coordenação
Elizabeth Alecrim Soares Coelho

UMA ANÁLISE DO SISTEMA JURÍDICO-PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO

AUTORES

Ana Keila Souza de Oliveira • André Luiz Fenelon França Ribeiro
André Ribeiro Arruda • Beathriz Garcia Candido Florêncio
Caio Viana Andrade • Diego Fontenele Lemos
Edimilson Queiroz Pessoa Carvalho • Elizabeth Alecrim Soares Coelho
Francisco de Assis de Araújo Júnior • Gabrielli Pinheiro Ripardo
Iago José Capistrano Sá • Íkaro Grangeiro Ferreira
Jadna Amaral Soares Dantas • Julia Teixeira Lopes Macêdo
Juliana Sobreira Quintino dos Santos • Larissa Learth Sampaio de Lima
Marcus Vinícius Nogueira Rebouças • Mariana Moreira Vale
Nicholas Amaral Alves • Raimundo Nonato de Brito Neto
Rodrigo Albuquerque Santiago • Rodrigo Pinheiro Moura de Oliveira
Thanara dos Santos Moreira • Vinicius Gois Sampaio

UMA ANÁLISE DO SISTEMA JURÍDICO-PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO

Elizabeth Alecrim Soares Coelho (coord.)

UMA ANÁLISE DO SISTEMA JURÍDICO-PROCESSUAL NO DIREITO COMPARADO

1ª Edição

Editora Mucuripe
Fortaleza
2021

Esta obra está sob os direitos Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.pt_BR

Uma Análise do Sistema Jurídico-processual no Direito Comparado

1ª edição

Elizabeth Alecrim Soares Coelho (Coord.)

Editora Mucuripe

Conselho Editorial

André Parmo Folloni	João Ricardo Catarino
Arno Dal Ri Junior	Juarez Freitas
Daniela Leutchuk de Cademartori	Marcelo Cattoni
Danielle Annoni	Marciano Seabra de Godoi
Denise Lucena Cavalcante	Marcos Wachowicz
Germana de Oliveira Moraes	Maria Vital da Rocha
Gisele Cittadino	Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Hugo de Brito Machado Segundo	Paulo Caliendo
João Luís Nogueira Matias	Roberto Alfonso Viciano Pastor

Capa, Editoração e Revisão

Pablo Pimentel Pessoa

Coordenação Editorial

Álisson José Maia Melo

Dados internacionais de Catalogação na Publicação

A532 Uma Análise do Sistema Jurídico-processual no Direito Comparado

Elizabeth Alecrim Soares Coelho (Coord.) — 1. ed. — Fortaleza :
Mucuripe, 2021.

246 p. ;

ISBN 978-65-87966-09-0

1. Direito. 2. Direito processual comparado.
I. Título. II. Soares Coelho, Elizabeth Alecrim.

CDD
347.2

SUMÁRIO

1	A EXECUÇÃO FISCAL COMO PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E A ALTA TAXA DE CONGESTIONAMENTO NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE COMPARADA AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (ADMINISTRATIVE COLLECTION PROCEDURE) NORTE AMERICANO	10
	Julia Teixeira Lopes Macêdo e Jadna Amaral Soares Dantas	
2	A ADMISSÃO DE ADVOGADOS AO REDOR DO MUNDO	35
	Íkaro Grangeiro Ferreira	
3	A TUTELA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E SUA INTERFACE NA AUTONOMIA DA VONTADE ESTRUTURADA NO PROCESSO CIVIL COLOMBIANO	48
	Nicholas Amaral Alves	
4	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E ADMISSIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL: UM COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ALEMANHA	62
	Thanara dos Santos Moreira, Marcus Vinícius Nogueira Rebouças, Mariana Moreira Vale e Rodrigo Pinheiro Moura de Oliveira	
5	AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DAS PARTES À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE DA MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO CONTEMPT OF COURT NO DIREITO INGLÊS	83
	Caio Viana Andrade	
6	EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL E EM PORTUGAL	104
	Francisco de Assis de Araújo Júnior	

7	LIMITAÇÕES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO DIREITO ESTADUNIDENSE	128
	Rodrigo Albuquerque Santiago e Ana Keila Souza de Oliveira	
8	O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A AUTOCOMPOSIÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA	145
	Elizabeth Alecrim Soares Coelho, Raimundo Nonato de Brito Neto e Larissa Learth Sampaio de Lima	
9	O “FUNDO DE GARANTIA DE ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES” PORTUGUÊS COMO UMA ALTERNATIVA À PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS NO BRASIL	160
	Juliana Sobreira Quintino dos Santos e Elizabeth Alecrim Soares Coelho	
10	O DIREITO CHILENO E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA: UM COMPARATIVO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	178
	Mariana Moreira Vale	
11	ONLINE DISPUTE RESOLUTION: AS PERTINENTES CONTRIBUIÇÕES DO CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL	188
	Elizabeth Soares Alecrim Coelho, André Luiz Fenelon França Ribeiro, André Ribeiro Arruda, Beathriz Garcia Candido Florêncio e Iago José Capistrano Sá	
12	OS “PRE-ACTION PROTOCOLS” DO CPR/98 COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL	210
	Edimilson Queiroz Pessoa Carvalho, Gabrielli Pinheiro Ripardo e Vinicius Gois Sampaio	
13	TRATAMENTO DADO AO DOCUMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO	226
	Diego Fontenele Lemos	

APRESENTAÇÃO

Fiquei por demais honrado com o convite da caríssima Professora Elizabeth Coelho para a apresentação desta obra.

Ela, professora, conhecida por seu entusiasmo para com o magistério, com a dedicação a seus alunos e na imersão no estudo de temas do direito e do processo. Conduz e inspira seus alunos de modo a apresentar-lhes, com a energia que lhe é própria, o mundo da ciência do Direito.

A presente obra é resultado de tudo isso.

Traz temas variados e relevantes do campo do direito processual e vale-se do chamado “direito comparado”.

A tendência moderna é “comparar”. Mas, existem certos cuidados ao se fazer isso.

Primeiro, é necessário ter-se a exata noção de que o direito comparado não é de forma alguma um ramo do direito, mas sim um método de estudo desse, o qual consiste em investigar comparativamente vários sistemas jurídicos existentes em prol do aprimorar do direito positivo.

Sem prejuízo de suas características próprias, legislações possuem seus pontos de interpenetração. Nesse ponto reside justamente a validade do direito comparado, como forma de localizar essas identidades entre os diversos sistemas de direito positivo.

“Comparar” consiste em atividade que nos traz a melhor compreensão e possível aplicação dos sistemas que são confrontados.

Deixe-se o registro, contudo, que usar o método comparativo impõe certas cautelas que devem ser tomadas quando de seu emprego, tudo para evitar indesejáveis distorções.

Primeiro, é muito importante não confundir direito comparado com o mero levantar do direito estrangeiro. Literalmente falando, “comparar” (observar as realidades, confrontá-las) é fundamental. Observar certo instituto e seu trato normativo lá (em outro sistema) e cá (em nosso direito positivo).

Outra, tomar cuidado com a diversidade de fontes ou mesmo de conceitos existentes e empregados num e noutro sistema.

Isso porque certos conceitos e termos empregados em um dado sistema jurídico, ainda que coincidam literalmente com os de outro, não quer dizer que, nesse, signifiquem exatamente a mesma coisa.

Por fim, muito importante, impõe-se a necessidade de que esse olhar comparativo seja essencialmente crítico, atento, em especial, à realidade do sistema ao qual se deseja importar o instituto.

Fica muito claro que o estudo do direito comparado contribui de forma decisiva para o aprimoramento do direito pátrio, além de servir para um melhor regime das relações internacionais.

A obra faz tudo isso. Buscou-se tratar comparativamente temas ricos e variados que contribuem para um processo mais justo, efetivo, mais atento a seus fins.

Foram reunidos trabalhos de jovens estudiosos que estão a contribuir com seu olhar sobre aqueles temas, buscando o comparar com a realidade de outros sistemas.

São temas relevantes que guardam certo “núcleo comum”, qual seja, o do acesso à ordem jurídica justa.

Estão ali tratados, v. g., a atuação do advogado (função essencial que é, nos países em que sua previsão e atuação se fazem efetivas fortalece-se a legalidade e, de consequência, o estado de direito), o duplo grau de jurisdição (seria mesmo esse uma garantia mínima e inderrogável das partes?), os meios

alternativos de solução de conflitos (modernamente, cabe aos protagonistas do processo, buscar ao máximo possível, a conciliação ou outra fórmula consensual de solução do conflito, mesmo antes do processo judicial), os negócios jurídicos processuais (numa virada de perspectiva, hoje, as partes interferem, com sua vontade, nos desígnios do procedimento), o processo de execução (e sua permanente busca de efetividade, afinal consiste exatamente no momento da concreção e realização do direito da parte), o processo eletrônico (a tecnologia em favor do procedimento, mas sem nunca fazer esse perder suas garantias mínimas, v. g., contraditório).

Em síntese, eis a obra. Temas relevantes; firme abordagem comparativa.

Parabenizo a estimada professora Elizabeth pela coordenação e os autores pela construção de uma rica coletânea, a qual contribui, sem dúvida, para o avanço do estudo do direito e do processo.

Desejo a todos uma excelente leitura.

Juvêncio Vasconcelos Viana

Professor Titular da Universidade Federal do Ceará

CAPÍTULO 1

A EXECUÇÃO FISCAL COMO PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E A ALTA TAXA DE CONGESTIONAMENTO NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE COMPARADA AO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (*ADMINISTRATIVE COLLECTION PROCEDURE*) NORTE AMERICANO

Julia Teixeira Lopes Macêdo¹
Jadna Amaral Soares Dantas²

RESUMO: A execução fiscal no Brasil é responsável por 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, contabilizando uma alta taxa de 90% de congestionamento, revelando um tempo de giro de aproximadamente 8 anos e 8 meses, trazendo um alto custo à Administração Pública. Em contrapartida, o instituto de cobrança do crédito tributário nos Estados Unidos, em regra, se dá pela via administrativa, sendo mais célere e eficiente, trazendo menor onerosidade à Administração, porém com maiores consequências jurídicas ao contribuinte pelo não pagamento de seu crédito. Diante do antagonismo de cobrança do crédito tributário entre os países, busca-se analisar os distintos institutos e, ao final, apresentar soluções, sopesando suas vantagens e extraindo soluções pertinentes à melhor aplicação e efetividade do procedimento no Brasil.

Palavras-chave: Execução fiscal. Brasil. Poder Judiciário. Administração Pública. Procedimento administrativo. Cobrança do crédito tributário. Estados Unidos.

1 Aluna pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais (NEI), vinculado ao Curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

2 Aluna pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais (NEI), vinculado ao Curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

INTRODUÇÃO

A cobrança do crédito tributário no Brasil se dá por duas vias: primeiro, a cobrança administrativa, na qual o contribuinte é notificado para realizar pagamento voluntário no prazo estipulado em lei para cada tributo, podendo impugnar o valor do crédito, suspendendo a cobrança do mesmo ou realizar o pagamento integral. Passado o trâmite administrativo, sendo vencido o contribuinte quanto à sua irresignação ou não tendo este efetuado o pagamento dentro do prazo sem impugnar, o referido crédito é inscrito na dívida ativa do respectivo ente fiscal formando-se, assim, um título executivo extrajudicial, chamado de certidão de dívida ativa (CDA).

A partir do referido título, o qual, como qualquer título considerado título executivo, é certo, líquido e exigível, a Fazenda Pública pode iniciar o procedimento de cobrança via judicial, intitulado de execução fiscal, procedimento este regido pela lei 6.830/1980.

A execução fiscal é o único meio através do qual o Fisco pode construir patrimônio do contribuinte, realizando penhora de bens - caso o executado não nomeie bens à penhora, indicando bens oferecidos por terceiros, ou garantida a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, seguindo a ordem preferencial de penhora prevista no artigo 11 da Lei. Tem-se, portanto, que o procedimento de cobrança, com efetivo pagamento forçado, no sistema brasileiro é unicamente o judicial, sendo o processo administrativo uma preparação para a cobrança judicial. *A priori*, o contribuinte pode escolher discutir seu crédito pela via administrativa, porém não pode o Fisco, ao final, em decisão administrativa desfavorável aquele, realizar penhora de bens ou proceder com qualquer outra espécie de restrição patrimonial contra o devedor.

Em contrapartida, no sistema de cobrança do crédito tributário dos Estados Unidos, a regra é o procedimento administrativo, o qual é dada maior autonomia e discricionariedade aos fiscais da Receita Federal Americana (IRS

- *Internal Revenue Service*), permitindo qualquer forma de pagamento (cartão de crédito, débito, cheque, seguro garantia) e, inclusive, a penhora de bens para a satisfação do crédito tributário perseguido, caso o contribuinte não realize o pagamento voluntário.

Diante deste fato, o presente trabalho busca, através de pesquisa bibliográfica documental e através de dados fornecidos pelo CNJ no relatório do Justiça em Números 2019 com referência ao ano de 2018, enfrentar o difícil dilema da morosidade no Poder Judiciário, notadamente quanto ao congestionamento gerado por execuções fiscais, as quais duram em torno de 8 anos e 8 meses para serem baixadas, chegando a um número assustador nas Justiças Estaduais de mais de 25 milhões de execuções fiscais pendentes.

Diante destas constatações, busca-se realizar uma análise crítica comparada entre os procedimentos de cobrança do crédito brasileiro e norte americano, para, então, extrair conclusões das razões pelas quais os meios comparados são aplicados de formas distintas, quais fatores influenciam e contrastam entre si e, por fim, sopesar as vantagens de cada procedimento e apresentar possíveis soluções à aplicação no Brasil.

1. MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL: PROCEDIMENTO JUDICIAL

O procedimento pelo qual o Estado, em sentido lato, tem direito de cobrar um crédito tributário – e não tributário - no Brasil é o judicial, precisamente através do processo de execução fiscal, sendo este o meio que o autoriza, inclusive, a realizar meios de constrição patrimonial para que ao final tenha seu crédito satisfeito.

O procedimento especial da execução fiscal é disciplinado pela lei especial 6.830/1980 e, como todo processo de execução, o requisito *sine qua non* para se iniciar o procedimento é existência de um título executivo, sendo

o da execução fiscal a chamada CDA - certidão de dívida ativa, devendo ser certa, líquida e exigível.

A execução fiscal é o procedimento especial pelo qual a Fazenda Pública – entendida como os entes públicos: a União, os Estados, Municípios, o Distrito Federal, e suas respectivas autarquias e fundações - é autora e promove contra um devedor uma ação judicial com finalidade de pagamento da dívida, seja de origem tributária ou não tributária.

A inscrição da dívida ativa é um ato administrativo vinculado e deve ocorrer no momento de esgotado o prazo para o pagamento do crédito, isso quando se relaciona aos tributos, e, em relação aos demais créditos, ao término do exercício, conforme o art. 39, da Lei 4.320/64. Então, esse procedimento de apuração e inscrição constitui ato de controle administrativo de legalidade, devendo o órgão competente para inscrever em dívida ativa ter muita cautela para evitar irregularidades na inscrição.

A dívida deve ser inscrita na chamada dívida ativa do respectivo ente público, obedecendo aos ditames do art. 202 do CTN, para que posteriormente seja cobrada através do procedimento judicial, o qual, inclusive, segundo artigo 9º e incisos da referida lei 6.830/1980, possibilita nova oportunidade ao devedor de voluntariamente depositar o valor integral da dívida – com correção e juros ou nomear bens à penhora, oferecer fiança bancária ou seguro garantia ou até mesmo indicar penhora a bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. Assim, no caso de não pagamento voluntário ou garantia da execução, realiza-se a penhora de bens para que ao final o Fisco tenha seu objetivo alcançado: a satisfação do crédito.

O artigo da lei que mais indica uma possível causa para delonga no procedimento de execução fiscal é o artigo 40, o qual revela que enquanto não seja localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, o juiz suspenderá a execução e continuando em seu parágrafo 2º:

“Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.”

Diante de um cenário de extrema demora em um processo de execução fiscal - conforme veremos no capítulo a seguir, o Ministério da Fazenda publicou a portaria nº 75 em 22 março de 2012 com a possibilidade de não inscrever na dívida ativa da União débito de um mesmo devedor de valor inferior a R\$1.000,00 (mil reais) e *“o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual o inferior a R\$20.000,00(vinte mil reais)”* (art. 1º, incisos I e II da Portaria 75/2012).

Contudo, como não há previsão na lei para tal dispensa de execução, cabe a cada ente público avaliar se deve ou não ajuizar as ações. Nesse diapasão:

As Fazendas Públicas não promovem execuções fiscais quando a dívida for de pequeno valor, de acordo com limites fixados em cada esfera federativa. Se, não obstante a fixação de limite para dispensa de sua propositura a Fazenda Pública intentar execução fiscal para cobrança de valor de pouca expressão, não será possível ao juiz verificar tal circunstância para extinguir o processo.” (DA CUNHA, 2018, p. 436)

Nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 452 com o seguinte enunciado: *“A extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício.”*

2. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019: A ALTA TAXA DE CONGESTIONAMENTO NAS EXECUÇÕES FISCAIS E A REALIDADE BRASILEIRA NA COBRANÇA FISCAL

De acordo com relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2019 referente ao ano de 2018, as execuções fiscais são apontadas como um dos principais fatores na morosidade do Poder Judiciário.

Para compreender um pouco o panorama geral apresentado pelo referido relatório, tem-se que as execuções fiscais representam taxa de congestionamento de 89%, sendo a maior taxa em comparação a outros tipos de processos judiciais. Em contrapartida, a menor taxa é a de processo de conhecimento não criminal, com 59,2% de congestionamento.

Diante de tal panorama, é possível, de início, perceber um problema no modelo procedimental adotado, visto que um processo de conhecimento, em tese, é mais demorado do que um de execução, pelo fato de o primeiro ter produção probatória, enquanto no executivo apenas se cobra o que se tem de direito inscrito em um título executivo, podendo apenas questionar vícios no referido documento.

Tabela 1 - Taxa de congestionamento por tipo de processo, ano 2018

Conhecimento Criminal	73,3%
Conhecimento Não-Criminal	59,2%
Total Conhecimento	61,5%
Execução Fiscal	89,7%
Execução Extrajudicial não fiscal	85,1%
Execução Judicial Não-Criminal	70,8%
Execução Penal Não-Privativa de Liberdade	70,6%
Execução Penal Privativa de Liberdade	88%
Total Execução	85,1%
Total Geral	71,2%
Total Geral	72,1%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números (2019, p.131).

Assim, o próprio relatório aduz:

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018 (Justiça em Números,p.131).

A Justiça Federal concentra a maior taxa de congestionamento no tocante a execução fiscal com 93%, enquanto a estadual concentra 89%, a do Trabalho 85% e a Eleitoral 83%.

Apesar da alta taxa de congestionamento, houve uma singela redução da pendência dos processos de execução fiscal, diminuindo em 0,4%, além de uma redução de novos processos no último ano, diminuindo 7,7%. A partir de tais reduções, aliados ao número de processos baixados em 25,8%, a taxa de congestionamento reduziu em dois pontos percentuais no ano de 2018.

Apesar da redução, o tempo de giro do acervo de processos de execução fiscal é de 8 (oito) anos e 8 (oito) meses e nas palavras do próprio relatório em sua página 132: *“(...) mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente.”*

Diante de tal cenário, é inegável que referida constatação nos remeta a um profundo questionamento sobre as causas da morosidade do Poder Judiciário, seja pelo excesso de ações, seja pelo próprio procedimento da execução fiscal ser moroso, o que acarreta no acúmulo de processos parados e que não conseguem entregar a efetiva tutela jurisdicional.

Conforme citado em artigo precedente, notadamente o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, questionou-se sobre o aludido artigo da lei ser um dos possíveis motivos pelos quais o processo de execução fiscal é tão demorado, visto que caso o devedor não seja localizado ou este não tenha bens penhoráveis o processo é suspenso e decorrido um ano o processo é arquivado.

Ora, seria extremamente importante que o relatório do CNJ apresentasse dados que revelassem as causas para a alta taxa de congestionamento nas execuções fiscais, para que se encontrasse o real motivo da delonga de tais processos; contudo, os referidos dados talvez sejam apenas expostos em âmbito de correição de cada Tribunal.

Figura 1 - Total de execuções fiscais pendentes, por tribunal.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números (2019, p. 132).

No gráfico abaixo, é possível perceber que o processo de execução fiscal sempre foi um gargalo no Poder Judiciário, segundo índices apresentados com referência inicial no ano de 2009, chegando ao ápice em 2010 e 2014 com uma taxa de 92,3% de congestionamento:

Figura 2 - Séries históricas de execuções iniciadas e pendentes (a) e do impacto da execução fiscal na taxa de congestionamento total (b).

(a)

(b)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números (2019, p. 133).

A partir dos números acima expostos, vale ressaltar que quando uma execução fiscal se inicia, o prazo prescricional é interrompido, este sendo de cinco anos nos termos do artigo 173 do Código Tributário Nacional, ou seja, em um procedimento que tem tempo de giro com média de 8 anos e 8 meses, um crédito tributário teria um prazo demasiadamente estendido, sendo algo

prejudicial tanto para o Estado - quando analisamos pelo ponto de vista de não ter seu crédito satisfeito, quanto para o devedor que permanece em uma cobrança judicial por longos anos, causando uma enorme insegurança jurídica. Entretanto, não entraremos no mérito sobre quem é o causador da morosidade, se o Judiciário, o Estado ou até mesmo o devedor, pois tal análise deve sempre ser feita diante de cada caso concreto.

Contudo, há de se questionar se o motivo pelo qual um processo de execução demorar tantos anos é pelo fato de o próprio procedimento permitir que se prolongue através de infinitos recursos ou mesmo diante de devedores que não possuem bens suficientes para saldar seus créditos perante o Estado. De uma forma ou de outra, a demora é real e traz enormes prejuízos ao Fisco e ao Poder Judiciário.

Os dados apresentados em relatório do CNJ são alarmantes e revelam um procedimento que custa muito aos cofres públicos e consequentemente para os contribuintes, os quais pagam seus tributos e mantêm a máquina pública funcionando.

Diante dos dados apresentados e do problema constatado, vislumbra-se possíveis soluções para que o Estado tenha seu crédito pago e o devedor consiga da melhor forma possível e viável pagar seu crédito frente à Fazenda.

3. A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DA DÍVIDA FISCAL DE FORMA ADMINISTRATIVA: A MEDIDA PROVISÓRIA 899/19 (Lei Ordinária 13988/2020) OS PROJETOS DE LEI Nº 2.412/2007, Nº 5.080/2008, Nº 4.257/2019 E UMA TENTATIVA DE EVITAR O MEIO JUDICIAL DE COBRANÇA

Diante desta realidade de pouca celeridade e efetividade na cobrança judicial fiscal, o governo federal editou a medida provisória nº 899 de 16 de outubro de 2019, transformada atualmente na Lei Ordinária 13988/2020, onde se permite a transação tributária prevista no art. 171 CTN. Com a

edição dessa MP conseguem-se sentir os ventos da desburocratização por parte do governo federal em facilitar a relação fisco-contribuinte.

É mister entender o instituto da transação e do parcelamento para entender sobre a intenção do governo federal em conseguir resgatar os créditos tributários com a diminuição das formalidades desnecessárias e rígidas do processo de cobrança ou adequando a cobrança tributária à realidade fática do contribuinte. Como consequência tem-se uma integração maior do fisco-contribuinte e também uma autonomia aos órgãos fiscalizatórios na cobrança tributária, ficando assim, um modelo mais aproximado do norte americano, conforme ver-se-á em tópico procedente.

O parcelamento é um fracionamento do pagamento de uma dívida e, conforme o art. 151, inciso VI do CTN, é uma forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Será sempre concedido na forma e condições estabelecidas por lei específica. A transação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, prevista no art. 156, III do CTN e por força do art. 171 do CTN, onde somente através de lei pode-se facultar aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária a realizar transação estabelecendo concessões mútuas que resolvem o litígio.

Faz-se mister essa distinção do entendimento entre parcelamento e transação, pois este difere daquele na medida em que o Estado (fisco) e o contribuinte fazem concessões mútuas com o objetivo de extinguir o crédito tributário. Com isso, o REFIS (programa de parcelamento incentivado) editado por lei - muitas vezes confundido com parcelamento - de fato é uma espécie jurídica de transação, assim considerado pela jurisprudência. (ver julgados Relator Ministro Castro Meira, REsp. 739.037/RS; e Relatora Ministra Eliana Calmon, REsp 499.090/SC).

A transação é um instituto que já foi utilizado em alguns momentos pelo governo, porém com a publicação da MP 899 de 16 de outubro de 2019 o governo federal instituiu regras gerais permitindo que as dívidas fiscais e também os créditos não tributários (art.1º § 3º da MP 899) que se

encontram inscritos em dívida ativa ou até mesmo que não se encontram na fase processual sejam transacionadas. O artigo 10 da MP 899 de 16 de outubro de 2019 incumbiu por ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional a responsabilidade de publicar atos para disciplinar os procedimentos, requisitos e as condições em que serão realizadas a transação na cobrança da dívida-ativa da União.

A lei processual aplicada para se efetivar a transação na dívida ativa é a Lei 9.784 de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, respeitando os limites previstos na MP 899.

A despeito dos esforços em minimizar a burocracia e onerosidade nos processos de execução, na própria cobrança de créditos fiscais antes do ajuizamento e até mesmo nos créditos que se encontram na esfera do contencioso administrativo, percebe-se o vínculo normativo para nortear e impor os limites para se realizar a transação.

Apesar da Medida Provisória estabelecer as modalidades de transação, tanto no contencioso judicial ou administrativo tributário, a portaria 11.956 de 27 de novembro de 2019 somente regulou a transação na cobrança da dívida ativa da União, limitando aos débitos que já estão inscritos em Dívida Ativa da União, conforme o seu art. 1º. Ficam excluídos débitos que são administrados pela Receita Federal do Brasil que ainda estão na fase do contencioso administrativo e os débitos que ainda não foram inscritos em dívida ativa.

Os débitos inscritos na dívida ativa da União foram classificados pelo valor; assim, se o somatório de todos os débitos for igual ou superior à R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) será exclusivamente realizada a transação por adesão à proposta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e acima desse valor somente será permitida a transação individual que poderá ser proposta tanto pelo devedor como pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Nota-se que existe um avanço na autonomia, porém esta é mitigada na medida em que não amplia a negociação para todos os débitos, tanto administrados pela Procuradoria como pela Receita Federal. Muitas vezes, o sujeito passivo se abstém de pagar dívidas tributárias de valores considerados pequenos pelo princípio da insignificância não pela recusa em pagar, e sim, por vezes pela falta de condições financeiras naquele determinado momento. Isso levaria um Estado com cobrança mais eficiente levando em conta a condição sócio-econômica do contribuinte e do país, evitaria que o CNPJ/CPF do contribuinte fosse levado ao CADIN – Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público, evitaria também o aumento significativo de juros/multas/correção monetária do débito que dificulta mais ainda a condição do contribuinte, diminuiria os custos processuais de cobrança e atingiria um leque maior de contribuintes.

Ainda diante da necessidade de mudanças emergentes, existem projetos de lei tanto na Câmara de Deputados como no Senado Federal instituindo execução fiscal administrativa. Na Câmara de Deputados tem-se o PL nº 2.412/2007 e o PL nº 5.080/2008; e o mais recente no Senado Federal, o PL nº 4.257/2019, este se encontra na CCJ.

O projeto de lei nº 4.257/2019 trouxe a possibilidade da Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial, permitindo que esta lavre o termo de penhora e caso o devedor não honre com adimplemento da obrigação, o órgão está autorizado a levar o bem à leilão. O detalhe desse projeto é que ele limita essa prerrogativa às contribuições de melhoria, IPVA, IPTU e ITR.

Dos três projetos de lei o que mais se aproxima do modelo norteamericano é o PL nº 2.412/2007, o qual em seu artigo 5º e 6º determina que a execução fiscal será promovida pelo órgão da Fazenda Pública e os seus atos executivos serão realizados pelos agentes fiscais, dando-se uma autonomia semelhante aos agentes do IRS.

Tais projetos nos levam à reflexão de questões que são de suma importância que sejam amplamente discutidas e superadas, pois possivelmente

seriam incompatíveis com a Constituição Federal, precisamente por ofender o art. 5º, XXXV, CF/88, o qual consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; o art. 5, LIV, CF/88, que assegura o devido processo legal; e ainda por não existir previsão constitucional relativa a competência a poder diverso do Judiciário quanto à administração pública para constrição de bens.

No entanto, as duas primeiras questões não parecem sustentáveis, pois não estão presentes lesão ou ameaça a esses princípios constitucionais. Não há impedimento do contribuinte recorrer ao judiciário para garantir seu direito constitucional de ação, e na execução fiscal administrativa, nada impede que o contribuinte tenha o seu direito de se defender de qualquer vício existente no crédito tributário.

Em relação à inclusão na competência da administração pública do procedimento de expropriação de bens, deve haver, primeiro, uma mudança na escolha política do Poder Legislativo, já que atualmente essa competência é exclusiva do Poder Judiciário, devendo haver uma mudança constitucional com tal autorização. Apesar de nenhum dos projetos em tramitação cogitar a quebra do sigilo bancário do devedor tributário por parte da administração fazendária, é um ponto eficaz, na medida que monitora o contribuinte devedor em relação a qualquer remuneração recebida, pois a prioridade é a arrecadação. Contudo, diante de nossas garantias fundamentais, necessitaria, primeiro, de autorização judicial para referida violação de dados.

Atualmente os projetos estão sem movimentação, contudo, precisa-se percorrer um longo caminho para superar barreiras constitucionais para que os sinais da desburocratização tornem-se realidade, pois é mister um equilíbrio dos princípios fundamentais consagrados aos contribuintes na Constituição de 1988 com o dever fundamental de honrar com suas obrigações tributárias, culminando na efetiva execução fiscal.

4. O MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL NOS EUA: O *ADMINISTRATIVE COLLECTION PROCEDURE* E A REALIDADE NORTE AMERICANA DE COBRANÇA ADMINISTRATIVA

O modelo de federalismo norte americano é o chamado federalismo dual ou dualista, no qual os Estados são entes autônomos e independentes, havendo mais descentralização na administração de cada ente político, devendo respeitar apenas os limites impostos na Constituição americana. O Brasil segue o modelo de federalismo cooperativo, havendo previsão de quais impostos cada ente federado pode criar e uma cooperação dos entes entre si.

A estrutura federativa dos Estados Unidos da América é compreendida de governos de Estados independentes e do governo federal. A Constituição dos EUA limita os poderes do governo federal, garantindo aos Estados uma autonomia parcial. A Décima Emenda declara que “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados aos Estados respectivamente, ou ao povo.” (DA SILVA, 2008, p. 45)

O modelo de federalismo americano, de formação centrípeta, no qual a constituição foi escrita após os treze estados independentes resolverem unir-se em um só Estado, nos remonta a uma realidade bastante distinta da brasileira, refletindo diretamente na forma de se instituir tributos, bem como de cobrá-los.

Além da realidade de federalismo distinto do brasileiro, o sistema judicial norte-americano é o sistema de *common law*, o qual baseia-se na doutrina dos precedentes judiciais, ou seja, nas decisões já proferidas em casos concretos que servem como fundamento para futuras decisões. O sistema de *common law* permite, inclusive, que o Poder Judiciário norte-americano crie uma hipótese de incidência ainda que não haja lei que a regule.

A título de exemplo podemos mencionar o caso *Material Ser. Corp v. Department of Revenue* em que o tribunal discutiu a questão se o preço do transporte deve ser incluído na base de cálculo do imposto. O tribunal, portanto,

decidiu que “*um valor extra de carga mínima cobrado sobre pequenos pedidos de concreto entregues no local da construção do comprador pode ser tributado como parte inseparável do preço da venda.*” (DA SILVA, 2008, p. 86)

A decisão acima mencionada jamais seria possível no sistema judicial brasileiro, pois é sabido que apenas através de uma lei pode haver uma hipótese de incidência de um tributo.

Além disso, a forma de instituir tributos nos Estados Unidos é marcada por um importante princípio, o qual explica muito sobre como os contribuintes reagem diante da obrigação no pagamento de um tributo, o chamado *voluntary compliance*: “*Por este, espera-se do contribuinte, como compromisso geral e básico, que informe todos os ganhos auferidos e fatos econômicos realizados dos quais resulte a tributação, em uma atitude de zelo pelo bem comum.*” (PAES; DE OLIVEIRA, 2015)

[...] a relação com contribuinte é baseada na *voluntary compliance*, partindo-se do princípio de que o contribuinte, honesta e naturalmente, oferta os fatos econômicos à tributação, realizando autolançamentos (*self-assessment*), utilizando-se, intensamente, do expediente das declarações confeccionadas e apresentadas pelos contribuintes. (PAES; OLIVEIRA, 2015, p. 58)

A partir dessa voluntariedade, o contribuinte norte americano tem uma postura para com o Fisco de espontaneidade, devido também a este último ter maior responsabilidade com o controle de gastos, uma visão mais liberal na economia, o comprometimento social e a objetividade da vida cotidiana. Então, nesse ambiente de cunho conceitual calvinista não se admite sonegação e nem evasão, pois o recolhimento do tributo é um dever fundamental, é um exercício de cidadania.

Existe nos Estados Unidos dois modelos de cobrança de débitos tributários. O primeiro é a regra, pela via administrativa (*administrative collection procedure*) o qual é mais eficiente, mais célere e que causa mais impacto; e o outro é pela via judiciária (*foreclosure action*) que é pouco

utilizada, pois somente se faz necessária quando existem conflitos de interesses entre credores, os quais possuem expectativas em relação aos bens que foram penhorados pela fazenda pública.

A cobrança administrativa é a mais utilizada por sua eficiência em se conseguir a realização do crédito sem a intervenção do Judiciário, e quem detém a competência em âmbito federal é a *Internal Revenue Service*, a conhecida e respeitada IRS. Os agentes americanos priorizam sua cobrança nos créditos que de fato são recuperáveis.

Basicamente, no âmbito da administração tributária federal, o contribuinte e o Fisco se relacionam em cinco momentos: na confecção de declarações, na averiguação de informações prestadas; na confirmação de dados apresentados, podendo inclusive haver quebra de sigilo bancário; no lançamento e apuração de diferenças e nos acordos e parcelamentos. (PAES; DE OLIVEIRA, 2015, p.70)

O procedimento inicial de cobrança é semelhante ao brasileiro, pois se faz a inscrição do débito (*assessment of tax*). É um ato da administração americana, feito pelo agente público quando preenche um documento chamado de Form 23-C, *assessment certificate*. Neste documento é preenchido o nome do contribuinte, o valor da dívida, o período a que se refere o débito e a natureza do tributo. Desta forma, com o tributo devidamente inscrito começa a contagem do prazo para cobrança. O fisco tem 60 (sessenta) dias para notificar o sujeito passivo para o pagamento imediato e tem 10 (dez) anos para executar a dívida.

Um dos pontos que mais chama atenção é a notificação, pois esta é encaminhada para o último endereço cadastrado do contribuinte, independentemente se tenha ou não mudado o seu domicílio. Não há possibilidade de discussão acerca do documento de notificação, devido ser uma obrigação acessória. Outro ponto interessante na notificação é quando a dívida tem devedores coobrigados, normalmente é comum entre cônjuges, pois doutrinariamente a notificação de um supre a outra, porém o termo

utilizado no regulamento é “em cada um dos devedores” (tradução livre). Com a devida notificação, o contribuinte tem um prazo de 21 dias para efetuar o pagamento integral do débito, podendo utilizar-se de várias formas comercialmente aceitas para efetuar o pagamento tais como cheque, cartão de crédito e ordem bancária, podendo, inclusive, por ato discricionário do agente aceitar moeda estrangeira. Existe também a possibilidade de parcelamentos (*installment agréments*) que são amplas, porém depende de preenchimento do formulário 9465 do IRS e do Secretário que deve ficar convencido que seja essa a melhor forma de cobrança.

O contribuinte precisa informar, declarar e provar que se encontra em uma situação difícil para efetuar o pagamento. O contribuinte ainda pode requisitar a possibilidade de propor *offers in compromise* (OIC) que é um acordo feito pelo contribuinte e a Receita Federal americana (utilizando os Formulário 656, *Oferta em Compromisso*, o Formulário 433-A (OIC), *Declaração de Informações de Coleta para Assalariados e Autônomo e* / ou Formulário 433-B), onde é liquidado o passivo fiscal por menos que o valor devido. Geralmente são contribuintes que não conseguiram honrar seu compromisso tributário através do parcelamento ou outra forma de pagamento. Obvio que há os requisitos para que o IRS conceda tal benefício.

Caso o contribuinte ignore a notificação, acarretará ações por parte dos agentes que pode até mesmo se chegar numa *field investigation* por parte dos agentes da IRS, que é apuração de possíveis descumprimentos das leis impostas.

Neste entendimento, considerando o não adimplemento do crédito tributário, resta ao IRS voltar-se para os bens patrimoniais do devedor, pois este órgão tem competência para penhorá-los administrativamente.

Em um primeiro momento ocorre a *lien*, uma pré-penhora que torna os bens do devedor inalienáveis. O regulamento da IRS diz o que não pode ser objeto de penhora (ver no subtítulo F, Capítulo 64, subcapítulo D - IRC § 6343). Somente o contribuinte e o Fisco têm conhecimento da inalienabilidade do bem objeto da pré-penhora,

podendo causar conflito entre o Fisco e adquirentes de boa-fé, terceiros interessados ou até mesmo os credores do contribuinte. Esta somente é desfeita mediante o pagamento do débito.

Assim, somente ocorrerá o processo de penhora propriamente dito do bem (*levy*), quando o valor do débito for superior a US\$5,000.00 (cinco mil dólares). O contribuinte pode administrativamente apelar caso sinta que existe alguma irregularidade na penhora, porém é de suma importância que seja alegado e provado pelo interessado. Até mesmo antes da penhora, o contribuinte poderá requisitar o seu direito de ser ouvido pelo agente.

O ponto crucial da execução administrativa americana é o poder e a discricionariedade do agente para exigir o pagamento do débito tributário, tendo o contribuinte toda a oportunidade de parcelamento antes do ato de constrição do bem que pode ser inclusive de salários. A notificação do ato é feita 30 (trinta) dias antes.

A penhora propriamente dita será finalizada com o arresto (*distrain*) e com a venda (*sale*) do bem. Com isso, o bem com constrição deverá estar disponível imediatamente ao Fisco, e caso o mesmo esteja em posse ou guarda de terceiros, estes podem questionar a irregularidade do procedimento de penhora.

Outro ponto interessante e que diverge de forma gritante no Brasil é que não existe sigilo bancário em favor do contribuinte devedor, não podendo ser opostos ao governo, principalmente se houver indícios de lavagem de dinheiro. Os bancos são obrigados a informar a quantia que o contribuinte devedor possui, podendo inclusive congelar os valores por 21 dias e disponibilizá-lo ao Fisco.

O leilão (*sale of seized property*) é visto como um excelente negócio para o Fisco, pois é eficiente. Nele, é dado ao bem um valor mínimo, sendo este fixado pelo secretário do tesouro americano e tem como alicerce o melhor valor que atenda os interesse do Fisco para a satisfação do débito. Então, a venda será realizada pelo melhor preço acima do mínimo determinado que

pode acontecer no leilão público (*public auction*) ou em venda pública com lances fechados (*public sale under sealed bids*). É necessário que haja ampla publicidade para a realização do leilão, o que é viabilizado através da publicação de edital. O devedor será notificado entre 10 a 40 dias após a publicação do mesmo, o qual pode obter o bem de volta antes da venda ou em até 180 dias após a realização do leilão.

Percebe-se que o procedimento de execução tributária administrativa americana tem como características marcantes a celeridade e desburocratização para a satisfação do crédito tributário. Porém os agentes precisam perseguir um modelo de conduta justo e equilibrado (*fair tax collection practices*) sob pena do contribuinte ajuizar ação indenizatória contra o Estado. Dentre as condutas podemos citar a proibição de abordar o contribuinte em seu local de trabalho, uso de linguagem desapropriada e ser descortês.

5. A POSSIBILIDADE DE ADOTAR O MODELO NORTE AMERICANO DE COBRANÇA FISCAL NO BRASIL

Diante de dados apresentados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, o qual revela a alta taxa de congestionamento em um processo de execução fiscal, é salutar que o sistema brasileiro seja revisto e que sejam aplicadas medidas que consigam reverter o quadro em que se encontra a execução tributária brasileira.

Os esforços e medidas adotadas pelo Poder Executivo federal com o fito de cobrar os créditos tributários antes que sejam ajuizadas as ações de execução são de suma importância e refletem a urgência em rever a forma de se cobrar débitos fiscais no Brasil. Dentre elas, a possibilidade de protesto da CDA (certidão de dívida ativa), como forma de exigir o cumprimento da obrigação, mostrou-se eficiente na recuperação de débitos. Outra medida tomada foi a edição da MP 899 transformada na Lei Ordinária 13.988/2020, na qual permitiu ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional publicar atos para disciplinar os procedimentos, requisitos e as condições para realizar a Transação

na cobrança da Dívida Ativa; todavia, existindo um vínculo normativo para mitigar a realização da transação.

Estas são mudanças significativas, porém são embrionárias, pois tais medidas, apesar de acelerarem e desburocratizarem a cobrança fiscal administrativa, têm suas limitações, seja no campo valorativo do crédito, seja por imporem medidas que limitam a aplicação da transação na cobrança.

Desta forma, em que pese a existência de projetos de lei prevendo um modelo de execução extrajudicial, ainda se constata que existem barreiras constitucionais que impedem a aplicação de medidas mais restritivas como no modelo americano, notadamente a chamada “pré-penhora” ou mesmo a quebra de sigilo bancário do contribuinte.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é notória a gritante diferença entre o procedimento de execução fiscal adotada no Brasil e a dos Estados Unidos. Além da diferença entre os procedimentos, faz-se necessário ressaltar que outros fatores evidenciam a própria diferença na forma de cobrar os tributos, seja pela forma de federação, seja pela própria maneira dos contribuintes encararem a cobrança de tributos.

Desta forma, de um lado temos o sistema americano utilizando o procedimento, em regra pela via administrativa, desburocratizado, célere e focado em perseguir seu objetivo que é a satisfação do crédito tributário a qualquer preço, almejando o bem maior em prol da sociedade com baixo custo, contudo apresentando facilidades no pagamento do débito ao contribuinte, através de diversas formas de pagamento. De outro lado, temos o sistema brasileiro utilizando o procedimento, como regra pela via judiciária, burocrático, ineficiente e lento, que causa um grande impacto ao erário público pelos altos custos.

Apesar dos esforços da administração pública brasileira em minimizar a burocracia e a onerosidade nos processos de execução, na própria cobrança de créditos fiscais antes do ajuizamento e até mesmo nos créditos que se encontram na esfera do contencioso administrativo, percebe-se que são ações acanhadas para se conseguir a almejada eficácia da execução fiscal.

No entanto, são imprescindíveis mudanças mais contundentes, devido ao alto custo para manter o atual sistema, assim como o respeito ao princípio da livre concorrência de contribuintes que são adimplentes, respeitando o princípio da igualdade e o dever fundamental de manter as despesas prioritárias de nossa sociedade.

Entende-se que o momento é favorável, visto que existe um enorme movimento de mudança seja no Executivo, seja no Legislativo, porém muito ainda se precisa avançar. A alternativa de implementar a execução administrativa é uma saída eficaz e menos onerosa para a sociedade. Contudo, pontos constitucionais precisam ser amplamente debatidos, principalmente no que se refere à expropriação de bens e a quebra de sigilo bancário de devedores por parte da Fazenda Pública.

Outro ponto relevante é a liberdade da administração pública para adequar a cobrança de um determinado devedor à real situação em que este se encontra, ofertando outras alternativas para extinção do crédito, seja regularizando a dação em pagamento de bens imóveis (art. 156, IX, CTN), seja ampliando as limitações legais impostas para transação, até mesmo incluindo a possibilidade de aceitação de cartões de crédito ou mesmo seguro garantia.

Isso demonstra que a administração pública além de conseguir a celeridade da satisfação do débito - por conseguinte desburocratizando-o, conseguiria, ao mesmo tempo, oferecer aos seus administrados um tratamento mais justo e isonômico.

Entende-se que a mudança é necessária e beneficiaria diretamente o Fisco e consequentemente beneficiaria diretamente e indiretamente os contribuintes, pois quanto menor o custo da máquina pública, maior

o ganho social para todos. Desta forma, para uma efetiva mudança, seria preciso repensar a adoção do modelo judicial de cobrança fiscal como regra e introduzir em nosso sistema brasileiro o modelo administrativo, este apresentado em projetos de lei, contudo compreende-se que deve ser haver um amplo debate público com a sociedade, para que os dados sejam ainda mais veiculados e junto com a sociedade civil moldar este novo modelo eficiente de cobrança fiscal.

