado (art. 7º, I, “a” da Lei n. 4.717 de 1965). A nulidade do ato lesivo pode decorrer dentre outras hipóteses por: incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade (art. 2º da Lei n. 4.717 de 1965). Característica importante da ação popular é que a sentença fará coisa julgada erga omnes. Entretanto, se for julgada improcedente por falta de provas, poderá ser proposta outra ação com nova prova (art. 18 da Lei n. 4.717 de 1965).

⁸³²BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸³³CABRAL, op. cit., p. 44.

⁸³⁴BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸³⁵BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸³⁶SILVA, Tamires Ribeiro. *Autonomia do direito processual e a necessidade de um Código de Processo Coletivo*. 155 p. Monografia (especialização em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Orientador: Alexandre Freitas Câmara. Coorientadora: Néli Luiza Cavalieri Fetzner, p. 48.

qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, I a VIII da Lei n. 7.347/1985⁸³⁷). Entretanto, os tributos, contribuições previdenciárias e fundos passíveis de individualização não integram o âmbito da ação civil pública (art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985).

A propósito, julgado⁸³⁸ recente do STF decide pela inadequação da ação civil pública⁸³⁹, cuja natureza é de ação indenizatória, para fazer as vias de controle concentrado de constitucionalidade: “[...] Assim, a pretensão final deduzida na citada ação estaria dissociada da natureza típica das ações de responsabilização civil, aproximando-se seus efeitos àqueles típicos do controle concentrado de constitucionalidade. [...]”

Sem dúvida que o Ministério Público se destaca legislativamente dentre os legitimados para ações de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente conforme previsão específica na Política Nacional do Meio Ambiente (art. 14, § 1º, 2ª parte da Lei n. 6.938/1981⁸⁴⁰). Nesse sentido, julgado recente do STJ sobre a legitimidade do MP para tutela dos direitos individuais homogêneos cujo interesse seja social: “[...] Órgão Ministerial tem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos dos beneficiários do seguro DPVAT, dado o interesse social qualificado [...]”

⁸³⁷BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 19662/MT, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo824.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸³⁹São legitimados para propor a ação civil pública: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; associação constituída há pelo menos 1 ano que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º da Lei n. 7.347/1985).

E são legitimados para a ação coletiva: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; entidades e órgãos administrativos destinados à defesa dos direitos coletivos e as associações (constituídas há pelo menos um ano, salvo quando houver manifesto interesse social) com finalidade institucional de defesa dos direitos coletivos (art. 82 do CDC/1990).

Quando a ação civil pública não for proposta pelo Ministério Público, sua intervenção na qualidade de fiscal da lei será obrigatória (art. 5º, § 1º da Lei n. 7.347/1985). E ainda, qualquer pessoa pode e os servidores públicos devem provocar o Ministério Público quando tiverem ciência de fato que constitua objeto de ação civil pública (art. 6º da Lei n. 7.347/1985).

Característica importante da ação civil pública é que a sentença fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator. Entretanto, se for julgada improcedente por falta de provas, não impede a propositura de outra ação com base em nova prova (art. 16 da Lei n. 7.347/1985). E ainda, que a condenação em dinheiro se reverte para um fundo destinado à reparação dos bens lesados que será gerido por um Conselho Federal (ou Conselhos Estaduais) com a participação do Ministério Público e representantes da comunidade (art. 13, caput da Lei n. 7.347/1985).

A proteção judicial dos interesses difusos ou coletivos das crianças e adolescentes é regida subsidiariamente pela disciplina legal das ações civis públicas (art. 224 do ECA/1990). Há previsão da celebração de compromisso de ajustamento de conduta com eficácia de título executivo extrajudicial (art. 211 do ECA/1990).

⁸⁴⁰BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Sob o mesmo ponto de vista, julgado⁸⁴¹ recente do STJ sobre a legitimidade da Defensoria Pública para direitos individuais homogêneos cujos beneficiários sejam vulneráveis em sentido amplo:

[...] A Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores idosos que tiveram plano de saúde reajustado em razão da mudança de faixa etária, ainda que os titulares não sejam carentes de recursos econômicos. (...) de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim, todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado". EREsp 1.192.577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015.

Podem ser protegidos pela via do mandado de segurança coletivo⁸⁴² os direitos coletivos ou individuais homogêneos – nada dispondo a lei quanto aos direitos difusos (art. 21, parágrafo único da Lei n. 12.016/2009⁸⁴³). Admite-se a impetração de mandado de segurança por órgãos públicos na defesa de suas prerrogativas institucionais como um mecanismo de solução de conflito de atribuições do Estado contra o próprio Estado. Assim como cabe impetração por parlamentar para coibir atos incompatíveis com o processo legislativo constitucional⁸⁴⁴.

Já o mandado de injunção é cabível quando a omissão normativa inviabilizar direitos e liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas da nacionalidade, soberania e a cidadania (art. 5º, LXXI da CRFB/1988⁸⁴⁵). Em 23 de junho de 2016 foi aprovada a Lei nº 13.300⁸⁴⁶ que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo⁸⁴⁷. Aplica-se subsidiariamente as normas do mandado de segurança (art. 14 da Lei nº 13.300/2016).

⁸⁴¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.192.577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0573'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁴²No mandando de segurança, não cabem honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/2009). O mandado de segurança coletivo somente produzirá efeitos para os membros substituídos (art. 22, caput da Lei n. 12.016/2009).

⁸⁴³BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁴⁴MENDES, op. cit., p. 444-445.

⁸⁴⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁴⁶BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁴⁷Destaca-se que são legitimados ativos para o mandado de injunção coletivo: o Ministério Público; partido político; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano; a Defensoria Pública (art. 12 da Lei nº 13.300/2016).

Importante mencionar também que qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade⁸⁴⁸ que atente contra os princípios da administração pública, cause prejuízo ao erário ou mesmo importe enriquecimento ilícito (art. 14, caput da Lei n. 8.429 de 1992⁸⁴⁹).

A propósito, julgado⁸⁵⁰ recente do STF pacifica tão somente a prescritibilidade da reparação ao erário por ilícito civil e sinaliza que o entendimento pode ser distinto caso venha a tratar da responsabilidade decorrente de improbidade administrativa ou de condenação por crime: “[...] É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. (...) A Corte pontuou que a situação em exame não trataria de imprescritibilidade no tocante a improbidade e tampouco envolveria matéria criminal. [...]”

E ainda, julgado⁸⁵¹ recente do STJ esclarece a amplitude do conceito de agente público, para fins de responsabilização por ato de improbidade administrativa, abrangendo os estagiários (cada vez mais comuns nas repartições públicas):

[...] O estagiário que atua no serviço público (...) está sujeito a responsabilização por ato de improbidade administrativa (...) o conceito de agente público (...) abrange (...) todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública. [...]

Por certo que há uma descentralização da função legislativa. A atuação do Poder Judiciário, na força criadora do Direito, passaria a variar desde a sentença clássica, o precedente e a sentença normativa até a jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos⁸⁵².

Em que pese o sistema brasileiro ser melhor classificado como de *civil law*, há algumas novas inspirações no *common law* – haja vista as súmulas vinculantes – objetivam não apenas segurança jurídica, como também eficiência. Claro que a massificação das decisões pode cobrar um preço alto, inclusive sacrificando o princípio da autonomia. A saber,

⁸⁴⁸A ação judicial pode ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada (art. 17, caput da Lei n. 8.429 de 1992).

⁸⁴⁹BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669069/MG, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo767.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁵¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.352.035-RS, Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0568'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁵²MENDES, op. cit., p. 992.

por meio da legitimidade extraordinária e da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*. Esse sistema misto entre o *civil law* e o *common law* já vem sendo classificado de bijuralismo e acontece em outros países também⁸⁵³.

Não por outro motivo que a comunidade jurídica acompanha os informativos dos Tribunais Superiores com a mesma atenção devida aos novos diplomas legislativos. Com maior destaque à súmula vinculante⁸⁵⁴ – viabilizada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 – que vincula diretamente os órgãos judiciais e da Administração Pública, com a possibilidade de reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A⁸⁵⁵).

Todavia, julgado⁸⁵⁶ recente do STF sobre a intranscendência dos motivos determinantes mostra prudência na prestação jurisdicional e prestígio à harmonia entre os poderes:

[...] Entretanto, a jurisprudência do STF é firme quanto ao não cabimento de reclamação fundada na transcendência dos motivos determinantes do acórdão com efeito vinculante. [...] Não se poderia, em sede de reclamação, avançar para cassar uma decisão judicial, por ela haver desrespeitado entendimento não exposto no paradigma apontado, para assentar-se ser essa a conclusão correta sobre a matéria. Desse modo, não é possível o uso da reclamação como sucedâneo de recurso. Ressaltou que os precedentes do Tribunal seriam nesse mesmo sentido, tendo em conta a necessidade de pertinência estrita. [...]

Acerca da crise do extraordinário, se afirma que “a falta de um mecanismo com caráter minimamente objetivo para solver essas causas de massa permite que uma avalanche de processos sobre um só tema chegue até o STF pela via do recurso extraordinário”. Explica-se que é imprescindível que os Tribunais Superiores empreguem mecanismos de racionalização diante das causas repetidas⁸⁵⁷.

O recurso extraordinário se tornou cada vez menos subjetivo para funcionar em defesa da ordem constitucional objetiva. A sua eficácia alçou ao ponto da comunicabilidade entre as vias difusa e concentrada do sistema misto de controle de constitucionalidade. Realmente, da

⁸⁵³BROCHADO, op. cit., p. 193.

⁸⁵⁴A súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição de 1988 (que foi regulamentada pela Lei n. 11.147 de 2006), pacifica uma controvérsia atual após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. A aprovação, revisão e o cancelamento pode ser provocado pelos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, podendo o rol ser ampliado pelo legislador. Entretanto, da mera proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante não decorre a suspensão dos processos que versem sobre a mesma questão (art. 6º da Lei n. 11.417/2006).

⁸⁵⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo808.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁵⁷MENDES, op. cit., p. 989.

declaração de constitucionalidade em recurso extraordinário decorre a improcedência das ações diretas de inconstitucionalidade com o mesmo objeto⁸⁵⁸.

Além disso, o julgamento de processos em bloco, de recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas não precisa atender a ordem cronológica de conclusão; tampouco as metas que forem estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 12, § 2º, II, III e VII do CPC/2015). Em especial, os presidentes do STJ e do STF, com fundamento na segurança jurídica ou no interesse social, podem determinar a suspensão de todos os processos que versem sobre questão discutida em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 1.029, § 4º do CPC/2015). A propósito, haverá improcedência liminar nas hipóteses do art. 332 do CPC/2015⁸⁵⁹, causa de pedir que contrarie: acórdão de recurso repetitivo ou súmula do STF ou do STJ, resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, súmula de TJ sobre direito local.

Importante registrar que o art. 333 e o inciso XII do art. 1.015, ambos do CPC/2015⁸⁶⁰, viabilizavam a conversão de ação individual em coletiva se houvesse relevância social e a dificuldade de formação do litisconsórcio. E ainda, que o pedido fosse de tutela de direitos difusos ou coletivos, ou ainda, quando a solução em relação jurídica plurilateral precise ser uniforme. Entretanto, ambos os dispositivos foram vetados porque segundo os motivos do veto poderiam “[...] levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. [...] Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. [...]”

Nos processos civis, o litisconsórcio se revela um instrumento que admite duas ou mais pessoas litigarem no mesmo polo (ou zona) contanto que comunguem direitos ou obrigações, haja conexão pelo pedido ou pelas causa de pedir, ou ainda, as questões de fato ou de direito sejam afins (art. 113 do CPC/2015⁸⁶¹).

Trata-se dos interesses daqueles que não são partes no processo, mas que indiretamente anseiam pela resolução do conflito numa ou em outra direção. Assim, a figura do *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015⁸⁶²) é admitida naquelas causas de matéria relevante,

⁸⁵⁸Ibidem, p. 990.

⁸⁵⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁶⁰BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁶¹Ibidem.

⁸⁶²Ibidem.

de tema específico ou de repercussão social. E ainda, o *amicus curiae* poderá recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, § 3º do CPC/2015). No mesmo sentido, terceiros interessados poderão se manifestar no pedido de uniformização entre Turmas Recursais de Juizados Especiais Federais (art. 14, § 7º da Lei n. 10.259/2001⁸⁶³).

Outrossim sobre os direitos da coletividade, é da competência originária do STF, a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados (art. 102, I, “n” da CRFB/1988)⁸⁶⁴.

A propósito, quando os interesses envolvidos decorrerem da vontade de todo um ente da federação, como preleciona o Min. Gilmar Mendes, não há direito de secessão na fórmula federativa, pois os Estados-membros não são soberanos. Assim, eventuais conflitos entre Estados-membros ou entre qualquer deles e a União devem ser resolvidos para manter a paz e a integridade como um todo. Se o conflito for jurídico, será resolvido judicialmente perante o STF (CRFB/1988, art. 102, I, “f”)⁸⁶⁵. É também competente para o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território (CRFB/1988, art. 102, I, “e”); a extradição solicitada por Estado estrangeiro (CRFB/1988, art. 102, I, “g”).

Todavia, o STF não será competente para conflitos envolvendo pessoa jurídica da Administração indireta se a causa não desestabiliza o equilíbrio federativo ou rompe a harmonia entre os entes do Estado Federal⁸⁶⁶. Logo, serão julgadas pela Justiça Federal as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município (CRFB/1988, art. 109, II e III)⁸⁶⁷.

Apesar dos instrumentos de solução de conflitos em massa, admite-se que os Estados e o Distrito Federal paguem os precatórios utilizando 20% dos depósitos judiciais nas causas em que não forem parte (art. 101, § 2º do ADCT da CRFB/1988⁸⁶⁸), por conseguinte, pode ser

⁸⁶³BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁶⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁶⁵Ibidem.

⁸⁶⁶MENDES, op. cit., p. 844.

⁸⁶⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁶⁸Ibidem.

que a dimensão da dívida pública venha a tornar proporcionalmente desinteressante para a Administração Pública a prestação jurisdicional em tempo razoável.

É conhecida a conclusão de Luís Roberto Barroso em sua análise da responsabilidade dos entes públicos na competência administrativa comum. À época, preocupado com as políticas públicas, a macro-justiça e o efeito erga omnes, sugeria que se o medicamento não constasse da lista oficial, a causa deveria ser discutida no âmbito das ações coletivas⁸⁶⁹.

Por certo que da competência comum não se conclui pela atuação simultânea dos três entes federativos nas tarefas inexpressivas, pois não é possível abrir mão de uma competência constitucional⁸⁷⁰. Logo, quando se tratar de uma questão grave de saúde, a micro-justiça pode realmente ser necessária.

A doutrina constitucional define que para atribuir responsabilidade ao Estado são aferidos quatro elementos: dano sobre um direito – não apenas econômico; dano certo e real – não apenas eventual e possível; dano anormal – não aquele pequeno ou inerente; dano especial – não coletivo ou genérico⁸⁷¹. Diante do panorama traçado na jurisprudência sobre dano social, é possível esperar uma mitigação da especialidade do dano a que se sujeita a responsabilidade do Estado.

Segundo o relatório Justiça em Números do CNJ⁸⁷², no ano de 2015, as execuções fiscais representaram aproximadamente 39% de todos os casos pendentes. A alta taxa de congestionamento desses processos implica que apenas 8% dos casos novos foram baixados no mesmo ano.

⁸⁶⁹BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁷⁰MENDES, op. cit., p. 840.

⁸⁷¹Ibidem, p. 873.

⁸⁷²CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Existem muitos outros exemplos no programa normativo processual destinados a atender a demanda de massa, inclusive no direito obrigacional⁸⁷³, no direito possessório⁸⁷⁴, nos juizados especiais⁸⁷⁵, no direito ambiental⁸⁷⁶, no direito eleitoral⁸⁷⁷, no direito do trabalho⁸⁷⁸, no direito empresarial⁸⁷⁹, no processo penal⁸⁸⁰.