Neste diapasão, por ser muito importante que a sociedade brasileira tenha consciência do controle e da fiscalização dos gastos públicos, com o dever fundamental da arrecadação eficiente, entende-se que deve haver primeiramente um debate público sobre a situação fiscal, a possibilidade de mudanças constitucionais, através de emendas à Constituição, assim como a viabilidade de projetos de lei que permitam efetivamente a satisfação do crédito ao Fisco, tendo como consequência o indiscutível retorno do dinheiro público à toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, Enio Moraes da. **Limites Constitucionais tributários no direito norte-americano**. 1ª ed. (2001), 1ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15ª ed. Ver., atual e ampl.- Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Justiça em Números 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 01 de jul. 2020.

PAES, Eduardo Sabo Paes; OLIVEIRA, Marcos Roberto de. Características do sistema tributário nos Estados Unidos da América: alguns tópicos relevantes. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário RDIET**, v. 10, nº2, p.52-78, Jul-Dez, 2015.

IRS (EUA). **Topic no. 204 offers in compromise**. 2020. Disponível em: <https://www.irs.gov/taxtopics/tc204>. Acesso em: 5 jul. 2020.

IRS (EUA). **About form 9465, installment agreement request.** 2020. Disponível em: <https://www.irs.gov/forms-pubs/about-form-9465>. Acesso em: 5 jul. 2020.

IRS (EUA). **Additional information on payment plans.** 2020. Disponível em: <https://www.irs.gov/payments/payment-plans-installment-agreements>. Acesso em: 5 jul. 2020.

IRS (EUA). **9.4.1 Investigation initiation. 2018.** Disponível em: https://www.irs.gov/irm/part9/irm_09-004-001. Acesso em: 5 jul. 2020.

IRS (EUA). **How criminal investigations are initiated.** 2019. Disponível em: <https://www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/how-criminal-investigations-are-initiated>. Acesso em: 5 jul. 2020.

IRC (EUA). **Internal revenue code, § 6343. Authority to release levy and return property.** 2020. Disponível em: https://irc.bloombergtax.com/public/uscode/doc/irc/section_6343. Acesso em: 5 jul. 2020.

PODER LEGISLATIVO (Brasil). Senado Federal. Projeto de lei nº 4257, de 2019. 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 5 jul. 2020.

PODER LEGISLATIVO (Brasil). Câmara dos Deputados. PL 2412/2007. 2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376419>. Acesso em: 5 jul. 2020.

SENADO FEDERAL (Brasil). Agência Senado. **Projeto que regula execução fiscal administrativa é aprovado na CAE.** 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/22/projeto-que-regula-execucao-fiscal-administrativa-e-aprovado-na-cae>. Acesso em: 5 jul. 2020.

PODER LEGISLATIVO (Brasil). Câmara dos Deputados. PL 5080/2009. 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431260>. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020: Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nos 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, 14 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm#:~:text=Art.,natureza%20tributária%20ou%20não%20tributária. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. Lei no 4.320, de 17 de março de 1964: Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, 17 mar. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. 25 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980: Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, 22 set. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm#:~:text=LEI%20No%206.830%2C%20DE,Pública%2C%20e%20dá%20outras%20providências. Acesso em: 5 jul. 2020.

CAPÍTULO 2

A ADMISSÃO DE ADVOGADOS AO REDOR DO MUNDO

Íkaro Grangeiro Ferreira¹

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar o quão diferente pode ser a admissão de um sujeito como advogado no mercado de trabalho dado o país em que ele se situa. Trazemos o modelo de admissão em outros países assim como sua contribuição para a nossa nação.

Palavras-chave: Admissão. Advogado. Exterior. Contribuições.

¹ Graduando em Direito (UNIFOR). Conciliador e mediador em formação (CEJUSC-TJCE). Monitor da disciplina de Direito Processual Civil I (UNIFOR). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito (CNPq/UNIFOR)

INTRODUÇÃO

Sabemos que aqui no Brasil, um dos requisitos precípuos para se tornar advogado é que ele seja admitido no Exame da Ordem, prova que acontece duas vezes no ano, com duas fases cada prova. Acontece que esta avaliação apareceu visando filtrar a qualidade do profissional que vai atuar na área, vejamos a fala do Ministro Luiz Fux, que determina a constitucionalidade e a razoabilidade do exame:

“(...)a aferição da qualificação técnica necessária ao exercício da advocacia em caráter preventivo, com vistas a evitar que a atuação do profissional inepto cause prejuízo à sociedade.”

Ora, o profissional da advocacia é o sujeito que entra em contato direto com a personalidade da sociedade, é uma profissão que há de ser levada a sério do ponto de vista do atuante, pois as matérias que este ofício abrangem são de caráter importante e pessoal do cidadão, há a necessidade, segundo a cultura brasileira, de haver a referida prova para que haja a verdadeira comprovação do conhecimento do sujeito quanto à vivência deste serviço.

Porém, esta não é uma realidade conhecida em alguns países que confiam tanto no seu ensino superior que dispensam a realização desse exame. Assim como há países que acreditam que uma simples prova não consegue comprovar e exaurir do candidato se ele está apto ou não para a prática jurídica, por isso criaram mais de um meio de realizar esta comprovação.

1. ADMISSÃO NO MUNDO

1.1 REALIDADE LUSITANA

Em Portugal a realização de uma prova também é requisito essencial para a admissão na carreira de advogado que se assemelha ao Brasil pois é proposta ao estudante de direito que concluiu o curso de direito numa

instituição de ensino superior, ou seja, se tornou bacharel em direito (para o ensino português o bacharel se compara ao grau técnico do Brasil).

Acontece que a diferença começa justamente aí, quando o sujeito decide realizar o exame da AO (sigla com significado de Ordem dos Advogados; a ordem dos advogados de Portugal) e é aprovado, o candidato não se torna imediatamente advogado, mas agora ele terá que participar de um “estágio prático” oferecido pela própria AO.

Esse estágio dentro da AO tem o período de dois anos, e em todo esse espaço de tempo, o “candidato” à advocacia estará acompanhado de um patrono com experiência prática jurídica. Este período serve para o aluno ter a oportunidade de se deparar com casos práticos mais realistas e principalmente, por meio da apresentação de casos jurídicos concretos. Isto tudo garante aos estudantes os ensinamentos necessários à prática profissional.

Além disso, o “aspirante à advocacia” é constantemente e periodicamente avaliado através de exames das mais diversas formas, mas com prevalência das formas escritas/subjetivas com a finalidade de desenvolver a capacidade de escrita/discursiva do sujeito, para que ele aprenda além do âmbito jurídico, a desenvolver técnicas de desenvolvimento de raciocínio e de persuasão.

Outro ensinamento muito pertinente à formação dos futuros advogados reside no ensinamento de que o advogado é um servidor da justiça e do direito, isto exige dele uma postura pública e profissional de acordo com as responsabilidades que a função requer, de maneira que ele sempre cumpra os deveres da profissão.

Este ponto é algo extremamente focado quando no estágio da AO, além do foco em audiências simuladas e do processamento de várias diligências em todos os ramos de direito, garantido foco no direito material e processual (conhecimentos jurídicos pertinentes à formação profissional), assim como na formação do caráter do futuro advogado.

Ainda sobre o estágio na AO é válido ressaltar que os tutores responsáveis por acompanhar os que pretendem seguir a carreira de advogado, são incluídos nesta função por meio de concursos públicos de âmbito municipal. Isto para garantir uma maior transferência no recrutamento desses formadores que são a base (assim como os professores das universidades/faculdades) do ensino jurídico.

Ao final dessa caminhada, os advogados estagiários fazem uma espécie de monografia (como fizeram no final da sua graduação) só que agora a referida peça institucional deverá conter um tema de deontologia profissional e a elaboração de uma peça processual na área de processo civil e outra na área processual penal.

Em seguida, haverá a prova oral em que o advogado estagiário se aprovado, garantirá a sua tão sonhada inscrição na OA.

1.2. REALIDADE SULAFRICANA

Remetendo-se agora à África do Sul, temos que primariamente fazer uma conceituação de sua advocacia, uma vez que aqui existe uma respeitada divisão (mesmo que atenuada atualmente) desta classe, que teve sua criação no Reino Unido e foi estendida para o judiciário da África, e se resume em: *Lawyer Solicitor/Attorney* (tradução literal como Advogado Procurador) e *Lawyer Barrister/Advocate* (tradução literal como Advogado para o Tribunal).

Entenda o *Lawyer Solicitor/Attorney* como sujeito que os necessitados de um auxílio jurídico se dirigem, momento que o dito profissional oferece uma assessoria jurídica sobre as consequências dos possíveis conflitos judiciais que possam vir a existir, ou ate mesmo uma orientação sobre alguma lei.

Não é comum, mas em algumas situações é ele que se dirige ao tribunal para representar e defender a tutela dos direitos dos seus clientes.

Este tipo de advogado tem um vasto conhecimento em diferentes áreas da lei, tais como direito familiar, direito penal, direito empresarial, direito civil e direito das coisas, isto contribui para que ele possa fazer o seu trabalho de assessoria jurídico de forma completa. Ou seja, em regra, esse tipo de advogado só realiza trabalhos legais fora da corte (tribunal).

Mas são eles que se dirigem aos *Lawyers Barristers/Advocate* quando a situação jurídica dos seus clientes requer uma apreciação por um tribunal, de maneira que a complexidade do conflito/situação jurídica é o fator determinante para que seja feita a apreciação por um *Barrister/Advocate*.

E os *Barrister/Advocate* são os juristas que popularmente são conhecidos por usarem uma peruca branca e uma longa veste preta, de maneira que são os responsáveis por terem a legitimidade postulatória dos sujeitos que se dirigiram aos *Solicitors/Attorney*. Mas os *Barristers/Advocates* não entram em contato com o público, tanto quanto os *Solicitors/Attorney*,

Ciente desta classificação, cabe ao estudante certo de que quer trabalhar no ramo jurídico, escolher qual classe de advogado deseja seguir. Mas essa escolha só poderá ser feita após a conclusão de sua graduação em alguma instituição de nível superior (que no país dura de 2 a 4 anos), caso em que o estudante se torna bacharel. É interessante ressaltar que o

E é aqui que começa a diferença na escolha do caminho, se o sujeito decidiu ser *Solicitor/Attorney*, ele deve fazer um curso oferecido pelas instituições de ensino superior, de um ano de Prática Legal (o conhecido *Commom Professional Exam*).

Em seguida ele deve buscar uma espécie de estágio em algum estabelecimento público ou privado, remunerado ou ate mesmo voluntário durante o período de 1 a 5 anos (prazo que varia de acordo com as praticas, estágios empregados na instituição de ensino superior que o sujeito estudou).

É muito comum aspirantes a *Solicitor/Attorney* trabalharem na função de um Notário ou um Registrador Procurador (instituto que na África garante a procuração à um sujeito para realizar serviços cartoriais em seu nome) aproximadamente pelo prazo de dois anos, para conseguirem completar o requisito da prática fora da instituição de ensino superior.

Após essa prática e estudo acadêmico, o estudante será submetido à uma prova para que possa ser membro da *Law Society of South Africa* (em termos simples, a OAB da África, mas que no caso só abrange no seu rol apenas *Solicitors/Attorneys*) com uma conjectura bem mais doutrinária e teórica, de maneira que se for aprovado, o estudante então se torna o tão sonhado *Solicitor/Attorney*.

Já para se tornar *Barrister/Advocate* o sujeito tem que no mínimo ter 20 anos e ser Sul Africano ou visto como residente, fazer um curso profissional de um ano oferecido pela própria *BAR Council of South Africa* (o *Bar Professional Training Course*), que se foca na área mais na área de estudos jurídicos institucionais.

Finalizado esse curso, o sujeito é avaliado também com uma prova, mas diferentemente do *Solicitor/Attorney*, o futuro *Barrister/Advocate* é avaliado em conceitos mais práticos de conhecimento jurídico, como solucionar problemas jurídicos da vida real e questões deontológicas pertinentes ao contexto prático.

E se aprovado, o sujeito é entrevistado por um membro sênior da *BAR Association of South Africa* (em termos simples a OAB da África, mas que aqui só abrange os *Baristers/Advocates*) em que diante de uma série de perguntas e respostas será aferido se o sujeito tem capacidade intelectual e deontológica de se juntar à *Law Society*.

E só então se conseguir ser admitido na entrevista, é que ele se forma um advogado *Barrister/Advocate* oficialmente credenciado.

1.3. REALIDADE NEOZELANDESA

Enquanto isso, no continente Oceânico, a realidade da admissão de novos advogados na Nova Zelândia destoa do que estamos acostumados a ver. Contudo, o país conta com a mesma divisão européia entre os advogados assim como na África do Sul, mas aqui essa classificação é apenas nominal, de maneira que seus efeitos práticos não são extremamente relevantes.

Como primeiro e único requisito da referida profissão, o estudante há de se formar em uma das 6(seis) instituições de ensino superior do país, algo que dura em torno de 4(quatro) anos

A Nova Zelândia não requer uma prova para que o bacharel em direito seja admitido como advogado, o sujeito ao sair da faculdade já é considerado apto para ter a tutela postulatória.

Acontece que, caso ele queira participar da *New Zealand Law Society* (a ordem dos advogados da Nova Zelândia) ele tem que preencher um formulário com seus dados pessoais, profissionais na área que atua ou quer atuar. Esse formulário então será dirigido Conselho de Educação Jurídica da Nova Zelândia, caso que se aprovado, ele se torna membro a ordem.

Ser membro desta associação de advogados neozelandesa traz tão somente um benefício: a isenção das taxas de participação em Seminários de Educação Jurídica Contínua e atividades institucionais semelhantes, ambos oferecidos pela própria ordem dos advogados neozelandeses (a *New Zealand Law Society*). E é pertinente ressaltar que não há taxa anual aos membros desta ordem.

É visível que a preocupação da Nova Zelândia esta direcionada na qualidade do seu ensino, de maneira que confia tanto nele que não julga necessário a aplicação de uma prova para que possa admitir o estudante como advogado. Mas é oportuno trazer à tona que isso se deve também ao pequeno número de universidades no país.

Um detalhe curioso é que caso o advogado deve se abster de criar associação com outros profissionais, algo que é expressamente vedado, é maneira que o referido país quer vedar os serviços de natureza múltipla, que geralmente são prestados de maneira ineficaz.

Além disso, a *New Zealand Law Society* também provê aos seus advogados novatos (termo usado aos advogados sem prática jurídica ou que estão distantes da realidade jurídica/jurisprudencial por menos de 7 anos) algumas sociedades e grupos de assistência para que estes sujeitos possam se engajar na profissão com a efetiva prática jurídica e com pessoas experientes do ramo.

2. COLABORAÇÕES À ADMISSÃO ADVOCATÍCIA BRASILEIRA

Como visto, é perceptível que o processo de admissão nos referidos países é feito de uma forma diferente do Brasil, de maneira há países que nem realizam a prova de admissão, como outros que além de realizarem a prova, continuam em constante comunicação com o novo advogado para mantê-lo sempre reciclado.

É inegável que as faculdades brasileiras precisam de reconhecimento autorizado e credenciado do MEC para que possam ter em o Direito como curso ministrável, mas o presente artigo fala da importância dos requisitos para a admissão de um advogado.

Em Portugal, como visto, o bacharel em direito tem que quase refazer seu curso para demonstrar que estar ciente e preparado para atuar em juízo com a matéria que ele escolheu, isto traz uma enorme segurança tanto para o futuro advogado como para a sociedade em si.

Pois tendo mais conhecimento prático antes de entrar no mercado de trabalho, ele se torna mais confiante quando atuando sozinho e mais apto a fornecer um serviço de melhor qualidade à sociedade. De maneira que sendo constantemente avaliado e acompanhado por um tutor numa espécie de curso

voltado tão somente para a prática é certeza de que lhe será garantido um bom conhecimento do que irá se deparar no dia a dia.

Já na África do Sul, independente da classe de advogados que o bacharel escolhe, é visível que a admissão exige que ele esteja constantemente sendo submetido a situações de aplicações totalmente práticas, de maneira que é requisito (para ser advogado) um período de prática jurídica antes mesmo de fazer a prova de admissão na ordem.

Isso demonstra o quão preocupado está o Conselho de Educação da África do Sul em mostrar aos seus alunos como é o contexto prático do curso de direito, de maneira que eles têm que buscar fora da universidade estabelecimentos que ofereçam a verdadeira realidade.

O benefício disso é que o bacharel visualiza por meio da sua vivência a verdadeira prática jurídica, como também para tem acesso a outras profissões disponíveis no ramo do direito, afim de que ele tenha certeza da profissão que quer exercer.

A Nova Zelândia com toda certeza é o país mais diferente de todos os apresentados pois nem prova de admissão ele apresenta, e diante disso qual poderia ser a contribuição para sistema de admissão advocatícia brasileira?

Ora, a Nova Zelândia além de ser reconhecida mundialmente por ser um dos países com menor indicie de corrupção, possui pouquíssimas faculdades de direito (apenas 6) o que corrobora para que haja a extinção do teste admissão.

Mas o ponto principal é o seu ensino, a Nova Zelândia é reconhecida mundialmente como sede de um das 100 melhores universidades do mundo (de acordo com o *QS World University Rankings* de 2015/16), isto mostra que antes da prática, o foco principal do ministério da educação neozelandês quanto aos requisitos da admissão está na qualidade que o conhecimento é repassado nas universidades.

Ou seja, diante de tudo o que foi demonstrado é visível que o Brasil tem muito ainda a aprender para que possa formar melhor cada vez mais advogados, seja colocando mais prática no ensino ministrado em sala de aula das universidades, seja com um acompanhamento pós formação.

Quando o ensino da sala de aula se foca mais na prática, os alunos têm uma melhor compreensão de quando estudam e leem os livros doutrinários, assim como também os códigos, pois estão constantemente se deparando com a realidade e com a teoria.

Isso ajuda o aluno a, mesmo longe da realidade jurídica conseguir compreender o que se passa no meio e por conseguinte conseguir se preparar para essa atuação, tendo em vista que quando forem para a prática, já terão uma primeira visão de tudo o que ocorre.

Além disso, também temos o acompanhamento pós formação para auxiliar os profissionais que ainda assim não conseguiram compreender a realidade como ela é por meio das aulas práticas.

Essa assistência é oferecida atualmente pela ordem dos advogados, mas num caráter não tão iniciante, de maneira que os conceitos apresentados nesse acompanhamento, servem muito mais a profissionais que já tem um certo tempo de carreira advocatícia e desejam continuar expandindo seus conhecimentos, ou seja, este conhecimento não é de interesse do iniciante, pois seu conteúdo é muito avançado para ele.

E é por isso que a ordem e/ou as universidades deveriam oferecer esse apoio ao advogado que acaba de iniciar a carreira de maneira que consiga ele se estabelecer no meio jurídico através da prática apresentada nessa supervisão.

Essa auditoria vai servir como instrumento para colocar o advogado novato no mercado de trabalho, de maneira que vai oferecer os principais conceitos que ele tem que por em prática para que possa começar a exercer o trabalho de advogado de um maneira correta e adequada com a atual prática jurídica.

3. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto é visível que o Brasil tem capacidade de apresentar admissão de melhor qualidade na seleção de seus advogados, mas que é inegável que ela tem muito a melhorar.

Vimos que em outros países a formação prática do advogado começa logo mesmo na faculdade, enquanto que outros reservam este período para quando o sujeito se torna bacharel, mas ambas se focam na demonstração da prática com efetivas avaliações (também práticas) para que se tenha a certeza de uma boa formação advocatícia.

Assim como também foi demonstrado o quão importante é o oferecimento de um auxílio/apoio ao advogado novato que acabou de entrar no meio jurídico para que ele possa se sentir confiante quando efetivamente tiver contato com a verdadeira prática jurídica.

Tudo isso deságua o quão importante é a forma que a admissão advocatícia tem em um país e na qualidade do profissional que ela está produzindo, reduzindo a qualidade da admissão significa consequentemente reduzir a qualidade do profissional que atuará na sociedade, e consecutivamente isto diminui a qualidade que o trabalho é prestado, levando assim à conspurcação da profissão, simplesmente pela falta de um processo rígido e compromissado de admissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Becoming a lawyer. **The College of Law. Te Whare Kura Ture o Aotearoa**, 2019. Disponível em: <<https://www.collaw.ac.nz/your-career/becoming-a-lawyer>>. Acesso em: dia 10 de maio de 2020.

Bloom, Leslie. Requirements for Becoming a Lawyer in South Africa. **Chron**, 2018. Disponível em: <<https://work.chron.com/requirements-becoming-lawyer-south-africa-5447.html>>. Acesso em: dia 10 de maio de 2020.

Brightside. **Bright Knowledge. From brightside**, 2020. What is the difference between a barrister and solicitor. Disponível em: < <https://www.brightknowledge.org/law/what-is-the-difference-between-a-barrister-and-solicitor>>.

Casquel, Anelita. Razões para fazer o Ensino Superior na Nova Zelândia. **Caia no mundo**, 2018. Disponível em: < <https://caianomundo.ci.com.br/razoes-para-fazer-o-ensino-superior-na-nova-zelandia/>>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

Henrique, Julian Dias Rodrigues. **Exame final de avaliação e agregação, o Exame de Ordem português: questão prática de deontologia profissional**, 2017. Disponível em: <<https://www.direitocomparado.pt/enaa>>. Acesso em: 8 de maio de 2020.

Life as a lawyer. **New Zealand Law Society, Te Kāhui Ture o Aotearoa**, 2020. Disponível em: <<https://www.lawsociety.org.nz/practice-resources/new-zealand-law-society-guide-for-new-lawYERS/life-as-a-lawyer>>. Acesso em: dia 10 de maio de 2020.

Luiz, Otávio. Como se produz um jurista? O modelo português. **ConJur**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-11/direito-comparado-produz-jurista-modelo-portugues-parte>>, Acesso em: 8 de maio de 2020

Luiz, Otávio. Como se produz um jurista? O modelo neozelandês. **ConJur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-11/direito-comparado-produz-jurista-modelo-neozelandes-parte-44>>. Acesso em: dia 10 de maio de 2020.

Luiz, Otávio. Como se produz um jurista? O modelo sul-africano. **ConJur**, 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-fev-10/direito-comparado-produz-jurista-modelo-sul-africano-parte-39>>, Acesso em: 9 de maio de 2020

Membership of Law Society. **New Zealand Law Society, Te Kāhui Ture o Aotearoa**, 2020. Disponível em: <<https://www.lawsociety.org.nz/about-nzls/law-society-services/membership>>. Acesso em: dia 10 de maio de 2020.

Regulamentação do estágio e formação. **Ordem dos Advogados de Portugal**, 2009. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.asp?idc=5&idsc=30181&ida=83851>. Acesso em: 8 de maio de 2020.

Secretaria das licenciaturas. **Lisbon school of economics & management**, 2020. FAQs sobre o processo de bolonha. Disponível em: <[https://www.iseg.ulisboa.pt/aquila/unidade/SecLic/questoes-frequentes-\(faqs\)/processo-de-bolonha](https://www.iseg.ulisboa.pt/aquila/unidade/SecLic/questoes-frequentes-(faqs)/processo-de-bolonha)>.

Study Law in South Africa. **Law Studies**, 2020. Disponível em: <<https://www.lawstudies.com/South-Africa/>>. Acesso em: dia 9 de maio de 2020.

University Rankings. **Top Universities**, 2020. Disponível em: <<https://www.topuniversities.com/university-rankings>>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CAPÍTULO 3

A TUTELA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E SUA INTERFACE NA AUTONOMIA DA VONTADE ESTRUTURADA NO PROCESSO CIVIL COLOMBIANO

Nicholas Amaral Alves¹

RESUMO: O projeto apresentado traça os aspectos constitucionais que influenciaram o sistema de jurisdição da Colômbia a partir da efetivação na Constitución Política de 1991 do sistema de Jueces de Paez, que, ao assumir um papel eminentemente democrático, potencializa a autonomia das partes e valoriza o Acesso à Justiça. Não obstante, intenta-se percorrer o escorço histórico que influenciou a mudança colombiana de modelo constitucional de instabilidade para o processo constitucional pautado na Dignidade da Pessoa Humana, notavelmente, influenciado pelo constitucionalismo latino-americano preponderante na segunda metade do século XX. O estudo se finca por uma base teórica com escopo qualitativo.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Constitución Política de 1991. Acesso à Justiça. Constitucionalismo latino-americano.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza, email: nnicholas@edu.unifor.br

INTRODUÇÃO

O Pós-Segunda Guerra Mundial fincou a necessidade de que a Constituição conferisse auto aplicabilidade aos seus postulados, prioritariamente, aqueles correspondentes às garantias mínimas de um povo, as quais podem ser representadas pela Dignidade da Pessoa Humana (ARAÚJO, 2014, p.27).

Dessa forma, ao Estado não cabe mais apenas definir quais seriam direitos básicos do cidadão e traçar metas para satisfazê-los, outrossim, faz-se imperativo uma postura efetiva estatal pautada na incumbência de máxima contraprestação estatal.

Seria pertinente superar a tríade da relação jurisdicional estabelecida entre o juiz, as partes e o processo, a fim de comportar uma postura de emancipação do sujeito enquanto pessoa humana no rito processual para lhe conferir autodeterminação.

Como um reclame ao Estado de Bem-Estar Social, o Neoconstitucionalismo na Colômbia firmou a DPH como parâmetro do sistema jurisdicional ao reconhecer a capacidade indígena em conduzir um rito processual próprio perfectível pela jurisdição especial dos Índios.

É nesta ambiência que se desenvolve como prioridade jurídica, visivelmente a partir da Constituição Política da Colômbia promulgada em 1991, a valorização da autonomia processual das partes em busca de consensualidade e autovalorização, tendo assentado que a função judicante não deve suprir meramente aos anseios de particulares, não obstante, deve nortear como parâmetro de condução do rito processual os valores constitucionais, tal qual a própria Dignidade da Pessoa Humana.

Direciona-se o presente trabalho em perquirir o processo sobre espectro constitucional e, empós, em uma análise investigativa específica de sua estruturação e práxis perante ao ordenamento jurídico colombiano com o

critério de particularidade e singularidade verificado na instituição do “Jueces de Paez” frente ao Sistema Constitucional Brasileiro.

Por fim, a presente pesquisa objetivou realizar tal investigação respaldada em fontes bibliográficas, especificamente, aquelas que confluem com a realidade jurídica e social da Colômbia, não obstante, estruturada em uma interface com o sistema jurídico brasileiro, por meio de artigos e revistas científicas. Outrossim, sobressai a Constituição Política Colombiana de 1991 como matriz de referência para a linha teórica e argumentativa do artigo que se pretende explicativo, deveras, pautado em um espectro qualitativo.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR DE PROMOÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O modelo constitucional na Colômbia é regido pelo dirigismo político e normativo, o qual ser perfaz por uma capacidade em dirigir e gerenciar os processos políticos no país assegurada à Constituição, bem como legitima o indivíduo a reafirmar sua identidade pessoal e cultural (BULOS, 2015, p.109-110).

No Brasil, conferiu-se à Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III da CRFB/88) a posição de fundamento da ordem jurídica, uma vez que tal mandamento foi recepcionado como parâmetro substancial a repercutir na totalidade do regramento normativo infraconstitucional (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Este contexto de garantias mínimas ao jurisdicionados decorre do modelo estatal que se propõe de Bem-Estar Social e que tem, também, por objetivo potencializar a autodeterminação de seus cidadãos, assim como prepondera no Direito Constitucional Colombiano, por intermédio de um modelo democrático constitucional de inclusão e participação cidadã (ARAÚJO, 2013, p. 04).

Em prospecção globalizante, tal proposta de emancipação do cidadão frente à tutela estatal decorre igualmente de um respaldo para a democracia participativa e inclusiva, tal como propôs Härberle (1997, p.36):

A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional^o. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais.

Tal “delegação de responsabilidades” mencionada por Peter Härberle (1997) se perfaz por meio das manifestações institucionais, tal como na atuação do Poder Judiciário como terceiro imparcial na propositura de soluções efetivas ao conflito das partes litigantes.

Todavia, tal instituição não deve concentrar na atividade judicante o caráter de infalibilidade ou completude de uma decisão, uma vez que ela pode ser transcendida pelo exercício autônomo dos titulares do direito de ação como expressão de sua autodeterminação.

É necessário que os sujeitos do processo sejam emancipados em seu trato com o Estado, em uma conotação de legitimidade no debate constitucional direcionado a uma postura antrópica assecuratória de Direitos Fundamentais, consoante predica o jurista alemão.

Tal legitimação, deve ser assegurada não somente em uma estrutura jurídica formada no Direito Privado, tal como na relação entre particulares, como também carece de estruturação na seara jurídica processual quando há um intervencionismo

estatal mais explícito e tendente à constitucionalização do processo, tal como prenunciado pelo Jurista Ellio Fazzalari, ao propor uma Teoria do Processo pautada em um tratamento isonômico às partes diante dos postulados do Contraditório e do Devido Processo Legal. Não obstante, rompendo-se com a estrutura triádica de relação jurídica processual originalmente formulada por Oskar Von Bülow quedada à dualidade do litígio entre as partes subvencionada pela equidistância do magistrado (ARAÚJO, 2014, p.26).

Conforme o contexto estatal esposado, a retrógrada dicotomia entre Direito Público e Privado perde substancial teórico frente à constitucionalização do processo, deveras, viabilizada pela limitação da atuação estatal aos procedimentos legais que definem suas competências, organização e prerrogativas.

Dessa forma, constata-se que esta ambiência corroborada pelo Devido Processo Legal preponderou com o fim dos Regimes Totalitários de Estado a partir da segunda metade do século XX quando o Estado Democrático de Direito carecia de elementos jurídicos, como a dignificação humana, a fim de limitar as condutas de ilegalidade e abusividade perpetradas na administração estatal (MARTINS, 2017, p. 86).

Estas prerrogativas basilares assecuratórias de um estado de Legalidade, como expressão de garantia da Dignidade Humana, devem ser visualizadas em uma conjuntura jurídico-constitucional albergada na esfera processual, na qual tende a se distanciar de um possível viés pragmático e utilitário, conforme pontífice de Fachin e Gonçalves (2011, p. 09):

No ramo Processual, por outro lado, vivencia-se o afastamento do abstracionismo próprio das ciências cartesianas em favor do alinhamento ao caráter funcional destinado às ciências que estudam o Direito como conhecimento humano e social. Rompendo com o caráter de mero catálogo autônomo e isolado de regras procedimentais, o Direito Processual passa a integrar o conjunto de ferramentas para o cumprimento da função social do Direito. Assim como o Direito Civil

constitucionalizado, o Direito Processual volta-se à realização dos direitos fundamentais, sendo para isso informado e alimentado em sua concretização pelo mesmo paradigma que atua no ramo material do Direito Privado.

Em corroboração ao dever de congruência das regras processuais aos princípios constitucionais é válida a constatação de que a observância a estes parâmetros potencializa a independência e a manifestação consensual da vontade das partes, uma vez respaldadas na segurança jurídica e no paritário tratamento pela esfera judicante para a prática dos atos processuais.

Entende-se então, que os partícipes da lide processual poderão conduzi-la junto ao agente público legalmente autorizado a fiscalizar de forma colaborativa sua prática com respaldo de que suas imunidades, ora, objetivadas na expressão jurídica de dignidade não serão tolhidas.

Diante desta postura notoriamente consensual entre os partícipes processuais, assentou-se na seara constitucionalista que a autonomia da vontade confere fundamento de existência à DPH frente à expressão da autodeterminação potencial do indivíduo (CAMARGO, 2010, p.178).

Assim, fixada a compreensão de que a interpretação do processo com relevo constitucional na proteção da pessoa humana fincou as condições de respaldo jurídico necessárias para a promoção desta manifestação autônoma, é cabível perquirir quais mecanismos são utilizados na regência processual colombiana para garantir a perspectiva democratizante ora avençada.

2.A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DA COLÔMBIA EM UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

Transpassada uma conjuntura geral que pontua a autonomia da vontade como fundamento estruturante da DPH em um panorama de valorização dos direitos fundamentais e sociais, urge verificar como o postulado constitucional

analisado foi recepcionado pelo Ordenamento Jurídico da Colômbia com vista a sua estruturação e a sua efetividade processual neste País.

Em contraposição às garantias constitucionais já explicitadas e materializadas na Constitución Política de 1991, o constitucionalismo colombiano enquanto postulado de validade ao diploma processual civil, foi submetido a períodos institucionais de instabilidade, os quais representaram a volatilidade das constituições frente aos interesses de centralização de poder estatal.

Como expressão do Período de “Volatização” das Constituições na Colômbia, sobressaíram 11 (onze) normativos, os quais, por vezes, representaram apenas lideranças e interesses locais em detrimento dos anseios da coletividade populacional, destarte, sem demandar centralidade e unidade institucional (RAMIREZ, 2009, p. 36).

Prossegue Ramirez (2009) que somente com a Constituição de 1886 é que surge a proposta de uma Corte de Justiça que viria a ser nominada inicialmente como “Corte Suprema” e posteriormente Corte Suprema de Justicia incumbida de matérias civis, penais, laborais e constitucionais, por meio das Salas de Justiça. Na atualidade, compondo a última instância na jurisdição ordinária com função de exercer o controle de constitucional, por intermédio da Sala Constitucional (RAMIREZ, 2009, p. 639).

Esta atribuição de manter a coerência e integralidade na ordem jurídica pátria impacta a autonomia do processo constitucional colombiano, sobretudo, no prematuro viés garantidor de direitos fundamentais colaboradores com a manifestação pessoal de vontade, assim possibilitando, por exemplo, que uma pessoa comum do povo possa acionar em nome próprio o controle de constitucionalidade².

2 As alterações ao texto constitucional de 1886 compuseram 67 (sessenta e sete) mudanças entre os anos de 1910 e 1968, das quais se destacam a possibilidade do controle de constitucionalidade acionado por manifestação do cidadão colombiano, a inclusão dos direitos sociais em capítulo constitucional, por fim, com notável destaque para a reforma das estruturas administrativas do governo colombiano implementada pelo presidente Carlos Lleras Restrepo (RAMIREZ, 2009, p. 40). Comunga-se acerca do rol de legitimados para a propositura do controle de constitucionalidade o artigo 241, in litteris: A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y

Sob o espectro processual foi essencial que a estrutura estatal aportada pela Suprema Corte formalizasse vínculo institucional efetivo para conceder auto aplicação aos artigos da norma fundamental daquele País.

Além disso, como propor uma Constituição Política, se não é capaz de comportar mecanismos, tal qual o controle de constitucionalidade, que possa aproximar à população aos debates e discussões na vida pública da Administração.

Visualizado os aspectos teóricos que envolvem a sistemática de estruturação das esferas jurisdicionais colombianas, vê-se que a (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLÔMBIA, 1991) destinou o Título VIII para tratar da jurisdição, a qual foi devidamente individualizada em ordinária, contenciosa, constitucional, administrativa e especial ou especializada.

Limitar-se-á o estudo às propostas ordinária e especializada de jurisdição de forma individualizada, tendo o modelo de jurisdição ordinária sido concebido como aquele atinente aos litígios de conteúdo substancial, como cíveis, agrário, familiar, penal e trabalhista ou laboral.

Destarte, os órgãos de controle ou julgamento na esfera processual ordinária atuam com auxílio dos “Jueces del Circuito” e “Jueces Municipales”, com advento dos critérios de competência em razão da matéria e valor da causa definidos na dicção de Sica (2010, p. 04):

Jueces Civiles de Circuito, aos quais cabe julgar originariamente os procesos contenciosos civis e de suesación de mayor cuantía (acima de 90 salários mínimos mensais 12 – CPC, art. 19), os processos que envolvam sociedades (quando não houver na circunscrição juízes com competência especializada), os processos de jurisdição voluntária, dentre diversos outros (art. 16). Além disso, toca-lhes examinar, quando cabíveis, os recursos de apelación e de queja de procesos julgados pelos Jueces Municipales (art. 27).

supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. (CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991) – Grifou-se.

Aos “Jueces Municipales” são destinadas as demandas que envolvam temáticas jurídicas contenciosas civis ou sucessórias com valor da causa não superior à quinze salários mínimos e supletivamente ao Direito de Família quando não houver presente o juiz competente para a demanda (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 1970).

Alijado o procedimento ordinário, subsiste ainda a jurisdição especializada alicerçada em uma compreensão democrática de identificação cultural e autodeterminação, haja vista a outorga de proteção e autonomia aos povos indígenas.

É necessário visualizar, preliminarmente, que o caráter de valorização da população indígena em normatização constitucional e infraconstitucional decorre de uma característica comum às constituições latino-americanas, senão vejamos os apontamentos de Júnior (2014, p. 224):

Uma maneira peculiar de materialização do pluralismo jurídico é o reconhecimento da justiça indígena, paralela à juridicidade estatal. Deste modo asseveram os Arts. 192 da Constituição Boliviana e 171 da Constituição Equatoriana. Essa nova ordem jurídico-constitucional admite, portanto, a manifestação periférica de outro arquétipo de justiça e de legalidade, distinto daquele construído e utilizado há séculos, fortalecido sob os auspícios do Neoconstitucionalismo em especial pelo ativismo judicial.

Na oportunidade reingressa o debate introdutório de que o processo constitucional prenuncia à Dignidade do Homem quando potencializa a atuação deste em prol de direitos individuais e coletivos, deveras, representados no trato entre particulares e o Estado.

Nesse sentido, a jurisdição especializada indígena se apresenta como verdadeira representação do Neoconstitucionalismo, o qual também diagnosticou uma insurgência das populações locais aos ditames das Metrópoles que colonizaram os países latinos (JÚNIOR, 2014, p. 225).

Dessa forma, encontra-se a jurisdição especial dos jueces de paez direcionada a tutelar direitos que versem sobre convenções ou negócios firmados entre particulares no setor patrimonial que não recaiam sobre as reservas legais.

Apresenta-se este instituto jurídico no artigo 247³ da Constituição Política Colombiana com efeitos reverberados a partir da Ley 497 de 1999⁴, na ocasião que o legislador colombiano visou propor uma solução consensual entre os polos da relação jurídica, com o aporte dos usos e costumes locais. Naquela oportunidade se objetivava viabilizar o descongestionamento processual e a consequente diminuição de demandas processuais, como enfatiza Ramirez (2009, p. 647):

Su implementación responde al desarrollo de varias estrategias, entre ellas, la de desjudicializar los conflictos surgidos entre los ciudadanos, históricamente sometidos a la morosidad y costos de la justicia ordinaria; a la de acercar al ciudadano corriente a la implementación y adjudicación de la justicia en el núcleo de su comunidad; y al interés de aminorar los índices de litigiosidad entre los colombianos

Com efeito é constatável que a potencialização da autonomia já representa uma prioridade constitucional, pois já previa um instituto a ser implementado em legislação específica com a finalidade de promover a consensualidade entre as partes.

Em contraposição a esta implementação, no Brasil, a Constituição Federal não regulamentou de forma literal a previsão de regramento específico para instituir um Tribunal ou Juízo especializado na solução consensual de disputas.

3 Com destaque para a redação do artigo 247: La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular. (CONSTITUICION POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991).

4 Compete aos jueces de paz dirimir as contendas que versem acerca de direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles que podem ser transacionados ou alvo de conciliação salvaguardado o valor da matéria não superior a 100 (cien) salários mínimos legal, consoante prenuncia o artigo 9o da Lei colombiana que criou e regulamentou a previsão dos jueces de paz. (LEY 497,1999).

No Brasil em 2010, com a Resolução n°. 125 do Conselho Nacional de Justiça que ocorreu um planejamento efetivo por parte do Poder Judiciário em contemplar mecanismo de resolução de disputas e de estímulo à consensualidade no Processo Civil Brasileiro, com base nos Institutos da Mediação e da Conciliação previstos na Lei n° 13.105/2015, bem como especificado na Lei n° 13.140/2015.

Com destaque para a lúcida preleção de Martins (2017, p.21) ao consignar que os mecanismos consensuais de conflitos nacionais estavam resguardados ao estímulo da legislação ordinária:

Já havia a previsão de conciliação no processo civil e a semana nacional da conciliação, contudo não era algo sistematizado que impactasse na construção de uma cultura da consensualidade entre os atores do processo judicial. Diante da cultura adversarial da justiça brasileira, é necessária uma política permanente que consiga realmente ser um fator de transformação cultural.

Fez-se necessária a positivação na Lei 13.105/2015 que efetivamente incluiu como obrigatória uma etapa processual prévia de conciliação e mediação no procedimento processual civil com disciplina legal na Seção V do Código de Processo Civil Brasileiro nos artigos 165 e 175. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

A ausência de previsão constitucional no País para a implementação destes métodos de promoção da autonomia da vontade não foi suficiente para justificar a dificuldade de seu implemento em âmbito nacional, pois carecia também a ausência de legitimação do cidadão à participação mais ativa nas instituições democráticas, tal qual realizado pela Constituição Colombiana a partir dos sites dispositivos constitucionais e institutos jurídicos que o permearam.

Ademais, a ausência de um modelo jurisdicional brasileiro integralizado em caráter histórico com a Democracia a despeito de seu implemento no constitucionalismo colombiano dificultou a sensibilização pela

esfera judiciária em visualizar a seara processual integralizada à Constituição, uma vez que ausente de previsão constitucional um sistema jurisdicional de promoção do consensualismo dos polos processuais.

3. CONCLUSÃO

Portanto, o presente artigo teve o escopo de investigar a influência da Dignidade da Pessoa Humana na promoção de autonomia da vontade do cidadão em um Estado Democrático, sob espectro do processo constitucional colombiano. Nesse jaez, a Constitución Política de 1991 representou um mecanismo preponderante para que a população estivesse legitimada a exercer a participação democrática, que nesse contexto não ficou restrita ao aspecto teórico ou formal da Constituição.

Têm-se como meios de efetivação dessa legitimação cidadã a propositura de ações de inconstitucionalidades pelos cidadãos colombianos e no âmbito do sistema jurisdicional os jueces de paz, que viabiliza o estímulo ao diálogo a possibilitar o consensualismo entre as partes processuais.

Empós um breve comparativo ao ordenamento jurídico brasileiro quando demonstrada a ausência de uma proposta ou previsão constitucional apta à implementação de mecanismos processuais de estímulo da solução consensual de conflitos em oposição ao seu implemento no Estado Colombiano.

Por fim, o sistema constitucional vigente na Colômbia, foi estruturado a promover a autonomia da vontade, a qual não quedou restrita a literalidade do permissivo constitucional, e sim foi integralizada em seu Sistema de Jurisdição com o objetivo de promover a integração mais efetiva entre as normas infraconstitucionais e os mandamentos constitucionais dotados de auto aplicabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha . **Direito Processual Civil Colombiano**. In: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. (Org.). *Direito Processual Civil Latino Americano*. 1ed.Belo Horizonte: Arraes, 2013, v., p. 161-186.
- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O Processo Constitucional como Garantia da Efetividade dos Direitos Fundamentais; coordenação Bruno Gontijo et al. *Amagis Jurídica*. Belo Horizonte: **Amagis Jurídica**, ano VI, número 11, 2014, p. 19-48.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar 2020.
- BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 mar 2020.
- BRASIL. Lei nº. 13.140/2015, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 23 mai. 2021.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 4aed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- COLOMBIA. [Constituição (1991)]. *Constitución Política de Colombia 1991*. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- COLOMBIA. Decreto 1400 de 1970 (agosto 06). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Disponível em: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1740641>
- COLOMBIA. Ley 497 de 1999 (febrero 10). Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0497_1999.html
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 23 mai. 2021.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação*. Coordenação Ana Maria de Lucena Rodrigues et al. **Revista de informação legislativa**.

BRASÍLIA: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 48, n.190, abr./jun. 2011, p. 07-13.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

MARTINS, Dayse Braga. **A jurisdição no contexto de constitucionalização do direito e a instituição do novel princípio da consensualidade**: análise da indispensável requalificação de mediadores e conciliadores judiciais entre as profissões jurídicas. 2017. 509 f. Tese (doutorado) -Universidade de Fortaleza, Programa de Doutorado em Direito Constitucional. Fortaleza, CE: [s.n.], 2017.

JÚNIOR, William Marques Paiva. Notas em Torno do Valor Democrático no Novo Constitucionalismo Latino-Americano; coordenação Flávio José Moreira Gonçalves et al; William Marques Paiva Júnior et al. **Revista da Faculdade de Direito**. Fortaleza, v. 35, jan/jun 2014, p. 205-252.

RAMIREZ, Manuel Fernando Quinche. **Derecho Constitucional Colombiano de la carta de 1991 y sus reformas**. 1a.ed. Colombia: Universidad de Rosario, 2009.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Direito processual civil colombiano**. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.) *Direito processual civil americano contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p.95-128.

CAPÍTULO 4

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E ADMISSIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL: UM COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ALEMANHA

Thanara dos Santos Moreira¹
Marcus Vinícius Nogueira Rebouças²
Mariana Moreira Vale³
Rodrigo Pinheiro Moura de Oliveira⁴

RESUMO: O presente artigo tem por objeto analisar, de forma comparativa, os sistemas recursais brasileiro e alemão, especificamente em relação ao princípio do duplo grau de jurisdição e ao juízo de admissibilidade. A problemática central reside no fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do duplo grau de jurisdição está implícito na Constituição Federal de 1988; e, na Alemanha, haver a mitigação desse princípio, em decorrência da Tripla Dimensão do Princípio da Proporcionalidade. Metodologicamente, empregou-se metodologia de natureza qualitativa, exploratória, bibliográfica e, quanto aos fins, pura. Conclui-se que, diferentemente do princípio da voluntariedade recursal do sistema brasileiro, o Direito Alemão estabelece parâmetros de admissibilidade para o reexame das decisões.

Palavras-chave: Recursos; duplo grau de jurisdição; juízo de admissibilidade; Direito Alemão; Sistema brasileiro.

-
- 1 Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza, cursando o 11º período.
 - 2 Advogado e Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza.
 - 3 Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.
 - 4 Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), 11º semestre.

1. CONCEITO DE RECURSO

A história nos mostra que, essencial e inquestionavelmente, o Direito surge das correntes jusnaturalistas, mas sua legitimação repousa no contrato social. Quando alguém se ver lesado ou ameaçado de seu direito, o Direito Constitucional garante que o cidadão busque uma instituição democrática para solucionar o conflito. A essa instituição, dá-se o nome de Poder Judiciário.

Quando o indivíduo instrumentaliza sua pretensão por meio da petição inicial, o órgão jurisdicional competente se encarrega de convocar o lado oposto, através do instituto da citação, para compor o que se denomina de relação jurídica processual, dando-lhe a oportunidade de se manifestar. Ao se criar essa relação entre parte, autor, réu e eventuais terceiros, juridicamente interessados na causa, não conseguimos perceber que o “contrato” se firma. A execução desse instrumento começa desde o ajuizamento da ação até a prolação da sentença. Quando o juízo “decide” o litígio, sem entrar no mérito de ter, efetivamente, resolvido os reais motivos que ensejaram à propositura da ação, pensamos que o contrato se expira. Porém, assim como os contatos podem ser revistos, as decisões judiciais, seja em qual nível for (interlocutória terminativa, sentença, acórdão), igualmente poderão e, às vezes, necessitarão ser reexaminadas, como no caso do duplo grau de jurisdição obrigatório, também chamado de remessa necessária.

Dito isto, um sujeito que, outrora, ocupara a posição de réu e não concordara com a cláusula final do “contrato”, pode reivindicá-la. Ninguém é obrigado a aceitar um “estado de injustiça” e, longe de questionar o que é justiça, o direito de recorrer, de se insurgir contra uma decisão nada mais é do que uma faceta do direito de ação. Seria ilógico e teratológico a Lei Fundamental dar o direito de um acionar e não dar o mesmo direito de demandar, por intermédio de um meio de impugnação, a decisão de uma autoridade.

Assim, nasce o recurso, nada mais do que uma ferramenta de materialização do acesso à justiça do insatisfeito, um mecanismo de correção de eventuais pronunciamentos incorretos, um meio de manter a jurisprudência

íntegra, estável e coerente (caso não tenha sido observada em primeira instância) e, principalmente, para manter a integridade constitucional, já que o recurso é, constitucionalmente, consagrado.

Transferindo a atenção para o Direito Alemão, conforme conceituação de Beneduzi (2018, p. 117), os recursos (*Rechtsmittel*) atuam como remédios processuais no campo do processo civil germânico, agindo da mesma forma que nós, brasileiros, já conhecemos. Os recursos, na Alemanha, servem para impugnar, diante de um juízo de instância superior, uma decisão que inflige prejuízo à parte, demonstrando necessidade de modificação ou anulação.

Desse modo, somos capazes de desenhar um ponto de convergência entre ambos os sistemas recursais: germânico e brasileiro. Nas duas jurisdições, os recursos são meios de prolongar a litispendência, ou seja, de sobrestar a interposição de nova ação com as mesmas partes, mesmo pedido e causa de pedir, de modo a incitar o reexame das decisões judiciais não transitadas em julgado, dentro do mesmo processo, buscando prover aos litigantes a solução mais justa e efetiva para a demanda apresentada perante o Judiciário.

2. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Os princípios são considerados mandamentos que servem de sustentáculo ao império da lei e à supremacia da Constituição. Os “princípios-mãe” do ordenamento jurídico brasileiro estão previstos no art. 5º do Diploma Constitucional, especialmente, o princípio do acesso à justiça, estampado em seu inciso XXXV. Acesso à justiça pode ser compreendido como o direito fundamental utilizado para que a parte e que os terceiros interessados juridicamente em um direito e/ou relação jurídica possam se valer das vias judiciais quando se sentirem ameaçados ou lesados.

Nessa inteligência, com maestria, Sheleder (2006, p. 157), vai além e preconiza que o acesso à justiça é “um direito natural, um valor inerente

ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que inquieta o ser humano tem raízes fincadas na teoria de direito natural”.

O que comumente chamamos de direito de ação ou acesso à justiça, na Alemanha, se denomina de *Justizgewährungsanspruch*, ou ainda *Justizanspruch*, que está previsto no art. 17 da **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Esse instituto do processo civil alemão obriga o Estado a dar uma resposta à demanda do autor e assegura às partes um processo efetivo e justo. Em analogia ao ordenamento jurídico brasileiro, podemos dizer que ele seria a junção do acesso à justiça e do devido processo legal, ambos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, nos incisos XXXV e LIV do seu art. 5º.

Passada essa nota introdutória, cheguemos ao objeto direto de discussão neste tópico, a tratar do duplo grau de jurisdição, ou seja, da possibilidade de recorrer da decisão a órgão superior. No Direito Comparado, esse direito/princípio/garantia surgiu com o caso MOHAMED VS. ARGENTINA, restando como vencido Mohamed e, historicamente, dando-lhe o direito de recorrer da decisão.

Na dicção da jurista Djanira Maria Radamés de Sá (1999, p.88), o duplo grau de jurisdição consiste na “[...] possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior”.

Abarcando a concepção germânica do princípio, nas palavras de Renato Beneduzi, em sua obra *Introdução ao Processo Civil Alemão*, (2018, p. 118):

Doutrina dominante, todavia, não entende o direito ao recurso como um direito fundamental que pudesse derivar da *Justizgewährungsanspruch*, razão pela qual é lícito ao legislador ordinário excluí-lo em certas hipóteses, quando esta exclusão se justificar, ou limitar o seu exercício, restringindo a admissibilidade e o escopo de recursos [...]

A partir dessa afirmação, podemos concluir que, no processo civil alemão, o direito de ação e o direito ao recurso não se confundem e nem se misturam, de modo que a impugnação das decisões judiciais se torna muito mais uma faculdade do legislador do que uma garantia a ser provida pelo Estado aos cidadãos.

No Brasil, a problemática reside no fato de o duplo grau de jurisdição não estar previsto, expressamente, na Constituição Federal de 1988, mas, o mesmo Texto, ao mesmo tempo, atribuir competência recursal. Em decorrência disso, considera-se o duplo grau de jurisdição como desdobramento do princípio do acesso à justiça a nível recursal, já que o art. 5º, LV do mesmo Texto, apregoa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e **recursos** a ela inerentes”. Com base nessa previsão, entende-se que é um princípio constitucional implícito.

Por oportuno e com o escopo de firmar se o duplo grau de jurisdição é um princípio implícito ou explícito na Constituição Federal de 1988, não esqueçamos que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto nº 678, de 06/11/92, assinada na época em que vigia a Constituição de 1967 e retificada sob a égide da Constituição de 1988. Por ter o Brasil aderido a esse tratado, deve observância aos seus preceitos e, um deles, estampado no art. 8.2, *h*, consagra como princípio de observância obrigatória o duplo grau de jurisdição em matéria penal, com fundamento na preservação do princípio da inocência. Infelizmente, a Convenção não se pronunciou, por exemplo, quanto à garantia do duplo grau de jurisdição nos Processos Civil e Trabalhista, como ponderaram CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 81.

Autores como Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier, Djanira Maria Radamés de Sá, Nelson Nery Junior e Calmon de Passos pugnam pelo status de garantia constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição, afirmando que este instituto deriva diretamente

do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e está ligado aos fins máximos do Estado, sendo um meio de concretização da Justiça.

Contudo, a posição do Supremo Tribunal Federal marca a influência do processo civil alemão no ordenamento jurídico pátrio. Decisões da Suprema Corte afirmam que a aludida Convenção não prevalece frente às disposições constitucionais e, portanto, não é cabível elevar o duplo grau de jurisdição ao patamar de garantia constitucional, de modo que o legislador ordinário e o próprio constituinte ficam autorizados a limitar o acesso ao direito ao recurso e, até mesmo, excluir a possibilidade do cidadão de exercê-lo.

Entretanto, o ordenamento jurídico alemão não faz restrições ao duplo grau de jurisdição de forma indiscriminada. Apesar de não ser considerado como direito fundamental abarcado pelas disposições constitucionais e infraconstitucionais alemãs, tal instituto deve ser mitigado a partir da Tripla Dimensão do Princípio da Proporcionalidade, teoria desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.

Os contornos do Princípio da Proporcionalidade, segundo o entendimento alemão, são formados por três elementos: a adequação (*Geeignetheit*) – a medida deve ser apta a alcançar os fins a que se destina; a necessidade (*Erforderlichkeit*) – a medida não pode ser excessiva e deve ser o meio menos gravoso para dirimir a problemática; e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*) – a medida deve ser designada para proteger bens tão importantes quanto os que estão sendo restringidos; todos sedimentados pelo BverfGE, 30, 316, decisão proferida em 16/03/1971, que afirma:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

É notória a relevância da mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição na Alemanha, o que se pode asseverar pelos dados apresentados pelo ilustre Renato Beneduzi (2018, p.47 e 48), ao apontar que, no ano de 2015, foram distribuídas 330.035 demandas cíveis perante os LG (Landgerichte), e julgadas 332.085. E, no ano de 2014, haviam sido 332.044 e 334.499, respectivamente. Também para o LG, foram distribuídos 52.742 recursos em matéria cível em 2015, e julgados 52.932. No ano de 2014, haviam sido 54.981 e 52.933, respectivamente. Em 2016, por fim, o tempo médio de tramitação de um feito perante os LG foi de 9,9 meses, quando funcionam eles como juízes de primeiro grau, e de 9,2, quando exercem competência recursal. Não estão eles, por isso, também, congestionados, como seus congêneres brasileiros.

No artigo “*Correlação entre demanda, quantidade de juízes e desempenho judicial em varas da Justiça Federal no Brasil*”, dos autores Adalmir Oliveira Gomes e Maria Eduarda Mendonça de Freitas publicado na Revista Direito GV, 2017, página 568, afirma que no Brasil, conforme o relatório Justiça em Números, elaborado anualmente pelo CNJ, mostra que o acervo de processos pendentes no Judiciário Brasileiro tem aumentado consideravelmente desde que os dados começaram a ser coletados, em 2003. No final de 2015, o acervo total de processos pendentes em todos os seguimentos do Judiciário atingiu a marca de 74 milhões (Conselho Nacional de Justiça, 2016). De cada 100 processos que tramitaram em todo o Judiciário em 2013, apenas 37 foram baixados. Considerando apenas a Justiça Federal, a situação é ainda pior, somente 33 foram baixados (Conselho Nacional de Justiça, 2014).

Outro dado revelado pelo relatório Justiça em Números é que, desde 2011, a quantidade de processos baixados é menor que a quantidade de processos novos, ou seja, a justiça brasileira não consegue julgar nem a quantidade de processos novos que recebe por ano, muito menos os processos que estão parados no acervo (Conselho Nacional de Justiça, 2014). Em consequência disso, a carga de trabalho de juízes aumenta todos os anos. Em

2015, a quantidade de processos dos juízes cresceu em média 6,5% em relação ao ano anterior (Conselho Nacional de Justiça, 2016).

3. ESTUDO DAS ESPÉCIES RECURSAIS

O Código de Processo Civil de 2015, diploma que rege o direito processual civil brasileiro, prevê, em seu artigo 994, nove tipos de recursos, cada um com especificações próprias. O rol traz, como meios de impugnação das decisões judiciais, a apelação, o agravo de instrumento, o agravo interno, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário, o agravo em recurso especial ou extraordinário e, por fim, os embargos de divergência.

Em virtude do fato de esse artigo ser um breve estudo, não iremos aprofundar a análise de cada um desses meios recursais elencados no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, prosseguiremos à análise comparativa daqueles que fazem equivalência com os institutos processuais utilizados na Alemanha para manifestar a insatisfação da parte para com o julgamento proferido pelos órgãos jurisdicionais do país.

O *Zivilprozessordnung* ou ZPO, correspondente ao Código de Processo Civil da Alemanha, traz apenas três tipos de espécies recursais. A partir daqui, iniciaremos a exploração de cada uma delas, bem como o confronto destas com os recursos elencados no rol do artigo 994 do CPC.

3.1. BERUFUNG

Num primeiro momento, temos a figura da *Berufung*, prevista na ZPO (*Zivilprozessordnung*), a partir do § 511, que é equivalente ao que conhecemos por apelação. É o recurso utilizado para impugnar sentenças finais (*Endurteile*) e decisões definitivas proferidas, de forma incidental, dentro do

processo, como um instrumento de contenção de erros (*Fehlerkontrolle*) de matéria fática ou jurídica.

Diante das disposições do § 511 da ZPO, é possível estabelecer duas categorias distintas da *Berufung*, trazidas por Renato Beneduzi (2018, p. 119). A primeira delas, *Wertberufung*, também chamada de Apelação de Valor, é aplicada aos casos onde o valor de alçada⁵ da decisão ultrapassa o montante de 600 (seiscentos) euros. Sequencialmente, a *Zulassungsberufung* ou Apelação por Admissão se encaixa na situação oposta, quando a soma do prejuízo causado é inferior a 600 (seiscentos) euros e, portanto, para ser admitida, precisa que haja o reconhecimento de uma significação fundamental (*grundsätzliche Bedeutung*), de modo a possuir expressividade para o desenvolvimento do Direito (*Fortbildung des Rechts*) ou se fazer essencial à manutenção da uniformidade da jurisprudência (*Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung*).

Trazendo essa figura para o processo civil brasileiro, temos que esta faz identidade com o instituto da apelação, que é o meio de impugnação cabível para confrontar quaisquer sentenças, terminativas ou não, nos casos onde não se aplica a interposição de agravo de instrumento (CPC, art. 1009, § 1º).

Ambas as espécies recursais são válidas para reanálise das questões de fato e de direito trazidas pelas partes. Quando a apelação se dispõe a identificar erros de julgamento cometidos pelo juízo de primeira instância, falamos em *error in judicando*. Por sua vez, quando tratamos de vícios na atividade jurisdicional que acarretam a invalidade da sentença ou uma mácula no trâmite processual, estaremos diante do *error in procedendo*.

No Brasil, a apelação, que terá seu julgamento de mérito feito diretamente pelo órgão *ad quem*, será de competência dos Tribunais de Segunda Instância. Como focamos nosso estudo às causas cível, a atribuição ficará a cargo dos Tribunais de Justiça dos Estados. Por seu turno, na Alemanha, a

5 O conceito de valor de alçada será tratado posteriormente. Vide tópico 4.3.

Berufung será julgada pelas chamadas Cortes de Apelação, em sede de processo civil, pelas câmaras cíveis dos *Landgerichte* ou pelo *Oberlandesgericht*, nos casos onde a demanda se mostre de sua competência (§ 72 GVG).

3.2. REVISION

Seguidamente, surge a *Revision*, recurso que se assemelha ao recurso especial (REsp) brasileiro, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ele é cabível contra sentenças finais proferidas pelos tribunais de apelação e, de forma excepcional, de algumas decisões interlocutórias. Por sua vez, será julgado pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), órgão de cúpula das demandas cíveis na Alemanha, sendo chamado também de Corte Federal de Justiça.

Assim como a *Berufung*, a *Revision* é um meio de impugnação das decisões judiciais que, igualmente, se ramifica em duas espécies. A *Revision* por Admissão ou *Zulassungsrevision* (§ 543 (2) da ZPO) é aquela aplicada quando a demanda é dotada de significação fundamental ou nas situações onde, de ofício, o *Bundesgerichtshof* (BGH), tribunal de cúpula da justiça ordinária, reconhece estar diante de uma decisão maculada por erro flagrante.

Além disso, esse meio de impugnação pode ser admitido como forma de recorrer diretamente das sentenças de primeiro grau, configurando uma interposição *per saltum*, nas hipóteses onde o valor do prejuízo (*Beschwer*) causado pela decisão impugnada ultrapassar 600 (seiscentos) euros e ambas as partes acordarem em renunciar ao direito de interpor apelação (*Berufung*).

O objetivo principal da *Revision* é garantir a tutela de um direito objetivo e a padronização da jurisprudência, de modo a demonstrar, como fundamento, uma transgressão a direito objetivo de uma norma revisável (§ 546 ZPO). Ao observar o art. 105 da Carta Magna, que trata da aplicação do Recurso Especial, infere-se que a base dos parâmetros de ambas as espécies

recursais é a mesma, a violação de leis. Entretanto, a diferença a ser traçada se firma no fato de que a Constituição Federal protege por meio do REsp a legislação federal, enquanto o processo civil alemão, segundo o seu § 547 da ZPO que traz os fundamentos absolutos da *Revision*, expande a abrangência da sua tutela para normas além das federais.

3.3. BESCHWERDE

Por último, temos o recurso residual ou *Beschwerde*. Esse meio recursal é utilizado para impugnar decisões acessórias, ou seja, aquelas que foram proferidas durante o processo, mas não se classificam como sentença. Essa espécie recursal, apesar de fazer alusão aos agravos previstos pelo CPC, será analisada apenas em grau descritivo, não em grau comparativo, uma vez que não existe compatibilidade suficiente entre esse instituto e os recursos garantidos pelo processo civil brasileiro.

O recurso da *Beschwerde* é gênero do qual derivam três espécies: a *sofortige Beschwerde*, que é uma queixa imediata, expressamente autorizada por lei, contra decisões decretadas por órgãos de primeira instância (*Amtsgericht* e *Landesgericht*); a *Rechtsbeschwerde*, uma queixa sobre falhas acerca das questões jurídicas da decisão, aplicável nas hipóteses previstas no texto legal; e, por fim, a *Nichtzulassungsbeschwerde*, instrumento para impugnar as decisões denegatórias de admissibilidade da *Revision*.

Cada uma a seu modo, a *sofortige Beschwerde* se dispõe a reexaminar questões fáticas e jurídicas trazidas pela parte, porém priorizando a sua função primordial de contenção de erros nas decisões judiciais. Contudo, a *Rechtsbeschwerde*, destinada ao BGH, se limita a analisar apenas os aspectos jurídicos que são alegados, ligados ao direito objetivo (*Rechtsverletzung*), que se manifestam nas situações onde uma norma não é aplicada, quando deveria, ou onde esta é aplicada erroneamente.

4. DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Substancialmente, o conceito de recurso, em ambos os Direitos, é semelhante. Tanto no Brasil quanto na Alemanha, esse instituto processual consiste na possibilidade de reexame das decisões judiciais por um órgão de hierarquia superior àquele que proferiu tal julgamento, a fim de solucionar a irresignação de uma das partes do processo.

Como regra aplicável aos dois ordenamentos, o julgamento dos recursos é repartido em duas fases distintas, porém sucessivas e co-dependentes: o juízo de admissibilidade e o exame de mérito. Falamos em co-dependência entre as etapas, pois, para haver o julgamento do mérito recursal, é necessário que o recurso seja, antes de tudo, admitido. Ou seja, o recurso, para ser objeto de reanálise, deve suprir todos os requisitos de admissibilidade presentes na legislação.

Na Alemanha, devido à reforma que se deu no âmbito processual civil em 2001, os recursos dirigidos a instâncias inferiores deixaram de ser de interesse apenas das partes, de forma que as Cortes de Segundo Grau passaram a ter o condão de inadmitir recursos, a não ser que estes possuam significação fundamental ou novas teses de direito a serem analisadas.

4.1. REQUISITOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE

De acordo com o processo civil pátrio, para os recursos classificados como ordinários, aqueles onde o objeto principal é a sucumbência da parte insatisfeita e o prejuízo causado a esta, o juízo de admissibilidade é feito confrontando os requisitos da legitimidade, do interesse, do cabimento, da tempestividade, do preparo, da regularidade formal e da inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer.

Os requisitos de admissibilidade, mostrados na doutrina, são divididos intrínsecos e extrínsecos. A primeira categoria de critérios diz respeito à relação natureza-conteúdo, enquadrando-se nela o cabimento, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo, a legitimidade e o interesse de recorrer.

Respectivamente, a cadeia dos requisitos extrínsecos é formada por fatores que não dizem respeito à decisão impugnada, sendo estes a tempestividade, o preparo e a regularidade formal.

Sobre os intrínsecos, o requisito do cabimento é relacionado a dois princípios, fungibilidade e unirrecorribilidade, à necessidade da decisão ser recorrida e a utilização do recurso correto para a situação. Ressaltando que as duas circunstâncias devem estar presentes para que esteja preenchido de forma correta. A legitimidade para impugnar uma decisão está presente no artigo 996, CPC e faz relação ao requisito do interesse de recorrer, pois caracteriza-se pela sucumbência, ou seja, o real interesse é a situação do prejuízo causado. (PEREIRA, 2015, s.p.).

Por fim, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo fazem referência a atitudes que podem impossibilitar o recurso de ser admitido, e “cabe diferenciar que são fatos impeditivos: a desistência da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação – expostos acima; ainda, a transação, a renúncia ao recurso e a aquiescência. Por sua vez, o fato extintivo do poder de recorrer é somente a desistência do recurso, já em andamento.” (PEREIRA, 2015, s.p.).

Já sobre os requisitos extrínsecos, a tempestividade faz relação a interposição do recurso dentro do prazo estipulado em lei. Basicamente, os prazos dos recursos são 5, 10, 15 dias, a depender. A regularidade formal está relacionada as especialidades e regras de cada recurso. Porém, além das específicas, há formalidades que devem ser cumpridas por todos: “(i) o recorrente deve estar devidamente representado em juízo, ou seja, a petição deve estar assinada bem como o advogado deve ter procuração com poderes para representá-lo nos autos; (ii) é de praxe que o recorrente para interpor recurso peticione ao juiz que prolatou a decisão recorrida, e em anexo encaminhe as razões do recurso, direcionadas ao Tribunal competente.” E para finalizar, o preparo, que se refere ao pagamento das custas relacionadas ao processamento do recurso (PEREIRA, 2015, s.p.).

Por sua vez, nos recursos categorizados como especiais ou excepcionais, onde o foco sai do direito subjetivo da parte e vai para a proteção de direito objetivo e para a uniformização da aplicação do Direito, um requisito de admissibilidade é adicionado à lista supramencionada e se torna tão essencial quanto os demais para o conhecimento do recurso. Trata-se da repercussão geral, que pode ser encontrada no Código de Processo Civil, em seu art. 1.035, § 1º, caracterizando-se pelo fato de apresentar questões economicamente, politicamente, socialmente ou juridicamente relevantes.

Frisando o Processo Civil Alemão, no âmbito do juízo de admissibilidade, os requisitos gerais são apenas três. O primeiro deles, idoneidade (*Statthaftigkeit*), corresponde ao que conhecemos como cabimento, sendo a necessidade de o recurso escolhido ser apropriado para impugnar a decisão que será objeto de análise. O seguinte, observância de forma e prazos (*Frist und Form*), abarca tanto a tempestividade quanto a regularidade formal, de modo que o recurso deve ser apresentado no prazo e forma previstos em lei. Por fim, tem-se o requisito do gravame (*Beschwer*), que equivale ao critério do interesse, de modo que a parte deve fazer prova do prejuízo que criou tal ímpeto de recorrer da decisão proferida.

4.2. SIGNIFICAÇÃO FUNDAMENTAL

A princípio, é possível tirar a conclusão de que há maior facilidade de admissão dos recursos na Alemanha, levando em consideração o aspecto quantitativo de que, visivelmente, lá existe um rol mais enxuto de critérios. Entretanto, o Processo Civil Alemão, após reforma no ano de 2001, adicionou ao juízo de admissibilidade de todos os recursos, ordinários ou extraordinários, o requisito da significação fundamental (*Grundsätzliche Bedeutung*).

É importante, todavia, traçar um limiar interpretativo entre os conceitos de significação fundamental e de repercussão geral. Para o Processo Civil Brasileiro, a repercussão geral é um conceito aberto que deve ser identificado a partir da análise singular do caso concreto apresentado, salvo

nas hipóteses de presunção legal absoluta (vide art. 1.035, § 3º do CPC/15). Nesse assunto, discorre Fredie Didier Jr. (2018, p. 432):

“Como se trata de conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento da hipótese de incidência não prescinde do exame das peculiaridades da situação concreta. Como bem afirmam Marinoni e Arenhart, não é possível estabelecer uma noção a priori, abstrata, do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, sempre, das circunstâncias do caso concreto.”

Contudo, quando nos remetemos ao direito germânico, somos apresentados a um conceito bem mais delimitado de significação fundamental. A jurisprudência alemã valida a existência desse filtro de admissibilidade em três situações. Para a demanda recursal ser aceita, ela precisa ter importância para uma grande quantidade de casos, de modo que o seu julgamento venha a oportunizar uma atividade de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito. Portanto, diz-se que a significação fundamental abre espaço para uma visão de macrojustiça, onde admite-se a ampliação de uma situação típica para demais casos similares.

Além disso, esse requisito de admissibilidade também é reconhecido, assim como no Brasil, quando a decisão impugnada ignora as disposições jurisprudenciais já consolidadas pelos tribunais superiores.

Em linhas gerais, é possível observar grandes pontos convergentes entre ambos institutos processuais. As demandas afetadas por esse tipo de repercussão/significação, na concepção germânica e brasileira, são aquelas onde o direito objetivo se sobrepõe ao direito subjetivo, ou seja, onde é possível visualizar desdobramentos da lide para situações além daquela que foi apresentada ao órgão jurisdicional, configurando muito mais uma busca por segurança jurídica do que um simples julgamento de demanda recursal.

Os contrastes entre os dois conceitos aparecem não na definição, mas na aplicação. Enquanto, no Brasil, temos a repercussão geral como requisito de admissibilidade apenas dos meios de impugnação que julgamos

extraordinários, ou seja, aqueles que são destinados à análise dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário (STJ e STF), na Alemanha, o reconhecimento da significação fundamental deve ser feito em todo e qualquer recurso interposto, seja qual for o órgão competente para julgá-lo. Todas as espécies recursais previamente apresentadas nesse artigo trazem consigo a necessidade de demonstrar uma relevância material no objeto da demanda para que sejam apreciadas, caso contrário, as Cortes de Julgamento terão margem e respaldo legal para inadmitir o recurso.

Desse modo, percebe-se que o processo civil brasileiro, ao estruturar seu sistema recursal, previu um certo tipo de dificuldade gradual de acesso ao duplo grau de jurisdição, dando oportunidade às partes, nas demandas levadas à primeira e segunda instâncias, de interpor recursos que visem proteger o seus direitos subjetivos, relativos tão somente à lide exibida no caso. Ao estudar o pensamento germânico de organização judiciária, vemos que o conceito de economia processual invadiu os recursos e trouxe esse tipo de barreira à pretensão do sujeito da relação jurídica que saiu prejudicado com a decisão, tendo em vista que a significação fundamental não é o único meio de obstacularização, existindo ainda o valor de alçada que será abordado a seguir.

4.3. VALOR DE ALÇADA E AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DOS JUÍZOS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Uma das obstacularizações impostas a interposição de recursos na Alemanha é o estabelecimento de um valor de alçada para que a impugnação seja admitida pela Corte julgadora. O que isso significa, na prática, é que existe uma barreira entre a parte e o acesso ao duplo grau de jurisdição, de modo que a decisão, em regra, só será levada em consideração para reexame caso haja uma espécie de “prejuízo mínimo”.

Como regra geral no processo civil alemão, as decisões que demonstrem valor aquém da soma de 600 (seiscentos) euros não poderão

ser objetos de recurso. Nesses termos, o § 511 (2) do ZPO, que versa sobre a *Berufung*, coloca como requisito de admissibilidade a exigência de que a decisão recorrida provoque um dano superior à alçada de 600 (seiscentos) euros. De modo que, as causas que possuam um agravo menor que o montante citado serão aceitas apenas de forma excepcional, caso seja comprovada a existência da significação fundamental (*Grundsätzliche Bedeutung*).

Ademais, como ressalva para a admissão de causas de valor abaixo do exigido pela lei, poderá a Corte que proferir o julgamento dar autorização para que a decisão seja impugnada posteriormente, uma espécie de aval para a interposição recursal. Isso pode ser observado, principalmente, no instituto da *Revision*, consoante com o § 543 (1) da ZPO, de sorte que, para ser objeto de apreciação do BGH (*Bundesgerichtshof*), o julgamento da apelação, proferido pelos *Amtsgericht* ou pelos *Landesgericht*, deve conter a análise e a determinação se existe perspectiva de recurso daquela sentença/acórdão.

Quando trazemos esse pano de fundo em contraposição com a realidade brasileira, vemos que o nosso país abre muito mais oportunidades de impugnação das decisões judiciais, de modo que, marcado pela voluntariedade e pela constitucionalidade do acesso à justiça, o CPC/15 oferece diversos meios recursais para que os insatisfeitos possam levar as suas reivindicações ao crivo do Poder Judiciário, empregando requisitos de admissibilidade simples e democráticos, de maneira a expandir a ponte entre as partes e o devido processo legal.

A conclusão que se constrói dessa análise, ao confrontar tais aspectos germânicos com a política recursal brasileira, é a de que o Direito Alemão traça parâmetros de relevância para a admissibilidade do reexame das decisões. O simples descontentamento da parte com o desfecho da sua lide não lhe é suficiente para que essa impugnação seja levada em consideração e, com isso, a voluntariedade, elemento tão prezado da essência dos recursos brasileiros, acaba sendo relativizada, dando lugar ao aspecto objetivo de valorar a viabilidade daquela interposição numa visão muito mais coletiva do que numa visão *intra partes*, abrangendo o Direito e todos os elementos nele envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. Grupo GEN, 02/2020. [Minha Biblioteca].

Humberto, THEODORO J. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. III**. Grupo GEN, 12/2019. [Minha Biblioteca].

Scarpinella, BUENO, C. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 2**. Editora Saraiva, 2019. [Minha Biblioteca].

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. 132p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 535p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. O significado constitucional do acesso à justiça. **Revista brasileira de direito constitucional**. São Paulo, n. 7, v. 2, p. 144-160, jan/jun, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 junho 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16º de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 junho 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e**

querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 15. ed. Reform. Salvador. Editora JusPodivm. 2018.

PEREIRA, Lucas Homem de Mello. **Requisitos de admissibilidade dos recursos cíveis**. [S.l.]: Jus Brasil, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38995/requisitos-de-admissibilidade-dos-recursos-civeis#:~:text=Os%20requisitos%20de%20admissibilidade%20recursal,tempestividade%2C%20preparo%20e%20regularidade%20formal>. Acesso em: 12 junho 2020.

BENEDUZI, Renato Resende. **Introdução ao Processo Civil Alemão**. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

GOMES, Vinicius da Costa. **Estudo comparado analítico e descritivo do processo jurisdicional da Alemanha e do Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aa8da3e60fb65cda>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

MACEDO, Adriana Gomes Medeiros de.; SOARES, Fernando de Carvalho. **O duplo grau de jurisdição: uma garantia constitucional?** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ce3bd302af473f2>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do Processo Civil alemão. **Revista de Processo**, v. 28, n. 111, p. 103-112, jul./set. 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito processual civil contemporâneo: Processo de Conhecimento, Procedimentos Especiais, Processo de Execução, Processo nos Tribunais e Disposições Finais e Transitórias**. 5ª Edição. Editora Saraiva Jur, 2018.

J.M. Barendrecht; K.F. Bolt; M.W. de Hoon. **Appeal Procedures: Evaluation and Reform**. Disponível em: https://www.wodc.nl/binaries/appeal-procedures_tcm28-68170.pdf. Acesso em: 7 de julho de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição**. Brasília a. 33 n. 131 jul/set. 1996. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176432>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Requisitos de relevância no sistema recursal alemão**, in: FUX, FREIRE, DANTAS (Coords.). A repercussão geral da questão constitucional. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/12973611/Requisitos_de_relev%C3%A2ncia_no_sistema_recurisal_alem%C3%A3o. Acesso em: 9 de julho de 2020.

FOSTER, Nigel G., SULE, Satish. **German Legal System and Laws**. Fourth Edition. Oxford University Press. 2010. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=BkWcAQAAQBAJ&pg=PA41-IA97&lpg=PA41-IA97&dq=german+appeal+system&source=bl&ots=1L0esAne-a&sig=ACfU3U1zwYCKdG_Km5H82D4dRzBaeZGOdA&hl=pt-PT&sa=X&ved=2ahUKEwjxrezI28DqAhUoIbkGHedtDxMQ6AEwDnoECAoQAQ#v=onepage&q=german%20appeal%20system&f=false. Acesso em: 8 de julho de 2020.

GUANDALINI, Raphael. **Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: Contradições relativas à sua natureza jurídica**. Disponível em: <https://rafaelgv.jusbrasil.com.br/artigos/608925713/principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

LOPES, Alexandre Eduardo Bedo. **Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: aspectos gerais e as contradições inerentes a sua natureza jurídica**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2724/Principio-do-Duplo-Grau-de-Jurisdicao-aspectos-gerais-e-as-contradicoes-inerentes-a-sua-natureza-juridica>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

TAKOI, Sérgio Massaru. **O princípio do duplo grau de jurisdição é materialmente constitucional?** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao-e-materialmente-constitucional/14851>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

NOBRE, Emília Cavalcante. **A Constituição de 1988 e o princípio do duplo grau de jurisdição**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10924/a-constituicao-de-1988-e-o-principio-do-duplo-grau-de-jurisdicao>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Princípio da proporcionalidade e seus três subelementos**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39791/principio-da-proporcionalidade-e-seus-tres-subelementos>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

LIMA, George Marmelstein. **Limitações ao direito fundamental à ação**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2627/limitacoes-ao-direito-fundamental-a-acao>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

DA SILVA, César Dario Mariano. **A relatividade das provas ilícitas e processualmente ilegítimas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-nov-29/proibicao-prova-illegal-nao-absoluta?pagina=4>. Acesso em: 19 de julho de 2020.

Entenda a Alemanha: O Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/o-poder-judici%C3%A1rio/a-900777>. Acesso em: 15 de julho de 2020.

Small Claims – Germany. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-42-de-en.do?member=1#toc_1_9. Acesso em: 15 de julho de 2020.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Lei Fundamental Alemã). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

Bundesverfassungsgerichtsgesetz. (Ato de constituição do Tribunal Constitucional Federal Alemão). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

Gerichtsverfassungsgesetz. (Ato de constituição das Cortes Alemãs). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil Alemão). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em: 13 de julho de 2020.

CAPÍTULO 5

AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DAS PARTES À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO: UMA ANÁLISE DA MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA DO CONTEMPT OF COURT NO DIREITO INGLÊS

Caio Viana Andrade¹

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de realizar um estudo comparado acerca do instituto processual do ato atentatório à dignidade da justiça com enfoque na sua hipótese de multa por ausência injustificada à audiência de conciliação ou de mediação. Para isso, far-se-á tal estudo à luz da influência do direito inglês, mediante seu instituto denominado contempt of court, no processo civil brasileiro. Ademais, será criticamente analisada as peculiaridades de ambos os institutos – ato atentatório à dignidade da Justiça e contempt of court – e se há compatibilidade entre eles, bem como investigar possíveis soluções para a problemática apresentada. Assim sendo, a pesquisa disporá de uma metodologia de cunho exploratória, com base no estudo de doutrinas jurídicas, de artigos científicos e de leis.

Palavras-chave: Processo Civil Comparado. Ato Atentatório à Dignidade da Justiça. Contempt of Court.

¹ Conciliador judicial e Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza.

INTRODUÇÃO

Desde a vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei no 13.105/2015), muitos questionamentos foram levantados a respeito da inovação trazida no seu parágrafo 8º do artigo 334, qual seja, a multa por ato atentatório à dignidade da justiça na hipótese de ausência injustificada das partes à audiência de conciliação ou de mediação.

Questionou-se principalmente o porquê de classificar a referida hipótese em conduta atentatória à dignidade da justiça, bem como se tal classificação seria processualmente adequada. Ademais, no contexto dos métodos alternativos de conflitos, inúmeros debates foram conduzidos acerca da suposta obrigatoriedade no comparecimento às audiências autocompositivas.

Não se sabia ao certo, por parte dos profissionais do Direito, como proceder diante da designação de uma audiência de mediação ou de conciliação, como se daria a aplicação da multa em caso de ausência injustificada; e, ainda, em que situações as partes poderiam eximir-se dessa obrigação.

Até o momento, com a prática forense, algumas incertezas foram dirimidas. Não obstante, encontram-se, ainda, atecnias sobre a supracitada hipótese, uma vez que pouquíssimos – ou até mesmo inexistentes – são os estudos realizados sobre o tema.

Com o objetivo de tornar o tema mais compreensível, far-se-á um estudo comparativo entre os sistemas processuais do direito brasileiro e do direito inglês, levando-se em consideração que o instituto do ato atentatório à dignidade da justiça originou-se lá, por meio do *contempt of court*. Para isso, o presente artigo será composto por uma metodologia de natureza exploratória com base em estudo doutrinário, legislativo e prático-científico.

1. BREVE HISTÓRICO

O surgimento do direito inglês tem estrita relação com o desenvolvimento de um novo sistema jurídico embasado nos costumes locais anteriores: o common law. Historicamente, tem-se que este sistema originou-se entre a Conquista Normanda e a dinastia Tudor, isto é, entre os anos 1.066 e 1.485 d.C. Sua aplicação, primeiramente, ocorria em condados para depois prevalecer nas Cortes Reais de Londres. Com o tempo, a doutrina dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) passou a dominar, tendo em vista que as decisões precedentes tornaram-se uma espécie de lei a ser obrigatoriamente aplicada. (STRECK, 2019, pp.9-10).

O *contempt of court* é um instituto que se originou concomitantemente com a common law, uma vez que, naquela época, o parlamento inglês estava conquistando sua supremacia (*supremacy of the English Parliament*). Nesse sentido, somente o rei era digno de fazer justiça, porém, delegava parte de sua atribuição aos juízes, fortalecendo, assim, a autoridade parlamentar.

O *contempt power* tornou-se o poder atribuído aos juízes, responsável por sancionar todos os atos considerados *contempt of court*, isto é, quaisquer empecilhos ao bom funcionamento da *common law*. O sistema de *common law* permitiu, de certa forma, que a ordem emanada pelo juiz tivesse tanta legitimidade quanto à ordem emanada pelo rei. Por conseguinte, tornar-se-ia necessário repreender quaisquer atos que viessem a diminuir o bom funcionamento do Parlamento, haja vista estar presente nesse parte da soberania atribuída à monarquia.

Logo, o *contempt of court* mais do que uma categorização de atos que representam ofensa à autoridade do juiz, serviu como um modelo de punição a todos aqueles que não obedecessem ou que, de maneira direta ou indireta, viessem a ofender o sistema judicial. Sobre o assunto, Zaroni (2014, p. 123) nos diz que:

O fundamento do contempt of court deita raiz na noção de que as Cortes exercem um poder considerado inerente

à função jurisdicional (inherent power). É entendido que este poder abrange todos aqueles essenciais para que o órgão jurisdicional conserve sua existência institucional, sua dignidade e, além disso, promova o adequado desenvolvimento de suas funções [...].

Vale ressaltar ainda que as raízes do contempt of court estendem-se a épocas anteriores à formação da common law, aproximadamente em 500 d.C, com o contempt of the king que se referia a um instrumento que penalizava, por meio de multa (oferhynes), quaisquer atos de desprezo ou de desobediência à ordem proferida pelo rei, o qual desempenhava não somente a função de monarca mas também de magistrado supremo (BARBOSA e NETO, 2011, p. 132).

A penalização tinha como único fundamento a manutenção da paz do rei, já que ele, conforme Carvalho (2012, n.p) passa a ser a “fonte única e exclusiva do direito e da justiça”. Observa-se, então, que a consolidação de um respeito à corte precedeu de uma luta constante contra o absolutismo monarca, sendo a Revolução Inglesa de 1688 a mais marcante. Com o fim deste episódio, passou a existir um regramento entre o rei e o parlamento.

Por outro lado, segundo Marinoni (2009, p.27) “a lei representou, além de critério de contenção do arbítrio real, um elemento que se inseriu no tradicional e antigo regime do common law” e, ainda, segundo o mesmo autor (2009, p.20):

No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição [...].

Consoante o entendimento firmado acima, é possível inferir que uma atual e flexível fase da common law concretizou-se com o surgimento do statute law (direito criado pelo legislador), nos Estados Unidos, em virtude da necessidade de estruturar os atos dos juízes. Nesse diapasão, o direito costumeiro cujo o fundamento estava somente nos precedentes judiciais, dá

margem à preponderância das leis e da Constituição, devendo o juiz aplicar o case law (precedente) integrativamente ao statute (lei escrita).

Atualmente, em diversos ordenamentos jurídicos, predomina a flexibilização da common law, não havendo, nessa perspectiva, uma incoerência em adotar o sistema de civil law e common law simultaneamente. É o caso do Brasil, o qual busca incessantemente, apesar de possuir sua Constituição e leis escritas, fortalecer a técnica dos precedentes dos tribunais (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2016, p.6).

Isto posto, tendo em vista a viabilidade de aproximação entre os sistemas anglo- saxônico (common law) e o romano-germânico (civil law), pode-se afirmar que o contempt of court assumiu uma nova roupagem. Agora, não mais preso ao direito costumeiro, dispõe de uma moderna concepção e de modalidades, como também de outras peculiaridades, como o seu procedimento de execução e as diversas penalidades aplicadas em cada caso específico, como veremos a seguir.

Importa destacar, ainda, que em 1999, na Inglaterra, passou vigor as Civil Procedure Rules (CPR), apresentando-se como o primeiro código processual civil inglês. No entanto, diversas regras dispostas nas CPRs foram de encontro com as tradições do sistema em que estava inserido, isto é, a common law. Como exemplo pode-se citar, dentre os diversos traços da common law, a adversariedade (adversarial system), o qual consiste num protagonismo exercido pelas partes e seus advogados. Já com a vigência das CPRs, buscou-se, como o objetivo de uma melhor prestação jurisdicional, uma postura mais colaborativa entre os litigantes (ALMEIDA, 2011, pp. 292-293).

Por sinal, antes mesmo da vigência da CPR, já se averiguava o distanciamento do supracitado sistema adversarial. Em 1990, foi fundado, em Londres, o Centro para Resolução Eficaz de Disputas (Center for Effective Dispute Resolution). Após a criação do centro, passou haver uma campanha, por partes de mediadores, com objetivo de promover e incentivar

a escolha pela mediação e por outros métodos autocompositivos. Todavia, tal campanha apenas se tornou efetiva com o advento da lei processual (ALMEIDA, 2011, pp. 314-315).

No Brasil, a busca por uma postura mais colaborativa não foi diferente. Diante de uma crise no Poder Judiciário no tocante à sua eficiência –morosidade, ineficácia de decisões e altos custos processuais–, a mediação e a conciliação surgiram como um caminho alternativo, representando, por outro lado, procedimentos céleres, eficazes e de baixo custo, tendo como principal meta desafogar o referido Poder (SALES, 2012, p. 149).

Com a vigência da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil, o legislador enalteceu a proposta de consensualização do Poder Judiciário anunciada com o Movimento pela Conciliação e especialmente pela Resolução no 210 do Conselho Nacional de Justiça.

O estímulo foi tão categórico que o referido Código, no seu artigo 334, parágrafos 4o e 8o, previu a participação compulsória das partes nas audiências de conciliação ou de mediação, sob pena de multa por ato atentatório à dignidade da justiça no caso de ausência injustificada, salvo se ambas manifestarem, expressamente, desinteresse na autocomposição (AZEVEDO, 2016, p. 29).

2. CONCEITO E DEMAIS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO *CONTEMPT OF COURT*

O *contempt of court* pode ser conceituado, conforme Ada Pellegrini (2001, p.221), como “a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem”. Outrossim, Araken de Assis (2003, p.3) o conceitua como “a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial”.

Percebe-se, à vista dos conceitos acima, que a administração da justiça, com o fito de fornecer uma tutela jurisdicional efetiva, passou a desfrutar de particularidades que geralmente são atribuídas a seres humanos, como a dignidade e a honra. Isso porque o *contempt of court*, para melhor entendimento, nada mais é que uma espécie de desacato.