Entretanto, no processo penal, a tese de que qualquer cidadão seria legitimado a propor a ação penal subsidiária da pública quando a pessoa acusada fosse Presidente da República foi recusada no julgado⁸⁸¹ recente do STF que a princípio negou a legitimidade:

[...] Reputou não existir direito difuso de queixa titularizado por todos os cidadãos. Se assim fosse, seria possível o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública para todos os tipos de crime, por toda a coletividade, sempre que se considerasse inerte o órgão acusador. Esse direito seria titularizado apenas pelo ofendido, sujeito passivo do delito, que seria aquele diretamente atingido pelos efeitos da conduta criminosa. [...]

⁸⁷³Existe também a execução coletiva que decorre da insolvência civil. Trata-se de modalidade de intervenção de terceiros que continua regulada no Código de Processo Civil de 1973 (artigos 748 a 786-A) por força de disposição transitória (art. 1.052 do CPC/2015)

⁸⁷⁴Nos litígios coletivos pelo procedimento especial das ações de manutenção e reintegração de posse, bem como sobre propriedade de imóvel, foi previsto no art. 565 do CPC/2015, que será designada audiência de mediação da qual será intimado o Ministério Público, a Defensoria pública (se envolver hipossuficientes), órgãos responsáveis pela política agrária e poderá comparecer o juiz se a tutela jurisdicional for necessária na área objeto do litígio. Nos parágrafos do art. 554 do CPC/2015, nos casos que no polo passivo de ação possessória figure um grande número de pessoas, houve uma atenção especial à citação – pessoal dos encontrados e os demais por edital, mas com a ampla publicidade por cartazes e anúncios em jornal ou rádio. Assim, o Ministério Público deve ser intimado, assim como a Defensoria Pública se envolver hipossuficientes.

⁸⁷⁵Nos Juizados Especiais Cíveis, admite-se o emprego de sistema de fichas ou formulários impressos para a formulação do pedido (art. 14, § 3º da Lei n. 9.099/1995) – individual, informal e massificado.

⁸⁷⁶No direito ambiental, em se tratando do registro de agrotóxicos prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, as entidades de classe do setor, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e entidades de proteção do consumidor ou do meio ambiente são legitimados a requerer seu cancelamento ou impugnação. Ademais, o art. 225 da Constituição de 1988 se refere a todos os seres humanos como titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de uma visão antropocêntrica do constituinte, uma vez que se preocupa com as presentes e futuras gerações. Entretanto, no inciso VII do § 1º do art. 235 há um deslocamento para a visão biocêntrica que protege a fauna e a flora, vedando as práticas que levem as espécies à extinção ou submetam os animais à crueldade.

⁸⁷⁷No direito eleitoral, a inelegibilidade de candidato pode ser arguida por qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público (art. 3º, caput da LC n. 64/1990). Do mesmo modo, qualquer eleitor pode promover denúncia ao Tribunal Superior Eleitoral para que seja iniciado o processo de cancelamento do registro civil e do estatuto de Partido Político que receba recursos estrangeiros, se subordine a entidades estrangeiras, não tenha prestado contas ou mantenha organização paramilitar (art. 28, § 2º da Lei nº 9.096/1995).

⁸⁷⁸No direito do trabalho, o constituinte definiu que alguns direitos sociais seriam disponíveis tão somente por negociação coletiva. Por exemplo, a irredutibilidade de salário (art. 7º, VI da CRFB/1988), compensação de horários e redução de jornada (art. 7º, XIII da CRFB/1988), jornada de seis horas ininterruptas (art. 7º, XIV da CRFB/1988).

⁸⁷⁹No direito empresarial, a recuperação judicial e a falência também atendem aos interesses de uma coletividade (art. 49, caput da Lei n. 11.101/2005).

⁸⁸⁰No processo penal, o alistamento de jurados do Tribunal do Júri é de interesse público. Assim, qualquer do povo pode reclamar ao juiz presidente por sua alteração (art. 426, § 1º do CPP/1941). A legitimidade da ação penal pública é do Ministério Público (art. 24 do CPP/1941). Entretanto, qualquer do povo pode provocar sua iniciativa (art. 27 do CPP/1941).

⁸⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 6071 AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo837.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Em que pese o advento da defesa de direitos difusos ou coletivos, o apelo da jurisdição individual ainda se revela expressivo. Inclusive, no art. 104 do CDC/1990⁸⁸², a regra será o prosseguimento e resolução de mérito da ação individual, salvo se for requerida a suspensão no prazo de 30 dias da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. De modo similar, o mandado de segurança coletivo não afetará o autor de ação individual que não desistir em 30 dias da ciência (art. 22, caput e § 1º da Lei n. 12.016/2009⁸⁸³).

Entretanto, julgado⁸⁸⁴ recente do STJ sobre o ônus do demandado de dar ciência inequívoca aos autores individuais da existência da ação coletiva:

[...] Os autores de ações individuais em cujos autos não foi dada ciência do ajuizamento de ação coletiva e que não requereram a suspensão das demandas individuais podem se beneficiar dos efeitos da coisa julgada formada na ação coletiva. [...] Constitui ônus do demandado dar ciência inequívoca da propositura da ação coletiva àqueles que propuseram ações individuais, a fim de que possam fazer a opção pela continuidade do processo individual, ou requerer a sua suspensão para se beneficiar da sentença coletiva. REsp 1.593.142-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 7/6/2016, DJe 21/6/2016.

Essa busca pela jurisdição em âmbito individual pode se justificar pelo particularismo nas decisões jurídicas advindas desses processos. “A sonora sabedoria de Salomão soa através dos séculos. Ele olha para as próprias peculiaridades do caso, e a solução aparece diante dele”⁸⁸⁵. Trata-se de distinguir o fundamento universal – faça isso sempre que ocorrer aquilo – do fundamento generalizado – frequentemente faça isso se aquilo ocorrer⁸⁸⁶.

Ainda que os instrumentos que resolvem conflitos judiciais em âmbito transindividual apelem para o anseio de pacificação social, existe um espaço no ordenamento para aquelas causas que não puderam ser resolvidas nem pela via extrajudicial, nem pela coletiva e nem pelo consenso. Para essas causas se reserva a imposição de decisões individuais.

4.3 A jurisdição individual no cenário de flexibilização dos direitos sociais

⁸⁸²BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁸³BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁸⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.593.142-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0585'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁸⁵MACCORMICK, op. cit., p. 104.

⁸⁸⁶Ibidem, p. 123.

O Estado brasileiro, à luz do modelo de Estado moderno, reparte suas competências e atividades em funções estatais – Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. A função de resolver conflitos é exercida diretamente pelo Poder Judiciário como atividade-fim⁸⁸⁷. Jurisdição é uma atividade que produz decisão autônoma, autorizada e vinculante sobre direitos contestados ou lesados⁸⁸⁸. Ao contrário da solução consensual, a jurisdição é necessariamente motivada (art. 93, IX da CF/1988⁸⁸⁹).

Nesta seção, demonstra-se que a autonomia das partes interessadas na solução do conflito decai com o processo de sentença e se desloca em grau significativo para o Estado-juiz. E mais, que a judicialização da vida se encontra em descompasso com a sua função residual. É a base do sistema (real) orientado pelo princípio da legalidade, mas seria a excepcionalidade em um sistema (hipotético) orientado pela autonomia.

Deve ficar claro, contudo, que a intenção não é a defesa do fim da jurisdição como forma de resolver controvérsias, tampouco imaginar que demais mecanismos serão a solução definitiva para a solução da crise do Estado-juiz, mas sim conscientizar o Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional garantidor de uma atividade jurisdicional efetiva não consiste necessariamente na intervenção em todo e qualquer conflito, mas intervir quando necessário, como *ultima ratio*.⁸⁹⁰

As finalidades básicas do sistema jurídico são a possibilidade de reivindicação de direitos e de resolução de litígios. Além de dever ser igualmente acessível a todos, os seus resultados devem ser individual e socialmente justos. O acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos em um sistema que efetivamente garanta – não apenas declare – direitos. Entretanto, é utópico esperar que a desigualdade material debatida em juízo não seja em certa medida transportada como desigualdade processual⁸⁹¹.

Tôda a proposição jurídica tem, necessariamente, que estabelecer um dever; é possível que, além disso, outorgue faculdades, direitos subjectivos. Isto sucede quando, entre as condições da consequência jurídica, se inclui uma manifestação de vontade do prejudicado nos seus interesses pelo acto anti-jurídico realizado por outro, traduzida na forma da acção processual ou da queixa em juízo⁸⁹².

⁸⁸⁷MENDES, op. cit., p. 846.

⁸⁸⁸Ibidem., p. 961.

⁸⁸⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁹⁰PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. 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: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1-32.

⁸⁹¹CAPPELLETTI, op. cit., p.8-15.

⁸⁹²KELSEN, op. cit., p. 51.

Realmente, a proteção judicial é reconhecida internacionalmente como um direito humano que protege as pessoas contra as violações de seus direitos fundamentais (art. 25, § 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica promulgado pelo Decreto n. 678/1992⁸⁹³).

O novo processo civil brasileiro respeita cada pessoa em razão do valor intrínseco da vida humana (art. 1º, inciso III da Constituição Brasileira de 1988⁸⁹⁴ e art. 8º do Código de Processo Civil de 2015⁸⁹⁵). Para as partes aquele pode ser o único processo de suas vidas e a sentença do juiz decidirá os seus destinos⁸⁹⁶.

Em três alegorias, os juízes foram classificados como: juiz Júpiter, do Estado mínimo, distante do caso concreto; juiz Hércules, do Estado social, pragmático; e o juiz Hermes, do direito pós-moderno, mediador e comunicador da rede. O juiz de direito passou de guardião da ordem jurídica à posição de pesquisador da ética e dos princípios na busca por legitimidade às suas decisões frente ao declínio do império da lei⁸⁹⁷.

No mesmo sentido, que a teoria completa e inteiramente satisfatória do sistema jurídico seria a tarefa do juiz Hércules (nota-se aqui como a força das parábolas ainda nos assistem a precisar um significado). A objeção pós-positivista ao corolário de Kelsen é que as decisões são tomadas e não deduzidas⁸⁹⁸.

Realmente, a Teoria Pura do Direito se propõe uma exposição de concepções científicas essenciais sem qualquer pretensão de criticar as demais doutrinas⁸⁹⁹. Em outras palavras, se pretende pura por distinguir razões científicas de elementos políticos⁹⁰⁰. Nesta acepção, a lei seria um esquema de interpretação com o qual o significado dos fatos coincidiria⁹⁰¹.

⁸⁹³BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁹⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁹⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁸⁹⁶CÂMARA, op. cit., p. 13.

⁸⁹⁷ALEMÃO, op. cit., p. 46 e 49.

⁸⁹⁸MACCORMICK, op. cit., p. 72-73.

⁸⁹⁹KELSEN, op. cit., p. 2.

⁹⁰⁰Ibidem, p. 5.

⁹⁰¹Ibidem, p. 10-11.

Entretanto, a lei é um ponto de partida para solucionar casos concretos, mas não encerra os debates jurídicos⁹⁰². E certamente não se desprende da política como se fossem água e óleo.

É evidente que a lei não é autoaplicável e tampouco autointerpretável. O processo judicial se assenta em presunções sucessivas e silogísticas. As certezas jurídicas são excepcionáveis. A retórica é o estudo e emprego de argumentos persuasivos – não demonstrativos – que de fato compõe o Estado Democrático de Direito. O princípio geral da atividade jurisdicional baseada na retórica herdada do positivismo é que a lei é a premissa maior – universal – e as alegações são as premissas menores – particulares⁹⁰³.

Decerto que mesmo a Teoria Pura do Direito admite que o juiz cria a norma para o indivíduo no momento da sentença por um ato de vontade que transcende a atividade de simples conhecimento. Entretanto, supõe que essa vontade está limitada à subsunção do fato natural à lei⁹⁰⁴.

E mais, entende que a relação de determinação entre a lei e a sentença judicial é incompleta e relativa, pois sempre resta uma margem de preenchimento criativo ao intérprete⁹⁰⁵.

Se o órgão A dispõe que o órgão B deve deter o súbdito C, o órgão B tem de resolver por sua livre apreciação quando, onde e como há-de efectivar a ordem de detenção; e essas decisões dependem de circunstâncias externas que o órgão A não previu na sua maior parte, nem podia prever⁹⁰⁶.

“O positivismo que caracteriza o universo jurídico dos países desenvolvidos desde meados do séc. XIX confunde a norma jurídica com o texto da norma no código legal”⁹⁰⁷. Contra essa concepção, a norma jurídica deve ser percebida como o resultado de uma combinação. Trata-se da interpretação dos dados linguísticos – *Sprachdaten* – que compõe o programa da norma; tanto quanto da relevância de dados reais – *Realdaten* – que compõe o âmbito normativo⁹⁰⁸.

Realmente, os fatos da causa que integram as narrativas judiciárias são selecionados conforme a sua relevância para o caso. Só que essa relevância é de natureza dúplice, uma vez que serão considerados juridicamente relevantes os fatos que correspondem às hipóteses

⁹⁰²TARTUCE, Flávio, 2015, op. cit., p. 4.

⁹⁰³MACCORMICK, op. cit., p. 32-49.

⁹⁰⁴KELSEN, op. cit., p. 13.

⁹⁰⁵Ibidem, p. 76-77.

⁹⁰⁶Ibidem, p. 77.

⁹⁰⁷MÜLLER, op. cit., p. 10.

⁹⁰⁸Ibidem, p. 99 e 222-223.

abstratamente definidas em lei. E também, serão logicamente relevantes quando servirem de ponto de partida para conclusões úteis por nexo causal⁹⁰⁹.

Não se trata de buscar um antipositivismo, mas um pós-positivismo. As ilusões da aplicação do direito, dos dualismos norma/caso e direito/realidade é que precisam ser aposentadas⁹¹⁰. As normas jurídicas em si não possuem um valor-verdade, mas são sim atos de vontade⁹¹¹. Talvez por esse motivo que “a vontade do legislador deveria, caso invocada, ser verificada de modo fundamentado”⁹¹².

A Teoria Pura do Direito admite que a lei conforma diversas possibilidades de execução e que a sentença judicial decide por uma delas. O obstáculo não superado – por falta de utilidade teórica sob o ponto de vista jurídico-positivo – é a definição de qual o critério de preferência entre tais possibilidades⁹¹³.

A norma é produzida por meio de um processo de concretização. A ciência jurídica não se pretende absoluta ou universal. A atividade decisória é valorada, prática e real⁹¹⁴. E quando os discursos sobre os fatos forem controvertidos, os aspectos narrativos das diferentes histórias servem de pontos de partida – insuficientes por si só – para determinar a preferência por uma versão em detrimento de outra⁹¹⁵.

O ponto a ser apreendido não é que a lógica aplicada seja impossível, mas que a verdade empírica consiste em verdade apenas em relação às afirmações que são consideradas como pontos de partida a partir dos quais uma certa interpretação é atribuída. Essas afirmações são verdadeiras a partir de seu sentido e do mundo. Considere, por exemplo, a frase “O gato está sobre o capacho”. Qual gato? Qual capacho? Onde? Quando? O que pode ser considerado um gato? Ou um capacho? E assim por diante.⁹¹⁶

Para concretizar a norma, deve-se ter por ponto de partida que o artigo 8º do CPC/2015⁹¹⁷ “[...] faz menção ao princípio da eficiência. Este é o princípio que tradicionalmente era conhecido como princípio da economia processual, e a sua incidência no sistema processual decorre do art. 37 da CRFB”⁹¹⁸.

⁹⁰⁹TARUFFO, op. cit., p. 241-242.

⁹¹⁰MÜLLER, op. cit., p. 10-11.

⁹¹¹MACCORMICK, op. cit., p. 82 e 88.

⁹¹²MÜLLER, op. cit., p. 39.

⁹¹³KELSEN, op. cit., p. 80-83.

⁹¹⁴MÜLLER, op. cit., p. 85-87.

⁹¹⁵TARUFFO, op. cit., p. 270.

⁹¹⁶MACCORMICK, op. cit., p. 90.

⁹¹⁷BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹¹⁸CÂMARA, op. cit., p. 14.

Sobre a eficiência, antes de mais nada, se faz importante recordar que a partir da Emenda Constitucional nº 19/1998 se tornou expresso na Constituição como um princípio norteador de toda a Administração Pública. Por conseguinte, o Judiciário deve atentar à eficiência de sua prestação e à adequação da via eleita para a resolução do conflito no caso concreto. Certamente o Poder Público deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados para se legitimar também em função do resultado obtido⁹¹⁹.

Com o propósito de realizar essa eficiência, o Conselho Nacional de Justiça assume uma posição proeminente. Por certo que o CNJ zela não apenas pela fiscalização do orçamento do Poder Judiciário como também por ações que otimizem a prestação jurisdicional⁹²⁰.

Inquestionavelmente, a Emenda Constitucional 45/2004 é um marco na história do Poder Judiciário. Entretanto, a expectativa do próprio constituinte (art. 93) é que o Supremo Tribunal Federal exerça sua iniciativa para que seja disciplinado o Estatuto da Magistratura. Ainda que a Lei Complementar nº 35/1979⁹²¹ (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN) tenha sido recepcionada pela Constituição de 1988⁹²² e que o CNJ venha cumprindo o papel de preencher certas lacunas por meio de suas resoluções, há um modelo democrático programado pela norma que ainda aguarda implementação e deve ser atendido.

Ora, o Direito não se interpreta em tiras, tampouco é a lei um conjunto de normas, mas um ordenamento em potencial. A subsunção estrita é uma falácia, pois o mecanismo é incompatível com a realidade complexa e a justiça não se opera por mera abstração. O jurista deve tratar todos os casos como difíceis – os chamados *hard cases* – bem como revisar o próprio conceito de segurança jurídica diante do dinamismo radical dos ofícios, interesses e bens da sociedade contemporânea⁹²³. Assim, os casos que apresentam dificuldade de interpretação implicam ocasiões para produzir um bom Direito⁹²⁴.

O conceito de segurança jurídica, sob o ponto de vista da Teoria Pura do Direito, decorre da ilusão de que a interpretação é um processo estritamente dedutivo. Entretanto,

⁹¹⁹MENDES, op. cit., p. 864.

⁹²⁰Ibidem, p. 964.

⁹²¹BRASIL. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹²²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017..

⁹²³TEPEDINO, op. cit., p. 77-96.

⁹²⁴MACCORMICK, op. cit., p. 65-66.

representar o Direito como uma ordem absolutamente determinante da conduta humana, inclusive de seus aplicadores, não passa de uma crença⁹²⁵.

Sem dúvida que há uma falsa percepção de que somente diante de lacunas, o juiz gozaria de qualquer liberdade e que nos outros momentos estaria adstrito às premissas silogísticas. Na verdade, essas lacunas seriam de natureza ideológica para que o juiz atue politicamente em uma situação na qual a lei aparente ser inoportuna ou inconveniente⁹²⁶.

Realmente, a independência da magistratura é marcada pela não vinculação do juiz aos demais juízes de mesma hierarquia, tampouco aos juízes de tribunais superiores ou sequer às decisões anteriores do próprio juiz⁹²⁷. Essa característica do sistema romano-germânico é um terreno fértil para a insegurança jurídica.

Em que pese a grande evolução trazida pelos mecanismos de racionalização dos processos de massa, a jurisdição individual eventualmente pode ser o único remédio para concretizar o programa constitucional de isonomia. Assim, determinar o significado do enunciado de uma súmula vinculante recorrendo às suas referências é de extrema relevância para aplicar o método de distinção (*distinguishing*). O próprio STF, em regra, se vincula ao entendimento fixado na súmula até que formalmente se desvincule com argumentação duplamente onerosa⁹²⁸.

O art. 4º do Código de Processo Civil de 2015⁹²⁹ ilustra bem a natureza instrumental do processo, uma vez que consagra o princípio da primazia da resolução de mérito. A extinção sem resolução de mérito é excepcional, reservada aos vícios insanáveis ou à falta de esforço do interessado em superar os obstáculos. O processo é um método de resolução de conflitos, não se destina a impedir a solução do caso concreto⁹³⁰. Exemplo dessa natureza instrumental, consiste na possibilidade de desconsiderar ou determinar a correção de vício formal – que não seja grave – verificado em Recurso Especial ou Recurso Extraordinário tempestivo (art. 1.029, § 3º do CPC/2015).

⁹²⁵KELSEN, op. cit., p. 85-86.

⁹²⁶Ibidem, p. 92-93.

⁹²⁷MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Concurso da Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276-277.

⁹²⁸MENDES, op. cit., p. 995.

⁹²⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹³⁰CÂMARA, op. cit., p. 7.

O âmbito da proteção judicial abrange tanto as lesões concretas quanto as potenciais, aquelas decorrentes de ação ou omissão, originárias de organizações públicas ou de conflitos privados⁹³¹.

O Poder Judiciário está disponível vinte e quatro horas por dia; sete dias por semana. Isso indica o papel constitucional inafastável de garantidor de direitos que lhe foi confiado. Ainda mais, julgado⁹³² recente do STF sobre o funcionamento⁹³³ ininterrupto do Poder Judiciário: “[...] Assim, se a Constituição veda a concessão de férias coletivas aos magistrados, com vista a garantir que a atividade jurisdicional seja ininterrupta, seria também inadmissível o gozo coletivo de férias pelos servidores de tribunal de justiça local. [...]”

O novo processo civil concretiza isonomia (art. 5º, caput e inciso I da Constituição Brasileira de 1988⁹³⁴ por meio do benefício da gratuidade de justiça (art. 98 do Código de Processo Civil de 2015⁹³⁵), distribuição dinâmica do ônus⁹³⁶ da prova (art. 373, § 1º do Código de Processo Civil de 2015) e prazo em dobro para entes públicos (art. 183 do Código de Processo Civil de 2015)⁹³⁷.

Acerca da gratuidade de justiça, garantida integralmente como um direito fundamental aos que comprovarem insuficiência de recursos⁹³⁸ (art. 5º, LXXIV da CRFB/1988⁹³⁹), houve a sua flexibilização de modo a poder ser concedida em relação a alguns atos, consistir em redução percentual ou tão somente parcelamento (art. 98, parágrafos 5º e 6º do CPC/2015⁹⁴⁰). Essa medida se insere no contexto de flexibilização de direitos em meio à precarização orçamentária do Poder Judiciário exposto na ADI 5468/DF.

⁹³¹MENDES, op. cit., p. 402.

⁹³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26739/DF, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹³³A preocupação com a urgência das prisões temporárias assegura que em todas as comarcas e seções judiciárias haverá plantão permanente de vinte e quatro horas para a apreciação de pedidos dessa natureza (art. 5º da Lei n. 7.960/1989).

⁹³⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹³⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹³⁶Notas do diário de campo acerca do ônus probatório – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Mãe diz que não há provas contra ela, confessa que vendeu algumas vezes e afirma que seu companheiro vendia e que o filho não teve aula. [...]

⁹³⁷CÂMARA, op. cit., p. 12.

⁹³⁸E algumas ações são gratuitas para qualquer indivíduo, inclusive: *habeas corpus* e *habeas data* (art. 5º, LXXVII da CRFB/1988).

⁹³⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁴⁰BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A equação que se busca no novo processo civil brasileiro é a maximização dos resultados e a minimização dos esforços. Essa busca já podia ser notada com a criação dos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei n. 7.244 de 1984⁹⁴¹).

[...] no Brasil, a criação dos juizados de pequenas causas – hoje com o infeliz nome de juizados especiais, porque especial é o que não é comum, geral, e portanto, melhor seria que tivessem continuado a chamar-se juizados de pequenas causas – foi influenciada pelas chamadas *small claims courts* do direito norte-americano, em busca de uma justiça mais pacificadora do que sentenciadora, o que evidencia esse intercâmbio de paradigmas.⁹⁴²

A propósito, a oralidade⁹⁴³, simplicidade, informalidade⁹⁴⁴, economia⁹⁴⁵ processual e celeridade⁹⁴⁶ orientam o rito especial do Juizados Especiais Cíveis (art. 98, I da CRFB/1988⁹⁴⁷ e art. 2º da Lei n. 9.099 de 1995⁹⁴⁸).

⁹⁴¹BRASIL. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁴²GRECO, L, 2015, op. cit., p. 3.

⁹⁴³Notas do diário de campo acerca de oralidade – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 5ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O avô apõe sua digital no termo sem que seja lido para ele o conteúdo e é pedido que esperem pelo termo de guarda que está sendo digitado. [...]

⁹⁴⁴Notas do diário de campo acerca de informalidade – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte ré afirma que independente do que qualquer papel diga, as adolescentes sempre serão suas filhas e fala em Deus. [...]

⁹⁴⁵Notas do diário de campo acerca de economia processual – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 6ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A Defensoria Pública esclarece que a competência é de outra comarca, repete o nome da ação e dá um número de telefone para que ela ligue. [...]

⁹⁴⁶Notas do diário de campo acerca de celeridade – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 3ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Celeridade da audiência que durou breves cinco minutos. [...]

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O parceiro da requerente diz que há muito deseja uma solução rápida. [...]

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O magistrado indaga o defensor se já consultou o processo seguinte. [...]

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O magistrado precisa resolver algum assunto e o promotor segue a audiência. (...) O defensor e o magistrado concretizam cooperação sobre processo concluso. (...) O magistrado é interrompido por dois servidores, repreende a morosidade de um e posterga o assunto do outro. Longa espera. [...]

⁹⁴⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁴⁸BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

São causas⁹⁴⁹ de menor complexidade cível, que sob o critério econômico são aquelas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo (art. 3º, I e art. 39 da Lei n. 9.099/1995⁹⁵⁰) ou sessenta vezes nos Juizados Especiais Federais Cíveis (art. 3º, caput da Lei n. 10.259/2001⁹⁵¹).

As regras de prova, de julgamento e de composição nos Juizados Especiais Cíveis⁹⁵² são bastante diferenciadas. De certa forma, essas diferenças sugerem um fenômeno de adequação da atividade jurisdicional.

A propósito, a gratuidade de justiça também é garantida no processo penal à pessoa pobre que seja autora de ação penal privada (art. 32 do CPP/1941⁹⁵³). E também poderá pedir ao Ministério Público a execução da sentença condenatória ou a promoção da ação civil para reparação do dano (art. 68 do CPP/1941).

Uma crítica que já havia sido levantada à tentativa de reduzir os custos de acesso à justiça com a eliminação da representação por advogados é que sem juízes muito ativos e outras formas de assistência jurídica, os mais pobres e menos instruídos intentariam demandas

⁹⁴⁹Ou ainda, aquelas de arrendamento rural e de parceria agrícola; de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; de ressarcimento por danos em prédio; de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; de cobrança de seguro pelos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução; de cobrança de honorários dos profissionais liberais; sobre revogação de doação (art. 3º, II da Lei n. 9.099/1995 c/c art. 1.063 do CPC/2015 c/c art. 275, II do CPC/1973); as ações de despejo para uso próprio (art. 80 da Lei n. 8.245/1991 com art. 3º, III da Lei n. 9.099/1995 – que não fez essa ressalva quando se tratar de locação de imóveis urbanos); e possessórias sobre imóveis no valor de até quarenta salários mínimos. Os pedidos de indenização por danos morais decorrentes de conteúdo da internet e a indisponibilização desse tipo de conteúdo pelo provedor de aplicação podem ser feitos em Juizado Especial (art. 19, § 4º da Lei n. 12.965/2014). A competência dos Juizados é expressamente ressalvada por disposição legal aos contratos de representação comercial (art. 39 da Lei n. 4.886/1965). A assistência ao consumidor carente, bem como a criação de juizados e varas especializadas integra a política nacional de relações de consumo (art. 5º, I e IV do CDC/1990). Entretanto ficaram excluídas as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas (art. 3º, § 2º da Lei n. 9.099/1995). Interessante que haverá renúncia ao crédito excedente ao limite de valor estabelecido, mas foi excetuada a hipótese de conciliação (art. 3º, § 3º da Lei n. 9.099/1995).

⁹⁵⁰Ibidem.

⁹⁵¹BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁵²Nos Juizados Especiais Cíveis, o juiz se valerá da experiência comum ou técnica com liberdade na valoração probatória (art. 5º da Lei n. 9.099/1995). E ainda, decidirá com justiça e equidade (art. 6º da Lei n. 9.099/1995). Além disso, existe a figura dos Juízes Leigos que serão recrutados dentre advogados com mais de 5 anos de experiência (art. 7º, caput da Lei n. 9.099/1995) – ou 2 anos de experiência para Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 15, § 1º da Lei n. 12.153/2009). De toda sorte, sua atuação é condicionada à do Juiz togado (art. 37 e art. 40 da Lei n. 9.099/1995). Curioso que à época de criação dos Juizados Especiais Cíveis, o legislador preferiu os bacharéis em Direito para conciliadores, ainda que sem tempo de prática jurídica (art. 7º, caput da Lei n. 9.099/1995), mas para a prática da Mediação – que serve de regência supletiva para todos os métodos de solução consensual – preferiu como mediadores judiciais os graduados em qualquer curso de ensino superior há pelo menos dois anos (art. 11 e 42 caput da Lei n. 13.140/2015; art. 187 § 2º e art. 1.046 § 2º do CPC/2015).

⁹⁵³BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

de modo ineficiente com baixa probabilidade de sucesso⁹⁵⁴. É preciso questionar se no Brasil, especialmente nos Juizados Especiais, os Juízes (Leigos) e a Defensoria Pública cumprem com esse papel compensatório de atividade e assistência⁹⁵⁵.

[...] A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários. O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido.⁹⁵⁶

Em especial, no âmbito do acesso à justiça pelos pobres, deve ser mencionado o árduo trajeto da Defensoria Pública em busca de autonomia. Por isso que se firmou a inconstitucionalidade da obrigação de assinar convênio com a OAB ou de recrutamento para defender os servidores públicos nas causas em razão do ofício. Dentre as diversas frentes, também se incluem a disputa por legitimidade e, principalmente, por recursos suficientes.

Realmente, julgado⁹⁵⁷ recente do STJ acerca da autonomia da Defensoria Pública e a sua estrutura em razão da reserva do possível: “[...] Isso porque, a autonomia administrativa e a independência funcional asseguradas constitucionalmente às defensorias públicas não permitem a ingerência do Poder Judiciário [...]”

Assim, o declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos também deve ser compreendido à luz da modernização tardia no Brasil que ainda pena para concretizar diversos direitos sociais. Além disso, sobrevive culturalmente o mito de que apenas uma sentença judicial de mérito seria capaz de promover paz e justiça na sociedade. Claro que há uma virada nesse pensamento, uma vez que a legislação e os profissionais gradualmente internalizam a desnecessidade da judicialização e o compromisso com as soluções consensuais.⁹⁵⁸

⁹⁵⁴CAPPELLETTI, op. cit., p. 29.

⁹⁵⁵No rito especial da ação de alimentos, essa foi a opção do legislador quando estendeu capacidade postulatória ao credor de alimentos para que dirija-se diretamente ao juiz competente, sem intermédio de advogado (art. 2º, caput da Lei nº 5.478/1968).

⁹⁵⁶CAPPELLETTI, op. cit., p. 165.

⁹⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 310.901-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0586'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁵⁸CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Autonomia e independência funcional da Defensoria Pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1021-1042.

Em que pese a regra seja a jurisdição decorrer de persuasão racional, ainda existe o íntimo convencimento no júri, bem como hipóteses de provas tarifadas⁹⁵⁹. Assim como existem pessoas que não são obrigadas⁹⁶⁰ a prestar depoimento, enquanto outras são obrigadas⁹⁶¹ à produção de prova. Além disso, resquícios⁹⁶² tradicionais dos tempos dos juramentos e das compurgações ainda podem ser identificados nas regras processuais. São formalidades que servem ao aspecto ritualístico e intimidador do exercício do poder.

Noutro sentido, o interesse de agir vem sendo interpretado – orientado pragmaticamente ao bom funcionamento do Judiciário – no sentido de ser imprescindível que a pretensão tenha sido resistida extrajudicialmente após o manejo de uma medida que em tese

⁹⁵⁹A propósito, a prova testemunhal singular e exclusiva não é admitida como fundamento para perda de mandato (art. 386-A do Código Eleitoral/1965), tampouco a prova exclusivamente testemunhal é admitida para comprovar o tempo de serviço rural para fins previdenciários (art. 55, § 3º da Lei nº 8.213/1991). E também, os livros e fichas empresariais só provam a favor das pessoas a que pertencem, quando sem vícios e confirmados por outros subsídios (art. 226, caput do CC/2002). Além disso, os sócios da sociedade em comum só provam a existência da sociedade por escrito (art. 987 do CC/2002). E no processo penal, o exame de corpo de delito é indispensável nas infrações que deixam vestígios (art. 158 do CPP/1941).