Desacato, dessa forma, é um crime cujo elemento objetivo do tipo consiste na prática de um ato que “signifique irreverência, menosprezo ou desprestígio para com o sujeito passivo”, isto é, o Estado, tendo como fundamento a sua “dignidade, prestígio e respeito devidos aos seus agentes no exercício de suas funções (JESUS, 2016, pp. 259-260)”.

Quanto às suas classificações, o *contempt of court* divide-se em: direto, indireto, civil e criminal. No *contempt* direto, o ato de desrespeito se dá na presença do juiz ou do tribunal, como o falso testemunho, por exemplo. Já no *contempt* indireto, o ato ofensivo não é praticado na presença do juiz ou do tribunal, ou seja, há uma ofensa indireta, como o descumprimento de uma ordem judicial. Diferentemente da classificação referente ao local do ato, temos a classificação de acordo com o seu propósito, sendo civil quando se busca o cumprimento de uma ordem judicial e, no entanto, penal, quando o objetivo é a punição pela conduta praticada (CARVALHO, 2012, n.p).

É importante salientar que as classificações do *contempt of court* não são estanques, podendo existir permuta entre as mesmas, em outras palavras, o *contempt of court* poderá vir a ser civil e indireto, como também penal e direto e vice-versa. Ademais, o procedimento adotado dependerá do tipo de *contempt* praticado.

Caso haja a prática de um *contempt criminal* (direto ou indireto), o procedimento será sumário, ou melhor, “o próprio juiz ofendido quem decide a respeito de sua aplicação (GRINOVER, 2001, p. 221)”. Em contrapartida, se houver a prática de um *contempt* civil direto, autoriza-se ao juiz proceder com a prisão imediata do ofensor; porém, se houver a prática de um *contempt*

civil indireto, o procedimento será incidental, observando-se inúmeros requisitos processuais, como a oitiva da parte ofensora.

Diversas são as penalidades impostas ao *contemnor* (quem pratica o contempt), variando conforme o grau de seriedade da conduta, sendo elas: multa, prisão, perda dos direitos processuais e sequestro de bens. A respeito da multa, no contempt criminal ela apresenta caráter punitivo, sendo aplicada em valores fixos; já no *contempt civil* ela tem a finalidade de desestimular a conduta praticada, impondo-a em valores sujeitos a variações.

A prisão, do mesmo modo que a multa, tem no contempt criminal caráter punitivo, devendo ser decretada por um período determinado; e no contempt civil, caráter coercitivo, sendo decretada até o transgressor cessar sua conduta. As demais penalidades – perda de direitos processuais e sequestro de bens – são utilizadas em caráter excepcional, não existindo óbice à utilização de medidas atípicas, a depender da situação concreta. (GIUBERTI, 2017, pp. 353-354).

3. CONTEMPT OF COURT NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: O ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

No atual Sistema Processual Civil brasileiro, o contempt of court equivale, sem sombra de dúvidas, ao instituto denominado ato atentatório à dignidade da justiça, voltado também, num primeiro momento, à proteção da função jurisdicional. Todavia, com o advento do novo Código de Processo Civil, ainda que se tenha mantido a estrutura de repressão de tais atos, os fundamentos principiológicos passaram a ser outros. Logo, consoante a doutrina de Marcelo Abelha (2016, p.221):

[...] fixou-se como norma fundamental a boa-fé processual e o dever de cooperação para todos os sujeitos do processo de forma que todas as normas processuais deverão ser interpretadas e aplicadas segundo os ditames desses postulados fundamentais. Ainda que o legislador tenha mantido a estrutura de repressão – normalmente por multa

– da conduta atentatória à dignidade da justiça, a previsão expressa da boa-fé e cooperação como standards de um comportamento processual é deveras importante.

Vale ressaltar que o ato atentatório à dignidade da justiça, apesar de notável semelhança, não é a mesma coisa que astreintes. Estas diferentemente daquela, diz respeito à multa cominatória, isto é, a multa que possui a finalidade de coagir o requerido ao cumprimento de alguma obrigação, não possuindo caráter de sanção ou pena. Ademais, como visto, o ato atentatório possui origem no direito inglês; as astreintes, por outro lado, tem suas raízes fincadas no direito francês. (GONÇALVES, 2019, p. 832).

Diverso também do ato atentatório à dignidade da justiça é a litigância de má-fé, a qual apenas diz respeito a uma conduta ilícita praticada entre as partes, não existindo quaisquer ofensas ao juiz ou ao Poder Judiciário. Além disso, Didier (2015, p. 394) considera a litigância de má um ato ilícito indenizativo, ou melhor, “ato contrário ao Direito cujo efeito jurídico é o surgimento de um dever de indenizar”, em contrapartida, considera o ato atentatório à dignidade da justiça um ato ilícito culposo.

O atual Código Processual elencou esparsamente diversas condutas consideradas atos atentatórios à dignidade da justiça. No entanto, diverge totalmente do modelo adotado no direito inglês, já que além de não conter um rol taxativo de condutas atentatórias, possui procedimentos e sanções moldadas conforme nosso ordenamento jurídico. Veja-se, por exemplo, que no sistema anglo-saxônico, como explanado anteriormente, a pena de prisão poderá ser aplicada independentemente de o contempt ser civil ou penal. Aqui, entretanto, no âmbito civil, apenas se admite prisão no caso de dívida alimentar.

3.1. PROCEDIMENTO

As condutas atentatórias possuem como sanção a aplicação de multa, num montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado, a depender da situação, da causa, do débito da execução ou do bem, sem prejuízo de cumulação com outras sanções processuais civis ou penais.

Vale ressaltar que a multa deverá ser revertida, em regra, em favor da Fazenda Pública. Ademais, não ocorrendo o seu pagamento no tempo devido, a multa será inscrita como dívida ativa. Acerca do assunto, nos ensina Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 301):

De início, o infrator será advertido, logo após a prática do ato de resistência injusta, de que sua conduta poderá ser punida como ato daquela natureza (art. 77, § 1o). Mantida a postura infracional, o juiz lhe aplicará as sanções administrativas e penais cabíveis (§ 2o). Preconiza-se, dessa forma, uma postura de fiscalização e orientação, por parte do juiz, que poderá evitar penalizações imediatas, na esperança de que a advertência, por si só, ponha fim ao comportamento inadequado do litigante. Insuficiente a admoestação, a sanção pelo atentado à dignidade da justiça será, então, aplicada pelo juiz.

Perceba que o procedimento adotado pelo juiz deriva de seu poder de polícia e, diferente do que ocorre no direito inglês, o procedimento, independentemente da conduta adotada, será sempre incidental, não havendo a possibilidade de aplicação imediata da multa. Assim dispõe o artigo 77 do atual Código de Processo Civil.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I- expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II- não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III- não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV- cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V- declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI- não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como **ato atentatório à dignidade da justiça**.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui **ato atentatório à dignidade da justiça**, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta [grifei].

Finalmente, a multa poderá ser aplicada não somente às partes mas também aos terceiros intervenientes, como peritos, oficiais de justiça, depositário etc. No entanto, se o ato atentatório for praticado por advogado, por Defensor Público ou membro do Ministério Público, deverá ser oficiado o respectivo órgão de classe ou corregedoria, com o fito de apurar o fato e aplicar sanções administrativas (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 302).

3.2. ATOS ATENTATÓRIOS QUE PODEM SER PRATICADOS NA FASE DE CONHECIMENTO

Na fase de conhecimento, existem três condutas atentatórias que estão elencadas no atual Código, quais sejam: resistência injustificada às ordens judiciais, prática de inovação legal no estado de fato de bem ou direito litigioso e não comparecimento injustificado à audiência de mediação ou de conciliação.

As duas primeiras condutas dizem respeito aos deveres elencados nos incisos IV e VI do supramencionado artigo 77. A terceira, por sua vez, está disposta no parágrafo 8o do artigo 334 do mesmo diploma. Vejamos:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...]

§ 8o **O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado**

ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado [grifei].

Resistir injustificadamente a uma ordem judicial e praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, significam não somente o descumprimento de um dever das partes (ou de quaisquer intervenientes), mas também configura uma afronta aos imperativos da boa-fé processual e da cooperação.

Sobre a primeira conduta, assevera Misael Montenegro (2016, p. 274) que “é evidente a necessidade do pronto cumprimento dos pronunciamentos quando produzirem efeitos imediatos, não se justificando que o vencido os ignore, fazendo tabula rasa do comando emanado de autoridade do Estado investida da função jurisdicional”. Acerca da segunda conduta, traz a seguinte exemplificação (2016, p.276):

Exemplificativamente, pensemos na situação de réu de ação possessória que incorpora benfeitorias em bem imóvel, durante o processo, para dificultar a sua retomada pelo autor, sobretudo para que possa solicitar a sua retenção, justamente em decorrência da incorporação de benfeitorias.

O não comparecimento injustificado das partes à audiência de mediação ou de conciliação também é considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Consoante o atual Código Processual, no supracitado artigo 334, após o juiz analisar os pressupostos e condições da ação, deverá designar, se cabível, audiência de conciliação ou de mediação.

Contudo, se houver manifestação expressa de desinteresse de ambas as partes, não poderá haver a aplicação de multa, caso designada a audiência e houver ausência das partes. Ressalte-se que somente se aplica a multa por ato atentatório, na hipótese aludida acima, quando se tratar de fase de conhecimento, visto que não há previsão legal para a ausência injustificada às audiências de mediação ou de conciliação na fase recursal.

3.3. ATOS ATENTATÓRIOS QUE PODEM SER PRATICADOS NA FASE DE EXECUÇÃO

Na fase executória, conforme dispõe o artigo 774 do atual Código Processual Civil, são cinco os atos considerados atentatórios à dignidade da justiça, sendo eles: a fraude à execução, a oposição maliciosa à execução, com emprego de ardis e de meios artificiosos, o ato de dificultar ou embaraçar a realização da penhora e a não indicação dos bens sujeitos à penhora, assim como sua propriedade, localização e valores. Ademais, a resistência injustificada às ordens judiciais também pode ocorrer nesta fase. Vejamos:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

Em resumo, fraude à execução diz respeito à prática de atos, pelo executado, de disposição de bens, com o fito de reduzi-lo à insolvência. Por outro lado, opor-se maliciosamente à execução diz respeito à insurgência efetivada por mecanismos ilegais. Dificultar ou embaraçar a realização da penhora, por sua vez, significa praticar condutas que atrapalhem a efetivação da penhora.

Por fim, já tendo sido explanada a resistência injustificada às ordens judiciais, a última hipótese de conduta atentatória refere-se ao “dever de indicação dos bens a penhorar e o da prestação das informações necessárias à sua realização (THEODORO JÚNIOR, 2020, p. 241)”.

3.4. ATOS ATENTATÓRIOS QUE PODEM SER PRATICADOS NA FASE RECURSAL

Somente uma conduta, na fase recursal, é considerada atentatória à dignidade da justiça, qual seja: a oposição de embargos manifestamente protelatórios. Embargo protelatório é aquele que tem o intuito de procrastinar o andamento do processo. Com efeito, a finalidade dos embargos de declaração – esclarecer determinado aspecto de uma decisão proferida – passa a ser desviada. Assim, portanto, dispõe o artigo 918 do CPC:

Art. 918. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I- quando intempestivos;

II- nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência

liminar do pedido;

III- manifestamente protelatórios.

Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios [grifei].

Além disso, importa dizer, segundo Elpídio Donizetti (2019, p.1445), que quando manifestamente protelatórios os embargos, o embargante será obrigado a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa (art. 1.026, § 2o). Todavia, na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do valor respectivo (art. 1.026, § 3o).

4. A MULTA POR AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DAS PARTES À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO CONTEMPT OF COURT NO DIREITO INGLÊS

Tanto a mediação quanto a conciliação podem ocorrer judicialmente ou extrajudicialmente. No presente artigo, no entanto, importa tecer considerações apenas sobre a primeira modalidade, a judicial. Sem embargo, independentemente da modalidade adotada, consistem em procedimentos autocompositivos de resolução de conflitos, isto é, inexistente a participação de um terceiro com poder decisório. Logo, a composição do conflito é atribuição exclusiva das partes, devendo o facilitador – mediador ou conciliador, a depender do conflito – facilitar a comunicação entre os interessados.

No tocante à obrigatoriedade dos métodos autocompositivos de resolução de disputas, entende Fernanda Tartuce (2019, p. 339) que o ordenamento jurídico brasileiro adotou um modelo de voluntariedade com incentivos e sanções. Evidencia-se o incentivo quando não são devidas custas judiciais finais, se solucionado o conflito antes da citação do réu, conforme disposto no artigo 29 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). Já a sanção, por sua vez, é vislumbrada no caso da multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Assim como no Brasil, na Inglaterra também há a adesão ao modelo de voluntariedade com incentivos e sanções (Voluntary Mediation with Incentives and Sanctions). Nesse modelo, afirma Cebola (2017, p.2), ao tratar de estudo feito por Giuseppe de Palo e Leonardo D’Urso, que “as partes em conflito são encorajadas a participar numa sessão de mediação através da consagração de incentivos ou da aplicação de sanções”. Ainda, conforme exemplo da referida autora (2017, p.2), no Reino Unido, estabeleceu-se consequências para a ausência injustificada da parte à audiência de mediação. Nesse caso, penaliza-se o faltoso com o pagamento de taxas de justiça no final do processo judicial.

Isto posto, é inequívoco que tanto o direito inglês quanto o direito brasileiro adotam o mesmo modelo de implementação da autocomposição. A razão disso está no fato de que em ambos os ordenamentos jurídicos, concede-se amplos poderes ao juízes para determinar que as partes utilizem os meios alternativos de resolução de conflitos.

Em nosso Código Processual Civil, reza o artigo 139, inciso V, que ao juiz é devido promover, a qualquer tempo, a autocomposição². No Código de Processo Civil inglês (*Civil Procedural Rules*), por sua vez, no item 1.4, traz um rol de poderes do juiz, sendo um deles o de estimular o uso dos métodos alternativos de solução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution*), se considerá-lo adequado ao caso³.

Como antes esclarecido, no direito inglês também subsiste a multa por ausência das partes à audiência autocompositiva designada pelo juiz. Trata-se de um mecanismo advindo da ferramenta denominada stay order, da qual o magistrado se utiliza para tornar efetivo o estímulo aos métodos alternativos de resolução de disputas. O magistrado, portanto, incentiva as partes por meio do mediation order (ordem de mediação), ou seja, ordem judicial indicando a via que deve ser seguida pelos litigantes, qual seja: a autocomposição. Porém, como já dito, se houver a recusa da parte em participar da audiência autocompositiva designada, tal escolha poderá refletir na regra geral de sucumbência, com a aplicação do cost order (ALMEIDA, 2011, pp. 316-317).

Assim sendo, nos termos da lei processual inglesa⁴, o juiz, após a valoração da conduta das partes durante o procedimento autocompositivo,

2 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V- promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; [...].

3 1.4 - (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes [...] e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; [...].

4 44.3 [...] (3) The court will also have regard to – (a) the conduct of all the parties, including in particular – (i) conduct before, as well as during, the proceedings; and (ii) the efforts made, if any, before and during the proceedings in order to try to resolve the dispute; [...].

aplicará sanções àquela que for considerada desidiosa, dentre elas, a que provocar atraso no andamento das negociações e o não comparecimento às sessões designadas. Em um comparativo com o sistema processual brasileiro, assevera Daiha Filho (2020, p. 31):

Ao revés, o Brasil optou por uma intensidade legislativa que praticamente suprimiu do juiz qualquer exercício de critérios de oportunidade e conveniência em matéria de mediação e conciliação intra-judiciais, seja no início do processo e antes da citação do réu, seja na audiência de instrução e julgamento. O poder conferido aos magistrados, no particular, mais se assemelha a um poder-dever, vinculado ao excessivo regramento hodiernamente existente, inclusive no que pertine à aplicação de sanções à parte faltosa, prévia e legalmente fixada.

As críticas elaboradas em torno da compulsoriedade da participação das partes em audiências autocompositivas, em ambos os ordenamentos jurídicos – inglês e brasileiro –, são as mesmas. Defende-se, em suma, levando-se em consideração que a voluntariedade da mediação alia-se a incentivos e sanções, que “sendo a mediação um procedimento para viabilizar conversações, não é possível obrigar alguém a falar e/ou a negociar (TARTUCE, 2019, p. 340).

5. CONCLUSÃO

É possível concluir, primeiramente, que o contempt of court surgiu concomitantemente com o sistema anglo-saxônico de common law. Com o passar do tempo, todavia, percebeu-se uma flexibilização da common law, isto é, permitiu-se uma coexistência do sistema anglo-saxão com o sistema romano-germânico. Com efeito, o contempt of court assumiria uma nova roupagem, não se limitando apenas ao direito costumeiro, mas abrindo espaço para a criação de uma moderna concepção.

Tendo em vista ser o contempt of court a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, sem dúvidas, a tutela jurisdicional efetiva, é a razão da existência do instituto. Para tanto, necessário se fez tratar a administração

da justiça com honra e dignidade. Ademais, constatou-se a existência de duas modalidades de contempt: o civil e o criminal. Tais modalidades, ainda, subdividem-se em direto e indireto, variando conforme o procedimento adotado (incidental ou sumário), podendo em ambos os contempts, haver a aplicação das seguintes penalidades: multa, prisão e perda de direitos.

No Sistema Processual brasileiro, o contempt of court equivale ao instituto do ato atentatório à dignidade da justiça. Esse instituto, por sua vez, é norteado pelos princípios da boa-fé processual e da cooperação. O Código de Processo Civil, diferentemente do direito inglês, elenca esparsamente as condutas consideradas atentatórias assim como não prevê prisão em caso de ilícito civil. Ademais, para penalizar as condutas atentatórias apenas se admite a aplicação de multa, a qual não poderá ser imediata e restringe-se aos litigantes.

No que diz respeito ao objeto central do presente estudo, isto é, a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação ou de mediação, viu-se que se trata de uma conduta atentatória praticada durante a fase processual de conhecimento e que, obviamente, é sancionada com pena de multa. Constatou-se também, no tocante ao comparecimento das partes às audiências autocompositivas, que o nosso ordenamento jurídico adota um modelo de voluntariedade com incentivos e sanções.

Outrossim, foi possível inferir que, assim como no Brasil, na Inglaterra também adota-se o supramencionado modelo, penalizando também as partes em caso de ausência injustificada à audiência autocompositiva. Concluiu-se que a razão dessa aproximação está no fato de que em ambos os ordenamentos foram concedidos amplos poderes ao juízes com o objetivo de que incentivassem a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos.

É possível afirmar que a multa por ato atentatório à dignidade da justiça por ausência injustificada das partes à audiência de mediação ou de conciliação originou-se do contempt of court, todavia, não possui a mesma essência que tal instituto, pois, atualmente, no direito inglês predomina, para essa conduta

especificamente, a imposição de cost order (pagamento de taxas de justiça no final do processo judicial) advinda de uma mediation order (ordem de mediação).

Por fim, pode-se considerar, num primeiro momento, inadequada a classificação da ausência injustificada das partes à audiência de mediação ou de conciliação como um ato atentatório à dignidade da justiça (contempt of court). Entretanto, tendo em vista as modificações pelas quais passou o referido instituto, importa afirmar que se trata de uma adaptação deste a nossa realidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil** – 6.a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970765/>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos Estados Unidos – common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n.251, p. 523-560, 2016.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro? in **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil - REDP**, José Carlos Barbosa Moreira (patrono), Ano V, vol. VII, UERJ, Rio de Janeiro, 2011.
- ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. **Revista de Processo**, n. 111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**, 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira; NETO, Francisco Vieira Lima. Anotações acerca do contempt of court no direito norte-americano. **Revista de Processo**, vol. 36 n. 192, p.129- 168, fev. 2011.
- BRASIL, Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 09 abril 2020.

CARVALHO, Fabiano Aita. **Multa e prisão civil: o "contempt of court" no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

CEBOLA, Cátia Marques. **Mediação voluntária ou obrigatória: eis a questão!** Notícias Mediare – 3.o newsletter, Porto, 2017. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/3347/1/MEDIARE%20-%20newslette%2020%20-%20dez.jan2018%20%281%29.pdf>. Acesso em: 13 abril 2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento I**. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020243/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

DAIHA FILHO, Nelson Antonio. Mediação e Conciliação Intra-Judiciais: um diálogo entre os direitos inglês, brasileiro e português. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 235, 2020.

GIUBERTI, Vander Santos. **Contempt of court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro**. In: II Congresso de Processo Civil Internacional, 2018, Vitória. Tutela de direitos e novas técnicas processuais, 2017. p. 345-362.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608478/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito penal – parte especial: crimes contra a fé pública e crimes contra a Administração Pública**. - 19. ed., vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547201487/>. Acesso em: 11 mar. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.11-58, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: de acordo com o novo CPC**. - 12.ed. Reform. e atual. - São Paulo: Atlas, 2016.

SALES, Lília Maia de Moraes. **A evolução da mediação através dos anos – aprimoramento das discussões conceituais**. In: BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lília Maia de Moraes (org.). Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos. - Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. - 6.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. E- book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. - 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. – 60. ed. – [2. Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984359/>. Acesso em: 28 mar. 2020

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil- vol. III**. – 53. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988838/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

ZARONI, Bruno Marzullo. Contempt of court, execução indireta e participação de terceiros no sistema anglo-americano. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 121-147, 2014.

CAPÍTULO 6

EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL E EM PORTUGAL

Francisco de Assis de Araújo Júnior¹

RESUMO O presente artigo trata-se de um estudo de Direito comparado nos modelos de processuais brasileiro e português referente ao processo de execução. Os objetivos da pesquisa centram-se: a) em descrever os pontos mais relevantes do trâmite da execução civil em Brasil e Portugal; b) analisar as semelhanças e diferenças entre os dois modelos processuais; c) estabelecer aspectos da legislação portuguesa que poderiam ser aplicados à legislação brasileira de modo a garantir a eficácia e celeridade processual. Procurou-se nesse estudo, sem pretensão de esgotar o tema, fazer a inter-relação entre a execução civil no direito brasileiro, de modo a delinear ambos os modelos e analisar a possibilidade da aplicação da desjudicialização da execução civil no Brasil.

Palavras-chave: Direito comparado. Processo civil de execução. Brasil e Portugal.

1 Técnico Judiciário do TJCE, Bacharel em Contabilidade pela Universidade Federal do Ceará e Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza – membro do Grupo de Pesquisa em Processo Civil; faaj@edu.unifor.br

INTRODUÇÃO

A execução civil, consoante o ensinamento de Aragão (2020), trata-se do instrumento processual com a finalidade de satisfação de uma obrigação líquida, certa e exigível, consubstanciada em título executivo e que não fora adimplida de modo voluntário pelo devedor, havendo a necessidade da intervenção do Poder Estatal para que o credor possa ter seu crédito pago, uma vez que é vedado o instituto da autotutela (método de resolução de conflitos arbitrário e pautado pelo uso da força).

Assis (2016) leciona que a atividade jurisdicional converge na realização de atos materiais ou eventualmente decisórios, que visam preparar o ato material final satisfativo do direito (entrega). Nesse sentido, a função executiva caracteriza-se por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado, com vistas a assegurar a efetivação do direito de crédito do exequente. Didier Jr. *et al* (2019) acrescentam que a fase executiva consiste na satisfação do crédito, mediante a aplicação de meios sub-rogatórios (o Estado se sub-roga na posição do credor para garantir a efetividade da execução) e meios coercitivos (imposição de pressão psicológica pelo Estado que tende a influenciar o executado, de modo positivo ou negativo, no cumprimento da obrigação).

Diante do acima exposto, a presente pesquisa pretende realizar um estudo acerca do tratamento jurídico do processo de execução no Direito Brasileiro e no Direito Português, com o objetivo de explicitar o trâmite processual em ambos os modelos a fim de apontar as principais semelhanças e diferenças e averiguar a possibilidade de práticas voltadas a proporcionar de fato o efetivo acesso à justiça.

EXECUÇÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A ação executiva, no Direito Brasileiro, está dividida em dois modelos definidos, notadamente, de acordo com o título executivo (judicial ou extrajudicial) objeto da ação de execução, conforme definido na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 – CPCB/2015. O primeiro é o processo executivo sincrético, também conhecido como cumprimento de sentença, que trata da execução de título executivo judicial, nos termos do art. 515 do CPCB/2015. O segundo é o processo autônomo de execução, quando a ação de execução é lastreada por título executivo extrajudicial, nos moldes do art. 784 do CPCB/2015, que pode ser resumido a seguir:

Cumprimento de sentença (sincretismo processual)	
Execução Comum	· Obrigação de pagar quantia (art. 523 e ss. CPCB/15)
	· Obrigação de fazer/não fazer (art. 536 e ss. CPCB/15)
	· Obrigação de entregar coisa (art. 538 CPCB/15)
	Processo autônomo de execução
	· Obrigação de entregar coisa (art. 806 e ss. CPCB/15)
	· Obrigação de fazer/não fazer (art. 814 e ss. CPCB/15)
	· Obrigação de pagar quantia (art. 824 e ss. CPCB/15)
Execução de alimentos	
	· Cumprimento de sentença: art. 528 e ss. CPCB/15
	· Processo autônomo de execução: art. 911, CPCB/15)
Execução Especial	Execução contra a Fazenda Pública
	· Cumprimento de sentença: art. 534 e ss. CPCB/15 + art. 100 CRFB/88
	· Processo autônomo de execução: art. 910, CPCB/15 + art. 100 CRFB/88
	Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980 - Lei de Execução Fiscal - LEFB)
	· Não há disposição legal no CPCB/15

Conforme os ensinamentos de Neves (2018), a regra do sistema processual brasileiro passou a ser a execução imediata, através de mera fase procedimental, em atenção ao sincretismo processual, consubstanciada em duas fases bem delimitadas (a primeira de conhecimento e a segunda de execução), como a seguir:

Títulos Executivos Judiciais

Regra – art. 515, CPCB/2015

Formados no processo judicial

Serão processados como
fase processual (sincretismo
processual)

Petição
simples

Obrigação

Possibilidade de cumular
demandas executivas de títulos
distintos, desde que:

- a) Líquida
- b) Certa
- c) Exigível
- d) Inadimplida

- O executado seja o mesmo
- Mesmo juízo competente
- Idêntico o procedimento

Intimação do
executado

Responsabilidade patrimonial

Importante ressaltar que, quando o título judicial se formar sem prévio processo de conhecimento, como no caso da sentença penal condenatória transitada em julgado, da sentença arbitral, da sentença estrangeira homologada pelo STJ e da decisão interlocutória estrangeira após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo STJ, não há que se falar em fase de cumprimento de sentença, razão pela qual, nestes casos, tais títulos judiciais serão excepcionalmente executados por meio de ação própria e processo autônomo, conforme a seguir:

**Títulos Executivos Judiciais
Exceção - art. 515, CPCB/2015**

Derivados de jurisdição diversa da
jurisdição cível

Apesar de serem títulos executivos
judiciais, serão processados como
processo autônomo (não foram
originados da jurisdição cível)

Petição
inicial

Sentença penal condenatória transitada em
julgado (Art. 515, inc. VI, CPCB/2015)

Todavia, a eles serão aplicadas as
regras processuais pertinentes ao
cumprimento de sentença

Sentença arbitral (Art. 515, inc. VII,
CPCB/2015)

Novo caderno processual

Sentença estrangeira homologada pelo
STJ (Art. 515, inc. VIII, CPCB/2015)

Citação do
executado

Decisão interlocutória estrangeira, após a
concessão do *exequatur* à carta rogatória
pelo STJ (Art. 515, inc. IX, CPCB/2015)

Em alguns casos será necessário
passar pelo procedimento da
liquidação de sentença

Quando houver um processo autônomo de execução, significa que se
instaura um processo apenas com esse fim, voltado para a execução de títulos
executivos extrajudiciais, conforme verificado a seguir:

Títulos Executivos Extrajudiciais		Citação do executado
Regra – art. 784, CPCB/2015	Serão processados como processo autônomo	
Formados fora do processo judicial		
	Petição inicial – peça do exequente	
Obrigações		
	Possibilidade de cumular demandas executivas de títulos distintos, desde que:	
<ul style="list-style-type: none"> a) Líquida b) Certa c) Exigível d) Inadimplida 	<ul style="list-style-type: none"> · O executado seja o mesmo · Mesmo juízo competente · Idêntico o procedimento 	Embargos à execução
Responsabilidade patrimonial		

Conforme verificado acima, pode-se afirmar que no sistema processual brasileiro existe uma dualidade de formas para que a execução se desenvolva. Há o processo autônomo de execução e a fase de execução de sentença. Quando houver um processo autônomo de execução, significa que se instaura um processo apenas com esse fim. Já a fase de execução desenvolve-se dentro de um processo já existente, apenas como mais uma de suas fases, que se inicia somente após a sentença. Não pode haver execução sem processo, portanto.

No que diz respeito ao requerimento do processo de execução no Direito Processual Brasileiro, o CPCB/2015 dispõe o seguinte:

<p>Elementos da petição inicial de execução (art. 798, CPCB/2015)</p>	<ul style="list-style-type: none"> · O título executivo extrajudicial; · O demonstrativo de débito atualizado até a data de propositura da ação, para a execução por quantia certa, devendo esta conter: <ul style="list-style-type: none"> a) o índice de correção monetária adotado; b) a taxa de juros aplicada; c) os termos inicial e final de incidência do índice de correção monetária e da taxa de juros utilizados; d) a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; e) a especificação de desconto obrigatório realizado. · A prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo, se for o caso; · A prova, se for o caso, de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante contraprestação do exequente. · Indicar a espécie de execução de sua preferência, quando por mais de um modo puder ser realizada; · Indicar os nomes completos do exequente e do executado e seus números de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica; · Indicar os bens suscetíveis de penhora, sempre que possível.
---	--

<p>Elementos adicionais da petição inicial</p> <p>(Art. 799, CPCB/2015)</p>	<p>I - requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou alienação fiduciária;</p> <p>II - requerer a intimação do titular de usufruto, uso ou habitação, quando a penhora recair sobre bem gravado por usufruto, uso ou habitação;</p> <p>III - requerer a intimação do promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada;</p> <p>IV - requerer a intimação do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada;</p> <p>V - requerer a intimação do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão;</p> <p>VI - requerer a intimação do proprietário de terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre direitos do superficiário, do enfiteuta ou do concessionário;</p> <p>VII - requerer a intimação da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no art. 876, § 7º;</p> <p>VIII - pleitear, se for o caso, medidas urgentes;</p> <p>IX - proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.</p> <p>X - requerer a intimação do titular da construção-base, bem como, se for o caso, do titular de lajes anteriores, quando a penhora recair sobre o direito real de laje;</p> <p>XI - requerer a intimação do titular das lajes, quando a penhora recair sobre a construção-base.</p>
---	---

O sistema processual brasileiro contém regramento específico acerca de emenda no requerimento do exequente, dispondo no art. 801 do CPCB/2015 que, em sendo verificado incompletude nas informações ou que a petição inicial veio desacompanhada dos documentos indispensáveis, o juiz concederá ao exequente prazo de 15 (quinze) dias para proceder com as correções, sob pena de indeferimento.

O cumprimento provisório de sentença é ponderado pelos interesses do exequente e do executado, em atenção aos preceitos da efetividade da execução *versus* a segurança jurídica do executado. O CPCB/2015 preceitua que:

<p>CPCB 2015</p>	<ul style="list-style-type: none"> Os riscos da execução são suportados pelo exequente, sendo que a apresentação de execuções injustas ou ilegais confere ao executado o direito ao ressarcimento pelos danos que tenha sofrido (o exequente é responsável por seus atos ao promover uma execução); O exequente tem uma série de mecanismos processuais à sua disposição, todavia deverá estar atento aos excessos (ônus do proveito) e sempre responde com responsabilidade objetiva (não há discussão acerca de dolo ou culpa). Somente em caso de o processo de execução ou o cumprimento de sentença ter sido iniciado de forma temerária seria admitido o ressarcimento por perdas e danos. As perdas e danos que tenha sofrido o executado em virtude da execução devem ser apurados e executados nos próprios autos, sendo necessário proceder à liquidação desses valores.
----------------------	--

No direito processual brasileiro, Aragão (2020) ensina que o executado pode defender-se por meios típicos, como os embargos à execução (art. 914 do CPCB/2015) e a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525 do CPCB/2015). Tais meios de defesa são de fundamentação vinculada, pois somente os temas expressamente previstos em lei podem ser utilizados como tese de defesa. Existe também a possibilidade quanto ao exercício do contraditório e da ampla defesa através de peticionamento durante o trâmite processual para questões relativas a fatos supervenientes ao término do prazo para apresentação da defesa típica (exceção de pré-executividade) ou mediante ações autônomas (defesas heterotópicas). Dentre as matérias de defesa, destacam-se as seguintes:

<p>Impugnação ao cumprimento de sentença</p> <p>Art. 525, CPCB/2015</p>	<p>Embargos à execução</p> <p>Art. 914, CPCB/2015</p>
<p>Prazo para apresentação: 15 dias úteis após o decurso do prazo conferido ao executado para proceder ao pagamento, nos termos do art. 525, <i>caput</i>, do CPCB/2015.</p>	<p>Prazo para apresentação: 15 dias úteis após a juntada nos autos do processo executivo do comprovante de citação do executado, nos termos do art. 915, § 1º, do CPCB/2015.</p>

Matérias de defesa que podem ser alegadas:	Matérias de defesa que podem ser alegadas:
I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;	I - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
II - ilegitimidade de parte;	II - penhora incorreta ou avaliação errônea;
III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;	III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;	IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;
V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;	V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;	VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.
VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.	

O sistema processual brasileiro confere regramento específico no tocante ao efeito suspensivo que será atribuído à defesa do executado quando for verificado:

- a) os requisitos para a concessão da tutela provisória forem relevantes;
- b) a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes;
- c) o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

A partir da leitura dos artigos do CPCB/201, verificou-se que a penhora consiste no ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, de forma direta ou indireta, na satisfação do crédito executado. No caso de incumprimento de uma obrigação por parte do devedor, a lei processual brasileira confere ao credor o poder de instaurar uma ação executiva e promover a correspondente penhora de bens. Segue o regramento da penhora contido no CPCB/2015:

REGRAMENTO ACERCA DOS ATOS DE PENHORA	
Bens objeto de penhora	<p>CPCB/2015 – art. 831</p> <p>A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.</p>
Classificação dos bens quanto à realização da penhora	<p>CPCB/2015</p> <p>Art. 833 – bens impenhoráveis</p> <p>Art. 835 – ordem de preferência dos bens penhoráveis</p>
Utilidade da penhora	<p>CPCB/2015 – art. 836</p> <p>O bem não deve ser atingido pela execução se ficar evidente que o produto da penhora será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução.</p>
Documentação da penhora	<p>CPCB/2015 – art. 838</p> <p>Auto de penhora – realizado pelo Oficial de Justiça Avaliador</p> <p>Termo de penhora – realizado no Cartório do Juízo da Execução</p>
Conduta do executado que visa obstar a penhora	<p>CPCB/2015</p> <p>Art. 774, II e parágrafo único – ato atentatório à dignidade da justiça com aplicação de multa fixada pelo juiz em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.</p>
Modalidades especiais de penhora	<p>CPCB/2015</p> <p>Art. 854 - Penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira</p> <p>Arts. 855 ao 860 – Penhora de créditos</p> <p>Art. 861 – Penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas</p> <p>Arts. 862 ao 865 – Penhora de empresa, de outros estabelecimentos e semoventes</p> <p>Art. 866 – Penhora de percentual de faturamento de empresa</p> <p>Arts. 867 ao 869 – Penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel</p>

EXECUÇÃO CIVIL NO DIREITO PORTUGUÊS

A execução civil no Direito Português se dá mediante título executivo, conforme preceitua a Lei n° 41, de 26 de junho de 2013, que aprova o Código de Processo Civil Português – CPCP/2013. As modalidades de ação executiva no Direito Português são similares com a estrutura do Direito Brasileiro, apresentando as mesmas obrigações, quais sejam: obrigação de quantia certa, entrega de coisa, prestação de fazer ou não fazer. Essas obrigações são representadas por um título executivo, seja judicial ou extrajudicial, para proceder a execução do crédito em favor do exequente. A execução será iniciada com o despacho realizado pelo magistrado, mas é o agente de execução que realizará as atividades executivas não jurisdicionais.

Birra (2019) aponta que o CPCP/2013, no seu artigo 703, dispõe que toda e qualquer ação executiva é proveniente da existência de um título idôneo e passível de execução o qual determine os limites para o cumprimento da obrigação representada, sendo inadmissível quaisquer outros documentos que, porventura, as partes atribuam força executiva mediante convenção, ao abrigo do *numerus clausus*, conforme abaixo:

Artigo 703.º

Espécies de títulos executivos

1 - À execução apenas podem servir de base:

- a) As sentenças condenatórias;
- b) Os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação;
- c) Os títulos de crédito, ainda que meros quirógrafos, desde que, neste caso, os factos constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo;
- d) Os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva.

2 - Consideram-se abrangidos pelo título executivo os juros de mora, à taxa legal, da obrigação dele constante.

No Direito Processual Português, a execução pode seguir a forma de processo comum (este podendo ser ordinário ou sumário) ou a forma de processo especial.

O processo comum ordinário é remetido ao Juiz para despacho liminar, no qual há exigência de citação prévia do executado. Em regra, é adotado para todas as execuções para pagamento de quantia certa, incluindo os seguintes casos:

Processo
comum
ordinário	a) Execução de uma obrigação alternativa, dependente de escolha ou condição; b) Quando a obrigação exequenda careça de ser liquidada na fase executiva e a liquidação não dependa de simples cálculo aritmético; c) Quando, havendo título executivo diverso de sentença apenas contra um dos cônjuges, o exequente alegue comunicabilidade da dívida no requerimento executivo; d) Nas execuções movidas contra o devedor subsidiário que não haja renunciado ao benefício da excussão prévia.

O processo comum sumário é enviado diretamente ao Agente de Execução para que o tramite de imediato, já que nestes, está dispensada a citação prévia. Nas execuções para pagamento de quantia certa para os seguintes títulos:

Processo
comum
sumário	a) Decisão arbitral ou judicial nos casos em que não deva ser executada no próprio processo; b) Requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória; c) Título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida, garantida por hipoteca ou penhor; d) Título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida cujo valor não exceda o dobro da alçada do tribunal de primeira instância.

No tocante as execuções para entrega de coisa certa e para prestação de facto, seguir-se-á uma forma de processo comum única, não havendo a divisão acima. Todavia, poderão ocorrer as seguintes situações: a) a execução para entrega de coisa certa pode ser convertida em execução para pagamento de quantia certa quando não seja encontrada a coisa que o exequente devia receber. Nesse caso, o exequente pode, no mesmo processo, fazer liquidar o valor da coisa que deveria ser entregue e o prejuízo resultante da falta da entrega; b) a execução para prestação de facto pode ser convertida em execução

para pagamento de quantia certa se o exequente pretender a indemnização pelo dano sofrido e fizer liquidar esse valor.

Processo
especial

- a) O exequente pode requerer a adjudicação de parte das quantias, vencimentos ou pensões que o executado esteja percebendo, ou a consignação de rendimentos pertencentes a este, para pagamento das prestações vencidas e vincendas, fazendo-se a adjudicação ou a consignação independentemente de penhora;
- b) Quando o exequente requeira a adjudicação das quantias, vencimentos ou pensões a que se refere o número anterior, é notificada a entidade encarregada de os pagar ou de processar as respectivas folhas para entregar diretamente ao exequente a parte adjudicada;
- c) Quando o exequente requeira a consignação de rendimentos, o exequente indica logo os bens sobre que há de recair e o agente de execução efetua-a relativamente aos que considere bastantes para satisfazer as prestações vencidas e vincendas, podendo para o efeito ouvir o executado;
- d) O executado é sempre citado depois de efetuada a penhora e a sua oposição à execução ou à penhora não suspende a execução.

O Direito Processual Português também possui regramento próprio quanto ao requerimento executivo, conforme a seguir:

<p>Elementos da petição inicial de execução</p> <p>Art. 724 e 720, CPCP/2013</p>	<p>São considerados elementos obrigatórios:</p> <ul style="list-style-type: none"> · Identificação das partes; · Identificação do mandatário (quando seja constituído); · Identificação do agente de execução (quando o exequente o pretenda indicar); · Identificação do fim da execução, ou seja, se a mesma é para: <ul style="list-style-type: none"> - pagamento de quantia certa; - entrega de coisa certa; - prestação de facto. · Exposição sucinta dos factos que fundamentam o pedido (quando os mesmos não resultem claramente do título executivo); · Formulação do pedido; · Indicação do valor da causa; · Liquidação da obrigação e escolha da prestação (quando esta escolha caiba ao credor) <p>São considerados elementos facultativos:</p> <ul style="list-style-type: none"> · Indicação e identificação expressa, dos bens do executado, caso os conheça, nomeadamente, com a identificação de bens móveis, imóveis, entidade empregadora, conta bancária ou instituição bancária onde eventualmente o executado possua conta. · Requerer a citação prévia do executado ou a sua dispensa.
<p>Documentos obrigatórios da petição inicial de execução</p> <p>Art. 724 e 720, CPCP/2013</p>	<ul style="list-style-type: none"> · Cópia ou original do título executivo; · Documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça ou o documento comprovativo de que foi concedida ao exequente o benefício de apoio judiciário, inclusive na modalidade de atribuição de agente de execução. · Caso o exequente esteja isento de pagamento de custas (por exemplo, as sociedades já declaradas insolventes, o Estado etc), deve mencioná-lo no requerimento executivo, indicando a disposição legal correspondente.

O sistema processual português contém regramento específico acerca de emenda no requerimento do exequente, dispondo no art. 725 do CPCP/2013 que, a secretaria recusa receber o requerimento do exequente, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da data da distribuição, devendo indicar por escrito os motivos da recusa. Uma vez recusado o requerimento executivo, poderá o exequente, nos 10 (dez) dias subsequentes à recusa do primeiro requerimento, apresentar outro requerimento ou os elementos faltantes, sob pena de não o fazendo, ser extinta a execução, com a devida notificação ao exequente.

O cumprimento provisório de sentença é ponderado pelos interesses do exequente e do executado, em atenção aos preceitos da efetividade da execução *versus* a segurança jurídica do executado. O CPCP/2013 dispõe do seguinte regramento acerca do cumprimento provisório de sentença, conforme abaixo:

<p>CPCP 2013</p>	<ul style="list-style-type: none"> · Sem previsão expressa quanto à responsabilização do exequente diante da apresentação de execuções injustas ou ilegais, bem como no tocante ao ressarcimento ao executado que tenha sofrido danos. · Permite que a sentença não transitada em julgado possa constituir título executivo, desde que contra ela não tenha sido interposto recurso com efeito devolutivo. · Previsão de duas formas de obstar a propositura da ação executiva na pendência de recurso: 1) recurso de apelação com efeito suspensivo por imposição legal; 2) requerimento do efeito suspensivo à execução, mediante comprovação de que a execução poderá causar ao executado danos consideráveis e se ofereça para prestar caução. · Enquanto a sentença estiver pendente de recurso, não pode o exequente ou qualquer credor ser pago sem prestar caução. · Quando se execute sentença da qual haja sido interposto recurso com efeito meramente devolutivo, se o recorrente não requerer que o recurso tenha efeito suspensivo, nem o recorrido tenha requerido a prestação de caução, o executado poderá obter a suspensão da execução mediante prestação de caução.
----------------------	--

No direito processual português, Sampaio (2008) leciona que o executado pode opor-se à execução mediante embargos do executado, que nos termos da legislação nacional, os fundamentos da execução poderão variar consoante a execução tenha por base uma sentença (mais restrito), uma decisão arbitral (moderado) ou outro título executivo (mais amplo). Fundando-se a execução em sentença arbitral podem ser invocados como fundamentos da oposição à execução, além dos acima enunciados, aqueles em que pode basear-se a anulação judicial da mesma decisão, sem prejuízo do disposto na Lei da Arbitragem Voluntária. Não se baseando a execução em sentença ou em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória, além dos fundamentos de oposição à execução baseada em sentença, já enunciados, podem ser alegados quaisquer outros que possam ser invocados como defesa no processo de declaração, a seguir:

Embargos à execução (Art. 733 do CPCP/2013)
<p>Prazo para apresentação:</p> <p>O executado pode opor-se à execução no prazo de 20 (vinte) dias a contar da citação. Entretanto, quando a matéria da oposição for superveniente, o prazo contar-se-á a partir do dia da ocorrência do respectivo fato ou dele tenha conhecimento o executado.</p>
<p>Matérias de defesa que podem ser alegadas:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Inexistência ou inexecutabilidade do título; b) Falsidade do processo ou do traslado ou infidelidade deste, quando uma ou outra influa nos termos da execução; c) Falta de qualquer pressuposto processual de que dependa a regularidade da instância executiva, sem prejuízo do seu suprimento; d) Falta ou nulidade da citação para a ação declarativa quando o réu não tenha intervindo no processo; e) Incerteza, inexigibilidade ou iliquidez da obrigação exequenda, não supridas na fase introdutória da execução; f) Caso julgado anterior à sentença que se executa; g) Qualquer facto extintivo ou modificativo da obrigação, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e se prove por documento; a prescrição do direito ou da obrigação pode ser provada por qualquer meio; h) Contracrédito sobre o exequente, com vista a obter a compensação de créditos; i) Tratando-se de sentença homologatória de confissão ou transação, qualquer causa de nulidade ou anulabilidade desses atos.