⁹⁶⁰A pessoa presa tem o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII da CRFB/1988). Isso traduz a conservação de sua autonomia pelo sujeito passivo no processo penal ao invés de ser tratado como objeto da instrução criminal. Os deputados e senadores não são obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão de seus mandatos (art. 53, § 6º da CRFB/1988). Nesse caso, há um prestígio à autonomia dos parlamentares.

⁹⁶¹Importante mencionar que no processo de guarda, tutela ou adoção, somente do adolescente é necessário o consentimento (art. 28, § 2º e art. 45, § 2º do ECA/1990). Entretanto, assegura-se a oportunidade de serem ouvidas às crianças capazes de formular seus próprios juízos (art. 12, § 2º da Convenção sobre os Direitos da Criança conforme da 1990 Decreto n. 99.710/1990). E mais, qualquer adolescente que não seja localizado – ainda que não esteja internado provisoriamente – é passível de condução coercitiva à audiência de apresentação em processo de apuração de ato infracional por mandado de busca e apreensão (art. 184, § 3º do ECA/1990). Trata-se de medida inquisitorial que mitiga a autonomia do interessado e aparenta incompatibilidade com a disponibilidade do direito à autodefesa. No procedimento comum, o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, inclusive adotando medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (art. 396 e art. 400, parágrafo único do CPC/2015). A parte se escusa da exibição nas hipóteses de negócio familiar, dever de honra, risco de desonra ou incriminação. Trata-se de mais um exemplo de relativização da autonomia dos próprios interessados na solução do conflito.

Não só, admite-se no processo penal brasileiro que o juiz de ofício ordene a produção de provas, seja no curso da instrução ou antecipadamente quando urgentes (art. 156, incisos I e II do CPP/1941). Em especial, mesmo que as partes desistam de inquirir uma testemunha, o juiz poderá ouvi-las (art. 209 e art. 401, § 2º do CPP/1941). Trata-se de uma atuação que pode comprometer a imparcialidade do magistrado, além de amesquinhar a autonomia dos interessados. No processo penal, as testemunhas propriamente ditas não podem se eximir de depor, salvo aquelas que sejam parentes do acusado desde que dispensáveis (art. 206 do CPP/1941). Se ausentes injustificadamente, podem ser conduzidas coercitivamente, além de multadas e cometem crime de desobediência (art. 218 e 219 do CPP/1941). Entretanto, aquelas que devem guardar segredo só podem depor se autorizadas pelo interessado (art. 207 do CPP/1941). Com a reforma de 2008, as partes podem formular perguntas diretamente às testemunhas, ainda que passíveis de controle pelo juiz quando indutivas, repetitivas ou impertinentes (art. 212, caput do CPP/1941).

⁹⁶²Por exemplo, exige-se que os peritos não oficiais prestem compromisso de desempenhar bem e fielmente o encargo (art. 159, § 2º do CPP/1941), assim como que os jurados prometam examinar a causa com imparcialidade e decidir conforme sua consciência e a justiça (art. 472 do CPP/1941).

seria apta a satisfazer o objeto do processo. Trata-se de decisão⁹⁶³ recente do STJ sobre o pedido de exibição de documentos sem o esgotamento das vias adequadas:

[...] Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelam-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento do sistema judiciário, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas" (...). Nessa perspectiva, vem a jurisprudência exigindo, em algumas circunstâncias, sob o aspecto da necessidade no interesse de agir, a imprescindibilidade de, ao menos, uma postura ativa do interessado em obter determinado direito (informação ou benefício), antes do ajuizamento da ação pretendida. [...]

Inegavelmente a prestação jurisdicional é instrumento excepcional para garantia constitucional com razão de ser na complexidade da causa ou impossibilidade de transigir sobre os direitos em questão. Os pressupostos processuais de interesse e adequação tomam um novo contorno para dificultar o litígio desnecessário ou irrelevante.

Realmente, a judicialização desnecessária implica consequências⁹⁶⁴ graves de cunho econômico ao autor. Há de se indagar quais são as consequências adequadas para o réu⁹⁶⁵ que não resistiu a pretensão em juízo e tampouco teve a oportunidade de satisfazer aos interesses do autor extrajudicialmente. Outrossim, julgado⁹⁶⁶ recente do STJ sobre a teoria da causalidade na apreciação de honorários de sucumbência:

[...] Noutro giro, a exigência legal de participação do INPI em demandas anulatórias de registro de marca não tem por consequência a imposição de um litisconsórcio passivo necessário, tampouco resulta no afastamento automático de sua legitimidade passiva, modificando-se à luz da teoria da causalidade e da própria resistência oferecida no bojo da demanda. Inexistindo resistência direta à pretensão e não sendo imputável ao instituto a causa da propositura da demanda, sua atuação processual lateral afasta a legitimação passiva e, por consequência, sua condenação sucumbencial. [...]

⁹⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.304.736-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0579'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁶⁴Por exemplo, o pagamento das custas em dobro pela demanda de dívida ainda não vencida sem autorização legal (art. 939 do CC/2002), salvo se desistir antes da contestação (art. 941 do CC/2002). Ademais, a ação monitória proposta de má fé implica uma condenação do autor em multa de até 10% sobre o valor da causa em favor do réu (art. 702, § 10 do CPC/2015). E ainda, os embargos à ação monitória opostos de má fé implica uma multa de até 10% sobre o valor da causa em favor do autor (art. 702, § 11 do CPC/2015). E ainda, há uma espécie de sanção ao locador de imóvel urbano que dê causa à ação de consignação de aluguel, pois quando receber os valores depositados ou não contestar será condenado em honorários advocatícios fixados pela própria lei em 20% sobre o valor dos depósitos (art. 67, IV da Lei n. 8.245/1991).

⁹⁶⁵No cumprimento de sentença que condenou ao pagamento de quantia certa, a multa de dez por cento e os honorários advocatícios também de dez por cento só incidem sobre a parcela que não for tempestivamente adimplida (art. 523 do CPC/2015). Na execução fundada em título extrajudicial na espécie de quantia certa, caso o devedor citado pague integralmente a quantia devida em três dias, os honorários são reduzidos à metade (art. 827, § 1º do CPC/2015).

⁹⁶⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.378.699-PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0585'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Por conseguinte, investigar o programa normativo é um ponto de partida para identificar tanto as causas que necessariamente devem ser resolvidas no processo de sentença, quanto aquelas que não devem ser judicializadas, bem como o vasto oceano entre ambos os extremos.

[...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que o diminui⁹⁶⁷.

Existem procedimentos no processo civil que são ditos como de jurisdição voluntária⁹⁶⁸ (artigos 719 a 770 do CPC/2015⁹⁶⁹). Na jurisdição voluntária⁹⁷⁰, as despesas são rateadas entre os interessados (art. 88 do CPC/2015). Os interessados são citados para se manifestar – não necessariamente se conciliar ou contestar (art. 721 do CPC/2015). A regra de decisão nesses casos é a conveniência e oportunidade – não a legalidade estrita (art. 723, parágrafo único do CPC/2015).

Gilmar Mendes, acerca do direito de acesso ao Poder Judiciário, afirma que “[...] o legislador não está impedido de restringir ou limitar o exercício do direito à proteção judicial, especialmente em razão de eventual colisão com outros direitos ou valores constitucionais”⁹⁷¹.

O constituinte estabeleceu (art. 217, § 1º) que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se⁹⁷² as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Além desse exemplo clássico, o *habeas data* se inclui nesse rol, pois pressupõe uma fase extrajudicial⁹⁷³. Realmente, a petição inicial desse remédio deve ser instruída com a prova da recusa do órgão ou entidade em dar acesso, anotar ou

⁹⁶⁷BARROSO, op. cit., p. 17.

⁹⁶⁸Dentre eles, incluem-se: emancipação; sub-rogação; alienação, arrendamento ou oneração de bens de crianças ou adolescentes, de órfãos e de interditos; alienação, locação e administração da coisa comum; alienação de quinhão em coisa comum; extinção de usufruto, quando não decorrer da morte do usufrutuário, do termo da sua duração ou da consolidação, e de fideicomisso, quando decorrer de renúncia ou quando ocorrer antes do evento que caracterizar a condição resolutória; expedição de alvará judicial; homologação de autocomposição extrajudicial; notificação e interpelação; alienação judicial; divórcio e separação consensuais, extinção consensual de união estável e alteração do regime de bens; testamentos e codicilos; herança jacente; bens dos ausentes; coisas vagas; interdição; organização e fiscalização das fundações; ratificação dos protestos marítimos e processos testemunháveis formados a bordo.

⁹⁶⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁷⁰Esses processos não se suspendem pelas férias forenses, quando puderem ser prejudicados pelo adiamento (art. 215, I do CPC/2015).

⁹⁷¹MENDES, op. cit., p. 416.

⁹⁷²E ainda, no § 2º definiu que “a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”. A propósito, o legislador infraconstitucional estabeleceu idêntico prazo máximo de duração para o procedimento de mediação judicial no art. 28, caput da Lei 13.140 de 2015.

⁹⁷³MENDES, op. cit., p. 451.

retificar a informação (art. 8º, parágrafo único da Lei nº 9.507/1997⁹⁷⁴ e súmula n. 2 do STJ⁹⁷⁵) e isso implica verdadeira condição de procedibilidade.

Certamente que há outros exemplos (infraconstitucionais) de afastamento da atividade jurisdicional no direito público, inclusive no direito administrativo⁹⁷⁶, no direito tributário⁹⁷⁷, no direito eleitoral⁹⁷⁸ e até mesmo no processo penal⁹⁷⁹.

No mesmo sentido, também há exemplos de afastamento da atividade jurisdicional no direito privado, inclusive no direito possessório⁹⁸⁰ e no direito processual civil⁹⁸¹.

Entretanto, o STF firmou posição no sentido de que as hipóteses de esgotamento da fase administrativa integram rol exaustivo. Esse entendimento decorre da garantia de proteção judicial efetiva (art. 5º, XXXV da CRFB/1988⁹⁸²).

Assim, há diversos exemplos de inafastabilidade da jurisdição no direito público, inclusive no direito administrativo e no direito tributário⁹⁸³.

⁹⁷⁴BRASIL. Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 2. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='2'](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='2'>)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁷⁶Por exemplo, a reclamação contra ato administrativo que contrarie súmula vinculante. Nesse caso, o esgotamento das vias administrativas é um requisito de admissibilidade (art. 7º, § 1º da Lei n. 11.417/2006). A propósito, durante a vigência da Emenda Constitucional n. 7/1977, teve vigência o contencioso administrativo com inspiração no sistema francês. Entretanto, a Constituição de 1988 (art. 5º, XXXV) adotou o sistema inglês de jurisdição *una*. Na hipótese de dano causado pela Administração Pública, o servidor só responde em ação regressiva, não se admitindo que seja acionado diretamente pela vítima (art. 122, § 2º da Lei n. 8.112/1990).

⁹⁷⁷Em sede tributária, quando se trata da restituição de pagamentos indevidos ao Fisco, especialmente em relações jurídicas nas quais se transfere o encargo financeiro a quem não é o contribuinte de direito (art. 166 do CTN/1966), em regra, não se reconhece legitimidade ao contribuinte de fato para repetição do indébito. Excepcionalmente, no caso do ICMS por energia elétrica, se reconheceu essa legitimidade. Entretanto, o mesmo entendimento não é aplicado ao locatário. Por outro lado, a discussão judicial proposta pelo contribuinte implica renúncia ao respectivo litígio administrativo (art. 38, parágrafo único da Lei n. 6.830/1980 e art. 87 do Decreto n. 7.574/2011). E não se admite como constitucional a interpretação de que o rol de ações à disposição do contribuinte seja taxativo (art. 38, caput da Lei n. 6.830/1980).

⁹⁷⁸Na justiça eleitoral, partido político coligado é ilegítimo para atuar isoladamente entre a data da convenção e o termo final para impugnação de registro de candidatos, salvo para questionar a própria validade da coligação (art. 6º, § 4º da Lei nº 9.504/1997).

⁹⁷⁹No processo penal, existem exemplos de condições de procedibilidade como o exame pericial dos vestígios para prova do direito à ação penal privada por crime contra a propriedade imaterial (artigos 525, 526 e 530-A do CPP/1941).

⁹⁸⁰Na pendência de ações possessórias, é vedada a propositura de ação de domínio por qualquer das partes, salvo em face de terceiro (art. 557 do CPC/2015).

⁹⁸¹Embora a extinção sem resolução de mérito, em regra, não obste a propositura de uma nova ação – exceto quando decorrer do abandono da causa por 3 vezes – exige-se o pagamento das custas e dos honorários. Além disso, há hipóteses nas quais se condiciona o novo ajuizamento à correção do vício que compreenda: a inicial, os pressupostos processuais, a legitimidade, o interesse ou competência arbitral (art. 486 do CPC/2015).

⁹⁸²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁸³No direito tributário, a súmula vinculante 28 do STF determina que não pode ser exigido depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial que discute exigibilidade de crédito tributário.

Além disso, há diversos exemplos de inafastabilidade da jurisdição no direito privado, inclusive no direito do trabalho⁹⁸⁴ e no direito processual civil⁹⁸⁵.

Mais que inafastável, por vezes o ordenamento indica a atividade jurisdicional como o único instrumento de solução de conflitos para o caso concreto. Realmente, há diversos exemplos de obrigatoriedade da jurisdição no direito público, inclusive no direito administrativo⁹⁸⁶ e no processo penal⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴Em 2009, ao julgar as ADIs 2139 e 2160, o STF definiu que a lei ordinária não poderia submeter toda e qualquer demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia, como fez o art. 625-D da CLT (Incluído pela Lei n. 9.958, de 12.1.2000).

⁹⁸⁵Na contramão do acesso à justiça, o Estado de Pernambuco tentou criar admissibilidade recursal inexistente na legislação nacional. Por essa razão, o STF ao julgar a ADI 2699/PE já decidiu que “a previsão em lei estadual de depósito prévio para interposição de recursos nos juizados especiais cíveis viola a competência legislativa privativa da União para tratar de direito processual (CF, art. 22, I).” Tampouco a impugnação ao cumprimento de sentença pressupõe garantia à execução (art. 525, caput do CPC/2015).

O julgado recente do STJ sobre a reserva de jurisdição em cláusula compromissória de arbitragem esclarece o núcleo essencial de inafastabilidade do Poder Judiciário: “[...] nulidade haveria em previsão que vedasse completamente toda e qualquer apreciação de litígio pelo Judiciário. O convívio harmônico dos juízos arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=0577>>. Acesso em: 13 jan. 2017.)

⁹⁸⁶A rescisão do contrato de concessão por iniciativa da concessionária em razão de descumprimento contratual por parte do poder concedente depende do ajuizamento de ação. E mais, a concessionária não pode interromper ou paralisar os serviços antes do trânsito em julgado (art. 39 da Lei n. 8.987/1995). E ainda, julgado recente do STF acerca da revisão judicial de processo disciplinar: “[...] O pedido de Revisão Disciplinar para o Conselho Nacional de Justiça deve ser feito até um ano após o julgamento do processo disciplinar pelo respectivo Tribunal (...) esgotado tal prazo só restará ao interessado socorrer-se da via judicial para discutir a punição que lhe foi aplicada. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 27.767-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo830.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁸⁷A prisão de qualquer pessoa obrigatoriamente deve ser levada de imediato ao conhecimento do juiz (art. 5º, LXII da CRFB/1988). Programa-se então a judicialização obrigatória de toda e qualquer prisão. E também, no combate às organizações criminosas, os meios de obtenção de prova da ação controlada e do pedido de infiltração de policiais são necessariamente distribuídos ao juiz (art. 3º, incisos III e VII; art. 8, § 1º; art. 10, caput; art. 12, § 1º da Lei n. 12.850/2013). A interceptação telefônica ou eletrônica como meio razoável de obtenção de prova necessária em crime punido com reclusão, depende de ordem judicial (art. 5º, inciso XII, parte final da CRFB/1988 e art. 1º da Lei n. 9.296/1996). Além disso, quando a pena privativa de liberdade exceder 4 anos, a fiança deve ser requerida ao juiz (art. 322, parágrafo único do CPP/1941).