Em regra, verifica-se no CPCP/2013 que a peça de defesa apresentada pelo executado não será atribuída efeito suspensivo, não havendo qualquer impedimento quanto à prática de executórios em desfavor do devedor. Todavia, o sistema processual português confere regramento específico no tocante ao efeito suspensivo que será atribuído à defesa do executado for verificado que

- a) o embargante prestar caução;
- b) impugnação da genuinidade da assinatura em documento particular, apresentando documento que constitua princípio de prova, com anuência do magistrado sem prestar caução;
- c) impugnação da exigibilidade ou da liquidação da obrigação exequenda, com anuência do magistrado e sem prestar caução;

d) se o bem penhorado for a casa de habitação do embargante, o juiz pode determinar, a requerimento dele, que a venda aguarda a decisão proferida em 1ª instância sobre os embargos, quando tal venda for suscetível de causa prejuízo e dificilmente reparável.

Verificou-se que a penhora consiste no ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, de forma direta ou indireta, na satisfação do crédito executado. No caso de incumprimento de uma obrigação por parte do devedor, a lei processual portuguesa confere ao credor o poder de instaurar uma ação executiva e promover a correspondente penhora de bens. Segue abaixo o regramento específico acerca da penhora de bens extraído do CPCP/2013:

	REGRAMENTO ACERCA DOS ATOS DE PENHORA
Bens objeto de penhora	<p>CPCP/2013 – art. 735</p> <p>A penhora limita-se aos bens necessários ao pagamento da dívida exequenda e das despesas previsíveis da execução, as quais se presumem, para o efeito de realização da penhora e sem prejuízo de ulterior liquidação, no valor de 20 %, 10 % e 5 % do valor da execução, consoante, respetivamente, este caiba na alçada do tribunal da comarca, a exceda, sem exceder o valor de quatro vezes a alçada do tribunal da Relação, ou seja superior a este último valor.</p>
Classificação dos bens quanto à realização da penhora	<p>CPCP/2013</p> <p>Art. 736 – bens absolutamente impenhoráveis</p> <p>Art. 737 - bens relativamente impenhoráveis</p> <p>Art. 738 - bens parcialmente impenhoráveis</p> <p>Art. 751 – ordem de realização da penhora</p>
Utilidade da penhora	<p>CPCP/2013</p> <p>Não consta previsão legal expressa nesse sentido.</p>
Documentação da penhora	<p>CPCP/2013 – art. 753</p> <p>Auto de penhora – realizado pelo Agente de Execução</p>
Conduta do executado que visa obstar a penhora	<p>CPCP/2013</p> <p>Art. 767 – sanções correspondentes à litigância de má-fé, nos termos dos artigos 542 e 543, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possa incorrer.</p>

Modalidades especiais de penhora	CPCP/2013
	Art. 740 - Penhora de bens comuns em execução movida contra um dos cônjuges
	Art. 743 - Penhora em caso de comunhão ou copropriedade
	Art. 744 - Bens a penhorar na execução contra o herdeiro
	Art. 745 - Penhorabilidade subsidiária
	Art. 746 - Penhora de mercadorias carregadas em navios
	Art. 773 - Penhora de créditos
	Art. 774 - Penhora de títulos de crédito
	Art. 778 - Penhora de direitos ou expectativas de aquisição
	Art. 779 - Penhora de rendas, abonos, vencimentos ou salários
	Art. 780 - Penhora de depósitos bancários
	Art. 781 - Penhora de direito a bens indivisos e de quotas em sociedades
	Art. 782 - Penhora de estabelecimento comercial

COMPARATIVO DOS MODELOS DE EXECUÇÃO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Como é sabido, a execução jurisdicional civil origina-se através do incumprimento de alguma prestação, que haja sido tomada por alguém, seja de uma conduta de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia. Origina-se, desse modo, através de uma situação de fato que consiste na falta do cumprimento de uma obrigação por parte do devedor.

Conforme Farias (2014), até o ano de 2003, Portugal possuía um sistema executivo similar ao modelo brasileiro, com concentração das atividades executivas na figura do magistrado, que dirigia e promovia todas as diligências necessárias ao deslinde processual. Todavia, diante de um cenário constante de excessivo congestionamento e morosidade judicial, influenciado pela cobrança de dívidas, conduzido à constatação de que uma série de demandas de baixa complexidade

demandavam bastante tempo e recursos dos tribunais portugueses, necessitava de uma mudança legislativa para fins de reversão do problema.

Paiva e Cabrita (2009) descrevem que a excessiva jurisdicionalização e rigidez dos atos processuais, em que o magistrado não só exercia as funções de tutela e controle prévio, mas também as funções de direção do processo em sua totalidade, combinado com o aumento exponencial das demandas judiciais resultou numa verdadeira crise da Justiça em Portugal, uma vez que o sistema judiciário português não estava preparado para responder a tantas demandas em tempo adequado, de modo a assegurar a efetividade na realização dos atos executórios.

De acordo com as lições de Cruz e Pedroso (2001), a reforma do modelo de execução civil português implementada pelo Decreto-Lei n° 38, de 08 de março de 2003, repercutiu na adoção do sistema híbrido ou misto de execução, cuja finalidade foi reduzir a atuação do magistrado e da administração pública da Justiça, culminando com o surgimento do agente de execução, profissional liberal independente nomeado pelo Estado, responsável por efetuar notificações e assegurar o cumprimento das sentenças cíveis que impunham obrigações aos devedores. Assim, as autoridades competentes para proceder à execução em Portugal são os magistrados e os agentes de execução, cujas competências estão descritas no quadro a seguir:

COMPETÊNCIAS	
MAGISTRADO	AGENTES DE EXECUÇÃO
<ul style="list-style-type: none"> · Proferir despacho liminar, quando deva ter lugar; · Julgar a oposição à execução e à penhora, bem como verificar e graduar os créditos, no prazo máximo de três meses contados da oposição ou reclamação; · Julgar, sem possibilidade de recurso, as reclamações de atos e impugnações de decisões do agente de execução; · Decidir outras questões suscitadas pelo agente de execução, pelas partes ou por terceiros intervenientes. 	<ul style="list-style-type: none"> · Praticar atos necessários à verificação da regularidade do título executivo, e fazer a consulta do registo informático das execuções e das bases de dados de consulta direta eletrônica para apuramento de bens penhoráveis; · Proceder à citação do executado, incluindo os casos de citação do executado para a indicação de bens à penhora, quando não sejam identificados bens penhoráveis · Realizar a penhora e as citações que tenham lugar após a realização da penhora · Proceder à venda, liquidação e pagamento.

Schmidt e Medeiros (2012) apontam que diversamente do Brasil, em Portugal, no processo de execução, prima-se pela menor intervenção do juiz nos atos processuais, reduzindo-a ao máximo possível. Pois, é certo que a demanda executiva se origina em face de determinada prestação a qual o devedor não cumpriu o que fora estabelecido na decisão em um processo declarativo (sentença), ou em virtude de um título executivo extrajudicial. A redução da prática de atos pelo magistrado judicial confere-lhe uma ligeireza maior. Portanto, verifica-se que a execução civil brasileira difere em muito do sistema processual português. No Brasil, a execução é judicializada, e até o presente momento, não permite que atos executivos sejam desjudicializados, tal como acontece em Portugal.

No cenário atual brasileiro, a dificuldade do jurisdicionado para buscar o Poder Judiciário se resume na contraprestação do Estado, uma vez que quando se busca a tutela jurisdicional, busca-se a solução de seus conflitos, com duração razoável do processo. Contudo, o efetivo acesso à justiça fica prejudicado por se entender que não basta o acesso ao Tribunal, mas sim a efetiva prestação da tutela jurisdicional atendendo aos requisitos de admissibilidade dos processos e, por outro lado, diligenciando os atos processuais para atingir um trâmite célere, satisfatório e digno ao jurisdicionado.

A mudança legislativa operada com a reforma do modelo de execução português implementada pelo Decreto-Lei nº 38, de 08 de março de 2003, passando as ações de execução cíveis a serem processadas pelos agentes de execução, diante da falta de vocação dos serviços públicos, com a principal finalidade conferir celeridade aos processos judiciais, fazendo com que o juiz da execução somente se preocupasse com as atividades jurisdicionais, podendo delegar as atividades diversas para desafogar o Poder Judiciário Português.

Machado e Pimenta (2009) salientam que é bastante razoável o posicionamento da legislação portuguesa ao reservar o pronunciamento do juiz somente nas situações em que esta se mostrasse imprescindível para dirimir controvérsias, uma vez que na ação executiva não há um conflito

a resolver, sendo desnecessário que todo e qualquer ato do processo seja impulsionado pelo magistrado. Ademais, conforme o modelo atual adotado em Portugal, verificou-se que aos agentes de execução foi atribuída a prática dos atos necessários para a realização da execução, sem haver, no entanto, o efetivo rompimento com o Poder Judiciário, o que contribuiu para:

- a) reduzir a excessiva jurisdicionalização e rigidez da ação executiva;
- b) atribuir aos agentes de execução a iniciativa e a prática dos atos necessários à realização da ação executiva, sem romper com a sua ligação aos Tribunais;
- c) libertar o juiz das tarefas processuais que não envolvam uma função jurisdicional;
- d) libertar os funcionários judiciais de tarefas a praticar fora do Tribunal.

Nesse sentido, é possível verificar que a desjudicialização da ação executiva brasileira é relevante, uma vez que situações em que todo e qualquer ato do processo deva ser precedido de despacho do juiz acarreta uma morosidade processual desnecessária. Da maneira em que o processo executivo brasileiro vem de desenvolvendo, todavia, nada adianta mudar a forma de processamento se se olvidar da descentralização do processo na figura do magistrado. Imperiosa, portanto, uma alteração legislativa nesse sentido, nos moldes das que foram realizadas em Portugal recentemente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias atuais, verifica-se que a sociedade moderna, caracterizada por conflitos das mais variadas dimensões, anseia por soluções com a maior brevidade possível e de forma mais eficaz. E o Direito, como instrumento regulador do convívio social, não pode ficar dissociado desse norte. Analisando comparativamente a legislação brasileira e portuguesa no tocante ao processamento da execução, desde o requerimento inicial até a efetiva constrição de bens, podem-se perceber diferenças substanciais.

Ao juiz, figura imprescindível na estrutura do Poder Judiciário, devem ser incumbidas as atividades que dependam de jurisdição; e não aquelas meramente burocráticas ou de impulso processual. Da maneira em que o processo executivo brasileiro vem de desenvolvendo, todavia, nada adianta mudar a forma de processamento se se olvidar da descentralização do processo na figura do magistrado. A desjudicialização da ação executiva é de suma relevância, posto que situações em que todo e qualquer ato processual deve ser precedido de despacho do juiz acarretam uma morosidade processual desnecessária.

Procurou-se nesse estudo, sem pretensão de esgotar o tema, fazer a inter-relação entre a execução civil no direito brasileiro e a desjudicialização adotada pelo direito português, delineando ambos os modelos, analisando a possibilidade da aplicação da desjudicialização da execução civil no Brasil com o intuito de atingir o efetivo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Execução civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BIRRA, Helena Alexandra Marques. **Os títulos executivos**: elenco no art. 703 do CPC e a forma de processo aplicável. 2019. 73 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior de Tecnologia e Gestão Politécnico do Porto, Porto, 2013. Disponível em: https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/14314/1/DM_HelenaBirra_MSOL_2019.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 de maio de 2020.

CRUZ, Cristina; PEDROSO, João (coord.). **A ação executiva: caracterização, bloqueios e propostas de reforma**. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
Mar. 2001. Disponível em: https://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_1.html.
Acesso em: 11 de maio de 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de direito processual civil: execução**. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009

FARIAS, Rachel Nunes Carvalho. **A desjudicialização do processo executivo português como um possível modelo para o processo de execução brasileiro**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/34967>. Acesso em 12 de maio de 2020.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. **O novo processo civil**. 11. ed. Porto: Almedina, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PAIVA, Eduardo; CABRITA, Helena. **O processo executivo e o agente de execução**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PORTUGAL, Decreto-Lei n° 38, de 08 de março de 2003. Altera o Código de Processo Civil, o Código Civil, o Código de Registro Predial, o Código de Registros Especiais de Recuperação de Empresas e Falências. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=65&tabela=leis. Acesso em: 10 de maio de 2020.

PORTUGAL, Lei n° 41, de 26 de junho de 2013. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/497406/details/maximized>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

SAMPAIO, J. M. Gonçalves. **A ação executiva e a problemática das execuções injustas**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

SCHMIDT, Alice Krämer Iorra; MEDEIROS, Rosângela Viana Zuza. Análise comparativa entre a ação executiva portuguesa e brasileira: do requerimento executivo à penhora. In: XXI Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Universidade Federal Fluminense. Uberlândia, 2012. **Anais...** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=97>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

CAPÍTULO 7

LIMITAÇÕES AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓPTICA DO DIREITO ESTADUNIDENSE

Rodrigo Albuquerque Santiago¹
Ana Keila Souza de Oliveira²

RESUMO: O presente estudo analisou evolução e aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais entre o direito internacional, mais especificamente o direito estadunidense, perpassando pelos seus limites gerais de aplicação, bem como como é enfrentado pelos doutrinadores e intérpretes do direito em cada um dos países, concluindo-se que em ambos os direitos os negócios jurídicos processuais em muito se assemelham e é recebido com bons olhos pela doutrina e pela jurisprudência, tendo uma parcela doutrinária minoritária que ainda se opõe ao mesmo, mas que não impede a aplicação deste. Ainda, conclui-se que a possibilidade de adaptação do procedimento as especificidades da demanda, mediante negócio jurídico celebrado entre as partes, podendo otimizar a prestação jurisdicional aos tutelados que buscam resolver o seu litígio, bem como, poderá trazer maior celeridade a resolução do mesmo.

Palavras-chave: Negócio Jurídico Processual. Direito Comparado. Estados Unidos. Processo Civil.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.

2 Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza, cursando o 11º período.

1. A EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O SEU CONCEITO

Uma das inovações advindas do Novo Diploma Processual Civil (lei 13.605, de 16 de março de 2015) foi a possibilidade de celebração ampla, mas dentro dos parâmetros legais, dos denominados Negócios Jurídicos Processuais, previstos, expressamente, em seu art. 190. Todavia, é possível enxergar dispositivos esparsos que, similarmente, façam alusão ao comando permissivo, tais como o art. 191, que permite a calendarização dos atos processuais pelas partes em sintonia com o juízo.

É importante ressaltar que já havia alguma possibilidade, mesmo discreta, de negócios jurídicos processuais nas legislações adjetivas anteriores, como exemplo o Código de Processo Civil de 1939 que, em seu artigo 197, II, permitia a suspensão da instância por convenção das partes³ e o Código de Processo Civil de 1973 que, apesar de ampliar as possibilidade de negócios jurídicos processuais em comparação com o CPC/39, inserindo, como exemplo possibilidade de disposição da eleição de foro, fixação de prazos dilatatórios, ônus da prova e suspensão do processo, ainda não permitia a celebração de negócios jurídicos atípicos, mas, tão somente, os típicos.

No entanto, com a entrada em vigor do CPC/15 contendo o artigo 190⁴ e 200⁵, que previa a possibilidade de negócios jurídicos processuais sem restringi-los ou taxá-los, estes ganharam mais destaque, visto o leque

3 CPC/39 – “Art. 197. Suspender-se-á a instância: I – por motivo de força maior; II – por convenção das partes (...)”

4 CPC/15 – “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

5 CPC/15 – “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

de possibilidades que se abriam com a inserção deste artigo, ou seja, com a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos levando ao questionamento acerca de quais seriam os limites dos mesmos e quais normas seriam passíveis de disposição ou não, trazendo a necessidade de uma comparação do presente instituto perante aos demais ordenamentos jurídicos para chegar a esta conclusão.

Dito isso, é importante elucidar que os negócios jurídicos processuais podem ser entendidos como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, 2002, p. 16)⁶.

Ademais, ainda conceituando o negócio jurídico processual o Didier (2012, p. 59) entende que este é um fato jurídico voluntário, no qual as partes podem dispor de determinadas situações jurídico-processuais, dentro de um limite apontado dentro do próprio ordenamento jurídico pátrio⁷.

Ainda nesse contexto, é importante mencionar que os negócios jurídicos processuais podem ser prévios a existência do processo, como exemplo a cláusula de eleição de foro estipulada em um contrato celebrado, na qual há a previsão de que qualquer litígio existente em decorrência daquele contrato, o processo irá tramitar em determinada comarca escolhida pelas partes ou podem ser celebrados durante o seu trâmite, como a celebração da calendarização processual, feita com as partes e com o juiz (aqui entendido como juízo, ou órgão jurisdicional), conforme previsto no art. 191 do CPC. Desta forma apontam Wambier e Talamini (2016, p. 514, v. 1):

“Trata-se de manifestações de vontade que têm por escopo a produção de específicos efeitos processuais, delineados por tais manifestações. O negócio jurídico em si pode ser feito dentro ou

6 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

7 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador. Editora jusPodivm. 2012, p. 59-60.

fora do processo. Importa é que ele produza efeitos processuais. Ele é fruto da vontade do (s) sujeito (s) que o celebra(m), e é por tal vontade modulado, quanto a conteúdo e efeitos”.

Desta feita, passada a sua conceituação, pode-se afirmar que o objetivo dos negócios jurídicos de natureza processual é de servir como um meio, ou seja, um instrumento, que dinamiza a possibilita a adequação do procedimento à efetividade da prestação jurisdicional, sem abrir mão das garantias a serem preservadas inerentes ao devido processo legal. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 150)⁸.

Dito isso, com a maior possibilidade de autorregramento das partes dentro do processo civil brasileiro, passou-se a questionar quais seriam os limites que as partes têm ao dispor de normas processuais, tendo em vista que, quando não lhe é exigida a sua participação no negócio jurídico processual, apenas incumbiria ao juiz analisar a validade daquele negócio processual celebrado.

2. OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO

Dando seguimento, tendo em vista a evolução e espaço que os negócios jurídicos processuais ganharam dentro do processo civil pátrio, uma grande quantidade de doutrinadores brasileiros se sentiram atraídos pelo tema, explorando o objeto dos negócios jurídicos processuais e os seus limites.

Nesse ponto “se um lado da doutrina aclamou os novos dispositivos, como Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira; outro, houveram críticas, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero”⁹. Fato é que a primeira parte destes

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. V. II 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

9 CAVALCANTE, Rafael Nogueira. CONVENÇÕES PROCESSUAIS: o direito brasileiro em uma perspectiva comparada com o direito estadunidense. 2019. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Departamento de Direito Privado e Processo Civil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

doutrinadores, consideram a inserção desta cláusula geral de negociação processual, um avanço no direito adjetivo brasileiro, visto o leque de possibilidades de negociações que poderão ser realizadas acerca do processo instaurado, de forma pré-processual ou, ainda, durante o processo.

Com base nisto, passa-se a analisar frente ao direito comparado, como os negócios jurídicos processuais são realizados e quais os seus limites no ordenamento jurídico brasileiro comparando-o com a aplicação daqueles no ordenamento jurídico estadunidense.

Tal análise passa a ser interessante, em decorrência do fato de que a adoção de cláusulas gerais no ordenamento jurídico pátrio, como as do negócio jurídico e a boa-fé objetiva, na qual só será balizada a sua extensão de acordo com os entendimentos jurisprudenciais e com o aperfeiçoamento dos estudos doutrinários, aproxima o *Civil Law*, adotado no Brasil, ao *Common Law*, sistema adotado nos Estados Unidos, pois aquelas têm íntima ligação com os precedentes judiciais, que servirão de baliza as posteriores aplicações da cláusula.

Nesse sentido, deve ser ressaltado, como bem elucida Amorim (2017, p.325), que esta cláusula geral de poderes apresentada pelo CPC/15 foi adotada pelos legisladores que seguiram a “tendência do direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*)”¹⁰ dando poderes de disposição quanto a situações processuais das partes e o procedimento.

Desta feita, no direito brasileiro, há o questionamento a respeito do objeto do negócio jurídico processual, no qual, uma das controvérsias é a busca para determinar se este pode dispor de uma norma cogente ou se o objeto só poderia ser pautado frente as normas dispositivas constantes no *Códex* adjetivo.

Dando seguimento, quanto a possibilidade de as partes poderem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais,

10 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo. 2. ed. Salvador: JusPodvm. 2017.

o ENFAM, no seu enunciado de número 36, dá orientação no sentido de que o acordo celebrado entre as partes não pode ter como objeto as posições processuais do juiz. Sendo assim, os poderes-deveres do juiz, não seriam um objeto passível de disposição pelas partes, visto que estas não podem dispor de uma posição processual da qual não são titulares¹¹.

Portanto, conforme pode-se observar, o primeiro limite que o negócio jurídico processual brasileiro encontra é a disposição de normas que versem sobre os poderes instrutórios do magistrado no curso do processo, valendo trazer à tona a íntegra do enunciado 36 da ENFAM:

“A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”.

Pode-se observar que tais impossibilidades elencadas no enunciado destacado apontam limitações que resguardam o devido processo legal, visto que, ao limitar a produção de provas que o magistrado entenda ser necessária para o processo, as partes limitariam o julgador de adentrar no mérito da demanda de forma a ter uma cognição exauriente, fazendo com que a efetividade da prestação jurisdicional se esvaísse neste momento. Não podendo ser deixado de lado o fato de que o processo é instituto de direito público e que a efetividade e eficácia da prestação jurisdicional é de interesse público e não privado, ou seja, interessa a coletividade e não somente as partes do processo¹².

11 Ibidem.

12 Ibidem.

Portanto, na doutrina brasileira a limitação aos negócios jurídicos processuais encontra-se na impossibilidade de disposição de normas de ordem pública dentro do processo, com ênfase naquelas que afetariam o poder decisório do magistrado ou na formação do seu livre convencimento motivado. Restando as partes dispostas sobre seus ônus, poderes, faculdades, deveres processuais e alterar o procedimento de acordo com a especificidade da demanda.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência ainda têm encontrado dificuldades para delimitar quais seriam questões procedimentais que as partes poderiam dispor. Um interessante caso é levantado por Amorim (2017, p. 331):

“Tomo como exemplo a possível dilação do tempo legal para a sustentação oral. O tema já desperta controvérsias, porque há resistência da magistratura por entender que a sustentação oral compõe a estrutura do julgamento e por isso seu prazo não pode ser ampliado (Enunciado 41 da ENFAM: “por compor a estrutura de julgamento, a ampliação do prazo de sustentação oral não pode ser objeto de negócio jurídico entre as partes”). Não concordo com esse entendimento porque, apesar de partir de correta premissa, desconsidera que não se está alterando a forma de julgamento, apenas se dilatando prazo para a prática de ato processual pela parte. Chega a ser curiosa a admissão tranquila dessa dilação para atos escritos e sua vedação a ato oral.

Os anunciadores do fim do mundo gritarão que tal entendimento pode inviabilizar as sessões de julgamento dos tribunais (...) a proibição pura e simples da dilação do tempo – prazo – de sustentação oral, entretanto, não é a melhor solução diante de tal situação. Mas as partes devem celebrar o acordo com base na boa-fé objetiva, sem abusar de seu direito de dilação dos 15 minutos previstos em lei. É sabido que determinados processos são extremamente complexos, e o prazo legal é sabidamente insuficiente para uma explanação completa e suficiente. Nesses casos, o órgão jurisdicional deve se valer da proporcionalidade e razoabilidade, previstas no art. 8º do Novo CPC, para aceitar a dilação acordada pelas partes, podendo até mesmo aumentar o prazo legal em tempo menor do que o pretendido pelas partes. Como deve entender nula a convenção no caso de processo simples, no qual o prazo legal é suficiente para a exposição oral das razões das partes.”

Desta feita, observa-se que dentro dos limites apontados, ainda caberá a jurisprudência e a doutrina determinar o que se enquadraria no permissivo para a alteração do procedimento de acordo com a especificidade da demanda.

Superado este ponto, resta apontar que devem ser respeitadas, também, as normas fundamentais do processo, garantias mínimas ou garantias constitucionais do processo. Conforme é sabido, o CPC/15 adotou a teoria constitucionalista de Héctor Zamudio, na qual, todo o Código de Processo Civil deveria ser regido por princípios basilares, estes previstos nos 12 primeiros artigos do CPC/15, ou seja, as partes não poderiam convencionar para afastar a incidência da observância do devido processo legal ou do princípio da boa-fé.

Esta última impossibilidade citada é defendida por muitos doutrinadores, sendo objeto de enunciado 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)¹³, mas não impede que as partes convençionem acerca de eventuais multas ou deveres em relação ao descumprimento do negócio jurídico¹⁴.

Sendo assim, explanadas as limitações encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que as mesmas ainda carecem de balizamento, no qual, haverá sua definição com base nos precedentes judiciais, no qual será determinado se houve ou não a disposição de uma norma cogente, a disposição procedimental de forma a ferir os princípios ou garantias trazidos nos 12 primeiros artigos do CPC e aqueles previstos na constituição, se alguma das partes era vulnerável ao tempo da celebração do negócio jurídico processual ou se limita o poder-dever do juiz e o seu livre convencimento motivado. Com base nisso, passamos a analisar o sistema de negócios jurídicos processuais estadunidense.

13 Enunciado 6 – FPPC “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.”

14 Enunciado 17 – FPPC “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

3. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO DIREITO ESTADUNIDENSE

Sabe-se que os Estados Unidos possui seu ordenamento jurídico pautado no *commom law*, tal sistema jurídico possui origem na Inglaterra, tendo como principal característica a sua não codificação, logo, sua aplicação é de forma mais objetiva, devendo ser analisado o caso concreto, assim, há um grande protagonismo na figura do magistrado.

Nesse contexto, antes de comentar sobre os negócios jurídicos processuais no direito americano, urge esclarecer sobre alguns aspectos do processo civil no país. Conforme anteriormente comentado, o sistema jurídico dos Estados Unidos é pautado no *commom law*, diante disso, o processo civil se caracterizou por conceder às partes grande liberdade em relação aos procedimentos jurídicos.

Dito isso, com a evolução do sistema jurídico americano, na década de 30, do século XX, a Suprema Corte criou um comitê que desenvolveu as *Federal Rules of Civil Procedure* (Leis Federais de Processo Civil), fazendo com que apenas as cortes federais estadunidenses passassem a possuir uma codificação para organizar os procedimentos.

Nesse contexto, visto a maior independência dos estados-membro, o doutrinador americano Carl Tobias (2003), aponta que no direito estadunidense, o direito processual civil é *matter of state*, isto é, cada estado da federação tem autonomia para formular suas próprias regras processuais¹⁵.

Sob esse aspecto, diferentemente do Brasil, nos EUA, os estados possuem competência para legislar sobre o processo civil, dividindo-se as leis processuais civis federais promulgadas pela Suprema Corte, e as leis processuais civis estaduais promulgadas pela Suprema Corte Estadual. Desse modo, fica demonstrado que há uma grande diversidade de procedimentos

15 TOBIAS, Carl. The Past and the Future of the Federal Rules in State Courts. In: Nevada Law Journal, Las Vegas/Nevada, v. 3, 2003, p. 403

jurídicos entre os estados americanos, por isso, houve pressão para que os estados adotassem um sistema semelhante ao federal.

Assim, até o ano de 1983, mais da metade dos estados americanos, através das supremas cortes estaduais, passaram a adotar, pelo menos em parte, os procedimentos do *Federal Rules of Civil Procedure*.

Nesse contexto, torna-se imprescindível esclarecer que, nas *Federal Rules of Civil Procedure*, preveem a possibilidade de as partes definirem o procedimento, ou seja, de realizarem negócios jurídicos processuais. Neste ponto, Antônio de Passo Cabral (2018) aponta algumas hipóteses: nas Rules 4 e 5, que se referem à citação; Rule 15, relativas às emendas à petição; Rules 26, 29, 34, 35 e 36, sobre as estipulações sobre objeto, e entre outras¹⁶.

Dessa forma, referido autor afirma que, nos Estados Unidos, os negócios jurídicos processuais são denominados de “processo contratual” (*contract procedure*) ou de “contratação procedimental” (*procedural contracting*)¹⁷. Tal denominação está relacionada ao fato de as partes convencionarem sobre o processo civil em caso de futura litigância, diante disso, os indivíduos possuem grande liberdade na condução do procedimento. Entende-se que, conforme as leis federais, os negócios processuais são reconhecidos pelas Cortes americanas.

Em decorrência dessa liberdade de disposição das partes acerca de como o processo deverá ser conduzido, a doutrina americana possui divergência quanto ao tema, existindo duas correntes: a conservadora, a qual defende e estimula a utilização de tais negócios jurídicos processuais, justificando que a utilização dessas cláusulas contratuais reduziriam os custos com a litigância; e a liberal, a qual defende que tais negócios podem gerar violação aos direitos e aos valores jurisprudenciais e constitucionais.

Nesse seguimento, quanto aos doutrinadores que defendem o uso limitado dos negócios jurídicos processuais, é salutar o entendimento de

16 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2018. p. 125

17 Ibidem

Davis e Hershkoff (2011), os quais afirmam que os referidos negócios podem gerar efeitos para além das partes, devendo os mesmos serem impostos com limitações¹⁸.

Dando continuidade, segundo Taylor e Cliffe (2002), os Tribunais americanos têm deixado de lado a preocupação fundamental com a justiça, buscando preservar, tão somente, a autonomia de vontade das partes¹⁹.

Logo, nota-se que a crítica da doutrina que não defende os negócios jurídicos processuais é relacionada ao fato de que, as partes, ao realizarem negócios jurídicos processuais, acabariam por se esquivar de obrigações legais irrenunciáveis, podendo prejudicar tanto as partes do negócio como terceiros.

No entanto, a doutrina majoritária entende pela necessidade dos negócios processuais, fundamentando tal entendimento na segurança, eficiência e redução de custos que esses negócios trazem as partes, visto que os procedimentos jurídicos estariam pautados nas suas vontades, logo, no que seria justo para ambas as partes.

Nesse contexto, Ribstein (2003) explica que ao negociar um procedimento de forma clara, quando as partes se encontram em situações em que seria dúbia qual norma processual a ser aplicada no caso concreto, o negócio jurídico processual acaba por reduzir os custos da litigância, visto que dá uma maior segurança da norma que será utilizada²⁰.

Sendo assim, cabe comentar que a Suprema Corte Norte-Americana aceita reiteradamente tais negócios processuais nos dias atuais. De acordo Cabral (2018), a Suprema Corte atuou como um motor para a evolução dessa temática, principalmente quando da decisão do caso *Carnival Cruise Lines v. Shute* em 1991²¹.

18 DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: NYU Law Review, 2011, p. 5.

19 TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convoluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: University of Richmond Law Review, v. 35, 2002, p. 1087

20 RIBSTEIN, Larry. From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law. In: Georgia Law Review, v. 37, 2003, p. 366

21 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPO-

No mencionado caso, um casal americano residente em Washington, Eulala e Russel Shute, comprou passagens para um passeio de cruzeiro pela costa mexicana. No contrato, havia cláusula informando que caso o adquirente do cruzeiro sofresse lesão o foro competente para a demanda seria na Flórida, com a exclusão de todas as outras jurisdições.

Assim, os mesmos embarcaram em Los Angeles e durante o passeio, a senhora Shute escorregou no piso da embarcação vindo a se machucar. Diante de tal fato, o casal ingressou com uma ação no foro de *Washington Federal District Court*, caso em que, a empresa ré, requerendo o julgamento sumário, alegou a cláusula de eleição de foro.

Nesse contexto, a Corte de Apelações entendeu que a cláusula de eleição de foro não era válida, visto que não houve liberdade de negociação, posto que seria um sofrimento desnecessário para o casal ir até a Flórida para processar. No entanto, a Suprema Corte decidiu de maneira contrária, entendendo que o fato de não existir negociação a respeito da cláusula não implica sua invalidade, logo, as cláusulas de eleição de foro são, em regra, válidas, desde que justas, logo, neste caso, a Suprema Corte entendeu pela presunção de validade do acordo processual celebrado²².

Além disso, outro exemplo do acolhimento dos negócios jurídicos processuais pela Suprema Corte é o caso *Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Co.*, ocorrido em 2009, nesse caso, o processo tramitava em Nova Iorque, mas a corte julgadora reconheceu a possibilidade da aplicação de uma regra da *Federal Rules of Civil Procedure* (Leis Federais de Processo Civil), ainda que a lei processual do estado proibisse tal aplicação em hipótese de cobrança de multa, como era o caso, ou seja, a corte reconheceu a possibilidade de que se afastasse a validade de uma norma do Estado para a aplicação de outra norma da *Federal Rules of Civil Procedure*, por meio de negócio jurídico processual.

DIVM, 2018. p. 125

22 Ibidem

Assim, pode-se observar que os negócios processuais são aceitas na prática forense americana dispondo de todo o procedimento processual, até no que diz respeito às normas que regem o contraditório e estrutura de julgamento, no caso, abrindo mão do julgamento pelo júri ou a restrição e valoração dos meios de produção de provas, diz Cabral que:

Atualmente, acordos processuais são plenamente aceitos na prática forense dos EUA, desde renúncias ao julgamento pelo júri (lembrando que por lá existe direito ao júri em matéria cível), passando por cláusulas de eleição de foro, renúncias a alegações (como a prescrição e decadência) e sofisticadas regras convencionais em matéria probatória, tanto para reduzir a discovery quanto para modificar os meios de prova e alterar a sua valoração. Permitem-se até mesmo, no caso de cognovit notes, disposições sobre o direito à citação e ao contraditório. Recentemente, observam-se também acordos na fase recursal pelos quais as partes dispõem sobre seus direitos. (CABRAL, 2018, p. 125) ²³

Dessa forma, tem-se que os negócios jurídicos processuais, além de amplamente aceitos nos Estados Unidos, sofrem menos restrições em relação aos negócios jurídicos celebrados no processo civil brasileiro, posto que podem dispor de normas consideradas cogentes e as de interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, como o contraditório, estrutura de julgamento, na qual não se confunde com disposição acerca do procedimento e a escolha do direito que será aplicado ao caso sob análise.

Nesse contexto, os doutrinadores americanos David Taylor e Sara Cliffe (2002), apesar de criticarem a existência desses negócios jurídicos processuais, reconhecem que tais negócios são aceitos e estão presentes na prática forense estadunidense²⁴.

²³ Ibidem

²⁴ TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convuluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: University of Richmond Law Review, v. 35, 2002, p. 1087

Assim, apesar da grande utilização prática dos negócios jurídicos processuais nos Estados Unidos, de acordo com Cabral (2018), ainda não houve uma análise acadêmica detida acerca do tema pelos doutrinadores americanos, visto que poucos acordos processuais específicos eram estudados, como cláusula de eleição de foro, renúncia ao julgamento pelo júri e a escolha contratual do direito aplicável, vindo a ter maior repercussão acadêmica só agora, na qual os estudos se expandiram para as diversas possibilidades de negócios que versem sobre qualquer situação processual²⁵.

Sendo assim, conforme o exposto, pode-se aferir que nos Estados Unidos, os negócios jurídicos processuais detêm uma menor limitação, apesar de a doutrina estadunidense possuir divergência acerca dos negócios processuais, o entendimento majoritário é da possibilidade da realização dos mesmos, fundamentado, principalmente, na ideia de eficiência, segurança, redução de custos e celeridade processual.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, fora possível vislumbrar, neste artigo, em primeiro ponto, que a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico brasileiro já existia em suas legislações anteriores, ou seja, o instituto não surgiu com o CPC/15.

No entanto, apesar de não ter sido trazido para o ordenamento jurídico brasileiro no CPC/15, o grande avanço deste instituto foi a inserção de uma cláusula geral de negociação, permitindo que as partes pudessem adequar o procedimento de acordo com as especificidade da demanda e dispor acerca de seus, ônus, poderes, faculdades e deveres, desde que tais disposições não violem os princípios basilares trazidos pelo próprio código de processo

25 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPO-DIVM, 2018. p. 125

civil, nem limitem o magistrado de instruir o processo ou de ter o seu livre convencimento motivado.

Já, no que se refere aos negócios jurídicos processuais nos Estados Unidos, verificou-se, primeiramente, que cada estado é dotado de maior autonomia para legislar sobre a matéria de processo civil, assim tais leis vão reger o procedimento de cada corte estadual. No entanto, observou-se que as cortes federais, tendem a unificar a aplicação da legislação ao processo civil por meio da prevalência das normas previstas na *Federal Rules of Civil Procedure*. Diante disso, no âmbito federal, há apenas um processo civil, o qual se aplica em todas as cortes federais, no âmbito estadual, há diversas legislações sobre o processo de cada estado.

Dito isso, pode-se observar que a legislação e a doutrina brasileira e a estadunidense, em muito se assemelham quando trata-se da negativa da aplicação dos negócios jurídicos processuais, sob o prisma de que o mesmo não é benéfico, visto que os efeitos dos mesmos não se restringiriam somente as partes envolvidas do negócio jurídico e, no Brasil, a doutrina resistente utiliza um forte argumento que é fato de que o Código de Processo Civil deu a oportunidade para que as partes, por interesse privado, alterassem matéria processual que é de competência privativa da União legislar acerca do mesmo.

Dando seguimento, ultrapassado os contrapontos da doutrina que se opõe ao negócio jurídico, pode-se observar que a doutrina majoritária brasileira e estadunidense acolhem o negócio jurídico processual com bons olhos, posto que daria mais celeridade ao processo, traria uma economia processual, pois as partes adequariam o procedimento as especificidades da demanda afastando a prática de atos desnecessários e acabam por privilegiar o autorregramento das partes dentro do processo civil.

Nesse ponto, observa-se que nos Estados Unidos a adoção dos negócios jurídicos processuais tem possibilitado a sua ampla aplicação, possibilitando com que as partes façam alterações em normas que podem comprometer o

due process of law, como mencionado, a possibilidade de dispor das provas e da valoração das provas e do contraditório, podendo dispor, também, acerca da citação e de intimação, que são matérias que, quando violadas, trazem uma nulidade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, em um contraponto a adoção dos negócios processuais estadunidenses, no Brasil, a sua adoção tem buscado um meio termo entre a não restrição extrema da aplicação dos negócios processuais e a sua absoluta aplicação, caso em que esta encontrará o seu limite, quando esbarrar com normas de ordem pública, que estão em contradição com os princípios basilares que regem o processo civil, quando uma parte estiver vulnerável – como exemplo a presunção relativa de vulnerabilidade quando a parte que celebrou o negócio jurídico estava desacompanhada de seu patrono – ou quando estiver inserida como uma cláusula abusiva em um contrato de adesão.

Sendo assim, ao analisar ambas culturas jurídicas pode-se observar que, em decorrência da maior abertura as relações privadas nos Estados Unidos, os negócios jurídicos encontram menos limitações. Enquanto, no Brasil, existe uma maior limitação, na qual, pode-se considerar adequada, visto que a ausência de proteção à normas basilares que garantem direitos e princípios constitucionais, poderia acarretar na violação do devido processo legal e esvair a finalidade do processo no ordenamento jurídico brasileiro que é efetivamente ser o instrumento pelo qual o Estado garantirá a efetiva prestação da tutela jurisdicional ao seu jurisdicionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 125.

CAVALCANTE, Rafael Nogueira. **Convenções Processuais: o direito brasileiro em uma perspectiva comparada com o direito estadunidense**. 2019. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Departamento de Direito Privado e Processo Civil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: NYU **Law Review**, 2011, p. 5.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2ª ed. Salvador. Editora JusPodivm. 2012, p. 59-60.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. II 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2017.

RIBSTEIN, Larry. From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law. In: Georgia **Law Review**, v. 37, 2003, p. 366.

TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convuluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: **University of Richmond Law Review**, v. 35, 2002, p. 1087.

TOBIAS, Carl. The Past and the Future of the Federal Rules in State Courts. In: **Nevada Law Journal**, Las Vegas/Nevada, v. 3, 2003, p. 403.

CAPÍTULO 8

O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A AUTOCOMPOSIÇÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA

Elizabeth Alecrim Soares Coelho¹

Raimundo Nonato de Brito Neto²; Larissa Learth Sampaio de Lima³

RESUMO: Este artigo pretende analisar o conceito do princípio do duplo grau de jurisdição, relacionando este tema com a autocomposição em segunda instância, levando em consideração as novas normativas que pretendem colocar em prática os métodos consensuais de conflito, dentro e fora do processo judicial. Para isso, primeiramente partiu-se de uma compreensão acerca do princípio do duplo grau de jurisdição, posteriormente foram apontados os métodos de solução consensuais de conflito, e por fim, analisou-se a viabilidade de aplicação destes mecanismos no segundo grau, levando em consideração exemplos de outros países, em especial dos Estados Unidos, como estudo comparativo, que já tem adotado este comportamento menos litigioso e mais efetivo em todos os momentos do processo. O estudo foi realizado através de investigação por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com o uso de referências teóricas, como livros, artigos científicos e monografias, além de estudo de legislações. A partir da análise dos estudos apontados, concluiu-se que, algumas modalidades de soluções pacíficas de conflitos podem ser implementadas no sistema judiciário brasileiro, e com isso trazer diversos resultados positivos, não só no que tange à redução da morosidade processual, mas também no que diz respeito a solução integral do mérito.

Palavras-chave: Sistema judiciário brasileiro. Autocomposição. Soluções pacíficas de conflitos. Duplo grau de jurisdição. Segunda instância.

1 Doutoranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa. Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenadora do Grupo de Estudos Processuais (GEP) da mesma instituição. Procuradora do Conselho Regional de Contabilidade do Ceará.

2 Aluno do 10º semestre do curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

3 Aluna do 10º semestre do curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

INTRODUÇÃO

O sistema judiciário brasileiro convive com dois grandes problemas: número excessivo de demandas advinda de uma cultura do litígio e uma gestão inadequada dos conflitos propriamente dita.

Esses dois motivos são causa e consequência um do outro, haja vista que, a grande quantidade de processos gera a impossibilidade de uma solução integral do mérito efetiva, pois reduz a qualidade do andamento da demanda, o que, por ventura, também gera novas demandas, advindas da má resolução das primeiras.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e, em seguida, da Lei de Medição (Lei nº 13.140/2015) buscou-se a implementação de mecanismos que ajudassem a solucionar os problemas acima trazidos, ou pelo menos amenizar a crise do judiciário brasileiro advinda da cultura do litígio.

Por meio destas edições normativas, compreendeu-se que a superlotação do judiciário e a cultura da judicialização das demandas faz com que os processos não consigam ter soluções em prazo razoável, por isso, entende-se que, não só em nível de primeiro grau de jurisdição, mas também nos tribunais, deve-se incentivar o uso de mecanismos que pretendem à uma solução pacífica de conflitos, de forma célere e efetiva, para dar resposta aos problemas, sem necessariamente depender de provimentos jurisdicionais.

Neste estudo, pretende-se focar, especificamente, na aplicabilidade destes mecanismos na segunda instância, tendo em vista que o número de demandas que atinge o grau recursal também é tão preocupante quanto os processos de primeira instância, por isso relaciona-se o estudo com o princípio do duplo grau de jurisdição.

Para isso, dividiu-se o estudo em três tópicos, o primeiro deles pretende tratar acerca do princípio do duplo grau de jurisdição, como ele é trazido

para o sistema jurídico brasileiro, de que forma ele é observado na prática processual e a relação que ele possui com os mecanismos de autocomposição.

No segundo tópico, pretende-se apresentar os métodos implementados para a solução pacífica de conflitos, tratando das diferentes formas de utilização, seja dentro ou fora da atuação jurisdicional. Para isso, apresentam-se alguns conceitos, como a ideia de sistema multiportas, presença de terceiros na solução do conflito, formas de autocomposição, etc.

No último tópico, pretende-se analisar, especificamente, o uso da autocomposição na segunda instância, apresentando como os tribunais tem se posicionado acerca do tema, e como essa ferramenta tem sido utilizada em outros países, em especial nos Estados Unidos, bem como vem sendo aplicada no Brasil, atentando para os mecanismos que podem ser implementados para que a realidade brasileira da cultura do conflito seja alterada.