Além disso, também há diversos exemplos de obrigatoriedade da jurisdição no direito privado⁹⁸⁸, inclusive no direito obrigacional⁹⁸⁹ e no direito das coisas⁹⁹⁰.

Surpreendentemente, há diversos exemplos de jurisdição obrigatória no direito de família⁹⁹¹ apesar de se tratar de um ramo do direito no qual em princípio se esperaria menor intervenção do Estado-juiz.

E ainda em sede de direito privado, há exemplos de jurisdição obrigatória até mesmo no direito empresarial⁹⁹².

Realmente, entidades de diversos setores⁹⁹³, bem como o próprio Poder Judiciário com frequência colocam a tutela jurisdicional em destaque como se fosse a única via para a satisfação de interesses que deveriam ser realizados extrajudicialmente.

⁹⁸⁸As associações só podem ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por meio de decisão judicial (art. 5º, XIX da CRFB/1988).

⁹⁸⁹Já na locação de imóveis urbanos, findo o prazo inferior a trinta meses, a necessidade de retomada para uso próprio deverá ser judicialmente demonstrada por disposição legal expressa, se estiver ocupando outro de sua propriedade, com a mesma finalidade, na mesma localidade ou, residindo ou utilizando imóvel alheio, já tiver retomado o imóvel anteriormente (art. 47, III e § 1º, “a” da Lei n. 8.245/1991). Em sede de extinção dos contratos por fato anterior à celebração, na hipótese de cláusula resolutiva tácita, sua operação depende de interpelação judicial conforme art. 474 do CC/2002. E no comodato, a necessidade urgente e imprevista só autoriza a suspensão do uso e gozo da coisa antes do prazo quando reconhecida pelo juiz (art. 581 do CC/2002). Na prestação de serviços por quem não é habilitado ou preenche os requisitos legais, a compensação razoável pelos benefícios que resultarem para a outra parte são atribuídos pelo juiz, salvo proibição de ordem pública (art. 606 do CC/2002).

⁹⁹⁰Na descoberta de coisa alheia perdida de dono ou legítimo possuidor não encontrado, a coisa deve ser entregue à autoridade competente (art. 1.233, parágrafo único do CC/2002). Entretanto, quando recebida por autoridade policial, deve ser remetida ao juízo competente (art. 746, § 1º do CPC/2015). No condomínio, havendo indivisão convencional, qualquer interessado por requerer ao juiz a divisão prematura por graves razões (art. 1.320, § 3º do CC/2002). E ainda, quando houver dúvida quanto ao valor do quinhão de um condômino, haverá avaliação judicial (art. 1.325, § 3º do CC/2002).

⁹⁹¹No Código Civil (artigos 1.540 e 1.541), existe uma hipótese excepcional de casamento que serve de exemplo de jurisdição obrigatória e decorre da situação em que o casamento foi celebrado na presença de seis testemunhas se algum dos contraentes estava em iminente risco de vida e não se obteve a presença de autoridade. Além disso, a perda e a suspensão do poder familiar somente são decretadas judicialmente (art. 24 do ECA/1990). E as decisões do conselho tutelar só podem ser revistas pela autoridade judiciária (art. 137 do ECA/1990). Ademais, a adoção só se constitui por meio de sentença (art. 47, caput do ECA/1990). Na viagem de crianças ou adolescente ao exterior na companhia de estrangeiro que não resida no Brasil, é necessária a prévia autorização judicial (art. 85 do ECA/1990). A desinternação de adolescente é necessariamente precedida de autorização judicial (art. 121, § 6º do ECA/1990). O tutor nomeado por testamento deve demandar o Poder Judiciário em até 30 dias da abertura da sucessão (art. 37, caput do ECA/1990).

⁹⁹²E também, para que haja a continuidade da empresa pelo herdeiro incapaz ou na superveniência de incapacidade da pessoa que já exercia atividade de empresário, é obrigatória a autorização judicial prévia (art. 974, § 1º do CC/2002). Além disso, para que não haja a decadência do direito a renovação do contrato de locação empresarial, deve ser proposta ação nos primeiros 6 meses dos últimos 12 meses contratuais (art. 51, § 5º, da Lei n. 8.245/1991). Esse último dispositivo serve tanto de exemplo de jurisdição obrigatória para assegurar um direito do locatário quanto de restrição à autonomia de um dos interessados, qual seja, o locador. E ainda, a resolução da sociedade em relação a um sócio por falta grave ou incapacidade superveniente se dá judicialmente por iniciativa da maioria dos sócios (art. 1.030 do CC/2002).

⁹⁹³Exemplifica-se com a prática corriqueira de empresas se recusarem ao cumprimento extrajudicial de direitos do consumidor que imponham ônus financeiro como a devolução em dobro da cobrança indevida.

Investigando o declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos, destaca-se que o novo processo civil brasileiro admite hipóteses⁹⁹⁴ excepcionais de proteção jurisdicional sem a oitiva prévia da parte contra quem se decide. A sua aplicação atenderá aos princípios da adequação e necessidade sob a pena de regredirmos ao exercício arbitrário das próprias razões com a tutela judiciária.

A prisão civil é situação excepcionalmente reservada ao devedor de alimentos, pois em regra a execução no processo civil é atividade essencialmente patrimonial⁹⁹⁵. A natureza dessa prisão não é de sanção penal, mas de meio de coerção que destina a pressionar o devedor psicologicamente.

O direito privado fabricou, em certo período, a prisão civil na alienação fiduciária amparado na Constituição de 1988⁹⁹⁶ (art. 5º, inciso LXVII, parte final). Desde 1992, não há aplicabilidade dessa hipótese constitucional em razão do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966⁹⁹⁷ (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969⁹⁹⁸ (art. 7º). A advertência é que um cenário jurídico inexplorado pode ser uma oportunidade para novas formas de violações revestidas de legalidade.

⁹⁹⁴São elas: a tutela provisória de urgência, a tutela de evidência e a expedição de mandado monitório. (CÂMARA, op. cit., p. 10-11). Na ação direta de inconstitucionalidade, a medida cautelar pode ser deferida sem a audiência dos órgãos ou autoridades de que emanou a lei ou ato impugnado desde que se verifique excepcional urgência (art. 10, § 3º da Lei n. 9.868/1999). Ademais, cabe destacar o ato preparatório da penhora por se tratar de indisponibilidade de valor por meio do BACEN-JUD que é realizada eletronicamente sem dar ciência prévia ao executado (art. 854, caput do CPC/2015). E ainda, a proteção aos interesses dos filhos pode exigir a concessão excepcional de liminar sem a oitiva da outra parte (art. 1.585 do CC/2002). A guarda pode ser deferida liminarmente, exceto em processos de adoção por estrangeiros (art. 33, § 1º do ECA/1990). Realmente, para a proteção judicial dos interesses das crianças e adolescentes, cabe liminar quando o fundamento da demanda for relevante e houver risco de ineficácia do provimento final (art. 213, § 1º do ECA/1990). E também no procedimento especial de locações de imóveis urbanos haverá provimento sem audiência da parte contrária, desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel e com fundamento em uma das hipóteses específicas (art. 59, § 1º da Lei n. 8.245/1991). E na proteção ao consumidor, admite-se a tutela liminar se o fundamento da demanda for relevante e houver receio de ineficácia do provimento final (art. 84, § 3º do CDC/1990). Além disso, na proteção dos interesses difusos e coletivos é admissível a liminar sem justificação prévia pela via da ação civil pública (art. 12 da Lei n. 7.347/1985). As medidas liminares concedidas contra atos do Poder Público são passíveis de suspensão por decisão (também) liminar, em juízo prévio do Presidente do Tribunal que constate a plausibilidade dos fundamentos e urgência na concessão (art. 4º, § 7º da Lei n. 8.437/1992). No processo judicial de desapropriações por utilidade pública, admite-se a imissão provisória na posse, independente da citação do réu, mediante depósito e alegação de urgência (art. 15, § 1º do Decreto-Lei n. 3.365/1941). As medidas protetivas de urgência em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher podem ser concedidas sem audiência das partes (art. 19, § 1º da Lei n. 11.340/2006). As medidas cautelares podem ser decretadas no processo penal sem a intimação da parte contrária quando houver urgência ou risco de ineficácia (art. 282, § 3º do CPP/1941).

⁹⁹⁵CÂMARA, op. cit., p. 337 e 365.

⁹⁹⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁹⁷BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁹⁸BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A Proposta de Emenda à Constituição 171 de 1993 é um exemplo de pretensão de criminalização. No caso, almeja alterar o art. 228 da Constituição de 1988⁹⁹⁹ para possibilitar a imputabilidade penal ao maior de dezesseis anos. A regra da inimputabilidade do menor de idade também é prevista legalmente (art. 27 do CP/1940¹⁰⁰⁰ e no art. 104, caput do ECA/1990¹⁰⁰¹).

Assim, o menor de idade que pratique conduta descrita como contravenção penal ou crime comete ato infracional (art. 103 do ECA/1990¹⁰⁰²). Se o ato infracional for praticado por criança, será aplicada medida de proteção (art. 105 e 101 do ECA/1990); se por adolescente, será aplicada medida sócio-educativa (art. 112 do ECA/1990). Destaca-se que as medidas sócio-educativas priorizam a justiça restaurativa (art. 35, III da Lei n. 12.594/2012¹⁰⁰³). Importante mencionar que as medidas sócio-educativas diversas da semi-liberdade e da internação podem ser aplicadas em sede de remissão do ato infracional sem prevalecer para efeitos de antecedentes (art. 127 do ECA/1990).

Entretanto, a jurisdição penal tem magnitude completamente distinta da civil. A começar pela regra da indisponibilidade da ação penal. Trata-se é bem verdade da *ultima ratio* do nosso ordenamento jurídico, mas também é possível verificar como as tendências contemporâneas tem influenciado esse ramo do Direito – tanto no sentido material quanto no viés processual. O direito penal incorpora diversos instrumentos exclusivos e extremos ao sistema de solução de conflitos.

⁹⁹⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁰⁰BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁰¹BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁰²BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁰³BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

De antemão, cabe precisar que a Constituição de 1988¹⁰⁰⁴ no art. 5º, inciso XLVII vedou as penas: de morte¹⁰⁰⁵ (prevista excepcionalmente¹⁰⁰⁶ na própria Constituição), perpétuas, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. Só para ilustrar, julgado¹⁰⁰⁷ recente do STF sobre a vedação de pena perpétua: “[...] a “ratio legis” consistiria em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, já que houvera o devido cumprimento de sua punição, de modo que seria inadmissível atribuir à condenação o “status” de perpetuidade [...]”

A aplicação de pena no direito brasileiro pressupõe a sua individualização (art. 5º, XLVI da CRFB/1988). Para as teorias absolutas, o mal da pena seria capaz de reparar o mal do crime. Ao passo que para as teorias relativas, a pena seria capaz de prevenir que a comunidade cometa crimes (prevenção geral negativa), de modo que haja confiança na vigência da lei penal (prevenção geral positiva), evitando que uma pessoa segregada cometa novos crimes (prevenção especial negativa) e ressocializando a pessoa que cometeu crimes (prevenção especial positiva). Atualmente, surge a teoria restaurativa que concerta agente e vítima¹⁰⁰⁸ e pode vir a representar o resgate do princípio da autonomia nesse final de linha da atividade jurisdicional em uma antítese à estrita privação de liberdade.

O Direito Penal tem por finalidade proteger bens jurídicos fundamentais selecionados pelo legislador e precisar os limites para a sua proteção por meio de política criminal¹⁰⁰⁹. O horizonte do Direito Penal se projeta então sobre o sistema de normas do poder punitivo que é caracterizado pelo emprego de penas¹⁰¹⁰.

A criminalização se dá em duas etapas. Na primária, uma lei penal material é sancionada programando aquilo que deve ser apenado. Na secundária, a punição é concretizada desigualmente sobre pessoas em uma fração excepcional do programa na razão

¹⁰⁰⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁰⁵Notas do diário de campo acerca da morte – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A mãe biológica afirma que a adoção é a vontade de todos e faz uma comparação da sensação com a morte. [...]

¹⁰⁰⁶Apesar do direito internacional programar que nos países em que não foi abolida a pena de morte só pode ser aplicada aos delitos mais graves após o trânsito em julgado de sentença condenatória, a lei brasileira prevê a destruição de aeronave hostil – possivelmente tripulada – após o esgotamento dos meios coercitivos legalmente previstos e mediante autorização do Presidente da República ou autoridade delegada (art. 303, § 2º do Código Brasileiro de Aeronáutica de 1986).

¹⁰⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126315/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo778.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁰⁸MENDES, op. cit., p. 509-510.

¹⁰⁰⁹GRECO, L, 2015, op. cit., p. 4.

¹⁰¹⁰ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 39.

da capacidade das agências que selecionam criminalizados e vitimizados. Realmente, esse desvio secundário constrói um estereótipo do delinquente e uniformiza a população penitenciária¹⁰¹¹. E ainda, quando alguém que não se encaixa na imagem pública de criminoso é preso, seja porque se comportou de modo grotesco ou descoberto, o seu tratamento¹⁰¹² é diferenciado¹⁰¹³.

Os pontos de partida do garantismo penal pressupõem não haver: pena sem crime, crime sem lei, lei sem necessidade, necessidade sem lesão, lesão sem ação, ação sem culpa, culpa sem juízo, juízo sem acusação, acusação sem prova e prova sem defesa¹⁰¹⁴.

Até mesmo o juízo criminal reconhece a força do princípio da proporcionalidade que revela a desnecessidade de enquadrar os chamados crimes de bagatela¹⁰¹⁵ como típicos em

¹⁰¹¹Ibidem, p. 43-46.

¹⁰¹²Exemplo disso é a prerrogativa do advogado de não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas (art. 7º, V do Estatuto da Advocacia e da OAB de 1994). No mesmo sentido, serão transportados em separado e recolhidos em prisão especial antes da condenação definitiva: ministros de Estado, membros do Conselho de Economia Nacional, governadores, secretários, prefeitos, militares, chefes de polícia, delegados, guardas; senadores, deputados federais ou estaduais, vereadores; magistrados; pessoas com ensino superior e inscritos no "Livro de Mérito" (art. 295 do CPP). A contrário senso, o legislador é conivente que outros presos sejam recolhidos em instalações ordinárias, indignas e incômodas.

¹⁰¹³ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 47-49.

¹⁰¹⁴GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 10.

¹⁰¹⁵Por exemplo, as levíssimas lesões corporais de meros beliscões, arranhões e dores de cabeça passageiras não seriam típicas. (PIERANGELI apud CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 114.)

No sentido oposto, julgado recente do STF: "[...] Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos praticados em situação de violência doméstica. [...]"(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 133043/MT, rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.)

Já nos crimes eleitorais, não se admite o princípio da insignificância na oferta ou solicitação de vantagem em troca de voto (art. 299 do CE/1965; Ac.-TSE, de 28.10.2010, no AgR-AI no 10672).

Nos crimes contra a administração pública, a sonegação de contribuição previdenciária por agente primário de bons antecedentes em valor inferior ao mínimo estabelecido para o ajuizamento da execução fiscal autoriza o juiz a deixar de aplicar a pena (art. 337-A, § 2º, II do CP/1940).

E na seara do direito ambiental, o juiz pode deixar de aplicar pena quando a guarda doméstica for de espécie silvestre que não seja considerada ameaçada de extinção (art. 29, § 2º da Lei nº 9.605/1998). A propósito, julgado recente do STF sobre a insignificância em crime ambiental: "[...] A jurisprudência seria no sentido da aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes ambientais, tanto com relação aos de perigo concreto — em que haveria dano efetivo ao bem jurídico tutelado —, quanto aos de perigo abstrato, como no art. 34, “caput”, da Lei 9.605/1998. [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 133043/MT, rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.)

Nesse sentido, na receptação de coisa que seja produto de crime, dada a sua natureza, preço desproporcional ou condição de quem oferta, não será aplicada pena se o agente for primário em circunstâncias favoráveis (art. 180, § 5º do CP/1940).