1. O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Inicialmente, é preciso explicar que, o termo duplo grau de jurisdição apresenta um erro, haja vista que a jurisdição é una, a duplicidade afirmada, em verdade, se refere a cognição e julgamento (CHIOVENDA, 2000).

Para Moreira (1988, p. 236), o duplo grau “decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo”.

Para Nery Junior (1996, p. 39) que o duplo grau de jurisdição:

[...] consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame.

Para este último autor, portanto, o duplo grau de jurisdição pode envolver apenas um duplo exame, que pode ser feito por órgão de igual hierarquia do que primeiro prolatou decisão.

Este princípio é assegurado por intermédio de diversos instrumentos, a quais merecem destaque o recurso de apelação, o recurso ordinário e até mesmo o agravo de instrumento. Assim como existem ferramentas de imposição de revisão, por meio do reexame necessário e do duplo grau obrigatório, presente no art. 475 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2015).

A ideia deste princípio é trazer mais segurança jurídica às decisões judiciais, devido à possibilidade de revisão da matéria. Além disso, também está relacionado à redução de injustiças, haja vista que decisões errôneas podem ser revistas.

Para Grinover (1975, p. 143) existe ainda uma natureza política para a adoção desse princípio, tendo em vista que:

O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.

No entanto, existem alguns autores que estão saindo em defesa de limitações a este princípio, tendo em vista uma maior eficiência na prestação da tutela jurisdicional, pretendendo garantir procedimentos mais céleres, tendo em vista que o uso desse princípio tem sido feito de forma errada, o que acaba por gerar uma grande demanda de processos em segunda instância, devido à grande quantidade de recursos interpostos.

Por isso, em países como a Itália, existem discussões profundas em vistas de até abolir o recurso de apelação, tendo em vista que seria uma violação

ao acesso a justiça, pois o grande número de recursos inviabilizaria a prestação jurisdicional efetiva (CAPPELLETTI, 1969).

Alguns juristas brasileiros, para defender a posição explanada por Capelletti (1969), acabam por afirmar uma inexistência de cunho constitucional do princípio, a fim de admitir a redução de recursos. Nesse sentido, aponta Marinoni (1999, p. 165):

[...] o duplo grau, que não é garantido constitucionalmente, não pode mais ser visto como um princípio fundamental de justiça, já que não é racional – quando se está consciente da necessidade de garantir ao autor uma maior tempestividade da tutela jurisdicional – admitir a sua presença em todas as causas, principalmente naquelas de ‘maior simplicidade’ e que são beneficiadas pela oralidade.

De outro modo, os doutrinadores que defendem a constitucionalidade deste princípio, apontam sua previsão de forma implícita na constituição, afirmando que este decorre da organização judiciária em várias instâncias, prevista na Constituição, além de princípios constitucionais expressos que lhe são correlatos, como é o caso do acesso a justiça, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, entendendo estes instrumentos como garantias ao direito de recorrer.

Os dois principais argumentos conflitantes entre as duas correntes são: o discurso daqueles que afirmam que o direito a recurso é o responsável pela ausência de celeridade processual, devido ao grande número de processos em segundo grau; contra o posicionamento daqueles que afirmam que a recorribilidade garante a justiça e segurança jurídica.

Em verdade, nenhum destes argumentos pode ser confirmado, pois não se pode apontar o recurso como o grande responsável pela morosidade processual do ordenamento jurídico pátrio e pela grande quantidade de processos em segunda instância, nem se pode afirmar também que a existência deste princípio pode garantir decisões mais justas e admitir a

segurança jurídica, pois as decisões de primeiro grau também podem ter essas características.

Desse modo, entende-se que a solução desta problemática em torno do princípio do duplo grau de jurisdição pode ser solucionada de outra maneira, que não a remoção de recursos e nem o incentivo a previsibilidade de decisões de primeira instância.

Existem ainda, mecanismos que podem facilitar para redução da morosidade processual, sem que os recursos sejam extintos, e esses instrumentos são os mesmos que permitem também que as decisões de primeiro grau sejam mais justas, não necessitando de recursos para revisar o que foi sentenciado, e garantindo também a segurança jurídica.

Esses mecanismos são os métodos de solução pacífica de conflitos, a que se entende por autocomposição processual, que podem ser utilizados dentro ou fora do âmbito jurisdicional, e em qualquer grau de cognição e julgamento.

Por isso, no próximo tópico, abordaremos cada um destes instrumentos, a fim de relacionar a garantia do duplo grau de jurisdição com esses mecanismos, sem que seja necessário reduzir o número de recursos existentes ou apelar com a justificativa de que as decisões seriam injustas.

2. MÉTODOS DE SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

A autocomposição é um mecanismo alternativo de pacificação social, pode ocorrer fora ou dentro do sistema jurisdicional, e pode ocorrer com ou sem a participação de terceiros (mediadores ou conciliadores) para a solução do conflito (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000).

A sua realização é incentivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após a edição de duas leis acerca do tema. A elaboração destas normas teve como objetivo reduzir o número de casos existentes no sistema judiciário e evitar novos litígios, que geram crise ao sistema, que trabalha de forma onerosa e com um número excessivo de demandas.

São espécies de autocomposição as denominadas transações e submissões. A primeira delas envolve a realização de concessões por força de ambos os envolvidos no conflito, em vistas de solucionar a lide. Já o segundo tipo está relacionado a aceitação voluntária de uma das partes de se submeter a pretensão do outro, abdicando dos seus interesses (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000).

A ideia de acesso a justiça trazido por esses mecanismos autocompositivos tem o objetivo de adaptar as necessidades da contenda com a modalidade de resolução de disputas existente. Assim, a jurisdição estatal pode não ser o meio mais adequado para certos tipos de demanda.

Com o objetivo de trazer diversos mecanismos para a adequação ao caso concreto, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125/2010, onde foi trazida a denominada Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendo como objetivo assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (BRASIL, 2010).

Além da autocomposição, existem também métodos heterocompositivos, ambos são chamados de mecanismos extrajudiciais de pacificação social de conflitos. Nesse sentido, a inafastabilidade jurisdicional das demandas, princípio constitucionalmente previsto, deve ser visto de forma ampla, de modo a abarcar também estas outras técnicas (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2000).

Há de se destacar ainda, que esses mecanismos não condizem, necessariamente, com uma exclusão da apreciação jurisdicional, tendo em vista que podem ser utilizados de forma complementar a atividade do judiciário.

Reconhecendo a importância destes instrumentos, alguns países, como a Itália, a Argentina e a Alemanha, trouxeram a obrigatoriedade da utilização da mediação, por exemplo, como condição de procedibilidade do processo.

No ordenamento jurídico brasileiro também houve uma tentativa de tornar obrigatório o uso deste instrumento, por meio do PLC 94/2002, ainda pendente de envio à Câmara dos Deputados para apreciação das modificações feitas no Senado Federal.

Nessa ideia de adequar o mecanismo com a solução do litígio, a Corte Superior do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, criou o chamado sistema multiportas (*Multi-door court-house*), presente no país desde 1985 (CALMON, 2007).

Denominada de *Multi-Door Dispute Resolution Division*, faz-se uma espécie de triagem dos litígios, por meio da análise das contendas e dando orientações sobre quais os meios mais eficientes para solução daquele caso em específico (CALMON, 2007).

Para compreender melhor a utilização deste mecanismo, precisa-se saber as técnicas específicas de cada um deles. Para isso, é preciso entender a classificação deste sistema. Primeiramente, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (2000) em uma formulação clássica, afirmam que os instrumentos seriam: processo, autocomposição e autotutela.

A autotutela é o mecanismo pelo qual, na ausência do Estado, ou de outro mecanismo mais adequado, o indivíduo soluciona o conflito por meio do emprego de força, para preservar um direito ameaçado. É exemplo disso, a legítima defesa presente no direito penal. No entanto, é um instrumento excepcional e taxativamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

A autocomposição, já anteriormente conceituada, pretende uma solução construída pelos próprios litigantes, diferente da heterocomposição, em que a solução vem de um terceiro imparcial. Há de se destacar, no entanto, que este mecanismo pode ter uma classificação quanto ao momento em que é empregado, podendo assumir um cunho pré-processual, intra-processual ou pós-processual (CALMON, 2007).

Quando ocorre de forma intra-processual, é realizada durante a realização do processo, por isso pode acarretar a extinção processual, seja total ou parcial. O acordo pode ser resultado de ação exclusiva dos envolvidos, ou por meio de auxílio por intervenção de terceiros (CALMON, 2007).

Assim, no próximo tópico, será abordada a utilização destes mecanismos de forma intraprocessual, justamente no segundo grau de jurisdição, de forma a entender como os tribunais poderiam auxiliar na redução dos conflitos que chegam a segunda instância.

3. A APLICAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No que se refere a aplicação da autocomposição na segunda instância, importante é apontar para a utilização de mecanismos híbridos de solução de conflito, como uma forma de, durante a atividade jurisdicional, portanto heterocomposição, utilizar-se também de autocomposição, na modalidade intra-processual, como apontado anteriormente.

Para fins de abordagem desta temática, usa-se como fonte do direito comparado, a aplicação destes mecanismos híbridos no sistema jurídico americano. Por isso, separou-se algumas modalidades aplicadas nos Estados Unidos.

O primeiro instrumento a ser apontado é o Rent-a-judge, aplicado nos tribunais norte-americanos, de modo que a parte aceita que o julgamento seja submetido a pessoas imparciais, que são remuneradas pelas partes e são anteriormente escolhidas, e o julgamento proferido deste acordo é assumido pela corte. Mas, ainda assim, as partes continuam podendo recorrer desta decisão (FISS, 2003).

Um outro mecanismo empregado é o Mini-Trial, resulta da eleição feita pelas partes conjuntamente, de uma espécie de conselheiro, sendo função normalmente atribuída a um advogado com relevância na área da demanda, que opina sobre o litígio, apontando como ele acha que será proferido o

julgamento, e assim, as partes fazem uma negociação, com base no parecer do conselheiro. Existem casos em que os próprios litigantes decidem que a análise do parecerista será vinculativa (FISS, 2003).

Além destes dois anteriormente citados, na seara criminal, o Summary Jury Trial, aplicado nos tribunais do Júri, consiste na simulação de um julgamento, com a explicação do caso por meio dos advogados das partes, e deste veredicto não existe vinculação, mas, o seu resultado estimula as partes a elaborarem um acordo, prevendo o resultado do júri oficial (FISS, 2003).

Por meio destes instrumentos, a atividade jurisdicional ganha mais celeridade, visto que as próprias partes se posicionam sobre o conflito, sem que seja necessário a ocorrência de todas as fases da instrução processual.

No ordenamento jurídico brasileiro, instrumentos como esses podem ser facilmente aplicados, haja vista que o Código de Processo Civil expressamente salienta que: “Art. 6º - todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

Ademais, ainda existe outro estímulo para a autocomposição, em qualquer momento, fora ou externo ao processo, visto que o mesmo diploma legal, no art. 139, inciso V, preceitua que incumbe ao juiz: “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (BRASIL, 2015).

Pelo exposto acima, essa função autocompositiva é dada aos conciliadores e mediadores, não sendo advogados necessariamente, assim como ocorre no sistema americano.

Existem, no entanto, limitações no que diz respeito aos casos em que a autocomposição pode ser utilizada, haja vista que existem os denominados direitos indisponíveis, e o próprio Código de Processo Civil assevera: “Art. 3º - Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. (BRASIL, 2015).

Logo, excetuados esses casos, entende-se importante estimular a autocomposição, como forma de evitar a morosidade processual, e garantir a solução integral do mérito de forma satisfativa para as partes, de modo a evitar a realização de novas demandas.

A respeito da aplicação destas medidas autocompositivas no rodimento jurídico brasileiro, é válido destacar que a Resolução 125 do CNJ, trouxe alguns apontamentos aos tribunais, por meio da criação de núcleos chamados de NUPEMECs⁴ e os centros denominados de CEJUSCs⁵ dentro de cada Estado. É necessário haver, obrigatoriamente, um núcleo, já os centros podem ser vários em cada Estado, e atuam na solução de conflito intra-processual (BRASIL, 2010).

O grande diferencial dos centros é a sua possibilidade de atuação na segunda instância, como se fosse uma nova chance de acordo entre as partes litigantes. Essa iniciativa é incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça. Além disso, o setor processual dos núcleos serve precipuamente para realização de conciliação e mediação de processos que encontram-se em segunda instância.

O funcionamento dos métodos autocompositivos nas Câmaras dos Tribunais ocorre por meio de um sistema de triagem de processos, separando aqueles que podem ser objetos de resoluções consensuais, já que, como visto anteriormente, alguns direitos, por serem indisponíveis, em regra, não admitem autocomposição.

Por meio dessa triagem, os processos são enviados ao Núcleo, que vai fazer um novo procedimento deste para analisar a viabilidade de realização de audiência, bem como análise dos métodos mais adequados para o conflito em concreto.

4 “Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos têm a missão de concretizar as metas e diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como sanar deficiências a partir do estabelecimento de padrões de procedimento e qualidade dos serviços autocompositivos ofertados pelo Judiciário. Eles funcionam como órgão de inteligência, gestão e execução” (GRANCEIRO, 2018, p. 28).

5 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, utilizados para colocar em prática as múltiplas portas de métodos consensuais de solução de conflito.

Há de se destacar, no entanto, que existem obstáculos a aplicação dos métodos auto compositivos no segundo grau. O primeiro problema apontado por Grangeiro (2018) foi a facultatividade de presença das partes, pois, a audiência era agendada, e o não comparecimento dos litigantes fazia com que ela fosse frustrada.

Ademais, mesmo sendo obrigatório o comparecimento para aqueles que se manifestem pelo consentimento, conforme previsto no art. 334 do Código de Processo Civil, não se tem uma certeza acerca da possibilidade de haver elaboração de um acordo, pois a realização de composição amigável é facultativa.

Além deste obstáculo, Grangeiro (2018) também aponta a questão da existência de uma sentença, pois, quando o processo está em segundo grau, já houve uma decisão em primeiro grau que deu razão a uma das partes, de modo a contribuir com a ideia de que existe uma pessoa certa e outra errada, o que dificulta para a realização de um acordo.

O que ocorre é que a parte que recorreu estava insatisfeita com o provimento jurisdicional do magistrado, e a parte que foi beneficiada não quer reduzir seus ganhos, já que teve uma decisão favorável. Assim, nenhum dos dois lados parece estar propício a um acordo.

Essa dificuldade pode ser maior ou menor, a depender do tipo de sentença que foi prolatada, sentenças de parcial procedência, por exemplo, possuem maior facilidade de admitirem uma autocomposição das partes, do que sentenças de total procedência.

Sabe-se, no entanto, que a existência de um recurso para o tribunal significa dizer que ainda não há segurança jurídica do resultado e que não houve coisa julgada, podendo o processo tomar proporções distintas, beneficiando aquele que recorreu em detrimento do que teve a decisão favorável anteriormente, por isso, destacando-se a necessidade de métodos consensuais também nesse momento processual.

Logo, a mudança da mentalidade litigiosa do sistema judiciário brasileiro para uma cultural consensual deve ser paulatinamente observada, pois, ainda que existam incentivos para implementação de mecanismos em todos os graus de jurisdição, ainda existem algumas dificuldades na sua implementação.

Em um comparativo entre o direito brasileiro e o americano, percebe-se que os mecanismos autocompositivos já são implementados lá desde o primeiro grau, e inclusive em meios extrajudiciais, há muito mais tempo. Assim, é preciso que estes instrumentos sejam implementados no país e gradativamente serão vistas mudanças na superlotação judiciária e na efetividade das decisões.

4. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto acima, pode-se concluir que, a cultura do litígio, que está enraizada no sistema jurisdicional brasileiro, não é capaz de garantir uma duração razoável do processo e nem de integralizar uma decisão de mérito justa e efetiva.

Por isso, entende-se por necessário, que alguns mecanismos sejam aplicados em conjunto ou separadamente dos meios judiciais de solução de conflito. Neste estudo, especificamente, tratou-se da aplicação de instrumentos de solução pacífica de conflitos no âmbito do segundo grau de jurisdição.

Assim, foi possível perceber que, a mera existência do princípio do duplo grau de jurisdição não é a causa da excessiva quantidade de demandas na segunda instância ou da morosidade processual, bem como, a mera possibilidade de recorrer não é suficiente para garantir uma decisão justa e efetiva.

Logo, entende-se que estes mecanismos, quando aplicados de forma híbrida, de forma intra-processual, podem reduzir, consideravelmente, o tempo de duração do processo, e possuem mais facilidade de garantir uma decisão justa e efetiva, já que a solução do conflito é indicada pelas próprias partes, em comum acordo, o que contribui muito para um resultado satisfativo.

Tendo como exemplo, a fim de fazer um estudo comparado, o sistema norte-americano de autocomposição, foi possível perceber como estes mecanismos podem ser aplicados na atividade jurisdicional brasileira, o que pode contribuir para a melhoria na crise judiciária do país, reduzindo a quantidade de demandas existentes, garantindo melhores resultados nas decisões processuais e admitindo maior participação das partes.

Assim, conclui-se que a aplicação destes mecanismos na segunda instancia é viável, e que não interfere na aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, em verdade, admite a sua aplicação, não apenas o entendendo como um direito a recorrer, mas também como um mecanismo de alcance a uma decisão jurídica justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa:** contribución al estudio de los fines del proceso. 3. ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 mar. 2020.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile:** Giurisprudenza italiana. Turim: Utet, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**: An Introduction to Procedure. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

GRANGEIRO, Virgínia Bezerra. **Autocomposição da lide em segunda instância**: uma análise descritiva da atuação do NUPEMEC do Estado do Ceará. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky Editor, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coordenador). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.

SPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

CAPÍTULO 9

O “FUNDO DE GARANTIA DE ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES” PORTUGUÊS COMO UMA ALTERNATIVA À PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS NO BRASIL

Juliana Sobreira Quintino dos Santos¹
Elizabeth Alecrim Soares Coelho²

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a viabilidade da adoção de um Fundo de Garantias no Brasil para assegurar o pagamento da pensão alimentícia quando o responsável não obtiver meios para fazê-la. Para tanto, desempenha um estudo bibliográfico que vai da origem do instituto da prisão civil, perpassando pelas previsões constitucionais no Brasil e desaguando nas tratativas que são feitas na execução jurisdicional em relação a matéria. Por fim, adentra ao Direito Comparado a fim de entender como países, a exemplo de Portugal, realizaram tamanha façanha com o Fundo de Garantias que trouxe efetividade para a prestação de alimentos e assegurou que o menor não ficasse desamparado.

Palavras-chave: Execução Civil. Prisão Civil. Devedor de Alimentos. Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores.

1 Graduanda em Direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro-pesquisadora do Grupo de Estudos Processuais (GEP) e de História do Direito, Jurisdição Constitucional e Teoria Política Internacional (HJCTPI) da mesma instituição. Estagiária no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região.

2 Doutoranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa. Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenadora do Grupo de Estudos Processuais (GEP) da mesma instituição. Procuradora do Conselho Regional de Contabilidade do Ceará.

INTRODUÇÃO

No Brasil, antes de ingressar no curso de Direito é comum que os alunos associem o instituto da prisão como uma sanção na seara penal para algum fato indesejado pelo Estado. Embora a relação causa-consequência esteja correta para os penalistas, o encarceramento dá-se também na esfera cível para buscar o adimplemento de uma dívida de caráter alimentar em favor do menor. Decerto, essa intervenção na liberdade do devedor de alimentos possui fundamento constitucional e é excepcional porque pondera-se a vida da criança, especificamente, o direito à sobrevivência e o *jus libertatis* do responsável, prevalecendo o primeiro que nos é mais caro. Para Maria Berenice Dias,

A fundamentação do dever de alimentos encontra-se no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, parentalidade socioafetivas, entre outras. Ainda que cada uma das espécies de obrigação tenha origem diversa e característica próprias, todas são tratadas pelo Código Civil de maneira indistinta. (DIAS, 2017)

Não obstante ser utilizada como *ultima ratio*, a prisão civil é um exemplo de execução indireta, ou seja, aquela que o Estado emprega meios coercitivos, pressionando psicologicamente o executado para que ele forneça a prestação em tempo hábil. Aqui, diferentemente da jurisdição penal, a prisão civil não tem caráter sancionatório.

Assim, embora existam, no Código de Processo Civil, quatro modalidades para realizar a execução da prestação alimentícia, sem ordem de preferência, a prisão civil costuma-se ser usada quando se houver esgotado todos os meios executórios, tanto sub-rogatórios quanto indiretos, para compelir o executado a pagar o que deve. Essa excepcionalidade dar-se-á pela primazia à menor onerosidade para o devedor. A redação do artigo 5º da nossa Carta de Outubro traz o caráter singular da prisão civil, enunciando que

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

[...]

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

A despeito do inciso LXVIII albergar duas hipóteses que se sobressaem à regra geral, hoje o ordenamento jurídico pátrio considera apenas a possibilidade de prisão no caso da segunda, ou seja, no cenário em que o responsável não adimplir a pensão alimentícia acordada. A discussão acerca da outra modalidade hoje resta superada pela Suprema Corte e pelo status de Emenda Constitucional dado aos Tratados Internacionais, excetuando o Pacto San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que albergam força supralgal.

Embora o cenário no Brasil esteja tentado a modificar-se cada vez mais, no sentido de extinguir a restante hipótese de prisão civil ou adotar outras medidas que sejam mais eficazes, alguns países já assim o fizeram e, por conseguinte, garantiram a prestação de forma célere para os menores. Dessa forma fez nosso colonizador lusófono, Portugal, que adotou um Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores. Nesta hipótese, o Estado substitui o responsável pelo pagamento dos alimentos nas ocasiões em que ele for inadimplente, assegurando a prestação para crianças e jovens até os 18 anos completos. A medida exitosa foi adotada posteriormente na Argentina.

Em uma imersão no Direito Comparado, a presente pesquisa utiliza meios bibliográficos e uma postura descritiva para explorar a inédita opção portuguesa pelo Fundo de Garantias e a consequente extinção da prisão civil. Além disso, questiona a viabilidade deste instituto no Brasil com todas suas peculiaridades econômicas e se seria uma medida eficaz substitutiva daquela primeira.

1. ORIGEM DA PRISÃO CIVIL

Hoje, embora as discussões acerca da prisão civil coadunem no sentido da excepcionalidade, nem sempre foi assim. Os primeiros indícios da existência deste instituto remontam ao código homônimo do rei Hamurabi que, dentre os 282 artigos lá colocados, encontram-se algumas previsões para assegurar o cumprimento das dívidas contraídas. Assim, no capítulo que versava sobre o processo executivo e a servidão por dívidas, tinha-se o §115 que garantia ao credor tomar uma pessoa como garantia de um crédito e, caso esta falecesse de morte natural, ninguém poderia reclamar em face do detentor, conforme o autor Álvaro Villaça (2000).

Urge salientar que, mesmo prevendo a possibilidade de ter uma pessoa como salvaguarda de uma obrigação, Hamurabi utilizou-se em todo o seu código do Princípio de Talião que buscava tornar as penas proporcionais às infrações, no famoso “olho por olho e dente por dente”. Dessa forma, se o homem dado como garantia fosse morto pelo emprego de algum método que envolvesse tortura, o credor seria condenado e a pena poderia passar de sua pessoa para o seu filho que seria executado, além de perder o direito a cobrar seu crédito, segundo a redação do §116.

No que tange ao Direito Romano, a Lei das XII Tábuas, trazia de formas expressa e tácita a modalidade de prisão aqui estudada. Como a sociedade romana era altamente estratificada com contrastes entre a elite (patrícios) e os menos afortunados (clientes, plebeus e escravos), estes últimos não tinham bens para dar em garantia de suas dívidas, assim, eram obrigados a fazer uma autopenhora, oferecendo o seu próprio corpo para assegurar tal obrigação, defende Álvaro Villaça (2020). Decerto, Roma mostrava-se impiedosa em relação às dívidas contraídas. Enunciam os artigos que versam sobre os direitos de crédito, nesta medida,

4. Aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar.

5. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado

e levado a presença do magistrado.

6. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor.

7. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. 8. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias; durante os quais será conduzido em 3 dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará, em altas vozes, o valor da dívida.

9. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quanto sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre. (MEIRA, 1972)

Embora os códigos fossem completos para a época, não havia nenhuma previsão sobre obrigação contraída entre ascendente e descendente que justificasse a existência da prisão por dívida alimentar. No entanto, em Roma, o catolicismo foi responsável por enrijecer os laços familiares o que refletiu, sobremaneira, na lei da época.

2. PRISÃO CIVIL NO BRASIL

No Brasil, a discussão acerca da prisão na jurisdição cível não demorou a ser contemplada pela legislação ordinária, o Código Comercial de 1850 em seus artigos 20, 90 e 284 fez as tratativas em relação ao depositário infiel. No entanto, não aconteceu o mesmo no âmbito constitucional. Não tivemos, nem implicitamente, menção na Carta de 1824 e na Constituição Republicana de 1891. A terceira, porém, trouxe a proibição em relação a prisão por dívidas e similares. Assim era previsto na Constituição de 1934,

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

30) Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas. (BRASIL, 1934)

No que concerne à Constituição de 1937, parece-nos que ela seguiu a tendência das duas primeiras, foi omissa em relação ao assunto, configurando a supressão de uma garantia que antes se tinha. A temática só veio a ser novamente positivada nas constituições de 1946 e 1967 que, em uma redação igual, trouxeram a proibição da prisão civil, mas já nos moldes que conhecíamos: excetuando a prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 32 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. (BRASIL, 1967)

A vigente Constituição Cidadã datada de 1988 traz, embora com texto diferente, as mesmas regras e exceções no inciso LXVII do artigo 5º. Nas palavras do jurista Uadi Lammêgo Bulos, trata-se de norma de eficácia contida, assim o artigo “em nenhum momento consagrou um dever de ofício, uma obrigação impostergável para o legislador ordinário regular o instituto da prisão civil. Apenas facultou, permitiu, possibilitou que tal medida coercitiva viesse a ser implementada”. (BULOS, 2011)

Urge mencionar, porém, que parte do dispositivo, em relação ao depositário infiel, foi alvo de beligerância. A ratificação, em 1992, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o famoso Pacto de São José da Costa Rica, dispunham que obrigações contratuais e dívidas não poderiam motivar a prisão civil. A discussão ficou ainda mais forte após a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004 que albergava aos tratados status de Emenda Constitucional. A

questão tornou-se controversa, dando espaço às antinomias, já que os tratados supracitados foram ratificados em 1992.

Ao ser provocado em relação à temática, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a proibição do art. 5º albergava também o depositário infiel, editando a Súmula 25 cujo enunciado diz que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” (STF, 2009). Os tratados assinados antes da Emenda Constitucional 45/2004 adquiriram uma inédita modalidade de força normativa, a suprallegalidade, que os coloca acima das leis ordinárias, mas abaixo das emendas constitucionais porque não foram aprovados com a rigidez necessária (3/5 nas duas casas em dois turnos).

2.1. A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Conforme o que foi dito nos capítulos anteriores, o artigo 5º em seu inciso LXVII trata de uma norma de eficácia contida. Ao possuir essa natureza, o constituinte originário delega ao legislador ordinário, as tratativas sobre a matéria. Dessa forma fez os elaboradores do Código de Processo Civil de 2015 ao exaurir o conteúdo em relação ao procedimento adequado para essa modalidade de execução, qual seja, por quantia certa contra devedor solvente.

Antes de iniciarmos o estudo acerca da execução propriamente dita, é mister salientar que os alimentos não podem ser vistos em *scritto sensu*, nos ditames do artigo 1.920 do Código Civil. *Conforme o saudoso jurista Orlando Gomes, “os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si” (GOMES, 1999), logo, são assim considerados tudo que for imprescindível ao bem viver da criança ou jovem, elencando a educação, lazer, vestuário, morada etc.*

Ao tratar sobre a execução, o Código de Processo Civil de 2015 traz um procedimento especial e quatro distintos meios para a execução: a) a expropriação, previsão do art. 528, §§8º e 9º, caso em que não caberá prisão

civil, configurando-se uma execução comum; b) o desconto em folha, quando atender os requisitos do disposto no art. 529 (ser funcionário público, militar, funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho); c) a coerção indireta por pronunciamento judicial, nos moldes do art. 528, §1º cominado com o art. 517 e d) a prisão civil, conforme os ditames do artigo 528, §§ 3º e 7º.

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

[...]

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

[...]

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. (BRASIL, 2015)

Embora o CPC traga que o juiz decretará a prisão do executado, ele só poderá fazê-la mediante requerimento do exequente ou do Ministério Público que também possui legitimidade para tanto. Assim, poderá o magistrado dosar a prisão entre um a três meses para coagir o responsável a realizar o pagamento, no caso da medida ser exitosa, a prisão imediatamente findará.

A prisão civil não é uma pena, sanção ou punição, ostenta a função de medida coercitiva, destinada a forçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor. Cumprida a obrigação, a prisão atende à finalidade que se pretendia alcançar, que era o pagamento da dívida. Assim, paga a dívida, não deve mais substituir a ordem de prisão, que deverá ser suspensa pelo juiz. (DIDIER, 2017)

No insucesso da medida, a prisão também deverá terminar no prazo estipulado, dado que cecear a liberdade de alguém por tempo maior do que o previsto, configuraria infração gravíssima que atentaria contra o núcleo de direitos fundamentais do homem, sendo passível de impetração de *habeas corpus*.

Inobstante, a prisão civil só poderá ser decretada em relação às três últimas prestações antes do ajuizamento da ação, já que as anteriores perdem o caráter de obrigação alimentícia pelo decorrer do tempo. Essa previsão do §7º proíbe também que uma nova prisão possa ser decretada, caso a primeira não logre êxito, porque incorreria em *bis in idem* e afronta ao *duty to mitigate the loss* (o dever de mitigar o próprio prejuízo). No entanto, as parcelas que forem vencendo no curso do encarceramento, poderão motivar uma nova prisão.

Discute-se, ainda, sobre o cumprimento da prisão civil em regime fechado, conforme os ditames do artigo 528, §4º e da necessária separação dos presos civis e daqueles presos em decorrência de uma sentença penal condenatória. Para o professor Nilsiton Aragão (2020), em decorrência da superlotação do sistema penitenciário e da falta de casas de detenção para o cumprimento da prisão civil, essa modalidade de execução acaba indo além, configurando uma punição ao devedor, embora isso não seja causa para fundamentar um pedido de abrandar a prisão ou progredir para outro regime, visto que esses são institutos do Direito Processual Penal.

A problemática no âmbito processual civil brasileiro no que concerne a prisão civil ainda é ampla, ora porque carece de absoluta efetividade, já que a prisão pode findar estando ausente a prestação do executado, sem prejuízo ainda da discussão se ele estaria laborando antes ou não, ora porque o que está posto acerca da separação dos presos é, até o momento, impraticável se levarmos em consideração as peculiaridades e carências do nosso sistema carcerário, configurando um ônus exorbitante e descaracterizando a execução indireta. Além disso, questiona-se ainda possíveis traumas na criança ou no jovem ao tomar ciência da prisão de um dos seus responsáveis, podendo atingir a esfera interfamiliar.

3. AS PREVISÕES DA CONVENÇÃO DE HAIA

A Convenção de Haia sobre Alimentos (Decreto nº 9.176) é um acordo assinado por mais de trinta países, inclusive Brasil e Portugal, para viabilizar as prestações de alimentos que envolvem lides entre jurisdições distintas. Embora não seja este o foco do presente artigo, urge citá-la pelas previsões que são trazidas como medidas de execução para o responsável que estiver inadimplente. Nos §§1º e 2º do artigo 34, em que trata sobre tais modalidades, temos um rol de alternativas. Vejamos:

§ 1º Os Estados Contratantes tornarão disponíveis nos seus direitos internos medidas efetivas para executar as decisões com base nesta Convenção.

§ 2º Tais medidas poderão abranger:

- a) retenção do salário;
- b) bloqueio de contas bancárias ou de outras fontes;
- c) deduções nas prestações de seguro social;
- d) gravame ou alienação forçada de bens;
- e) retenção do reembolso de tributos;
- f) retenção ou suspensão de benefícios de pensão;
- g) informação aos organismos de crédito;
- h) denegação, suspensão ou revogação de certas permissões (carteira de habilitação, por exemplo);
- i) recurso à mediação, à conciliação ou a outros meios alternativos de solução de litígios que favoreçam a execução voluntária.

Pelo que se pode vislumbrar, embora exista uma série de formas de execução por coerção, não há previsão na Convenção acerca da prisão civil, o que pode simbolizar uma tentativa cada vez maior de homogeneizar a extinção dessa modalidade e a adoção de medidas mais efetivas com a menor onerosidade possível para o executado.

4. AS CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO ALIMENTAR EM PORTUGAL

Ao estudar a legislação portuguesa, pode-se ficar espantado com as semelhanças que existem em relação aos institutos e fundamentos brasileiros. É bem verdade que tratados ou convenções internacionais ajudam a uniformizar as discussões sobre diversos assuntos e a história cruzada de ambos traz um pouco da herança do nosso colonizador, o que pode justificar a presença de entidades correlatas. Vale salientar, no entanto, que não se pode falar de forma absoluta sobre essas analogias, visto que Portugal tem suas próprias peculiaridades inerentes a todo país. O nosso objeto de análise é uma delas.

No que concerne a este estudo, a prestação de alimentos é dever dos responsáveis em Portugal. É essa afirmação que se extrai do artigo 36, número 5, da Constituição portuguesa, cuja redação anuncia que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos” (PORTUGAL, 1976). No Código Civil português (1966), em seu artigo 1.874, a previsão se repete preconizando o mesmo dever de assistência dos pais com os filhos.

Embora a obrigação seja a mesma que a brasileira, já estudada aqui, Portugal não adota a prisão na jurisdição cível como forma de coerção para o pagamento. O país luso-brasileiro optou por caracterizar a inadimplência do responsável como um ilícito penal. A violação da obrigação de alimentos está prevista no artigo 250 do Código Criminal português.

- 1 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois meses seguintes ao vencimento, é punido com pena de multa até 120 dias.
- 2 - A prática reiterada do crime referido no número anterior é punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.
- 3 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito, é punido com pena

de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.
4 - Quem, com a intenção de não prestar alimentos, se colocar na impossibilidade de o fazer e violar a obrigação a que está sujeito criando o perigo previsto no número anterior, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.
5 - O procedimento criminal depende de queixa.
6 - Se a obrigação vier a ser cumprida, pode o tribunal dispensar de pena ou declarar extinta, no todo ou em parte, a pena ainda não cumprida. (PORTUGAL, 1982)

Em geral, o artigo alberga a situação em que o responsável pela prestação alimentícia, possuindo condições financeiras para cumprir a obrigação, não a adimpe. É notório, ainda, o caráter excepcional dessa prisão, uma vez que somente a prática reiterada, o perigo em que serão submetidos a criança ou o jovem e a ineficácia da pena de multa autorizarão a prisão que será dosada de acordo com os requisitos previstos no artigo. In fine, nota-se que há também previsão de extinção da pena, em caso de cumprimento da obrigação, assim como na legislação tupiniquim.

Ao considerarmos que existem previsões acerca da temática na Constituição e nos diplomas penal e civil, urge salientar que há uma lei própria em Portugal para tratar sobre a temática, é o caso do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei nº 141/2015). É na RGPTC que há previsões de coerção cível para obrigar o devedor de alimentos a adimplir as prestações devidas ao menor, o artigo 48 elenca como meio de tornar efetiva a prestação, o desconto na folha de pagamento que, de igual maneira, guarda semelhanças com os ditames já analisados do nosso Código Civil.

4.1. FUNDO DE GARANTIA DE ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES

Conforme mencionado na seção anterior, Portugal empregou alguns meios, assim como o Brasil, para coagir e punir o responsável que não cumpriu a obrigação de prestar alimentos. No entanto, a efetividade mostrou-se prejudicada em alguns momentos, já que o desemprego seria um óbice para

o pagamento e a prisão acentuaria ainda mais isso, uma vez que não se teria como falar em trabalho e, por conseguinte, em salário.

Dado a isso, o país criou um Fundo de Garantia de Alimentos Devido a Menores para garantir o pagamento nos casos em que o responsável não adimplir a pensão, obstando, assim, que a criança ou jovem fiquem desamparados. Dessa forma, a Lei 75/98 traz em seu artigo primeiro que,

1 - Quando a pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos a menor residente em território nacional não satisfizer as quantias em dívida pelas formas previstas no artigo 189.º do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, e o alimentado não tenha rendimento líquido superior ao valor do indexante dos apoios sociais (IAS) nem beneficie nessa medida de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, o Estado assegura as prestações previstas na presente lei até ao início do efetivo cumprimento da obrigação. (PORTUGAL, 1998)

Percebe-se pela redação que o responsável deve estar judicialmente obrigado, por decisão ou acordo, a prestar alimentos; que o menor tem que residir em território português e não receber mais que o IAS previsto. Logo, ao substituir o devedor, o Estado garante os alimentos ao menor, mas se sub-roga legalmente contra ele, sendo um novo credor. Urge salientar, ainda, que o termo aqui utilizado não é por acaso, o Fundo de Garantia cessará quando o jovem atingir os 18 anos completos. Neste ponto, diverge a doutrina portuguesa, uma vez que o dever de alimentar só cessa com os 25 anos, desde que o jovem esteja dando continuidade nos estudos.

Para obtê-lo, o representante “terá de dirigir-se ao Tribunal onde correu o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou de alimentos do menor e acionar o incidente de incumprimento de alimentos” (PORTUGAL, 2013). É por meio do referido incidente que se avaliará os requisitos para a concessão do Fundo de Garantia, podendo ser deferido e desencadeando um procedimento judicial.

De mais a mais, o Tribunal, na quantificação do Fundo, deverá considerar as necessidades do menor, a capacidade econômica da família e o

montante indicado na sentença ou no acordo, obedecendo sempre o limite de 1 IAS por devedor, o que caracteriza hoje montante em torno de €438,81³, convertendo, aproximadamente R\$2.502,21.⁴

5. A APLICAÇÃO DE UM FUNDO DE GARANTIAS NO BRASIL

Ao fim de todo o estudo em Direito Comparado, pode-se questionar como o Fundo de Garantia de Alimentos Devido a Menores seria aplicado no Brasil como uma alternativa ou uma forma de extinção à prisão civil. Entendemos que pode ser uma reflexão difícil e contraintuitiva, já que as questões econômicas de nosso país revelam um verdadeiro óbice para as políticas de assistência. Em boa verdade, não seriam necessários dispêndios excessivos, mas sim uma política de compensação.

Como já tratado, não há um estabelecimento próprio no Brasil que aglomere os responsáveis presos pelo inadimplemento, como foi solicitado por lei. Logo, eles compartilham o mesmo sistema carcerário moroso, superlotado e indigno daqueles que cometeram infrações penais, custando, aos cofres públicos, um valor que não tem retorno e hoje poderia ser reaplicado para garantir o pagamento do Fundo. Neste limiar, também pensa o juiz Rafael Calmon que, em recente e grata pesquisa, deduziu que

Segundo recente auditoria coordenada pelo Tribunal de Contas da União – TCU (processo n. 003.673/2017-0), a manutenção de um preso em estabelecimentos prisionais do Brasil custa aos cofres públicos – na verdade, ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), órgão gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública - aproximadamente, R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês. Apenas para que possa ser feita uma ligeira comparação, o Ministério da Educação, por meio do Fundo de

3 O valor do Indexante dos Apoios Sociais (IAS) foi atualizado com a Portaria nº 27/2020, publicada no dia 31 de janeiro de 2020.

4 Valor convertido com base nos índices de 15 de abril de 2020.

Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB), estima que o custo mínimo por aluno gira em torno dos R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) por ano. (CALMON, 2020)

Somado a isso, os gastos no âmbito do judiciário que são incalculáveis em decorrência da quantidade de processos já existentes que perduram, muitas vezes sem solução alguma, pela inefetividade do meio coercitivo aqui estudado. Assim, toda a relação tríplice que é proposta pelo processo torna-se precária: o réu que é colocado à prova para satisfazer uma dívida que não possui meios para pagar, a criança que fica desamparada até mesmo psicologicamente com seu responsável e o Estado que “de mãos atadas” assiste a aplicação de uma medida, hoje, antiquada.

Urge salientar que o Estado possui, ao lado da família e da sociedade, o dever de assegurar à criança e ao jovem, direitos básicos que estão presentes em todas as dimensões estudadas no âmbito do Direito Constitucional, conforme interpretação do artigo 207 da nossa Carta de Outubro. Ora, de qual forma a máquina pública poderia fazê-lo de forma mais direta?

6. CONCLUSÃO

A prisão civil por ausência de prestação alimentar é, sem dúvidas, um instituto que impressiona dentro do estudo jurídico desde os primeiros semestres do curso por sua forte origem e utilização, mesmo excepcional, após séculos de mudanças. Além de ser a única exceção vigente à prisão civil na nossa Constituição, nos parece que ela não foi devidamente pensada para ser executada atualmente, servindo apenas como um método de coerção para trazer ilusórias sensações de efetividade e segurança na relação processual.

Ao identificarem esses problemas, alguns países, a exemplo do nosso colonizador, começaram a buscar outras formas de garantir a prestação alimentar. O Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores parte deste ponto e tem se mostrado uma boa saída para garantir a proteção da criança

até a sua maioria, sem deixar de responsabilizar o devedor posteriormente por meio da sub-rogação legal.

Logo, entendemos que há formas de viabilizar a aplicação de um fundo de garantias no Brasil a fim de entregarmos mais chances de sobrevivência ao menor, diminuirmos a lotação do sistema carcerário que custa aos cofres públicos um montante que poderia ser revestido neste projeto e entregarmos meios efetivos para a tutela do Poder Judiciário.

In fine, esperamos que possa ser uma solução a ser cogitada nos próximos anos, principalmente pela crise que possivelmente virá em decorrência do Covid-19. De toda forma, aqui fica toda a torcida para que em breve, este artigo seja lido para lembrarmos como as coisas eram antes da adoção porque esta é a beleza das palavras: elas ficam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Execução Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 16 de Junho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, [1934]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020>.

BRASIL. **Decreto nº 9.176, de 19 de outubro de 2017**. Promulga a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de

Prestar Alimentos. Brasília, DF, 20 de outubro de 2017 Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9176.htm>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 25**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALMON, Rafael. **Pela Criação de um Fundo Especial de Garantia ao Pagamento de Pensão Alimentícia**. Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBFAM), 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1406/>>>. Acesso em 10 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo J.C; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil, v. 5: execução**. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEIRA, S. A. B. A lei das XII tábuas: fonte do direito público e privado. 3. ed. **Rev. e aum.** Rio de Janeiro: Forense, 1972.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 47344/66, de 25 de Novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Lisboa: Presidência da República, 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo> . Acesso em: 17 fev. 2020.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 400, de 23 de Setembro de 1982. Aprova o Código Penal. Lisboa: Presidência da República, 1982. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

PORTUGAL. Lei n. 75/98, de 19 de Novembro de 1988. Aprova o Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores. Lisboa: Presidência da República, 1998. Disponível em:<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=708&tabela=leis&so_miolo=>> Acesso em: 04 mar. 2020.

PORTUGAL. **Cartilha do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores**, 2013. Disponível em: <<http://www.seg-social.pt/fundo-de-garantia-de-alimentos-devidos-a-menores>>. Acesso em 04 mar. 2020.

CAPÍTULO 10

O DIREITO CHILENO E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA: UM COMPARATIVO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Mariana Moreira Vale¹

RESUMO: O presente artigo trata-se de um estudo sobre a homologação de sentença estrangeira tanto no sistema brasileiro, quanto no sistema chileno. Será realizado uma análise comparativa entre os dois países especificando os requisitos necessários e presentes nas legislações vigentes para que seja exercido a homologação de sentença, tendo como objetivo identificar as divergências e o que há de comum, possibilitando a inquirição entre o Brasil e o Chile, países tão próximos e de culturas diferentes.

Palavras-chave: Homologação de sentença estrangeira; Direito Chileno; Direito Brasileiro; cooperação jurídica internacional.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o conceito e princípios da cooperação jurídica internacional, que pode ser entendida como um pedido formal para solicitação a um outro país de uma medida administrativa, judicial ou investigativa para um caso em andamento. Conforme o Ministério da Justiça, é instrumento que viabiliza a relação mútua entre os Estados, em que um pede a outro que execute decisão sua ou profira decisão própria sobre determinado litígio.

É necessário, desde já, ressaltar a sua importância, pois a maior parte dos pedidos em matéria cível, tratam-se de questões de caráter humanitário e são oriundo de cidadãos, empresas ou autoridades judiciais, que buscam o acesso ao direito básico e fundamental, notando-se a sua relevância.