É isento de pena por crime contra o patrimônio quem o comete sem violência ou grave ameaça em prejuízo de cônjuge durante a sociedade conjugal, ascendente ou descendente (art. 181 do CP/1940), bem como somente se procede mediante representação quando em prejuízo do cônjuge separado judicialmente, irmão ou colateral de 3º grau com quem habita (art. 182 do CP/1940), salvo quando o ofendido for pessoa idosa. Nota-se que o legislador optou por maior grau de disponibilidade do patrimônio no âmbito familiar.

razão de sua insignificância para o Direito Penal¹⁰¹⁶. De certa forma, o princípio da insignificância reduz o âmbito da obrigatoriedade da jurisdição penal.

O Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 (Novo Código Penal), estabelece em seu art. 26 que não há crime quando se verificar mínima ofensividade, reduzida reprovabilidade e lesão inexpressiva. Entretanto, afasta a insignificância penal para o agente com habitualidade delitiva, maus antecedentes ou reincidente.

Além da insignificância, existem outros institutos¹⁰¹⁷ que afastam a jurisdição penal.

Assim, atualmente se revisa objetiva e subjetivamente quais são os fatos jurídicos que devem ser submetidos à jurisdição penal preterindo qualquer outro método de solução de conflitos.

“A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de determinadas condutas”¹⁰¹⁸. Mencionem-se os incisos XLI¹⁰¹⁹ (atentado contra direitos fundamentais), XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico de entorpecentes¹⁰²⁰, terrorismo e hediondos) e XLIV (grupos armados) do art. 5º, inciso X (retenção¹⁰²¹ de salário) do art. 7º e § 4º (contra a dignidade sexual de criança ou adolescente) do art. 227.

¹⁰¹⁶MENDES, op. cit., p. 234.

¹⁰¹⁷Em um dado momento, a realidade social figura em descompasso com a legislação penal. Ou mesmo, o ordenamento jurídico se encontra numa desarmonia sistêmica em razão de inovações legislativas conviverem com soluções ultrapassadas. Assim, a Lei n. 11.106 de 2005 – século XXI – pode ser citada pelo exemplo de descriminalização do adultério.

No homicídio culposo e na lesão corporal culposa que atinjam o próprio agente de maneira grave, a sanção penal pode ser caracterizada como desnecessária e por conseguinte não se aplicará pena (art. 121, § 5º e art. 129, § 8º do CP/1940). Assim como na tentativa de suicídio frustrada – que por si só já não é punida – não se pune o porte ilegal de arma ou mesmo o disparo de arma em via pública.

A anistia, a graça e o indulto são modalidades de extinção da pena (art. 107, II do CP/1940). Compete à União conceder a anistia (art. 21, XVII e art. 48, VIII da CRFB/1988). A anistia foi concedida ao período de 18 de setembro de 1946 até a promulgação da Constituição de 1988 às pessoas que se enquadrem no art. 8º, caput e § 5º do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁰¹⁸MENDES, op. cit., p. 491.

¹⁰¹⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰²⁰Notas do diário de campo acerca de entorpecentes – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 1ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A parte ré declara exaustivamente que não usa drogas há alguns anos. [...]

Narrativa da 5ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O avô materno do adolescente afirma que sua filha não tem condições financeiras para cuidar da criança, mas que ela não usa drogas. [...]

¹⁰²¹Notas do diário de campo acerca de retenção de salário – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 10ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Defensoria Pública, Ministério Público, Magistrado e servidor dialogam sobre atraso em vencimentos, protesto, paralização, dano moral, desconto expressivo de imposto estadual, tutelas urgentes e redução de preços no comércio. [...]

E ainda, no art. 225, § 3º programou a responsabilização penal (e administrativa) das pessoas físicas e jurídicas em razão de lesões ao meio ambiente. Também se admite a liquidação forçada da pessoa jurídica cujo patrimônio seja instrumento de crime ambiental (art. 24 da Lei n. 9.605/1998¹⁰²²).

A tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos não são passíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII da CRFB/1988).

A Constituição de 1988¹⁰²³ no art. 5º, admitiu expressamente no inciso XLVI as penas: de privação ou restrição de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social e de suspensão ou interdição¹⁰²⁴ de direitos.

A alarmante quantidade de processos e a insegurança jurídica combinam com a inadequação dos métodos para produzir um cenário crítico. Tanto é que a Lei n. 12.106/2009¹⁰²⁵ criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas.

Por certo que o programa normativo de execução penal prevê que o juízo da execução inspecionará mensalmente os estabelecimentos penais, providenciará o funcionamento adequado, apurará responsabilidade e interdirá total ou parcialmente o estabelecimento penal que funcionar inadequadamente (art. 66, VII e VIII da LEP/1984¹⁰²⁶). Entretanto, há inegáveis violações de direitos humanos em sede de execução das penas privativas de liberdade.

Realmente, a insuficiência do sistema carcerário no país negligencia os regimes semi-aberto e aberto, bem como convive com a superlotação do regime fechado. Assim, há flagrante violação da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CRFB/1988¹⁰²⁷). Por conseguinte, decisão recente do STF exige providências do CNJ na racionalização do sistema,

¹⁰²²BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰²³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰²⁴Notas do diário de campo acerca de interdição de direitos – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Magistrado constata que a consequência lógica do pai da criança ser ex-presidiário é que ele não ficará com a criança. [...]

¹⁰²⁵BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰²⁶BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰²⁷Ibidem.

considera os meios de evitar o excesso de execução e aponta a necessidade de medidas alternativas:

A Corte determinou que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, se observasse: a) a saída antecipada do sentenciado no regime com falta de vagas; b) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; e c) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo após progressão ao regime aberto. (...) O Tribunal ressaltou, ainda, que o CNJ deveria apresentar: a) em 180 dias, contados da conclusão do julgamento: 1) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; 2) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; e b) em um ano, relatório com projetos para: 1) expansão do Programa Começar de Novo e adoção de outras medidas buscando o incremento da oferta de estudo e de trabalho aos condenados; e 2) aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto. (...) A prisão domiciliar seria uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia. (...) Desse modo, seria preciso avançar em propostas de medidas que, muito embora não fossem tão gravosas como o encarceramento, não estivessem tão aquém do “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59). [...] RE 641320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.5.2016. (RE-641320)¹⁰²⁸

Se o legislador não entendeu por bem que o uso de drogas conduta deveria ser descriminalizada, a política criminal para esse crime é inegavelmente excepcional. Trata-se do fenômeno da descarcerização. Nesse sentido, a Lei n. 11.343 de 2006¹⁰²⁹, no art. 28 distanciou até mesmo topograficamente o uso e dependência de drogas da produção não autorizada e tráfico ilícito de drogas. Assim, o usuário de drogas comete crime, mas as penas cominadas não são privativas de liberdade (ou sequer multa).

A duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/1988¹⁰³⁰) também é garantia do processo penal. Assim, quando o excesso de prazo não for atribuída à defesa, impõe-se o imediato relaxamento da prisão cautelar do réu, ainda que o crime seja hediondo. Buscando efetivar a celeridade, o art. 3º da Lei nº 8.038/1990¹⁰³¹ e a Emenda Regimental nº 36/2009 editada pelo STF autorizam o relator a convocar desembargadores e juízes para realização do interrogatório e outros atos de instrução penal onde deva ser produzido¹⁰³².

¹⁰²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰²⁹BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 13 jan. 2017.

¹⁰³⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰³¹BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰³²MENDES, op. cit., p. 405-406.

No rito especial de repressão ao tráfico de drogas, houve restrição inconstitucional ao acesso à justiça na medida em que condiciona o direito de recorrer ao recolhimento à prisão do réu que não seja primário de bons antecedentes (art. 59 da Lei n. 11.343/2006¹⁰³³).

O direito brasileiro ainda convive com o júri garantido por cláusula pétrea no art. 5º, inciso XXXVIII da Constituição de 1988¹⁰³⁴. Assegurada a plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos vereditos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, há um amplo espaço constitucional para sua organização pelo legislador¹⁰³⁵.

Em que pese a extraterritorialidade determinar que o agente que cometa crime contra a vida ou liberdade do Presidente da República, contra o patrimônio público, contra a administração pública a seu serviço, contra a humanidade por genocídio será punido segundo a lei brasileira mesmo se absolvido no estrangeiro (art. 7º, § 1º do CP/1940¹⁰³⁶), trata-se de programa normativo incompatível com a supralegalidade dos direitos humanos em razão da garantia judicial de não ser acusado novamente pelos mesmos fatos após ter sido absolvido por sentença transitada em julgado (art. 8º, § 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica promulgado pelo Decreto n. 678/1992¹⁰³⁷).

A regra para a ação penal é que seja pública incondicionada, só será condicionada a representação ou privativa do ofendido quando a lei expressamente declarar (art. 100, caput e § 1º do CP/1940¹⁰³⁸). A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público (art. 129, I da CRFB/1988¹⁰³⁹). Nessas ações, o ofendido, ou seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão na sua falta, poderá intervir – produzir provas, inquirir testemunhas, debater oralmente e arrazoar recursos – como assistente do Ministério Público (art. 268 e art. 271, caput do CPP/1941¹⁰⁴⁰).

¹⁰³³BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 13 jan. 2017.

¹⁰³⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰³⁵LÓPES JÚNIOR, op. cit., p. 842.

¹⁰³⁶BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰³⁷BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰³⁸BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰³⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁴⁰BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Assim, há um reduzido espaço de disposição do ofendido sobre a punição do agressor. Esse fenômeno exemplifica que a autonomia dos interessados reduz drasticamente no ponto em que o sistema de solução de conflitos alcança o fragmento da resposta penal.

Em 2012, o STF julgou procedente a ADI 4424 do DF, “para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei n. 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico”.

Igualmente, julgado¹⁰⁴¹ recente do STF sobre a prisão por lesão corporal doméstica:

[...] Não é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico (CP, art. 129, § 9º, na redação dada pela Lei 11.340/2006). (...) Assim, a execução do crime mediante o emprego de violência seria circunstância impeditiva do benefício. Com advento da Lei 9.099/1995, acentuada parcela da doutrina passara a sustentar que a vedação abstrata prevista no art. 44 do CP, ao menos em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, implicaria violação ao princípio da proporcionalidade, ou seja, não haveria razão para impedir a conversão da reprimenda a autores de delitos que poderiam, em tese, ser agraciados com a transação penal ou suspensão condicional do processo. Essa linha argumentativa, porém, não teria espaço em relação ao crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico, por duas razões: a) a pena máxima prevista para esse delito — três anos —, a impedir a transação penal (Lei 9.099/1995, art. 61); e b) a existência de comando proibitivo previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha (“Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”). (...) Nesse contexto, perderia sustento a alegação de que o art. 17 da Lei 11.340/2006 autorizaria a substituição de pena (Art. 17: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”). HC 129446/MS, rel. Min. Teori Zavascki, 20.10.2015. (HC-129446)

E na ação penal pública condicionada à representação de mulher que seja vítima de violência doméstica, a renúncia à representação só será admitida judicialmente em audiência especial, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (art. 16 da Lei n. 11.340/2006¹⁰⁴²).

A imputação de crime ou contravenção à pessoa que se sabe inocente de modo a causar investigação policial ou ação penal é punível a título de denunciação caluniosa (art. 339 do CP/1940¹⁰⁴³). Também configura crime a comunicação falsa de crime ou contravenção (art. 340 do CP/1940, bem como a auto-acusação falsa (art. 341 do CP/1940). Assim, há certa

¹⁰⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 129446/MS, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo804.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁴²BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁴³BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ironia que a resposta jurídica à judicialização penal sabidamente desnecessária seja exatamente de natureza penal.

Havia exemplo em nosso ordenamento, a previsão do casamento – inclusive de menor que não alcançou a idade núbil – como causa de extinção da punibilidade em crimes outrora tidos como contra os costumes (atualmente, crimes contra a dignidade sexual): crimes contra a liberdade sexual, sedução e corrupção de menores (atualmente, crimes sexuais contra vulnerável) e rapto. Tratava-se da conjugação dos incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal de 1940¹⁰⁴⁴ com o art. 1.520 do CC/2002,. Ocorre que a Lei n. 11.106 de 2005 revogou essas causas de extinção da punibilidade. E ainda, a Lei n. 12.015 de 2009 alterou o art. 225 do Código Penal de 1940¹⁰⁴⁵ e transformou a ação penal de privada em pública condicionada à representação (incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou vulnerável).

A propósito, apesar de assegurada a plena capacidade civil das pessoas com deficiência para exercício de direitos sexuais e reprodutivos (art. 6º, inciso II da Lei n. 13.146/2015¹⁰⁴⁶), há responsabilização penal do agente que praticar ato libidinoso com pessoa que por deficiência mental não tenha o necessário discernimento para o ato sexual (art. 217-A, § 1º do CP/1940¹⁰⁴⁷). Assim, criminalizar a relação sexual envolvendo pessoa com deficiência mental implica redução de sua autonomia e flerta por via transversa com o genocídio (art. 1º, “d” da Lei n. 2.889/1956¹⁰⁴⁸).

Da mesma forma, julgado¹⁰⁴⁹ recente do STJ sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas em crimes ambientais:

[...] Conforme orientação da Primeira Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação" (RE 548.181, Primeira Turma, DJe 29/10/2014). Diante dessa interpretação, o STJ modificou sua anterior orientação, de modo a entender que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes citados: RHC 53.208-SP, Sexta Turma, DJe 1º/6/2015; HC 248.073-MT, Quinta Turma, DJe 10/4/2014; e RHC 40.317-SP, Quinta Turma, DJe

¹⁰⁴⁴Ibidem.

¹⁰⁴⁵Ibidem.

¹⁰⁴⁶BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁴⁷BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁴⁸BRASIL. Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0566'](http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0566'>)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

29/10/2013. RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6/8/2015, DJe 13/8/2015.

Outra foi a solução nos crimes eleitorais, uma vez que pelos partidos e coligações respondem penalmente os seus representantes legais (art. 90, § 1º da Lei n. 9.504/1997¹⁰⁵⁰). Entretanto, há previsão específica de pena de suspensão das atividades do diretório local do partido que pelos seus membros concorra aos crimes dos artigos 323, 324, 325, 326, 331, 332, 334 e 335 do Código Eleitoral de 1965¹⁰⁵¹ ou deles se beneficiem (art. 336 do CE/1965).

A propósito, julgado¹⁰⁵² recente do STF sobre a investigação pelo Ministério Público:

[...] O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado. [...] HC 85011/RS, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki, 26.5.2015. (HC-85011)

A apuração da prática de crime hediondo foi alçada à tramitação prioritária no art. 394-A do CPP/1941¹⁰⁵³.

A figura do reexame necessário existe também no processo penal. Exemplo desse fenômeno é o recurso de ofício da absolvição por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública (art. 7º da Lei n. 1.521/1951¹⁰⁵⁴). E também, a sentença que concede *habeas corpus* e a absolvição sumária do réu na primeira fase do Júri (art. 574 do CPP/1941¹⁰⁵⁵). Assim, o Judiciário excepciona o princípio da inércia e se sobrepõe à autonomia dos interessados.

Além disso, se o juiz discordar do Ministério Público quanto ao requerimento de arquivamento do inquérito policial, poderá remeter ao procurador geral (art. 28 do CPP/1941¹⁰⁵⁶).

¹⁰⁵⁰BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵¹BRASIL. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85011/RS, rel. orig. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo787.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵³BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵⁴BRASIL. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵⁵BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵⁶Ibidem.

A indisponibilidade da ação penal pública (art. 42 do CPP/1941¹⁰⁵⁷) chega a tal ponto que apesar do Ministério Público opinar pela absolvição, pode o juiz proferir sentença condenatória (art. 385 do CPP/1941). E mais, o Ministério Público não pode desistir de recurso que haja interposto (art. 576 do CPP/1941). Esse é um fenômeno recorrente na jurisdição, pois o formalismo do procedimento judicial avilta a autonomia dos interessados na solução do conflito, que se agrava no processo penal.

Vale destacar acerca dos agravos de execução que “a legitimidade para agravar é do Ministério Público, defensor ou apenado, até porque, na execução, atribui-se ao preso a capacidade de postular em juízo”¹⁰⁵⁸.

Um ponto de severa fricção entre o direito penal e o sistema de solução de conflitos orientado pelo princípio da autonomia reside no papel secundário assumido pelo ofendido nas ações penais públicas incondicionadas. “O moderno Direito Penal foi mais longe, estabelecendo um órgão estatal que, em vez do prejudicado e como acusador, põe em movimento o processo mediante o qual há de realizar-se a consequência jurídica”¹⁰⁵⁹.

O aspecto qualitativo da crise é denunciado claramente pelo precedente do STF em relação à execução penal:

É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais [...] o panorama nacional indicaria que o sistema carcerário como um todo estaria em quadro de total falência, tendo em vista a grande precariedade das instalações, bem assim episódios recorrentes de sevícias, torturas, execuções sumárias, revoltas, superlotação, condições precárias de higiene, entre outros problemas crônicos. [...] O quadro revelaria desrespeito total ao postulado da dignidade da pessoa humana, em que haveria um processo de “coisificação” de presos, a indicar retrocesso relativamente à lógica jurídica atual. [...] RE 592581/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.8.2015.

No ano de 2015, foram ajuizadas quase 3 milhões de ações criminais o que corresponde a mais de 10% dos 27 milhões de novos processos judiciais. Além disso havia mais de 7 milhões de processos criminais pendentes de anos anteriores, o que também corresponde a aproximadamente 10% dos 74 milhões de processos pendentes¹⁰⁶⁰.

O resultado do processamento penal pode ser sintetizado com os números do “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”, relatório publicado em 2014 pelo CNJ. Em uma

¹⁰⁵⁷BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁵⁸LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 1058.

¹⁰⁵⁹KELSEN, op. cit., p. 52.

¹⁰⁶⁰CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

população absoluta de 199.800.000, o número de pessoas presas já alcança 567.655 em um sistema prisional que comporta 357.219.

4.4 Os softwares operacionais automatizantes na prestação jurisdicional

Na década de quarenta, nos EUA, surgiram os pressupostos teórico-cibernéticos que possibilitariam o desenvolvimento tecnológico da comunicação cujas aplicações jurídicas consistiriam no armazenamento e recuperação de dados em computadores eletrônicos. Isso promoveu uma transformação profunda na mentalidade dos juristas. Atualmente, existem sistemas de automação processual que no Brasil devem cumprir os seguintes requisitos: publicidade dos atos, acessibilidade pelas partes e advogados, disponibilidade de serviços, independência da plataforma, interoperabilidade eficiente e autenticidade na identificação.¹⁰⁶¹

A lei n. 11.419/2006¹⁰⁶² informatizou¹⁰⁶³ o processo judicial. Por certo que todos os entes federativos devem proporcionar os meios de acesso à tecnologia (art. 23, V da CRFB/1988). A Plataforma de Cidadania Digital planeja integrar até o final do 1º semestre de 2018 os serviços públicos digitais da administração pública¹⁰⁶⁴ federal em um único sítio eletrônico na rede mundial de computadores (art. 7º do Decreto n. 8.936/2016¹⁰⁶⁵).

A Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) e o Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário (Ibrajus) premiaram em 1º lugar no concurso "Robotização no Poder Judiciário" a proposta de criação de softwares de automação em sistema aberto que podem ser úteis em várias tarefas, inclusive: cadastro e digitalização de documentos; cadastro e juntada de petições intermediárias; alocação de processos para um usuário; carregamento de processos na fila do fluxo de trabalho; análise de pedido de citação por edital e conferência da classe utilizada na última petição.

¹⁰⁶¹PIMENTEL, Alexandre Freire. Do Processo Eletrônico: das Origens ao NCPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1293-1310.

¹⁰⁶²BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁶³A propósito, a competência para legislar sobre informática e telecomunicações é privativa da União (art. 22, IV da CRFB/1988), mas a competência para legislar sobre tecnologia é concorrente (art. 24, IX da CRFB/1988).

¹⁰⁶⁴A administração deve proceder ao procedimento de licitação do tipo "técnica e preço" para contratação de serviços de informática (art. 45, § 4º da Lei n. 8.666/1993).

¹⁰⁶⁵BRASIL. Decreto n. 8.936, de 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8936.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Decerto que existe um risco social no processo de automação. Acertadamente, os abusos são combatidos pelo próprio constituinte originário (art. 7º, XXVII da CRFB/1988¹⁰⁶⁶).

A propósito, o desenvolvimento e a aplicação economicamente justificados de tecnologia brasileira no fornecimento de produtos e serviços é um meio de realizar o interesse coletivo que constitui a função social das empresas públicas e das sociedades de economia mista (art. 27, § 1º, II da Lei n. 13.303/2016¹⁰⁶⁷).

Os programas de computador já desempenham papel fundamental no regime democrático, uma vez que são desenvolvidos até mesmo para as urnas eletrônicas dos processos de votação. Vale destacar a possibilidade de acompanhamento tanto pelos partidos políticos, quanto pela OAB e pelo MP (art. 66, § 1º da Lei nº 9.504/1997¹⁰⁶⁸).

A atualização financeira é de suma importância como um aspecto econômico do processo de sentença. E deve ser objeto de programa a ser desenvolvido e disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 509, § 3º do CPC/2015¹⁰⁶⁹).

A IBM lançou oficialmente uma linha de computadores cognitivos – Watson e ROSS – com a especificação de processamento de soluções legais a partir de bilhões de documentos em dados linguísticos apresentando a resposta mais relevante em linguagem natural. E ainda, a máquina monitora mudanças legais que realmente afetem o caso analisado.

Sugere-se que a tecnologia de informação e a inteligência artificial sejam exploradas para a criação de sistemas baseados em conhecimento que auxiliem nos processos de emprego padronizado de sequências de argumento. Não se trata de delegar a tarefa avaliativa aos computadores, mas de arquivar uma base de dados prática e exaustiva¹⁰⁷⁰.

Ademais, julgado¹⁰⁷¹ recente do STF sobre as regras de preferência pelos *softwares* livres na administração pública:

¹⁰⁶⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁶⁷BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁶⁸BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁶⁹BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁷⁰MACCORMICK, op. cit., p. 25.

¹⁰⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3059/RS, rel. orig. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo343.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

A preferência pelo “software” livre, longe de afrontar os princípios constitucionais da impessoalidade, da eficiência e da economicidade, promove e prestigia esses postulados, além de viabilizar a autonomia tecnológica do País. (...) Enquanto os “softwares” proprietários (também conhecidos como fechados) apenas permitiriam a utilização pelo seu destinatário, os “softwares” livres (cognominados abertos) viabilizariam, além da utilização, a sua cópia, sua alteração e a sua redistribuição para a Administração. (...) admitira a contratação de programas de computador com restrições proprietárias, nas seguintes hipóteses específicas: a) quando o “software” analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado; e b) quando a utilização de programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela Administração. [...]

Nesse sentido, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e as Escolas de Magistratura dos Tribunais Regionais Federais criam programas de informática necessários para subsidiar a instrução das suas causas (art. 24 da Lei n. 10.259/2001¹⁰⁷²).

Já se cogita até mesmo da aplicação de tradução do Google validamente no processamento judicial em língua estrangeira.

A ordem dos processos nos tribunais implica a observância de sorteio eletrônico para distribuir os processos, conforme o regimento interno, com alternatividade e publicidade (art. 930, caput do CPC/2015¹⁰⁷³).

Realmente, nos processos eletrônicos as petições e manifestações são juntadas automaticamente (art. 228, § 2º do CPC/2015¹⁰⁷⁴). Ou seja, dispensado o ato do serventuário de justiça, rompe-se com o princípio da autonomia e o sistema de solução de conflitos incorpora a regra da automação.

Em sede de execução civil, a penhora de dinheiro e a averbação da penhora de outros bens pode ser realizada eletronicamente (art. 837 do CPC/2015¹⁰⁷⁵).

O Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) foi desenvolvido por uma parceria do CNJ com o TJPR. O sistema proporciona tramitação eficiente e gestão confiável dos dados da população carcerária do Brasil. Suas funções incluem: tela de informações, cálculo detalhado de pena, agendamento automático de benefícios, acompanhamento dos prazos, gráficos e relatórios.

Na execução por quantia certa, a satisfação do crédito pode dispensar a expedição de mandado de levantamento pode ser substituída pela transferência eletrônica do valor

¹⁰⁷²BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁷³BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁷⁴BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁷⁵BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

depositado em conta à disposição do juízo para outra que o exequente indicar (art. 906, parágrafo único do CPC/2015¹⁰⁷⁶). E também, existe o ato preparatório da penhora que se trata de indisponibilidade de valor por meio do BACEN-JUD realizada eletronicamente sem dar ciência prévia ao executado (art. 854, caput do CPC/2015).

Os autos eletrônicos resolveram um problema no processo civil brasileiro viabilizando a normalização da contagem de prazo quando litisconsortes tenham procuradores de escritórios de advocacia distintos (art. 229, § 2º do CPC/2015¹⁰⁷⁷). Entretanto, não são raros os relatos de sítios dos tribunais indisponíveis para consultas.

A propósito, julgado recente do STJ acerca do dever de remeter os autos ao juízo competente (art. 64, § 3º do CPC/2015¹⁰⁷⁸) ainda que o processo seja eletrônico:

[...] Implica indevido obstáculo ao acesso à tutela jurisdicional a decisão que, após o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo, em vez de determinar a remessa dos autos ao juízo competente, extingue o feito sem exame do mérito, sob o argumento de impossibilidade técnica do Judiciário em remeter os autos para o órgão julgador competente, ante as dificuldades inerentes ao processamento eletrônico. (...) Diante disso, o argumento de impossibilidade técnica do Judiciário em remeter os autos para o juízo competente, ante as dificuldades inerentes ao processamento eletrônico, não pode ser utilizado para prejudicar o jurisdicionado. Precedente citado: REsp 1.091.287-RS, Quarta Turma, DJe 19/11/2013. REsp 1.526.914-PE, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 21/6/2016, DJe 28/6/2016.¹⁰⁷⁹

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil estipula que os autos de seus processos disciplinares podem ser eletrônicos (art. 78, caput da Resolução 02/2015 do CFOAB).

Decerto que as novas tecnologias possibilitaram inclusive a assinatura eletrônica pelos magistrados ao exemplo do art. 205, § 2º do CPC/2015¹⁰⁸⁰. Assim, é tecnologicamente possível superar a imprecisa conferência da identidade de assinaturas¹⁰⁸¹ em documentos, requerimentos e recibos – o art. 45, § 4º do Código Eleitoral de 1965¹⁰⁸² sujeita o responsável

¹⁰⁷⁶Ibidem.

¹⁰⁷⁷Ibidem.

¹⁰⁷⁸BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁷⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.526.914-PE, Rel. Min. Diva Malerbi. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0586'](http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0586'>)>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁸⁰BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁸¹Notas do diário de campo acerca da assinatura de atas – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 9ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Assinam a ata.

Narrativa da 11ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Ministério Público instrui da burocracia da assinatura. [...]

¹⁰⁸²BRASIL. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

a multa de até cinco salários mínimos pela entrega de título de eleitor sem que haja identidade entre assinaturas.

Ainda mais, julgado¹⁰⁸³ recente do STJ admite a prova eletrônica em relação ao preparo dos recursos:

[...] A despeito do entendimento de que o comprovante de pagamento emitido pela internet não possui fé pública, não podendo ser utilizado para comprovação de recolhimento de preparo recursal, em virtude da possibilidade de adulteração pelo próprio interessado, entende-se que o ordenamento jurídico não veda expressamente essa modalidade de demonstração de quitação. Ao contrário, é recomendado o seu uso, por ser mais consentâneo com a velocidade e a praticidade da vida moderna, proporcionadas pela utilização da rede mundial de computadores, desde que possível, por esse meio, aferir a regularidade do pagamento, inclusive permitindo-se ao interessado a impugnação fundamentada. [...] EAREsp 423.679-SC, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 24/6/2015, DJe 3/8/2015.

A própria audiência de conciliação ou de mediação pode ser realizada por meio eletrônico – art. 334, § 7º do CPC/2015¹⁰⁸⁴. Assim como a reunião de juízes domiciliados em cidades diversas que sejam das Turmas Recursais em conflito de Juizados Especiais da Fazenda Pública ou da Turma de Uniformização de Juizados Especiais Federais poderá ser feita por meio eletrônico (art. 18, § 2º da Lei n. 12.153/2009¹⁰⁸⁵ e art. 14, § 3º da Lei n. 10.259/2001¹⁰⁸⁶).

Se há distinção axiológica entre legalidade e legitimidade em um sistema orientado pelo princípio da autonomia, consiste no valor moral que forma a segunda e que quando ausente autoriza o descumprimento da primeira. Entretanto, a automatização viabilizada pelas novas tecnologias representa um risco de aproximação desses dois conceitos outrora distintos concentrando operação e operador em um componente extrínseco à pessoa humana – o sistema operacional. Segundo o relatório Justiça em Números do CNJ¹⁰⁸⁷, no ano de 2015, mais de 55% dos processos novos foram eletrônicos.

¹⁰⁸³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 423.679-SC, Rel. Min. Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0565'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁸⁴BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁸⁵BRASIL. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁸⁶BRASIL. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

¹⁰⁸⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Realmente, ainda há muitos problemas de aplicação da tecnologia que devem ser enfrentados pelo Poder Judiciário, talvez um dos mais evidentes seja a comunicação¹⁰⁸⁸.

Para Leonardo Greco, a advertência que deve ser feita à falta de uniformização da gestão e da incompatibilidade entre programas e sistemas operacionais consiste na previsibilidade de se instaurar uma verdadeira Babel que dificultará a tramitação dos processos. Além disso, o autor também afirma que os custos dos equipamentos de informática modernos necessários aos advogados para a autenticidade dos atos processuais pode levar a uma elitização da profissão.¹⁰⁸⁹

E também vale mencionar que foram constatados diversos problemas relativos à operação do processo eletrônico¹⁰⁹⁰ e ao registro dos atos¹⁰⁹¹.

Nos casos concretos¹⁰⁹², constatou-se que tanto o promotor, quanto o defensor e também o magistrado reclamavam dos processos eletrônicos, embora o servidor tecesse elogios. A diferença de opiniões parecia decorrer da intimidade com a sua operacionalização. Logo, o que se conclui é que aos três primeiros faltou suporte técnico adequado que lhes amparasse durante esse período de transição.

A modernização tecnológica e operacional do Judiciário é um movimento da última década encampado pelo Conselho Nacional de Justiça. Entretanto, não dispensa a capacitação

¹⁰⁸⁸Notas do diário de campo acerca de problemas de comunicação na era da informática – vide nota nº 1 (p. 14). Narrativa da 5ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O magistrado e o promotor têm dúvidas se o alto-falante alcança todos os espaços. Na dúvida sobre o estado da informática, faço o pregão pessoalmente em todos andares. [...] O defensor instrui que encaminhem fisicamente um papel ao atendimento.

Narrativa da 9ª audiência de instrução e julgamento observada:

O Magistrado diligencia para com antecedência para fazer o pregão sem o uso da informática. A parte autora não é encontrada. [...]

¹⁰⁸⁹GRECO, L, 2015, op. cit., p. 110.

¹⁰⁹⁰Notas do diário de campo acerca de problemas operacionais na era da informática – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 46ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O computador do tribunal bloqueia o acesso à internet. [...]

¹⁰⁹¹Notas do diário de campo acerca de problemas de registro na era da informática – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 2ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O magistrado dita o depoimento. [...]

Narrativa da 3ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O defensor instrui sobre a burocracia da certidão de nascimento. [...]

Narrativa da 7ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] A família da audiência anterior está aguardando pelo termo há uma hora. [...]

Narrativa da 27ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] O Ministério Público faz esforço para tentar enxergar o conteúdo dos extratos contra a luz, mas não consegue ler e diz que deveriam ter feito cópia. [...]

¹⁰⁹²Notas do diário de campo acerca da capacitação técnica na era da informática – vide nota nº 1 (p. 14).

Narrativa da 32ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Servidor elogia classificação e organização do processo eletrônico, mas Ministério Público e Defensoria Pública reclamam. [...]

Narrativa da 41ª audiência de instrução e julgamento observada:

[...] Magistrado reclama do processo eletrônico. (...) Pede auxílio ao Servidor. [...]

técnica dos magistrados e serventuários sob o risco de esvaziar o aparato e desordenar a estrutura.