Além disso, dar-se-á prioridade de discutir sobre a homologação de sentença estrangeira que possui relação direta com os julgados internacionais, promovendo uma eficácia da cooperação mútua entre os países e garantindo o funcionamento do sistema internacional. Dessa forma, será realizado uma análise profunda e comparativa com as normas chilenas e brasileiras, países que fazem parte de um mesmo bloco econômico, MERCOSUL.

Com efeito, as explicações devidas, que serão escalonadas, mostram-se relevantes para o estudo comparado. Este estudo serve à compreensão do nosso próprio direito, tendo em vista a perspectiva do que as relações internacionais nos proporcionam, dada a interface dialógica entre os planos nacional e internacional.

1. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A Cooperação Jurídica Internacional é compreendida como o próprio significado da palavra: cooperar. É necessário cooperar e pedir a cooperação dos outros Estados para que se satisfaça as pretensões jurídicas entre o indivíduo, sociedade e as relações internacionais, já que as mesmas, não se processam mais unicamente.

Esta cooperação começou aparecer nos meados do século XVI quando surgiu os primeiros organismos internacionais, com foco na regulamentação de práticas entre as nações. Após a II Guerra Mundial, houve a criação da ONU e das agências especializadas, sendo colocada em prática os programas de desenvolvimento e assistência (BRASIL, 2009).

Com isso, pode-se observar o início dos mecanismos de cooperação que tem sido valioso instrumento de política externa do Brasil até os dias de hoje.

Dentre as formas de Cooperação Jurídica Internacional, destacam-se os pedidos de extradição, a transferência de pessoas condenada, as cartas rogatórias e a homologação de sentença estrangeira, que será aprofundada ao longo da discussão.

Segundo o STJ (2014), “A homologação é um processo necessário para que a sentença proferida no exterior – ou qualquer ato não judicial que, pela lei brasileira, tenha natureza de sentença – possa produzir efeitos no Brasil.”

Por fim, será analisado os procedimentos de homologação de sentença no Brasil e no Chile, que possuem acordos internacionais, com o objetivo de compreender as relações existentes entre esses países que são tão próximos geograficamente e se há semelhanças entre os procedimentos adotados para homologação de sentença estrangeira.

2. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL

O Brasil possui como sistema jurídico o *civil law*, que possui como principal característica a utilização de normas escritas, publicadas e documentadas em diplomas próprios. Este sistema é o mais adotado pelos países do mundo e foi baseado no Direito Romano. Em razão desta adoção, no Brasil, todo direito é codificado, ou seja, cada assunto recebe sua própria legislação prevendo possíveis reparações e/ou sanções para casos de descumprimento de norma.

Mesmo utilizando este sistema e mesmo sendo diferente de alguns outros países, pode-se afirmar que esta questão não atrapalha nas participações

de relações internacionais, tendo como base para a cooperação jurídica diversos acordos e convenções com o fim de tratar sob diversas questões humanitárias.

Como exemplo dessas relações: a Convenção Interamericana sobre Prova e Informação acerca do Direito Estrangeiro, Decreto nº 1.925, de 10 de junho de 1996, Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, Decreto nº 2.428, de 17 de dezembro de 1997, Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994, bem como Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, Decreto nº 6.679, de 8 de dezembro de 2008, entre outros (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

E são através desses acordos e convenções que são resolvidos casos jurídicos de brasileiro em outro país que não seja de origem ou vice-versa, entretanto para que sejam efetivamente cumpridas, há a necessidade da homologação das sentenças.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi adicionado a alínea i no inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, no qual a competência da homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias no Brasil foi posta ao Superior Tribunal de Justiça, STJ, vejamos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Além disso, o Código de Processo Civil, afirma no artigo 961, que a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

No entanto, as novas atualizações no Código eliminaram a exigência da homologação de sentença para o divórcio consensual quando se trata apenas sobre a dissolução do casamento. Caso haja envolvimento de guarda de filhos, bens ou alimentos, a homologação é necessária.

O procedimento de homologação de sentença estrangeira no Brasil segue conforme os artigos 216-A a 216-X do Regimento Interno do STJ, introduzida pela Emenda Regimental 18. Ademais, há previsão no Código de Processo Civil, observa-se:

Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:

I - ser proferida por autoridade competente;

II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;

III - ser eficaz no país em que foi proferida;

IV - não ofender a coisa julgada brasileira;

V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;

VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.

Parágrafo único. Para a concessão do exequatur às cartas rogatórias, observar-se-ão os pressupostos previstos no caput deste artigo e no art. 962, § 2º.

A ação de homologação requer o pagamento de custas e é ajuizada por um advogado protocolando uma petição eletrônica no sistema do STJ. Para requerer as custas, a parte interessada deverá indicar uma pessoa, informando o seus dados e endereço completos, no país destinatário, para pagamento das despesas processuais decorrentes do cumprimento da carta rogatória (STJ, 2014).

Entretanto, há exceções para o pedido de custas, não havendo a necessidade de indicar responsável quando forem: beneficiários da justiça gratuita, forem de competência da justiça da infância e da juventude, propostos pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelos Territórios Federais, pelo Distrito Federal e pelas respectivas autarquias e fundações, tramitem com

isenção de custas nos termos dos tratados correspondentes, ressaltando que o pedido para a assistência jurídica em país estrangeiro deve ser realizada com base do acordo específico, se houver (BRASIL, 2009).

Uma das ações permitidas ao autor da ação é a anuência da outra parte, o que faz com que o processo tramite de forma mais rápida e eficaz. Se não for apresentado a solicitação de dispensa, o requerido será citado via carta rogatória (se residir no exterior) ou por carta de ordem (se residir no Brasil) para responder à ação no prazo legal.

Após a resposta do Réu, juntamente com a réplica e treplica, se houver, o processo será distribuído pela Corte Especial, ressaltando que o relator pode julgar monocraticamente nas hipóteses em que já houver jurisprudência consolidada a respeito do tema, conforme artigo 216-K, parágrafo único do Regimento Interno do STJ (STJ, 2014).

Não havendo fase recursal, a sentença estrangeira homologada será executada por carta de sentença no Juízo Federal competente, ou seja, de primeiro grau a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional (BRASIL, 2015).

Após transitada em julgado, a decisão que homologar a sentença estrangeira, cumpre ao interessado requerer, independente de petição, a extração da “Carta de Sentença” (Art. 216-N do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). Trata-se de um documento expedido pela Coordenadoria de Execução Judicial mediante o pagamento de uma taxa (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

3. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO CHILE

Da mesma forma como no Brasil, o sistema jurídico aderido no Chile é o *civil law*, possuindo códigos para abordar sobre cada assunto específico visando proteger o indivíduo. Além disso, o país chileno também participa de

acordos e convenções para tratar das relações internacionais tendo como base para a cooperação jurídica assuntos de caráter humanitário.

Como exemplo disso, vejamos: Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965, Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000, Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional – Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, entre outros (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012).

O procedimento para a homologação de sentença estrangeira no Chile é similar ao do Brasil, entretanto, o seu Código de Processo Civil, Lei Nº 1552, artigo 242 a 251, regulamenta o processo e possui algumas normas únicas e não encontradas no código brasileiro.

Como no Brasil, a ação requer o pagamento das custas, no qual a parte interessada deve indicar um responsável, com os dados completos, para efetuar as despesas processuais. As exceções para o cumprimento das custas também são as mesmas: tramitem sob os benefícios da justiça gratuita, competência da justiça da infância e da juventude, propostos pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelos Territórios Federais, pelo Distrito Federal e pelas respectivas autarquias e fundações e tramitem com isenção de custas nos termos dos tratados correspondentes (BRASIL, 2009).

Para o fornecimento de dados fiscais, as autoridades chilenas requerem a informação do número do RUT – Registro Único Tributário. Se a parte interessada não souber informar esse número, sugere-se a busca em fontes abertas e, se não for localizado, pode ser expedida Carta Rogatória para a obtenção de provas solicitando informar o RUT, esclarecendo as razões pelas quais se necessita deste dado (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Analisando o Código de Processo Civil Chileno, pode-se notar que as decisões proferidas no país estrangeiro terão, no Chile, a mesma força dos respectivos tratados. Se não existem tratados relativos a esta matéria com a

nação da qual procedam as decisões, essas terão a mesma força dada às sentenças proferidas no Chile. Se a decisão procede de um país onde não se cumprem as sentenças dos tribunais chilenos, esta não terá força no Chile. (CHILE, 1902).

Além disso, diversamente do Brasil, nota-se que não é permitido que a dispensa da parte requerente, pois durante o procedimento é necessário que ocorra audiências e para isso, as partes precisam estar devidamente intimadas, vejamos (CHILE, 1902):

Art. 248. Nos casos de jurisdição contenciosa, dar-se-á conhecimento da solicitação à parte contra quem se solicita a execução, a qual terá que expor o que estimar conveniente em prazo igual ao de citação para responder demandas.

Com a contestação da parte ou em sua revelia, e com **prévia audiência do promotor de justiça**, o tribunal declarará se deve ou não dar cumprimento à decisão.

Art. 249. Nos assuntos de jurisdição não contenciosa, o tribunal **resolverá somente com a audiência do promotor de justiça**. (Grifos nossos).

Mais uma das diferenças entre os procedimentos do Brasil e do Chile são acerca da utilização das legislações internas sobre cooperação internacional. O Brasil possui e utiliza diversas fontes para fundamentação, como a Constituição da República Federativa do Brasil, Lei de Introdução ao Código Civil, Código de Processo Civil, Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, Portaria Interministerial nº 501 MRE/MJ de 21/03/2012 e o Emenda Regimental nº 18, de 17 de dezembro de 2014. Já o Chile utiliza apenas o seu Código de Processo Civil (BRASIL, 2009).

4. CONCLUSÃO

Ao analisar a sistemática do sistema judiciário de um país e compará-lo a outro, pode-se concluir que apesar de suas infinitas igualdades, cada um vai ter suas especialidades. São países diferentes, culturas diferentes, indivíduos diferentes e isso necessita de diferenças. Entretanto, com a existência da

Cooperação Internacional Jurídica, as relações entre os países tem se tornando cada vez mais ampla, necessária e importante. Esta relação serve não só juridicamente, mas também como progresso da humanidade, buscando sempre a integração de diversas áreas, seja ela, econômica, política, social e cultural. Por fim, é necessário que a cooperação seja cada vez mais eficaz, garantindo o devido processo legal, dentro de suas normas regentes entre os países, respeitando os direitos e deveres do indivíduo e do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 de abril de 2020.

BRASIL. **Emenda Regimental nº 18, de 17 de dezembro de 2014**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/83924/Emr_18_2014_pre.pdf>. Acesso em 15 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Plano Interno e Internacional. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos**. 2. ed. Brasília: 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil**. [2020?]. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacaojuridica-internacional-em-materia-civil/orientacoes-por-pais-1>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Homologação de Sentenças Estrangeiras**. [2020?]. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/orientacao-por-diligencia/homologacao-de-sentencas-estrangeiras>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Cartilha Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil**. 2012. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/corregedoria/cartasrogatorias/documentos/cartilhaexpedcrcivil.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2020.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE COOPERAÇÃO. **Histórico da Cooperação Técnica Brasileira**. [2020?]. Disponível em: <<http://www.abc.gov.br/CooperacaoTecnica/Historico>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

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

CHILE. **Código de Procedimiento Civil**, Lei 1552, de 30 de agosto de 1902. Disponível em: <<https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilchile.pdf>>. Acesso em 14 de abril de 2020.

DIDIER JR, F. **Cooperação Internacional**. Vol. 13. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

GARRIGUES. **Arbitragem no Chile**. [2020?]. Disponível em: <<https://www.garrigues.com/doc/guides-ia/Garrigues-Guia-Arbitragem-Internacional-em-Chile-pt.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MORAIS, Lindocastro Nogueira de; LIMA, Jhébica Luara Alves de. Cooperação internacional em matéria de prova civil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CAPÍTULO 11

ONLINE DISPUTE RESOLUTION: AS PERTINENTES CONTRIBUIÇÕES DO CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

Elizabeth Soares Alecrim Coelho¹

André Luiz Fenelon França Ribeiro²; André Ribeiro Arruda³
Beathriz Garcia Candido Florêncio⁴; Iago José Capistrano Sá⁵

RESUMO: As *Online Dispute Resolution* (ODR), que consistem em métodos alternativos de resolução de litígios em âmbito virtual, estão em uma experiência inicial de aplicação no Brasil. Diante disso, este artigo tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: como o modelo de ODR aplicado no *British Columbia Civil Resolution Tribunal*, do Canadá, pode vir a contribuir para a solução de conflitos no Brasil? Para respondê-lo, explicita-se a pertinência das *Online Dispute Resolution* para a solução de litígios no Brasil, cujo Poder Judiciário se encontra sobrecarregado de demandas, comentando, para tanto, origem, natureza e tipologia das ODRs; em pós, realiza-se uma análise da legislação tupiniquim, a qual leva à constatação de ser aplicável dita forma solutiva de lides. Por fim, explicitam-se as pertinentes contribuições do sistema canadense para a melhoria da utilização das ODRs no contexto brasileiro.

Palavras-chave: *Online Dispute Resolution*. Métodos Alternativos de Resolução de conflitos. Mediação Online.

1 Doutoranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa. Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenadora do Grupo de Estudos Processuais (GEP) da mesma instituição. Procuradora do Conselho Regional de Contabilidade do Ceará.

2 Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza, cursando o 7º semestre.

3 Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza, cursando o 7º semestre.

4 Beathriz Garcia Candido Florêncio - Graduanda em Direito, cursando o último semestre e pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões da Unifor.

5 Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza, cursando o 9º semestre.

INTRODUÇÃO

Este estudo é baseado no seguinte problema de pesquisa: como o modelo de ODR aplicado no *British Columbia Civil Resolution Tribunal*, do Canadá, pode vir a contribuir para a solução de conflitos no Brasil? Nesse sentido, busca-se promover uma discussão acerca da valia das *Online Dispute Resolution*, que são métodos alternativos de resolução de litígios em âmbito virtual, elucidando sua origem, natureza jurídica e tipologia. O objetivo central é, por meio de uma análise qualitativa da base teórica voltada ao tema e da legislação pertinente, concluir sobre a aplicabilidade das ODR's no Brasil e compreender quais contribuições podem ser extraídas do modelo digital de composição de lides aplicado no Canadá.

O artigo foi dividido em sete tópicos, dentre os quais o primeiro destina-se ao texto introdutório, em que é dado destaque à relevância teórica do tema. O segundo tem por enfoque a exposição da origem e da natureza jurídica das ODR's, de modo a aclarar a evolução dos Métodos Alternativos de Resolução dos Conflitos (MARC's) até chegarem à ambiência eletrônica; o terceiro tópico trata, em números, sobre a crise de abarrotamento do Poder Judiciário brasileiro, de modo a explicitar a relevância da revitalização das soluções alternativas de conflitos em *softwares*.

O quarto tópico demonstra como se classificam as *Online Dispute Resolution*, tratando, pois, das tipologias destas, quais sejam: arbitragem online; reinvidicação financeira online; mediação online automatizada e mediação online assistida; ombudsman online. O quinto, propõe uma análise da legislação brasileira a respeito da resolução de conflitos, de modo a interpretar a receptividade desta às ODR.

O sexto tópico se direciona a cotejar a plataforma de ODR aplicada pelo *British Columbia Civil Resolution Tribunal*, explicando seu aspecto procedimental e clarificando as contribuições que dele podem ser extraídas para uma melhoria do tratamento das querelas na realidade brasileira.

No que tange às relevâncias teórica e prática do tema, notabiliza-se ser de extrema importância que as pessoas envolvidas em situações litigiosas tenham uma amplitude de possibilidades para efetivar o acesso à justiça de maneira alternativa à Justiça Pública. Além da ótica dos “jurisdicionados”, a valia para o Poder Judiciário brasileiro poder tirar um pouco da sobrecarga causada pela alta litigiosidade no país. Destarte, este estudo visa discutir a pertinência do modelo de *Online Dispute Resolution* desenvolvido no Canadá, propondo um cotejo que intenta aprimorar a composição de contendas no Brasil.

1. AS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION E SUA EVOLUÇÃO PARA ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)

Muito se assevera que a vida em sociedade pressupõe conflitos. Não à toa, até os dias atuais, é reproduzido o brocardo atribuído ao jurisconsulto romano Ulpiano, segundo o qual “onde houver homens, haverá sociedade; e onde houver sociedade, haverá Direito” (*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*).

Nessa perspectiva, o Estado – e, conseqüentemente, o Direito – surgiria em qualquer sociedade, em razão de a ordem ser uma necessidade inerente do convívio gregário. Corroborando com José de Albuquerque Rocha (2004), aponta-se que o sistema normativo, “produto” estatal, detém uma função de controle social, cuja efetivação se dá por meio da direção de condutas, com a previsão de normas jurídicas; e do tratamento de conflitos, buscando solucioná-los – tendo por finalidade alcançar a “pacificação social”. Inclusive, como pontua Ada Pellegrini (2008), por longos tempos esta última função foi quase que exclusivamente do Estado, exercida pelo Poder Judiciário.

Todavia, naturalmente, a sociedade evolui e, com isso, também os conflitos. Desse modo, a heteronomia estatal na solução das controvérsias – isto é, a titularidade do Estado do poder de decidir as contendas imperativamente –, manifestada com o exercício jurisdicional, foi se tornando insatisfatória, pelos diversos motivos que serão percorridos mais à frente, em tópico específico.

De antemão, porém, insta ressaltar que o Judiciário se encontra abarrotado de demandas judiciais em excesso, muito em razão da “cultura da litigância” existente em países como o Brasil, cuja maior parte da população vê a prestação jurisdicional como a principal (ou mesmo única) via pacificadora de contendas (ZANFERDINI, 2015) e acaba por olvidar a característica da secundariedade da jurisdição, bem como confundir “acesso à Justiça”, expressão de ampla conotação, com o mero acesso à jurisdição estatal (VANDERLEI JÚNIOR, 2017).

Isso culmina em uma crise do Judiciário, que, sobrecarregado com uma garrafal quantidade de processos aforados, tem a capacidade do serviço judicial reduzida, em detrimento direto de uma duração razoável e da eficácia processuais.

Partindo da percepção de que o Estado tem falhado na sua missão de pacificar a sociedade, como sugere Pellegrini (2008), se corporificaram formas outras de solucionar litígios, distintas e independentes da jurisdição: as denominadas *Alternatives Disputes Resolution* (ADR), termo que ficou consolidado em inglês, ou Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC); sendo o adjetivo “alternativo” alusivo à Justiça Pública – muito embora, já houvesse um esboço de autocomposição e heterocomposição privadas pretéritas à constituição dos Estados modernos (que, à época, não eram considerados “alternativos”, mas os principais métodos utilizados nas respectivas comunidades).

No azo, as ADR foram definidas por Mauro Cappelletti (1992), de modo lato, como métodos procedimentais que delineiam um modelo de Justiça pautado em ideias comunitárias, os quais emergiram em oposição ao tipo ordinário ou tradicional de pacificação social: aquele aplicado pela distante e formalista jurisdição estatal.

Os MARC, segundo o autor, servem de estímulo à ascensão de soluções privadas das controvérsias, sendo eles instâncias legitimadas pelo próprio meio social em que se inserem, que têm o potencial de reduzir, gradativamente, a intervenção do Estado nos conflitos sociais, aliviando a pressão sobre a Justiça

Pública e apresentando resultados mais satisfatórios do que os dela, como complementa Humberto Theodoro Júnior (2019).

Ainda conforme preconiza Cappelletti, em sua obra sobre o acesso à justiça, existiria uma ambiência de “Justiça coexistencial”, em que a pacificação dos conflitos não se reduziria às mãos do Poder Judiciário, e sim seria efetivada também pelas diversas formas de *ADR*. Não haveria, pois, concorrência entre as “justiças”, já que os MARC não esvaziariam o Judiciário, mas, em verdade, serviriam como verdadeiros entes ampliadores e facilitadores do acesso à Justiça.

Seria uma ideia similar à que Francesco Carnelutti (1999) preceituou com o conceito de “equivalentes jurisdicionais” – porquanto, por também se prestarem a solucionar conflitos, equivaleriam à Justiça Pública, só que constituindo uma forma particular de resolver disputas, com procedimento distinto daquele do processo tradicional.

Nessa consonância, a mera imposição de uma resolução por um terceiro imparcial (o Estado-juiz), por meio de uma decisão judicial alicerçada no contraditório técnico, faz-se substituída por tentativas de alcance da transação, com um procedimento livre e desburocratizado, eleito pelas próprias partes como lhes aprouver, e buscando evitar, dessa forma, o desgaste monetário e a dilação do processo no tempo.

Assim, os MARC têm por enfoque a autocomposição, propondo o suprimimento da incapacidade das partes dirimirem sua própria litigiosidade. E, dentre as mais consolidadas técnicas autocompositivas, citam-se arbitragem, mediação e conciliação.

Entrementes, a sociedade, como é natural tem passado por intensas transformações – catalisadas, sobretudo, pelos avanços tecnológicos. Nesse contexto, ganham corpo as relações virtuais, em razão das quais os conflitos assumem novas facetas.

Assim, passa-se a ter a ideia de que os modelos tradicionais – a prestação jurisdicional do Estado e as próprias *ADR* consolidadas – não oferecem soluções aptas a resolver as relações jurídicas estruturadas pelas tecnologias de informação. Percebeu-se que as vicissitudes configuradas pela “virtualização” das relações sociais ensejaram a necessidade de adequar as técnicas tradicionais de solucionar os litígios, notadamente em face de limitações territoriais, financeiras e de tempo.

Os mecanismos de *Online Disputes Resolution* ascenderam com a ideia do *website* de compra e venda *eBay* (VANDERLEI JÚNIOR, 2017), que desenvolveu um sistema de conciliação virtual com os vendedores e compradores, no qual estes poderiam registrar sua irrisignação quanto ao negócio jurídico e apontar a solução desejada, a ser posteriormente transacionada por intermédio da plataforma. Assim, dentre as mais de 200 (duzentas) reclamações prestadas por usuários, todas foram solucionadas num prazo máximo de 2 (duas) semanas.

As modalidades de *Online Disputes Resolution*, então, alicerçadas nas Tecnologias de Informação e Comunicação e no Direito, passaram a ser entendidas como uma nova espécie integrante do gênero de técnicas autocompositiva, as quais viabilizam a simplificação dos procedimentos de resolução das querelas, sempre levando em consideração a autonomia da vontade das partes.

Destarte, as *ODR* consistem na busca da referida “pacificação social” valendo-se da utilização das tecnologias de informação no processo de solução de conflitos, inteira ou parcialmente no *locus* eletrônico. Compreende-se, pois, que os procedimentos de negociação, arbitragem, mediação e conciliação podem ser efetuados por meio de ferramentas virtuais, de modo a ampliar o horizonte de possibilidades do acesso à Justiça ao espaço cibernético.

2. CULTURA DA JUDICIALIZAÇÃO E ABARROTAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE INCENTIVO ÀS *ONLINE DISPUTE RESOLUTION*

De forma breve, conforme já trabalhado, as ODR's são meios que utilizam computadores e *softwares* para resolver conflitos de forma *on line*, a partir de técnicas tradicionais já conhecidas, como conciliação, mediação e arbitragem, mas também podendo utilizar de outros métodos. (RAMOS, 2019, on line).

Para se entender a necessidade de incentivar e de viabilizar o aumento das ODR's é preciso compreender os dados acerca do Poder Judiciário Brasileiro disponibilizados no Relatório Justiça em Números 2019 elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça que teve como base o ano de 2018. De acordo com o referido relatório o tempo médio de tramitação dos processos pendentes é maior que o tempo de baixa. O maior tempo de duração dos processos foi visualizada na fase de execução, ou seja, quando de fato haverá a satisfação da demanda, sendo o tempo médio na Justiça Federal de 8 anos e 1 mês e na Justiça Estadual de 6 anos e 4 meses, conforme pode ser visualizado na figura a seguir:

Figura 1 - Tempo médio de tramitação de processos no 1º Grau

Fonte: Relatório Justiça em Números 2019 (2019, p. 150, *on line*).

Além do elevado tempo de tramitação processual demonstrado, tomando como base o primeiro grau de jurisdição, mas que também é visualizado em outras esferas do Judiciário, há outros agravantes que dificultam o cumprimento dos princípios processuais que buscam garantir a efetiva prestação jurisdicional são: o número de ações tramitando e o número de casos novos no Poder Judiciário.

No ano de 2018 o Poder Judiciário possuía cerca de 78,7 milhões de processos em tramitação, entretanto, sendo dado efetivo andamento haviam 64,6 milhões ações judiciais, pois do total existente 17,9% estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório. Além disso, apesar da redução de casos novos no ano de 2018 em comparação ano de 2017, o número ainda é alto, sendo de 28,1 milhões. Cabe mencionar que recentemente em 2016, houve o maior registro de casos novos no Poder Judiciário que foi de 29,3 milhões que vem diminuindo aos poucos desde então. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, on line).

Dessa forma, tendo em vista o cenário exposto de alto índice de judicialização e de consequente morosidade na tramitação processual, caso haja maior utilização das ODR's a atual situação do Poder Judiciário poderia melhorar, uma vez que mais conflitos poderiam ser resolvidas de forma *on line* e extrajudicial sem necessitar do movimento da máquina judiciária. (AMORIM & RODRIGUES, 2019, on line). Desse modo, com a redução das ações, o Poder Judiciário poderia reduzir os seus custos que chegaram em 2018 a 93,7 bilhões, o que corresponde a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, tendo em vista que as despesas cresceram em proporção com o volume processual. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, on line).

A autocomposição dos conflitos no Brasil já é prática bastante incentivada e praticada, especialmente após a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, em virtude do estabelecimento de um momento obrigatório para realização de uma audiência de conciliação ou de mediação,

desde que haja o consentimento implícito ou explícito de pelo menos uma das partes envolvidas e o litígio permita autocomposição (BRASIL, 2015, on line).

Contudo, o índice de conciliação total no Poder Judiciário de 2018 foi de 11,5%, sendo o segundo mais baixo desde o ano de 2015 e inferior 0,7 ponto percentual em relação à 2017. Esse indicador equivale ao percentual de sentenças e decisões resultantes de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas pelos magistrados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Ou seja, apesar do incentivo à autocomposição no âmbito do Poder Judiciário que, a partir da determinação legal, disponibilizou aos jurisdicionados profissionais capacitados para mediação e conciliação e estrutura física para a realização das audiências de autocomposição, através dos CEJUSCS, os índices de conciliação ainda são baixos quando comparados ao número de demandas judiciais.

Nesse sentido, as ODR's, caso aplicadas de forma massiva no país, poderiam representar um maior sucesso nas resoluções de conflitos tanto quando utilizadas de forma extrajudicial quanto no âmbito judicial. Quando utilizadas para resolver demandas de forma extrajudicial, as ODR's poderiam evitar a intensificação do abarrotamento de ações no Poder Judiciário. Na segunda situação, as ODR's, no âmbito judicial, podem resultar numa prática de autocomposição mais efetiva e que pode vir a alcançar resultados melhores que os dados referentes aos índices de conciliação no Relatório Justiça em Números 2019. Os referidos indicadores são baseados em resultados de acordos que, na maioria dos casos, são realizados de forma presencial, sem recursos on line ou tecnologia e que demandam considerável investimento financeiro do Poder Judiciário para que possam acontecer.

Ademais, apesar de as ODRs não serem tão populares na América Latina, existem pontos positivos desses meios de resolução que utilizam tecnologia e solucionam conflitos de forma on line que possibilitam maior

popularização desses métodos. Entre esses pontos pode-se mencionar a adaptabilidade a diferentes contextos, economia de recursos financeiros e tempo, bem como poder contribuir para o desenvolvimento de economias emergentes. (ALBORNOZ, 2019, tradução nossa, on line).

Entretanto, mesmo com as questões positivas expostas, existem problemáticas em torno das ODRs que dificultam a maior utilização pela sociedade. No Brasil, por exemplo, pode-se mencionar que o acesso à internet e à tecnologia não é isonômico entre as classe sociais. De acordo com a pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2018 realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), nas classes A e B, respectivamente 98% e 88% dos domicílios possuíam computador e internet. Na classe C apenas 43% e nas classes D e E somente 7% dos domicílios possuíam ambos os recursos.

Apesar da problemática, as ODRs, a partir da exposição do contexto nacional de alto índice de judicialização de demandas, tempo de tramitação processual e ainda baixo índice de conciliações apresentados, pode vir a amenizar o abarrotamento atual do Poder Judiciário e satisfazer de forma mais rápida e econômica as demandas geradas por diferentes tipos de conflitos.

3. TIPOLOGIA DAS *ONLINE DISPUTE RESOLUTION*

A partir da observação do mapa mental exposto a seguir (Figura 2) e do que já foi fartamente exposto no presente artigo, as *Online Dispute Resolution* consistem basicamente em uma espécie do grande gênero “Resolução de Conflitos Alternativas”, isto é, compor a lide sem recorrer à grande máquina estatal de solução de querelas, a Jurisdição.

Figura 2 - Mapa de tipologias

Fonte: Elaborado pelos autores.

Por seu turno, as ODR também se subdividem em várias espécies e subespécies, como perfeitamente realçou Vanderlei Junior. Todavia, antes de examinar com mais afincos cada espécie do gênero ODR, vale ressaltar que este rol está sujeito a eventuais mudanças, devido à dinamicidade característica das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), que se encontram em constante aperfeiçoamento. Portanto, traz-se rol exemplificativo do que já existe, sem óbice algum ao surgimento de outras formas.

A primeira variedade de ODR, que se deseja expor consiste na Arbitragem Online, a qual atualmente é bem mais presente na região sul e sudeste do Brasil revela a informatização e simplificação de um método heterocompositivo já conhecido e regulamentado por legislação específica, caracterizado por conter diversas características da Arbitragem previstas em lei, como a natureza de título executivo judicial da sentença arbitral ou os requerimentos de quem pode ser árbitro.

Na Arbitragem Online, o procedimento não difere muito do praticado pelas cortes arbitrais presenciais, salvo a diferença básica de se realizar inteiramente de maneira virtual. Inicialmente, a parte reclamante insere no caso a sua alegação e pedido inicial referente ao conflito, em seguida a plataforma em estudo comunica a parte contrária que tem um prazo de

resposta de 10 dias, o árbitro, especialista na matéria, analisa o caso, realizando audiência *online* se necessário e prolata a sentença arbitral.

De acordo com o website de prestadora de serviço do ramo especializada Arbitranet, é prometida solução do embate em seis meses, além de ser completamente sigiloso.

Por sua vez, a mediação online também impacta a solução de inúmeros conflitos por diversas razões: não possuir tantos trâmites legais a serem seguidos, não necessariamente necessitar de um terceiro imparcial para efetivar-se ou custo de tempo e dinheiro reduzido.

Sua origem remonta aos dos websites de compra e venda no sítio “E-bay” no ano de 1999, que com a sua plataforma de resolução de conflitos “Squaretrade” oferece aos compradores e vendedores litigiosos um meio de resolução de conflitos simples, o qual por ano soluciona, atualmente, 60 milhões de demandas. (FARIA,2018, *online*).

O procedimento é realizado de maneira automatizada majoritariamente ocorrendo da seguinte maneira: após registro do usuário na plataforma e inserção de detalhes da reclamação, o sistema envia notificação para outra parte com o fito de compor a lide interpartes. A demanda inicial e a resposta repousam em uma área com sigilo.

É facultado ainda às partes a contratação de um mediador por U\$15, que atua para ajudar as partes na utilização da plataforma, bem como procura de maneira imparcial, entender os dois pontos de vista para chegar a um acordo. Esse tipo de ODR usualmente é concluído em dez dias.

Há, ainda, conforme Vanderlei Júnior (2017, p.274), uma tipologia relevante para o contexto das ODRs, conforme se lê:

...sistema *online* automatizado de reivindicações financeiras, o qual utiliza algoritmos técnicos, atuando de forma similar a uma perícia contábil voltada especificamente para a análise de questões numéricas até que se chegue à melhor solução para determinado caso.

A última tipologia das ODRs consiste nos sistemas de serviços online de Ombudsman, que essencialmente é uma pessoa física que recebe todas as críticas, reclamações e sugestões dos usuários e consumidores de um serviço, por exemplo. É utilizada principalmente por grandes corporações ou até mesmo por Estados. (Júnior, 2017, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca), este serviço que era realizado presencialmente apresenta diversos benefícios ao ser realizado no *locus* eletrônico como maior celeridade e praticidade.

4. APLICABILIDADE À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, APANHADO DOUTRINÁRIO E PRINCÍPIOS DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

Os aspectos introdutórios das normas fundamentais do processo civil brasileiro elencam princípios norteadores que determinam a aplicação de lei processual. Dentre as quais, o caput do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015 (“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão à direito”) consagra o princípio constitucional presente no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Trata-se do princípio do “livre acesso ao Poder Judiciário”. Neste sentido, Kasuo Watanabe preleciona:

“O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.”

Nesse diapasão, a legislação brasileira elencou métodos, incisivamente, de exceção ao princípio ora analisado. Os parágrafos do art. 3º do CPC/2015 tratam-se do incentivo legislativo dos métodos de autocomposição, onde o Estado avoca para si o dever de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, onde é imposto, na inteligência do art. 165 do Código de Processo Civil, a materialização do estímulo de conciliação e mediação

através da criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSC), sendo estes responsáveis pela realização de sessões, audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas que busquem aprimorar e auxiliar a autocomposição, sem o prejuízo do estímulo dado à este por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público no curso do processo.

Ademais, no intuito de promover extrajudicialmente a solução de lides através do diálogo, o Estado, por meio da Lei Nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), regulamenta a atividade de mediação entre particulares, onde estes, munidos de boa-fé, buscam acordos que visam o bem recíproco.

Formando-se um modelo de justiça onde há numerosas possibilidades de resolução de conflitos, passou-se a afirmar que tais meios não seriam alternativos, e sim adequados, afinal, são regidos por um conjunto de princípios que regulam a atividade de mediação, onde, por meios destes, busca-se maior otimização das negociações. Nas lições de Miguel Reale:

“Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”. (REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60)

Averbado na própria norma, a principiologia dos métodos adequados de solução dos conflitos repousam no art. 2º da Lei N 13.140/2015, onde a *mens legis* está voltada precipuamente para a busca da resolução do litígio com as mesmas prerrogativas principiológicas dadas no curso do processo judicial, sendo regido pela isonomia entre as partes, imparcialidade do mediador, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e a boa-fé,

formando-se um conjunto de princípios que garantem a paridade entre as partes no curso das negociações.

Por derradeiro, o legislador brasileiro, reconhecendo a eficiência das Online Dispute Resolution, regulamentou, por intermédio do art. 46 da Lei nº 13.140/2015, que caso as partes estejam de acordo, nada obsta que a mediação seja feita por meios virtuais ou por qualquer outra ferramenta de comunicação que permita a transação à distância.

Cabe enfatizar, em caráter de absoluta essencialidade, que na disposição legislativa ora analisada, é consagrado o princípio da eficiência na esfera da autocomposição. Ao reproduzir o modelo constitucional presente no art. 5º, LXXVIII introduzido pela EC 45/2004, através de ferramentas virtuais, torna-se permissivos às partes tratar do processo extrajudicial com a obtenção de maiores números de resultados com o menor tempo, alcançando tal feito através de ferramentas virtuais.

Com manifesto alhures, através da resolução nº 125, o Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a fim de consolidar uma política pública de incentivo e aperfeiçoamento aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos supra elencados, instituiu uma Política Judiciária Nacional para o tratamento das relações contenciosas estabelecendo, monitorando, realizando e criando sistemas, até mesmo digitais, de atuação pré processual de conflitos, onde há adesão formais dos tribunais no âmbito da Justiça Estadual e Federal, nos termos do art. 334, §7º do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação.

5. CONTRIBUIÇÕES DO CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

O presente tópico representa um dos principais objetivos deste livro: comparar institutos de direito comparado e procurar fornecer lastro teórico para maximizar a sua aplicabilidade no Brasil.

Preliminarmente, será feita uma abordagem do procedimento geral de Online Dispute Resolution – podendo haver outros díspares conforme a especificidade da matéria- e de singularidades do tribunal administrativo, “British Columbia Civil Resolution Tribunal (CRT)”, que opera quase unicamente por Online Dispute Resolution

Tratando-se de procedimento, a sistemática é relativamente simples. Inicialmente, há uma plataforma do próprio *website* chamado “Solution Explorer” que faz perguntas relevantes sobre o imbróglio do aplicante, com o intuito de informar o referido sobre particularidades do seu caso, bem como entregá-lo o correto formulário de aplicação de acordo com a matéria do conflito.

Feita a aplicação e paga a taxa referente a esta, a fase seguinte é de negociação: é dada a oportunidade às partes para dialogarem sobre a presente lide. Havendo acordo nessa fase, existem duas opções às partes: escrever o que foi acordado, falar com um facilitador do CRT e tornar a avença em uma ordem passível de execução ou dar por findo o conflito depois do consenso atingido em negociação.

Em não havendo sucesso na negociação, as partes devem seguir para a terceira fase, que consiste em uma negociação facilitada, cujo papel do facilitador muito se assemelha ao de um mediador, visto que toma atitudes, como encorajar o esclarecimento de informações entre as partes, procurar reestabelecer o vínculo comunicativo e incentivar a troca de provas entre as partes.

Se falho novamente o intento de negociação, o facilitador deve preparar as partes para a decisão do tribunal por terceiro imparcial membro do CRT, tomando atitudes como estabelecer prazos para que as partes providenciem as provas que desejem ser avaliadas, resguardado o direito de cada parte ao contraditório ao garantir-se o poder de se manifestar sobre prova contrária, e ajudar as partes a acessar a plataforma online.

O membro imparcial do CRT, espécie de juiz da causa (não é o termo utilizado pelo website), ou as partes podem requerer uma audiência oral, feita por intermédio de videoconferência ou telefone.

O processo de decisão, a quarta e última fase, é usualmente feito *online*, sendo comum também a utilização de vídeo ou telefone, devendo o membro do CRT aplicar a lei, considerar os argumentos e tomar uma decisão sobre como solucionar a disputa.

Quanto à questão da representação legal, esta não é obrigatória, podendo as próprias partes falarem por si mesmas ou contratarem um advogado. É viável também, de acordo com a matéria da querela, as partes elegerem outro que não um representante legal, como um amigo ou familiar para lhe representar. (CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL, 2020, *online*).

Relativamente à temática recorribilidade da decisão, o tribunal, apesar de expedir decisões de natureza cogente e passíveis de execução, não está propriamente inserido no clássico organograma do Poder Judiciário, visto que é um tribunal administrativo e, na maioria dos litígios, é cobrada uma taxa inicial para demandar. Desta feita, se qualquer dos querelantes demonstrarem-se insatisfeitos com a decisão emitida, a demanda deve seguir os devidos trâmites no Poder Judiciário tradicional canadense.

As principais causas são disputas de até \$5000, disputas condominiais - sem limite de valor da causa-, questões relacionadas a imbróglis de sociedades e associações cooperativas – também sem limite de valor da causa- e conflitos relacionados a acidentes a bordo de veículo automotor

Como observação, comenta-se que a regra para o procedimento é o sigilo, todavia em algumas lides, como acidentes automobilístico, a decisão é publicada no website, vindo a público a disputa em questão.

Dessa forma, conclui-se que tal procedimento *online* é deveras salutar solucionando diversos casos em sua fase embrionária por meio de mediação ou negociação entre as partes, de maneira econômica e

rápida. Seu procedimento majoritariamente via ODR permitiu inclusive que o tribunal permanecesse em atividade durante o isolamento social obrigatório da pandemia do COVID-19 (CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL, 2020, *online*).

No Brasil, as ODR's podem ser visualizadas através da iniciativa de alguns sites, como JUSPRO (Justiça Sem Processo), Consumidor.gov. br, e-Conciliar, dentre outras (ALBARTROZ, 2019, tradução nossa, *online*). Contudo, o presente estudo abordará de forma específica o trabalho de ODR desenvolvido pela Startup Mediação Online (MOL) fundada em 2015, a fim de verificar como o que é realizado pelo Tribunal Administrativo *British Columbia Civil Resolution Tribunal* (CRT), pode ser aplicado à plataforma de Mediação Online.

Antes disso, é importante comentar como a MOL funciona e com que tipo de demandas trabalha. De acordo com o site da plataforma, a MOL tem como enfoque resolver, prevenir e gerir conflitos, seja para pessoas jurídicas, físicas ou até mesmo entes despersonalizados, como condomínios, tendo como objetivo tornar acessível os métodos alternativos de conflitos. (MEDIAÇÃO ONLINE, 2015, *online*)

Além de trabalhar com questões envolvendo condomínios e condôminos, a MOL atua também com questões financeiras, bancos, varejo, seguradoras, instituições de ensino, franquias, construtoras, imobiliárias, incorporadoras, telefonia e celular, tratando, portanto, com conflitos consumeristas, trabalhistas, societários, bem como entre parceiros e fornecedores. (MEDIAÇÃO ONLINE, 2015, *online*)

Assim, conforme aponta a plataforma que já tratou mais de 54 mil casos esta oferece um serviço 30 vezes mais rápido, 50% mais econômico e com 2 vezes mais acordos. Evita-se, em consequência, a judicialização de novos conflitos, além de reduzir o estoque de processos judiciais. Outros benefícios citados que proporcionam bons resultados são: o aumento de *Net Promote Score* (NPS), a possibilidade de resolver o conflito em qualquer lugar,

a segurança e a validade jurídica, a agilidade, a economia e o índice alcançado pela ODR em estudo de 70% de conversão de acordos.

O site além de realizar mediações online também disponibiliza meios para a realização de negociações online. Em ambos os casos o procedimento é semelhante. Com relação à mediação online, a primeira etapa do funcionamento consiste em a pessoa jurídica interessada enviar uma base de casos que tenham ou não sido ajuizados. Na segunda etapa, a MOL estabelece comunicação com a outra pessoa interessada na resolução do conflito e a convida para que seja marcada uma sessão, em caso de aceite do convidado. Após isso, no dia da sessão, na terceira etapa, o mediador realiza de forma online com as partes a mediação para solução do litígio. Por último, caso haja o acordo, as partes o assinam digitalmente, sendo este detentor de validade jurídica e possuindo patamar de título executivo extrajudicial.

Com relação à negociação online também desenvolvida pela plataforma, esta é realizada em 3 etapas somente. A primeira de igual modo como na mediação online é a de solicitação do serviço da plataforma, a partir do envio inicial de casos e propostas de acordos da pessoa jurídica. Nesta situação, interessante observar que as propostas para solução já são enviadas desde o momento inicial. Após isso, é realizada na segunda etapa a comunicação da demanda e proposta, para convidar a parte solicitada para uma negociação direta com o solicitante sem interferência de um terceiro ainda que imparcial. Por último, da mesma forma, as partes assinam o acordo digitalmente, caso cheguem em concordância, que possui validade jurídica para ser exigido caso não seja cumprido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como elencado pelo presente artigo, corroborando com as lições de José de Albuquerque Rocha (2004), o sistema normativo, fruto de uma ação quase que exclusiva do Estado, com a função social de dirimir os conflitos

frutos do convívio gregário, possui o dever de promover a “pacificação social” através da busca pela solução dos litígios.

Assim, evolução social apresenta um reflexo substancialmente relevante na determinação do objeto dos litígios contemporâneos, motivo no qual a globalização enseja em relações contenciosas que ultrapassam o fulcro da jurisdição estatal, como os sítios eletrônicos de compra e venda.

Destarte, a globalização também impulsionou na resolução de conflitos. A possibilidade de solucionar tais demandas com mais celeridade e onerosidade representam o objeto nuclear tratado pelo presente trabalho, tendo, as modalidades de *Online Dispute Resolution*, sido concebidas como métodos que viabilizaram a simplificação na resolução de contendas.

No Brasil, a familiaridade das partes no manejo de dispositivos digitais e *softwares online* representa um empecilho fruto das disparidades sociais, recorrentes em território brasileiro. Entretanto, a difusão da utilização de meios tecnológicos têm aumentado exponencialmente, em especial com a utilização de dispositivos digitais móveis, mitigando o déficit tecnológico do país.

Nessa senda, amparo legislativo por intermédio da Lei Nº 13.140/2015, (Lei da Mediação) proporcionou a regulamentação e a previsão legal de aplicação de ferramentas *online* ou qualquer outro meio de comunicação que torne permissivo transacionar à distância, garantindo às partes que aderirem à tal método todas as prerrogativas principiológicas inerentes ao curso do processo judicial estatal.

Destarte, muito embora o Poder Legislativo brasileiro tenha dado a devida importância aos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, conferindo a estes amparo legislativo, a cultura do litígio ainda permanece em predominância entre o povo brasileiro. Por tal motivo, em apertada síntese, o modelo resolutivo das relações contenciosas adotada pelo British Columbia Civil Resolution teria resultado salutar se adotado em prol das querelas estabelecidas extra ou judicialmente, afinal, busca encorajar o esclarecimento de informações entre as partes,

procurar restabelecer o vínculo comunicativo e incentivar a troca de provas entre os indivíduos que integram a querela, sempre com o auxílio de um facilitador. Ademais, o modelo adotado pelo *British Columbia Civil Resolution Tribunal* consubstancia-se na resolução da demanda, ou seja, na quarta fase, o facilitador aplica a lei ao caso concreto, sem que seja necessário que as partes passem pelo Poder Judiciário, conferindo maior onerosidade e flexibilidade.