Há uma necessidade flagrante de que a implantação de novos *softwares* seja acompanhada do treinamento qualificado dos operadores desses novos e inevitáveis instrumentos do sistema de solução de conflitos. A falta de capacitação para a operação dessas máquinas complexas é o último golpe que a autonomia poderia sofrer, reduzindo o homem à ignorância e à impotência diante do sistema automatizante que ele mesmo desenvolveu.

CONCLUSÃO

Não há apenas um caminho para resolver conflitos, mas para cada caso concreto há um caminho que é o mais adequado. As relações sociais perduram e florescem em uma cultura de paz. E para que seja promovida a harmonia é necessário que os profissionais que trabalham o litígio dominem as técnicas adequadas à sua função e saibam reconhecer quando outro método for mais recomendado. E ainda, é imprescindível que a logística judiciária se atualize ao século XXI.

Em uma visão reducionista, dois modelos piramidais se apresentam como possíveis ao sistema de solução de conflitos. Um orientado pela autonomia, com uma larga base de solidariedade que gradativamente decresce passando pelo formalismo, e em seguida pelo protagonismo até o seu cume estreito de jurisdição. E ao contrário, um orientado pela legalidade, com um estreito apoio na solidariedade que gradativamente dilata ao passar pelo formalismo, em seguida pelo protagonismo até o seu vasto apogeu de jurisdição.

Uma possível conclusão dialética a partir dessas teses radicais, seria a proposta de um terceiro modelo distinto em forma de losango, no qual as soluções extrajudiciais e judiciais são representadas com o mesmo grau de relevância. Entretanto, a satisfação de interesses alheios por meio da solidariedade e a imposição de decisões por meio de sentenças judiciais seriam igualmente raras. Harmonizando os princípios orientadores, legalidade e autonomia, conclui-se que os instrumentos solenes e o protagonismo em juízo devem preponderar.

De toda sorte, a hipótese formulada acerca da automação extrema sugere o absoluto desaparecimento da autonomia nas soluções de conflitos. Por conseguinte, a publicidade e a eficiência surgem como fortes candidatos a assumirem o papel de princípios orientadores do modelo que suplantará o atual.

A solidariedade orgânica implica que os indivíduos respeitem a continuidade dos seus vínculos. Para solucionar os conflitos que se apresentam é necessário ser duro com os problemas e suave com as pessoas. Novos problemas exigem criatividade por meio do abandono das certezas jurídicas e a operação do Direito em função de probabilidades.

Nesse sentido, os profissionais ficam desapercibidos quando imersos em um ambiente precário tendo que trabalhar com um número de processos jamais visto antes. E as partes, por sua vez, se percebem impotentes quando são processadas na burocracia racional. Realmente, é

um universo de difícil compreensão para os não iniciados nos jargões e técnicas que tanto lhes afastam da construção do Direito – sem um propósito explícito, mas certamente com um propósito.

O empoderamento proposto pela mediação é um resgate do destinatário para uma posição de sujeito do processo. Anos de amadurecimento e promoção dessas alternativas conquistaram um espaço na arena jurídica para a solução de dois problemas: a quantidade de processos e a qualidade das decisões. Realmente, espera-se que haja um aumento na solução pacífica das controvérsias e a correspondente diminuição da imposição judicial de decisões.

Entretanto, a colonização do acesso à justiça por parte dos meios alternativos de solução de conflitos pode decorrer de um projeto político-econômico privado de precarização do Poder Judiciário – e da Administração Pública como um todo. Por conseguinte, é necessário ir além da pureza teórica descritiva e criticar prescritivamente as causas ideológicas que promovem o declínio da autonomia no sistema de solução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. O problema dos custos do processo e sua regulamentação pelo Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

ALEMÃO, Ivan. *Sociologia do direito para concursos da magistratura* (de acordo com a Resolução nº 75 do CNJ). São Paulo: EDIPRO, 2011.

ALMEIDA, Tânia. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2013.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Recensão à obra *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito* de Claus Wilhelm Canaris. Fundação Kalouste Gulbenkian, 2ª edição, 1996, Lisboa. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 147-146, 2008.

AREAL, Mônica C. F.; FETZNER, Néli L. C.; TAVARES JUNIOR, Nelson C. *Normas para a elaboração e a apresentação dos trabalhos de conclusão de curso*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/direitopublicoeprivado/caderno-de-normas-abnt-direito-publico-e-privado_abril2017.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ASSIS, João Welligton de. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). *Bioética e Biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2008. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Convenção Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 13 jan. 2017.

_____. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 6.135, de 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 7.574, de 29 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7574.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 7.944, de 6 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D7944.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 8.776, de 11 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8776.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 8.936, de 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8936.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de março de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 7 de 13 de abril de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 13 jan. 1990.

_____. Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 10.359, de 27 de dezembro de 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10359.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.147, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.457, de 16 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111457.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 11.473, de 10 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11473.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.462, 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12462compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.465, de 12 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12465.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L13019compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 13.327, de 29 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13327.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.246, de 22 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8246.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.666, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8958compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Lei. 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Portaria n. 75, de 22 de março de 2012. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 423.679-SC, Rel. Min. Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0565'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.192.577-RS, Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0573'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 211.888-TO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0584'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 310.901-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0586'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 333.902-DF, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0571'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.085.664-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0441'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.178.233-RJ, Rel. Min. Raul Araújo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0553'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.245.550-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0559'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.279.622-MG, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0566'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.302.467-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0558'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0575'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.302.735-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0580'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.304.736-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0579'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.311.402-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0574'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.311.402-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0578'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.319.232-DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0552'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0577'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.352.035-RS, Rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0568'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.378.699-PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0585'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.398.356-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0579'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.468.734-SP, Rel. Min. Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0579'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.485.260-PR, Rel. Min. Sérgio Kukina. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0581'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.526.914-PE, Rel. Min. Diva Malerbi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0586'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.540.814-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0567'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.545.965-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0570'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.571.616-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0580'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.584.503-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0582'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.593.142-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0585'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1203559/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0588'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 866.197- RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0581'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0566'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 48.665-SP, Rel. Min. Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD='0576'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 2. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='2'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 302. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='302'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 342. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='342'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='381'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 550. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='550'>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ACO 924/PR, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo826.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2404/DF, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo837.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3059/RS, rel. orig. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo343.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 4815/DF, rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo789.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240/SP, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo795.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 5468/DF, rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo832.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AG. REG. NA Rcl N. 21.258-PR. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo822.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 652777/SP, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo782.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 126315/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo778.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 128381/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo789.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 129446/MS, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo804.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 85011/RS, rel. orig. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo787.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 94680/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.6.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo791.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq 4146/DF, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo831.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 26739/DF, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo816.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 27.767-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo830.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 28178/DF, rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo776.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet 6071 AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo837.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 18.636/PB, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo813.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 19662/MT, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo824.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo808.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 514639 QO/RS, rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 641320/RS, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 669069/MG, rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo767.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 133043/MT, rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo825.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 491. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=491.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 705. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=705.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 21. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=21.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 28. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=28.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004.

BROCHADO, Maria. *Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. Niterói: Impetus, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Autonomia e independência funcional da Defensoria Pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

CARDOSO, Oscar Valente. A oralidade no Novo Código de Processo Civil: de volta para o passado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 421. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/261>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Enunciado n. 9. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/655>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. *Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados134jornadadircivilnum.pdf/at_download/file>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. *Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2015. Disponível em: <ftp:cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_106.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Resolução n. 230, de 22 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n230-22-06-2016-presidencia.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62

CUNHA, Leonardo Carneiro; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Regimento do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/ato_regulamento/regimento-do-curso-de-especializacao-em-direito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Regulamento do Estágio das Disciplinas Práticas Processuais do Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/ato_regulamento/RegulamentodoEstagio2012.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *S.2040 - Justice Against Sponsors of Terrorism Act*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/2040>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o requerimento de parcelamento do débito pelo executado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

FETZNER, Néli Luiza Cavalieri; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos; VALVERDE, Alda da Graça Marques. *Lições de argumentação jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Os juízes não aderiram à mediação*. Lex Humana, v. 6, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=565&path%5B%5D=330>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 659-681.

GALVÃO, Fernanda Koeler; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. Da mediação e da conciliação na definição do novo Código de Processo Civil: artigo 165. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GÓES, Ricardo Tinoco de. *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento*. Bahia: Juspodivm, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 11. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito. O Fenômeno Processual de Acordo com os Planos Material, Pré-Processual e Processual do Direito: Breves Considerações do Tema a Partir (e além) do Pensamento de Pontes de Miranda. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

HILL, Flávia Pereira. Considerações sobre a cooperação jurídica internacional no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1939.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A colaboração dos sujeitos processuais na construção da decisão judicial e o contraditório como “influência”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratante vulnerável e autonomia privada. In Thiago Neves (coord.), *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Concurso da Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, João Paulo de Almeida. *Economia*. 3. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

MARTHA, Renan Guerra Cavalcante. *Agências reguladoras e contratos de adesão*. 2010. 50 f. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010. Orientador: Fábio Corrêa S. de Oliveira.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELES, Edilton. O Novo CPC e Sua Aplicação Supletiva e Subsidiária no Processo do Trabalho. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

MESQUITA, Máira de Carvalho Pereira. Da proteção contra surpresa processual e o Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A Regra Interpretativa da Primazia do Mérito e o Formalismo Processual Democrático. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 93; Revista dos Tribunais, 2014.

PACHÁ, Andréa Maciel. *Segredo de justiça: disputas, amores e desejos nos processos de família narrados com emoção e delicadeza por uma juíza*. Rio de Janeiro: Agir, 2014.

PASSOS, Eduardo. KASTRUP, Virgínia. ESCÓSSIA, Liliana da. *Pistas do método da cartografia: Pesquisa-intervenção e produção de subjetividade*. Porto Alegre: Sulina, 2010.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Os Honorários Advocatícios no Novo Código de Processo Civil e a Valorização do Advogado enquanto Profissional Indispensável à Administração da Justiça (Art. 133, CF). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Do Processo Eletrônico: das Origens ao NCPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. 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: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SOUZA, Mariana Freitas de. O tratamento legal da mediação no Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105/2015. In: *Mediação de conflitos – para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REALE, Miguel. *Política e direito: (ensaios)*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOVALHO, Thiago. A Viragem da Mediação do NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 395-405.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Teoria Geral do Processo e a Parte Geral do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Novo CPC doutrina selecionada*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Contratos Eletrônicos no Direito Brasileiro - Formação dos Contratos Eletrônicos e Direito de Arrependimento. In: Plinio Melgar (org.), *O Direito das Obrigações na Contemporaneidade - Estudos em Homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SIDOU, Jose Maria Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Tamires Ribeiro. *Autonomia do direito processual e a necessidade de um Código de Processo Coletivo*. 155 p. Monografia (especialização em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Orientador: Alexandre Freitas Câmara. Coorientadora: Néli Luiza Cavalieri Fetzner.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARUFFO, Michele. Narrativas judiciales. *Revista de Derecho*, v. 20, n. 1, p. 231-270, jul. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, Tecnologia e Teoria da Interpretação. *Revista Forense*, v. 419, p. 77-96, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS; Marcelo Baumann. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

APÊNDICE

Gráfico 1 (tese):

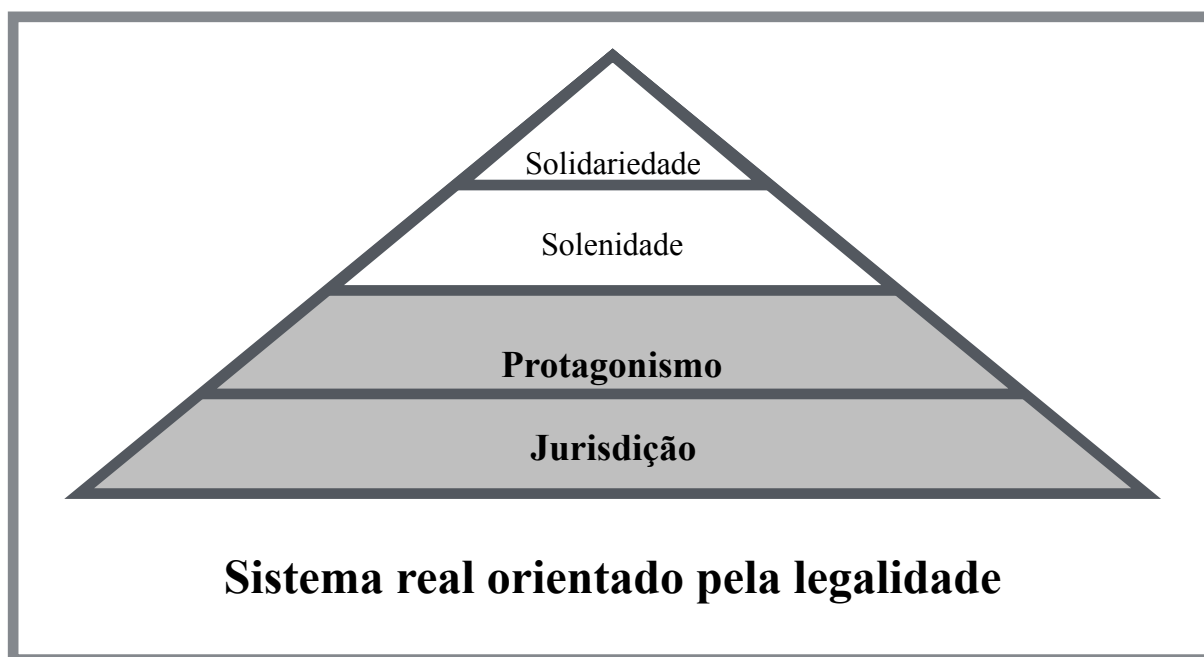


Gráfico 2 (antítese):

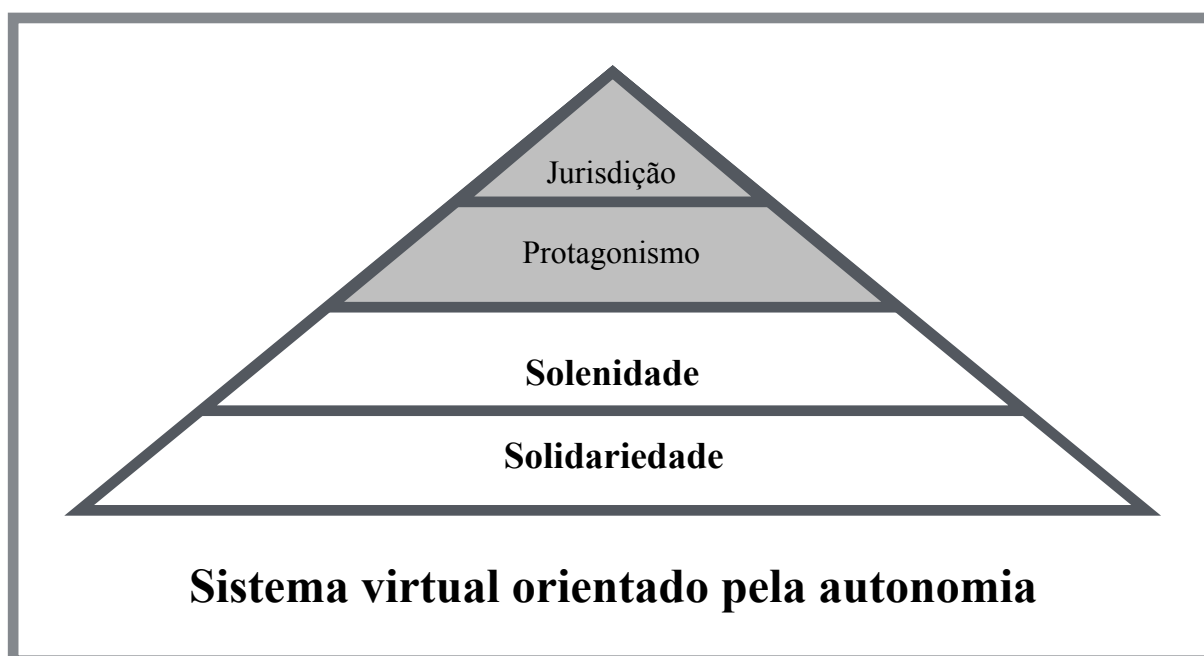


Gráfico 3 (síntese):