Destarte, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, muito embora o número de processos em tramitação na Justiça Brasileira tenha caído pela primeira vez em 15 anos, verifica-se que o modelo de *Online Dispute Resolution* aplicado pelo *British Columbia Civil Resolution Tribunal* proporcionaria o profundo desafogamento do Poder Judiciário, dos quais os mais de 78,7 milhões de processos em tramitação poderiam ser resolvidos de maneira extraestatal, conferindo plena efetividade na resolução da relação contenciosa sobre o fulcro da acessividade e celeridade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOZ, María. ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) PARA EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN CLAVE BRASILEÑA. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 3, n. 1, p. 25-51, 20 dez. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/28192>> Acesso em: 20/05/2020.

Arbitranet. Fonte: Arbitranet: <https://arbitranet.com.br/>. CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL. (28 de Março de 2020). Acesso em 28 de Março de 2020, disponível em CIVIL RESOLUTION TRIBUNAL: <https://civilresolutionbc.ca/tribunal-process/tribunal-decision-process/Ebay>. (23 de Março de 2020). Fonte: Ebay: <https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>.

AMORIM, Fernando; RODRIGUES, Ricardo. A resolução online de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. v., n. 54, p. 171-204 2020. Disponível em: < <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/799> > Acesso em: 20/05/2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 20/05/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 20/05/2020.

RAMOS, Fabíola. Como a ODR (Online Dispute Resolution) pode ser Instrumento de Solução de Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário. In: **Encontro de Administração da Justiça**, 2019, Brasília. Disponível em: < <http://enajus.org.br/anais/assets/papers/2019/191.pdf> > Acesso em: 20/05/2020.

FARIA, M. (27 de Março de 2018). **Tecnologia ODR muda forma de resolver conflitos.** Fonte: D'acordo: <http://www.dacordo.com.br/artigo/fazer-acordos-pela-internet-e-a-nova-realidade-do-mundo-juridico>

JUNIOR, V. D. (2017). A evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos em ambiente virtual: online dispute resolution. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, 274.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Online Dispute Resolution in Brazil: Are we ready for this cultural turn? in **Revista Paradigma** [recurso eletrônico]. a.XX, no 24, jan/dez 2015. Ribeirão Preto: UNAERP. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/589>>. Acesso em: 17.02.2016. p. 68-80.

CAPÍTULO 12

OS “PRE-ACTION PROTOCOLS” DO CPR/98 COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL

Edimilson Queiroz Pessoa Carvalho¹
Gabrielli Pinheiro Ripardo²
Vinicius Gois Sampaio³

RESUMO: O tema em debate discute os “*Pre-Action Protocols*”, componentes da sistemática processual inglesa e previstos no Civil Procedure Rules (1998), e o sistema de métodos alternativos de resolução de litígios no Brasil, temática incubida pelo Código de Processo Civil (2015). Utilizando-se do Direito Comparado como método de análise, debate-se acerca da qualidade e da constitucionalidade de uma possível aplicação dos protocolos ingleses no cenário brasileiro, bem como se realiza uma análise em face dos possíveis efeitos pragmáticos de tal aplicação, com foco na averiguação de uma suscetível resolução para a “cultura do litígio” - excessiva judicialização de demandas - vivenciada no quadro judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Cultura do litígio; Autocomposição; Pre-action protocols.

1 Graduando em Direito – Unifor, ediqcarvalho@edu.unifor.br
2 Graduanda em Direito – Unifor, ripardogabrielli@edu.unifor.br
3 Graduando em Direito – Unifor, viniciusgsampaio@edu.unifor.br

INTRODUÇÃO

O tema abrangido no presente estudo se posiciona como fator de relevante importância para o atual sistema processual civil brasileiro, visto que em sua essência aborda questões de suma importância inerentes ao judiciário nacional, como o litígio e a cultura referente a tal no Brasil. Nesse contexto, torna-se de interessante pertinência a realização de uma análise comparada com outros sistemas e países e seus respectivos modos de tratar esse assunto e como que esses podem vir a auxiliar, a aprimorar ou a influenciar a realidade brasileira.

Com esse propósito, a Inglaterra e o seus protocolos antecedentes ao processo judicial passam a ser nossa principal referência comparativa, visto que, pautados na construção de uma solução autocompositiva, a partir da valorização de uma visão cooperativa do processo e de um entendimento mútuo entre as partes, os *chamados pre actions protocols* caracterizam-se como orientações e direções práticas e instrutivas que possuem como intuito principal o esclarecimento da aplicação da lei, através de uma detalhada descrição e direção dos fatos que precedem a via judicial. Do mesmo modo, prezando pela clareza das realidades dos fatos em questão, dos posicionamentos e motivações das partes e a efetiva predisposição dessas na solução do conflito, ainda que não efetivada a tentativa e o ânimo para uma saída alternativa e autocompositiva proporcionada e incentivada por tais diretrizes, já terá sido verificada, no entanto, a assimilação da colaboração e do entendimento entre as partes, fator que descomplexifica várias pautas no sequente processo litigioso e jurisdicional.

Nessa perspectiva, apesar de no Brasil existirem avanços no que se refere à valorização dos métodos autocompositivos de soluções de conflitos, não é visualizado um esforço institucional tão eficiente e específico para a mudança de uma cultura, embasado, sobretudo, no constante estímulo para o entendimento da via judicial como última opção no que se refere à solução de conflitos. Dessa maneira, os *pre actions protocols*, ao se posicionarem como um meio mais eficiente para a compreensão de procedimentos e para o fomento de

saídas autocompositivas, também ampliariam a possibilidade de resoluções de conflitos de maneiras mais céleres e, conseqüentemente, descongestionariam o judiciário civil brasileiro.

1. A CULTURA DO LITÍGIO NO BRASIL

No Brasil existe, a muito tempo, uma forte cultura do litígio. Ou seja, toda lide costuma ser levada ao Poder Judiciário, sem antes se tentar os métodos autocompositivos. Isso se dá pelo sentimento de vingança que uma das partes cria, tornando a resolução autocompositiva inviável, já que a parte deseja “satisfazer” o sentimento de vingança. Em grande parte das vezes as pessoas também não conhecem os métodos autocompositivos ou as vantagens de optar por eles.

Existe um paradigma de que o litígio deve ser elucidado na Lei de Talião a qual traz consigo a famosa expressão “olho por olho, dente por dente” e isso precisa ser quebrado para que o Poder judiciário não fique sobrecarregado. Para quebrar essa cultura litigiosa é preciso que as pessoas entendam que a resolução do problema pode ser mais rápida através dos métodos autocompositivos. Os meios alternativos são mais céleres e baratos, porém esse detalhe não é conhecido por boa parte da população, mas esse quadro vem mudando.

O crescimento da resolução de lides através destes métodos ainda é sutil, mas isso está em uma fase de transição evolutiva, visto que a partir de apuração do Conselho Nacional de Justiça, o CNJ, no ano de 2015, o Judiciário lidou com 102 milhões de processos, sendo destes 2,9 milhões finalizados de maneira autocompositiva. A apuração referente ao ano de 2016, segundo o mesmo órgão, apontou crescimento no percentual de solução consensual em 0,8%.⁴

⁴ <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274104,51045-Mudando+paradigmas+-da+cultura+do+litigio+a+cultura+do+consenso>. Acesso em 24 de Novembro de 2019.

A sobrecarga do Poder Judiciário gera morosidade na Justiça e esse fato é de conhecimento comum. Os métodos autocompositivos têm sido um auxílio diante deste fato. Antes do Novo Código de Processo Civil de 2015, as partes procuravam diretamente o Poder Judiciário para resolução da lide, sem antes tentar solucionar o litígio da forma mais barata e célere: os métodos autocompositivos. Mas o novo Código torna obrigatório, através do Art. 334, a realização da audiência de conciliação e mediação

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (BRASIL, 2015)

Além da mudança do novo Código, o Poder Legislativo criou, também em 2015, a Lei de Mediação (Lei 13.140/15), através da promulgação destes o Poder Legislativo vem reiterando que os métodos autocompositivos são adequados para resolução da lide, tentando, deste modo, reduzir o número de litígios.

2. OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO BRASIL

Os métodos autocompositivos de resolução de litígios no Brasil são a arbitragem, mediação e conciliação. Os métodos citados têm, além da função de tornar o processo mais célere, a intenção de promover a pacificação entre as partes, papel que a Justiça não desenvolve devido a cultura do litígio onde as partes têm para si que em um processo existe uma disputa onde haverá um vencedor e um perdedor.

Desde os primórdios da humanidade existem os antagonismos. Estes conflitos surgem através dificuldades nas relações sociais. O papel do Direito nesse meio é sanar o litígio e cabe ao Estado regular os conflitos destas relações sociais através do seu poder jurisdicional.

Diante deste fato, o Estado, através dos seus poderes, vem agindo para que esse pensamento mude e para que o Poder Judiciário não fique tão sobrecarregado. Em razão disso, em novembro de 2010 foi aprovada a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que tem em uma de suas funções disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos (Art. 2º). ⁵

No que tange à arbitragem esse método de heterocomposição, presente na Lei 9.307/1996, que se dá através de um acordo entre as partes se designando através da convenção da arbitragem. A decisão do litígio fica submissa a decisão do árbitro escolhido pelas partes. O árbitro pode ser uma pessoa ou uma entidade privada definida pelas partes. “Deve ser entendido por arbitragem o método de solução de conflitos segundo o qual as pessoas em conflito escolhem, de comum acordo, um ou mais árbitros que, fazendo as vezes do juiz-estatal, reconhecerão o direito aplicável à espécie.” ⁶

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor⁷

Na Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, está em evidência os princípios deste método de resolução de litígios, são eles:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A Mediação está presente na Lei 13.140/2015, ela trata, em via de regra, de situações em que as partes têm uma relação próxima e continuada, conforme fala o Art.165 do CPC em seu parágrafo 3º:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A mediação geralmente é usada em casos familiares, empresariais e trabalhistas. O mediador é um terceiro imparcial (escolhido ou aceito pelas partes) que formenta os indivíduos a solucionarem a lide orientando-os e escutando-os, sem sugerir soluções, de modo que as partes resolvam de forma consensual. De modo que “A mediação é uma forma alternativa de solução de conflitos em que um “mediador” (um terceiro imparcial) estimulará os envolvidos a colocarem fim a um litígio existente ou potencial.”⁸

Ademais, a mediação é orientada pelas disposições apresentadas na Lei 13.140/2015:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

III - oralidade;

IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso;

VII - confidencialidade;

VIII - boa-fé.

Por fim, a conciliação é um método que envolve, também, um terceiro (um facilitador) que busca, através de sugestões, solucionar a lide de forma equânime. Na conciliação, geralmente, a relação entre as partes não é continuada, como fala o Art.165 do CPC em seu parágrafo 2º

“O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.” (BRASIL, 2015)

Diferente da mediação que em sua maioria os conflitos são familiares, empresariais ou trabalhistas, a conciliação, em sua maioria são relações que não são continuadas como batidas de carro ou consumeristas.

A conciliação também é um meio alternativo de solução de conflitos porque ela representa, em última análise, a vontade dos próprios envolvidos no litígio para sua solução. O Código Civil, em seu art. 840, é bastante didático ao se referir à figura como transação. De acordo com o dispositivo, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”⁹

3. O CPR DE 1998 E OS *PRE-ACTION PROTOCOLS*

É imprescindível salientar a configuração refletida no direito inglês a partir do estabelecimento do *The Civil Procedure Rules* (CPR) em 1998. Fixando-se como a principal fonte do direito instrumental inglês, esse veio a posicionar-se como um marco ao ter em seu cerne a ambição de mudar a cultura do litígio observada na Inglaterra e em seus tribunais.

Nesse contexto, além de ter promovido o esclarecimento do modo de aplicação da lei, a partir de uma maior articulação com normas de variadas hierarquias, o CPR também teve como intuito a modificação da visão judicial

⁹ CURSO sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil. 8. ed. rev. e atual. [S. l.]: Saraiva, 2014.

inglesa, sendo colocado em evidência um entendimento mais cooperativo do processo em preferência à tradicional visão adversarial.

No fundo, ele é o cerne das propostas reformadoras, pois pretende romper com uma tradição de inércia adversarial e centenária. Ele seria também um aspecto central, pois a partir desse poder judicial deveria ser aberta toda uma gama de métodos alternativos de resolução de conflito. (COSTA, 2012, p.49)

Para que houvesse essa modificação na compreensão do processo judicial, fora necessário o estabelecimento metas, isto é, houve de se delimitar quais eram os propósitos e as contribuições visadas por essa nova fonte de regras processuais. Andrews (2012) elenca alguns dos objetivos que foram levados em consideração por Lord Woolf, redator do *Civil Procedure Rules*, para a construção do relatório disciplinador do processo civil inglês. Passaram a ser vistos como objetivos fundamentais; a melhora no acesso à justiça e a redução de custos nos processos contenciosos, da mesma forma, a redução da complexidade das regras, a modernização da terminologia e o ensejo de acabar com diferenças desnecessárias entre prática e procedimento também se tornaram aspectos essenciais para garantir a observância do objetivo preponderante (*Overriding Objective*) estabelecido no CPR (1998):

- (1) Essas regras formam o novo Código com o objetivo preponderante de resoluções justas.
- (2) Lidar com os casos de forma justa inclui, na medida do possível:
 - (a) assegurar que as partes estejam em iguais condições de disputa;
 - (b) economizar despesas;
 - (c) lidar com o caso de acordo com a proporcionalidade em relação: (i) às quantias envolvidas; (ii) à importância do caso; (iii) à complexidade das questões; (iv) à posição financeira de cada parte;
 - (d) assegurar que o caso seja tratado de forma rápida e segura;
 - (e) distribuir de forma equilibrada os recursos nos tribunais, levando em conta a necessidade de distribuir recursos a outros casos. (ANDREWS, 2012, p.103)

Nessa perspectiva, a fim de cumprirem com seus propósitos, essas orientações práticas referentes ao processo trouxeram junto a si inovações, como a concessão de amplos poderes de gestão de casos e procedimentos aos tribunais, o incentivo a uma participação mais ativa por parte dos juízes, a reestruturação da jurisdição de primeira instância e a instituição de protocolos antecedentes à ação.

Tendo em vista que esse trabalho possui como fito primordial o estudo de métodos autocompositivos de solução de conflitos e o seu impacto na cultura litigante, torna-se de grande relevância a ênfase na análise dos protocolos preliminares à ação e como eles vieram a repercutir no cenário processual civil inglês. Nessa conjuntura, os *pre-actions protocols* estabelecem-se como diretrizes práticas e orientações de responsabilidades para as partes litigantes e seus representantes legais, isto é, esses protocolos determinam os “passos” que esses devem efetuar e cumprir antes de darem início ao processo judicial formal.

Esperando a conformidade e estimulando a cooperação e autonomia das partes, essas diretrizes incentivam a disponibilização eficiente de documentações e o intercâmbio de informações, visando, desse modo, a compreensão das partes acerca dos respectivos e contrários posicionamentos, bem como o esclarecimento das partes quanto aos seus pontos fortes e fracos, evitando, assim, a surpresa e a frustração dos litigantes no que se referir à decisão. Além disso, tais protocolos têm como objetivo predominante o incentivo à realização de acordos, por meio de meios alternativos de resoluções de conflitos, de modo a evitar despesas e demais inconveniências processuais.

O trabalho desempenhado pelas partes durante essa fase se presta a promover a conscientização sobre a realidade dos fatos e as razões das outras partes. O sistema é todo construído para que, por meio da compreensão mútua, uma saída autocompositiva seja possível. (COSTA, 2012, p. 76)

Trata-se, então, da construção gradativa de uma solução amigável que possui como resultado, sobretudo, a resolução de conflitos com maior celeridade e que não seja exclusivamente dependente da via jurisdicional. Ademais, ainda

que não seja possível uma solução amigável, a partir dessa etapa prévia a causa já alcança o Judiciário de forma bastante amadurecida e aparelhada.

Apesar de existirem protocolos específicos, por exemplo, de “Litígios de Construção Civil e Engenharia”, “Difamação”, “Indenizações por Danos Pessoais”, “Litígios Clínicos”, “Negligência Profissional” e outros, é esperado em todas as demais esferas a mesma razoabilidade e cooperação, de modo que a necessidade de litigação em juízo seja evitada, logo, tem-se como disposição geral:

As Orientações sobre a Prática dos Protocolos, por conseguinte, formulam três “princípios” gerais ou objetivos: em primeiro lugar, o estímulo à troca de informações; segundo, a disposição ou abertura para a possibilidade de se fazer um acordo, inclusive recorrendo às ADR quando necessário; e terceiro, evitar medidas e despesas desproporcionais. (ANDREWS, 2012, p.128)

Há, de certo modo, na Inglaterra uma cultura de resolução alternativa, decorrente, em grande parte, dessa nova política estimulada pelos protocolos pré-litígio, que visam a realizações de acordos ainda antes do início do processo, e pelo maior incentivo às ADR (*alternative dispute resolutions*). Passa a ser visualizado, então, um entendimento em que o processo perante o Poder Judiciário deve ser visto como a última opção para a resolução de litígios frente às demais formas alternativas de soluções de conflitos, sendo essa visão estimulada pelo próprio Judiciário e pelo governo, em virtude da necessidade de descongestionamento na esfera judicial, de maior celeridade na resolução de conflitos e, também tendo em vista os altos custos referentes à litigância civil.

Nessa contextualização, Costa (2012, p.81) esclarece “o que se vê no sistema inglês é um esforço institucional concentrado para a mudança de cultura de todos os envolvidos. E esse esforço inglês repercute em todo o processo”. Confirma-se essa compreensão a partir da identificação da diminuição do volume litígios na esfera processualista inglesa, sendo observada, no espaço temporal de dez anos (1999-2010), a redução de 21%

das ações judiciais iniciadas e *tramitantes* ante o Poder Judiciário inglês, como evidenciado por Andrews (2012).

4. OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS NO CENÁRIO INGLÊS

A fim de tanger um maior aprofundamento no presente estudo, a análise comparada dos modelos e das aplicações dos métodos alternativos de solução de conflito entre a realidade inglesa e brasileira passa a ser de relevante interesse e importância. No contexto inglês esses se manifestam nas seguintes formas: *settlement*, *mediation* e *arbitration*.

4.1. *SETTLEMENT*

O seguinte formato se trata de uma negociação direta, sem a intervenção de terceiros, pautada, sobretudo, na liberdade das partes de firmar ou encerrar ações civis e o estabelecimento de termos referentes às disposições e às limitações dessas. Ademais, essa configuração se posicionou como fator de grande interesse público, tendo em vista o impulso à realização de mais acordos e a conseqüente diminuição do número de questões levadas ao tribunal, do mesmo modo, também passou a ser estimulada pela possibilidade existente de se firmar um acordo antes da ação ser iniciada, durante a fase pré-litígio ou, então, de maneira anterior ao proferimento da sentença, isto é, os litigantes podem, através desse meio, darem fim ao processo.

Por fim, essa negociação traz outras teses vistas como vantajosas, Andrews (2012) considera a prática desse modelo de grande valia em razão da sua flexibilidade e confidencialidade, especialmente quando as partes abordadas forem sujeitos de um relacionamento contínuo, da mesma forma, a questão dos custos também é levada em consideração, pois o procedimento para o alcance de um acordo tende a ser mais barato do que a judicialização do caso, além de evitar inconvenientes judiciais e maiores desgastes aos litigantes.

4.2. *ARBITRATION*

No panorama arbitral, visualiza-se a submissão de um conflito a um julgador neutro e imparcial objetivando alcançar uma decisão final que vincule as partes. Nesse procedimento também devem ser observados princípios processuais, como a imparcialidade do árbitro e o seu dever de ouvir ambos os lados, de modo que seja reconhecido o direito das partes de apresentarem seus pedidos, defesas e contraposições. Outrossim, exige-se do árbitro a responsabilidade e habilitação necessária para conduzir o processo de forma rápida, prezando pela sua eficiência e precisão. Assim, na arbitragem, buscando a justiça de maneira mais célere e dando a devida importância ao custo-eficácia, a flexibilidade do procedimento, a privacidade e a oportunidade de escolha dos árbitros pelas próprias partes revelam-se como motivos de grande interesse por esse dispositivo na conjuntura inglesa, em comparação ao procedimento judicial. (ANDREWS, 2012).

4.3. *MEDIATION*

Já a mediação postula-se como um meio para se chegar a um acordo prezando pela construção de uma solução consensual entre as partes sem possuírem a necessidade de se submeterem a uma decisão de mérito vinculante por um terceiro; o papel do mediador é de encorajar o diálogo e a pacificação entre as partes, visando uma conclusão justa e amigável a partir do incentivo à compreensão no tocante à possibilidade de serem feitas concessões.

Como afirma Costa (2012, p.81) “Nada disso é propriamente novo na Inglaterra, principalmente a cultura da negociação e da arbitragem. Contudo o amplo uso da mediação é algo sem precedentes”. Dessa forma, fica esclarecido que as *alternative dispute resolutions*, apesar de não serem novidades na realidade Inglesa, tiveram um grande estímulo a partir do CPR (1998). Ademais, há de ser salientado que os interesses nessas formas alternativas são decorrentes, sobretudo, dos custos menos elevados em comparação à litigância

civil no contencioso judicial e do entendimento que os processos judiciais devem ser considerados como última opção, em razão da possibilidade da realização de acordos através das formas alternativas de resolução de disputas.

Para que fosse alcançado esse entendimento e a consequente ampliação do uso das ADR no contexto inglês houve de ser construído um esforço institucional, isto é, foi estabelecido um estímulo direto, pelo próprio sistema jurídico, para a procura da mediação. Deve ser considerado, no entanto, que o acordado é o incentivo, e não a imposição, visto que a Inglaterra não adota a mediação obrigatória. Contudo, os tribunais ingleses são amparados para evidenciar reprovação quando houver resistência sem fundamentação razoável à sugestão da mediação.

Sendo assim, os tribunais contam com a perspectiva de “suspender o processo” para impulsionar a mediação, através, por exemplo, da *stay order*, definida e caracterizada por Almeida (2011, p. 315) como “a suspensão do processo e o direcionamento do litígio para um dos outros mecanismos de solução, em especial a mediação.” Na mesma conjuntura, também é apontada a imposição de sanções, *adverse cost orders*, quando alguma das partes não efetivar o seu dever de considerar outro método alternativo.

Portanto, é delimitada uma distinção entre a imposição da obrigatoriedade da realização do procedimento da mediação e a exigência da consideração da possibilidade de conceber uma solução via ADR:

A diferença está entre o dever de considerar a mediação (no sentido de uma avaliação responsável e comedida de cada uma das partes sobre as possibilidades de sucesso) e o dever de tentar uma mediação e participar da mesma perante um sujeito imparcial. A linha entre a obrigação de considerar e a obrigação de entrar no procedimento de mediação e participar é fundamental. (ANDREWS, 2012, p.390)

Assim, acerca da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos e dos dispositivos disponibilizados para a sua efetivação no cenário processual inglês pode ser sintetizado que:

O desenvolvimento da mediação na Inglaterra decorre também do estímulo dado pelo próprio Judiciário, que apesar de não poder obrigar as partes a uma mediação prévia, pode suspender (*stay*) o processo de ofício; ou mesmo impor sanções (*adverse cost orders*) às partes que se negarem injustificadamente a participar de uma mediação sugerida pelo Judiciário. Tudo isso favorece o uso da mediação. Ou seja, apesar da mediação não poder ser exigida pelo Judiciário, vem sendo estimulada por ele, seja antes, durante ou mesmo, havendo recurso, após a prolação de sentença. (COSTA, 2012, p.81)

Nessa conjuntura, fica claro o papel do CPR (1998) e das inovações trazidas por ele, em especial os protocolos pré-litígio, no que tange a resoluções mais céleres e ao descongestionamento no âmbito do judiciário civil inglês, a partir do estímulo às *alternative dispute resolutions*. Nessa perspectiva, torna-se de grande pertinência a análise dessas diretrizes perante a perspectiva e realidade brasileira, sobretudo, no tocante a uma possível solução ou ajuda referente à cultura do litígio no Brasil.

5. CONCLUSÃO

Partindo dos pressupostos da realidade Brasileira, conclui-se que: o fenômeno da “Cultura do Litígio” é o principal fator que dificulta a aplicação e a consolidação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, pois é um evento que atua diretamente na autonomia da vontade, que de acordo com Kant é pautado no Imperativo Categórico: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 1974a, p. 223), ainda seguindo os ensinamentos de Kant, entende-se que o dito princípio só é possível na pressuposição da liberdade da vontade, ou seja, a vontade deve querer a própria autonomia e sua liberdade consiste em ser lei para si mesma.

Os métodos de resolução alternativa de conflitos brasileiros não estão em sua melhor e mais plena forma e gerando os resultados esperados, logo, é imperativo ressaltar algumas das principais premissas do processo civil inglês, pautado no CPR (Civil procedure rules) como uma solução plausível

para o descongestionamento do sistema judiciário brasileiro: Destaca-se, em primeiro lugar, a figura do *Settlement*, pois há uma maior liberdade entre as partes para convencionar o seu acordo sem a interferência de nenhum terceiro estranho a lide, ou seja, mesmo que na mediação o papel do mediador seja mais discreto e apenas fomentando reflexões acerca de possíveis resoluções para aquela lide, entende-se que uma figura como a do mediador possui uma conotação hierárquica.

Em segundo lugar, destaca-se a existência de sanções rigorosas aos litigantes que faltarem a audiência de resolução alternativa de conflito, já no Brasil essas sanções são insignificantes ou até mesmo inexistentes no sentido pragmático do processo, entende-se que o meio punitivo-coercitivo ainda é uma das melhores formas de se educar a população para a resolução dos conflitos.

E por fim, destaca-se o empenho das instituições inglesas para tornar o processo uma via mais célere e efetiva, como afirma Costa (2012, p.81) “o que se vê no sistema inglês é um esforço institucional concentrado para a mudança de cultura de todos os envolvidos. E esse esforço inglês repercute em todo o processo”. Esses três principais pontos do processo civil inglês, se observados e aplicados de maneira semelhante em território brasileiro, irão, trazer mais efetividade para os meios alternativos de resolução de conflitos e consequentemente desafogar o sistema judiciário, trazendo mais celeridade, autonomia, liberdade e efetividade ao processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O *case management* inglês: um sistema maduro?. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**: Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 7, p. 287-335, 2011. Semestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21127/15217>. Acesso em: 20 maio 2020.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Orientação e Revisão da Tradução de: Teresa Arruda Alvim Wambier.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

COSTA, Henrique Araújo. **Os poderes do juiz na Inglaterra e no Brasil**: estudo comparado sobre os *case management powers*. 2012. 383 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5809>. Acesso em: 20 maio 2020.

SUPREME COURT OF ENGLAND AND WALES. **The Civil Procedure Rules 1998**: 1998 No. 3132 (L.17). Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukSI/1998/3132/contents/made>. Acesso em: 20 maio 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 1ª Edição Bilingue. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

CAPÍTULO 13

TRATAMENTO DADO AO DOCUMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Diego Fontenele Lemos¹

RESUMO: Um dos aspectos mais importantes do direito processual é o momento de produção e valoração das provas, este último realizado pelo magistrado. Com o avanço tecnológico a prova passou, muitas vezes, a ser eletrônica e nosso novo código processual civil, em vigor desde 2016, tratou de abordar a temática, destacando a sua importância. Assim, pretende-se discutir o valor probatório do documento eletrônico no direito processual civil brasileiro e português.

Palavras-chave: Documento eletrônico, Processo Civil; Assinatura eletrônica, Direito Português.

¹ Mestrando em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina pela Universidad de La Empresa (UDE) – Uruguai. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Comunicação Social – Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: diegofontenelelomos@gmail.com

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica impôs ao direito uma série de modificações nos seus procedimentos. Em tempos em que se debatem questões controversas como proteção de dados e privacidade, é necessário discutir o tratamento dado pelo Código de Processo Civil (CPC/2015) ao documento eletrônico, sua importância como meio de prova e a análise da sua força probatória perante a lide civil. É importante também destacar como o direito português lida como o documento eletrônico, particularmente quanto ao valor probatório ligado diretamente à questão das assinaturas eletrônicas.

1. DIREITO PROBATÓRIO NO BRASIL

1.1. CONCEITO DE PROVA

O conceito de prova no direito brasileiro é concebido a partir de três perspectivas: atividade, meio e resultado. Por atividade entende-se a relação com a fase de instrução probatória, ou seja, está ligado ao “ao conjunto de atos processuais praticados com o objetivo de reconstruir os fatos que ampararam a pretensão das partes e são relevantes para a solução do litígio” (AMARAL, 2017, p. 28). Por sua vez, o meio está relacionado à utilização de instrumentos que permitam o acesso às fontes de prova, trazendo as informações necessárias ao processo para que o responsável pela sua valoração, via de regra o magistrado, possa formar sua opinião e emitir sua decisão. Por fim, a perspectiva do resultado está relacionada com a valoração feita pelo magistrado em sua decisão, dando atenção à prova em si e não a quem a produziu. (AMARAL, 2017).

Maria Helena Diniz (2017, p. 497-498) define o termo prova como sendo uma:

1. a) Operação mental que, convincentemente, leva a inteligência ao conhecimento da verdade de uma proposição;

b) raciocínio ou apresentação de fato que afasta dúvidas; c) o que estabelece a verdade por demonstração; d) aquilo que confirma a veracidade de um fato; 2. Conjunto de meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de negócios jurídicos, tais como: confissão, atos processados em juízo, documentos públicos e particular (sic), ata notarial, testemunhas, presunção, exames e vistorias, arbitramento, inspeção judicial; 3. a) Elemento legal e moralmente legítimo, idôneo para a apuração da verdade dos fatos alegados em juízo, determinante da convicção ou do convencimento do magistrado; b) demonstração da existência do fato em que se baseia o direito do postulante, e da veracidade do que se alega como fundamento do direito que se defende ou contesta; c) afirmação negativa ou positiva do fato contestado, de cuja demonstração depende a certeza do alegado; d) meio de demonstrar o direito subjetivo em juízo; e) soma dos meios produtores da certeza.

Para Theodoro Júnior (2018, p. 896) há dois critérios para que se possa conceituar prova: (i) um objetivo e o outro (ii) subjetivo. O conceito (i) objetivo de prova a define “como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato”, já o conceito (ii) subjetivo de prova é definido como sendo “a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado”.

1.2. CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

As provas podem ser classificadas de diversas formas, utilizar-se-á a divisão criada por Nicola Framarino dei Malatesta, em que as provas são classificadas em três grupos (i) quanto ao seu conteúdo; (ii) sujeito que as emana; (iii) formas com que se apresentam (FERRAGUT, 2016).

Quanto a classificação do seu conteúdo as provas se dividem em diretas e indiretas, sendo a primeiras aquela que “representam, de forma imediata, a ocorrência do fato de implicações jurídicas, seu objeto” (FERRAGUT, 2016, p.30). São exemplos de provas diretas, a prova documental e pericial. Já a prova

indireta pode ser definida como sendo aquela que “representa a ocorrência de fatos secundários ou indiciários, dos quais advirá a implicação legal da existência ou da inexistência do fato principal (FERRAGUT, 2016, p.30).

Quanto à classificação do sujeito que emana as provas, tem-se que as provas podem ser divididas em prova pessoal, aquela que tem origem em um indivíduo, pessoa; e prova real, aquela que é inferida da própria coisa. Por fim, as provas podem ser classificadas quanto a forma como se apresentam, sendo divididas em (i) documental, (ii) testemunhal e (iii) material. (i) A prova documental é aquela originada em tinta sobre o papel; (ii) a testemunhal é formada por provas orais e oriundas de depoimentos pessoais. Tem-se que as provas testemunhais são subdivididas em testemunhal comum, que é oriunda de uma testemunha que participou do fato; e a testemunhal pericial, aquela originada *post-factum*, e que tem por objeto pessoas com conhecimento técnico sobre o assunto; (iii) já as materiais são formadas por coisas que dão prova de determinado acontecimento (FERRAGUT, 2016).

1.3. OBJETO DA PROVA

O objeto da prova no direito processual civil brasileiro possui duas características intrínsecas, deve ser: controvertido² e pertinente³, isto é, precisa haver uma divergência entre as narrativas das partes que compõem a lide, havendo necessariamente uma impugnação pela parte contrária de um fato narrado; já a pertinência tem relação com a produção ou diligências inúteis de provas, de caráter meramente protelatório (AMARAL, 2017).

Para Neves (2016) há divergência doutrinária quanto ao entendimento do que seria objeto de prova, entendendo alguns que são objeto de prova “os fatos em si”, enquanto outros entendem que são as “alegações de fato”.

Entendem-se por objeto de prova “os fatos em si” “porque nem sempre o objeto de prova é constituído de alegações, bastando para tanto lembrar os fatos que podem ser considerados de ofício pelo juiz, ainda que as partes

não os tenham alegado no processo” (NEVES, 2016, p. 1216), enquanto nas “alegações de fato” “o fato ocorreu ou não, existe ou não, enquanto a veracidade atinge exclusivamente as alegações de fato, que podem ser falsas ou verdadeiras” (NEVES, 2016, p. 1216).

Desta forma, Neves (2016, p. 1216) assevera que

A melhor doutrina ensina que o ônus da alegação dos fatos pelas partes limita-se aos fatos jurídicos (principais), que vinculam a atividade jurisdicional. O mesmo, entretanto, não ocorre com o fato simples (secundário) que poderá ser levado em consideração pelo juiz ainda que não tenha sido alegado pelas partes. Esses fatos, que o juiz pode conhecer de ofício, podem não ser objeto de alegação das partes, e ainda assim influenciarão o julgamento. O melhor, portanto, é afirmar que o objeto de prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz.

É importante destacar que alguns fatos não são objetos de prova, isto é, aqueles que não exigem provas para que sejam evidenciados. Não dependem de prova os fatos previstos no artigo 374, incisos I ao IV, quais sejam⁴: “I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (BRASIL, 2015).

1.4. LINHAS GERAIS SOBRE A ATIVIDADE PROBATÓRIA

Depreende-se, após análise que o do Código de Processo Civil de 2015, no que tange ao capítulo vinculado às provas, dois princípios estão intrinsecamente ligados ao direito probatório, são eles: o princípio da aquisição das provas e o princípio do livre convencimento motivado (BUENO, 2016; AMARAL, 2017; DONIZETTI, 2018).

No que diz respeito ao princípio da aquisição das provas, também conhecido como princípio da comunhão das provas”, o mesmo diz que,

independentemente de quem tenha produzido ou levado as provas ao conhecimento do magistrado, o julgamento deve se balizar a partir do material probatório que foi trazido aos autos. Assim, toda “prova trazida aos autos destina-se ao juiz e considera incorporada ao processo. A prova não pertence à parte que a produziu. Isso impede que a parte que trouxe a prova aos autos pretenda posteriormente desistir ou renunciar a ela” (AMARAL, 2017, p. 34).

Desta forma, a partir do momento em que as partes ingressam com as provas nos autos, as mesmas formam, de maneira una, um conjunto de provas que será apreciada pelo magistrado, valorando e constituindo seu livre convencimento. Destaca-se ainda que não existe uma tarifação legal ou hierarquia das provas, ao passo que ao analisa-las, o julgador formará sua convicção juntamente com os demais fatos e provas constantes no processo. Já sobre o princípio do livre convencimento motivado ou princípio da persuasão racional, adotado pelo país no CPC/15, cabe ao magistrado apreciar e valorar a prova de forma livre, conforme sua persuasão racional, formando assim o convencimento motivado a respeito da causa (AMARAL, 2017), “isso significa que o juiz não está exclusivamente vinculado a uma espécie de peso ou tarifa inerente a um meio de prova, assim como também não está vinculado aos meios de prova previstos expressamente na lei” (AMARAL, 2017, p. 36).

Após a definição de um conceito, a caracterização da classificação das provas, a análise do objeto da prova e dos princípios que cercam o direito probatório, pode-se a partir de agora centrar esforços na determinação das características do direito eletrônico no direito processual brasileiro.

2. O DOCUMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO

Necessário se faz, antes de tratar do ponto central deste artigo, tecer um conceito sobre a prova documental, particularmente a definição de documento. Theodoro Júnior (2018, p. 987) assevera que documento é o

“resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento. Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem” e continua:

Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos [...] Mas, em sentido estrito, quando se fala da prova documental, cuida-se especificamente dos documentos escritos, que São aqueles em que o fato vem registrado pela palavra escrita, em papel ou outro material adequado. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 987)

O documento eletrônico tem previsão legal em dois diplomas essenciais do direito brasileiro: no artigo⁵ 225 do Código Civil de 2002 e nos artigos⁶ 439 a 441 do Código de Processo Civil de 2015. Conforme Ferragut (2016) em razão da evolução tecnológica, muito provavelmente o meio magnético substituirá a prova documental.

Consoante Maria Helena Diniz (2017, p. 233), o conceito de documento eletrônico pode ser definido como:

1. É qualquer objeto capaz de propiciar a outro objeto (o suporte representativo) condições de obter a representação de um fato presente ou passado. 2. É uma sequência de bits que, traduzida por meio de determinado programa de computador, seja representativa de um fato. 3. É todo documento, público ou particular, originado por processo eletrônico de dados e armazenado em meio magnético, optomagnético, eletrônico ou similar. 4. Aquele cujas informações estão armazenadas exclusivamente em meios eletrônicos.

Amaral (2017) afirma que o conceito de documento eletrônico deve ser retirado a partir das proposições relativas aos contornos jurídicos dos documentos. Assim, define documento eletrônico como:

Aqueles que contém informações concebidas e mantidas em suporte digital. Tais registros digitais (símbolos representativos de fatos) podem pertencer a duas

categorias: (i) que necessitam de um equipamento de informática para a extração das informações, o que pode ocorrer pela leitura em uma audiência ou apresentação em meio impresso; (ii) as informações só são passíveis de serem percebidas por meio de um perito de informática, que conseguirá trazer ao processo tal conteúdo. Em ambos os casos será necessário o emprego de uma ferramenta de informática para se ter acesso às informações e torna-las inteligíveis (AMARAL, 2017, p. 187).

Assim, pode-se dizer que é inerente ao documento eletrônico a sua criação e conservação pelo meio digital. O conteúdo estará armazenado em um meio eletrônico necessitando de instrumentos informáticos para se tornarem inteligíveis. (AMARAL, 2017). Essa necessidade de utilizar uma ferramenta computacional para ter acesso aos documentos eletrônicos gera em parte da doutrina um receio quanto à vulnerabilidade do documento eletrônico, isto é, há receio de que o documento possa ser alterado o que poderia comprometer a sua autenticidade (FERRAGUT, 2016).

Nessa mesma linha, Silva (2017, p. 21) explica que a difícil percepção e forma como o conteúdo do documento eletrônico é captada, alinhada com a espontaneidade de sua transmissão e a não convencionalidade de seu registro criou um “um mito segundo o qual aquele tipo de documento seria muito mais inseguro e vulnerável do que o papel, suscetível a fraudes multifárias de edição, de difícil ou complexa detecção”. Não obstante o receio quanto a eventuais vulnerabilidades do documento eletrônico, Ferragut (2016) afirma que o mesmo deve ser superado uma vez que as formas confiáveis de controle dos dados que compõem o documento eletrônico, sem falar que há meios de autenticar os documentos eletrônicos, como a assinatura eletrônica e a impressão digital utilizando leitores específicos para isso.

Seguindo esse entendimento, Silva (2017, p. 21) declara que “A ciência não referenda, todavia, tal mito de vulnerabilidade exacerbada, haja vista que, como linguagens que são, os documentos sempre estiveram

suscetíveis a fraudes, adulterações, incorreções e falsidades, seja no meio físico em papel, seja no meio eletrônico”.

Ediberto Barbosa Clementino⁷ citado por Ferragut (2016, p. 35) elenca três requisitos para atestar a validade do documento eletrônico: (i) garantia de autenticidade, que diz respeito à pessoa do signatário; (ii) integridade, evitando a alteração posterior; (iii) proteção contra o acesso não autorizado, garantindo-se acesso restrito aos documentos que contenham elementos relativos à intimidade dos interessados”.

2.1. REQUISITOS PARA UTILIZAÇÃO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

O artigo 439 do CPC/2015 dispõe que: “A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei” (BRASIL, 2015). Depreende-se que o referido artigo pacifica o entendimento de que o documento eletrônico é meio de prova admissível no processo civil brasileiro. Além disso, o artigo 439 elenca requisitos para a utilização do documento eletrônico, conforme entendimento de Teixeira (2015, p. 574): “(i) juntada do suporte eletrônico da prova; (ii) conversão à forma impressa; (iii) verificação da autenticidade; (iv) forma prevista na lei”.

Já Pinho (2020, p. 702) difere de Teixeira (2015) e afirma que o artigo 439 traz apenas dois requisitos para a utilização dos documentos eletrônicos, sendo eles (i) devem estar convertidos à forma impressa; (ii) sua autenticidade deve ser confirmada por algum dos meios legais de certificação. As suas classificações quanto aos requisitos para utilização convergem quanto aos requisitos da conversão à forma impressa e em relação à autenticidade. Entende-se, não obstante, que os requisitos elencados por Pinho (2020) estão

7
98.

Ver: CLEMENTINO, E.B. Processo judicial eletrônico. Curitiba: Juruá, 2009, p. 95-

em maior consonância com o que o legislador objetivou ao tratar do assunto do Código de Processo Civil de 2015.

Destaca-se que o requisito da exigência da conversão do documento eletrônico à forma impressa tem a finalidade de tornar o documento acessível às partes e ao magistrado, permitindo a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (TEIXEIRA, 2015; CÂMARA, 2019).

Com esse entendimento, Teixeira (2015, p.575) ilustra que

Por isto, uma gravação em áudio somente será aceita se houver a transcrição da gravação (degravação), sob pena da prova ser tachada como ilícita e não ser admitida como já entendeu o Supremo Tribunal Federal. [...] por óbvio que não há necessidade de fazer a degravação de todo o áudio (sob pena de afronta a proporcionalidade), mas apenas das partes importantes para a resolução da lide como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): INOCORRÊNCIA: LIMINAR INDEFERIDA. 1. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degradados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 50, inc. LV, da Constituição da República). 2. Liminar indeferida” (STF - HC 91207 MC - Rel. Min. Cármen Lúcia - DJ 11/06/2007)⁸

8 Nesse sentido ver: (TRF-4 - AG: 50123707320204040000 5012370-73.2020.4.04.0000, Relator: OSNI CARDOSO FILHO, Data de Julgamento: 02/04/2020, QUINTA TURMA) “[...] No mérito, vê-se que o fundamento legal da decisão agravada é o art. 439 do CPC: A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei. Não

Quanto ao requisito de verificação da autenticidade dos documentos eletrônicos Câmara (2019) assevera que no ano de 2001 houve a criação por meio da medida provisória 2.220-2/2001 que Instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil no país com a finalidade de “para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras” (BRASIL, 2001). A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) permite que os documentos eletrônicos estejam em conformidade com o exigido em lei, dando maior segurança à sua criação, utilizando-se de certificados digitais “instrumento que garante a efetiva troca de informações entre os sujeitos identificados pela assinatura. Com isso, se o envio das informações não se der com o uso do certificado, o documento nem sequer é recebido pelo destinatário” (FERRAGUT, 2017, p. 35). Ressalta-se ainda que a ICP-Brasil não exclui a validação de outras certificações, sendo necessário um acerto entre as partes quando à validade dessa certificação.

Relativo aos mecanismos que permitem ao documento eletrônico ser considerado confiável ou válido, podem-se elencar: senhas, biometria,

se pode deduzir, porém, que todo e qualquer documento deva ser impresso. Há precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS. PROCESSO CONVENCIONAL. DEGRAVAÇÃO DE PROVA AUDIOVISUAL. RESOLUÇÃO 105/2010 CNJ. 1. O artigo 439 do CPC não implica a necessidade de transcrição ou degravação de prova produzida por meio audiovisual, sendo reservada a sua aplicabilidade para a juntada de documento eletrônico escrito. 2. A Resolução n.º 105/2010 do CNJ determina em seu artigo 2º que os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição. 3. É facultado ao magistrado, se assim desejar, exercer o direito de efetuar a degravação por conta própria, de modo que não se visualiza, em princípio, autorização legal para impor este ônus à parte. (TRF4, AG 5053630-67.2019.4.04.0000, QUINTA TURMA, Relator JOSÉ LUIS LUVIZETTO TERRA, juntado aos autos em 18/03/2020) Demais, aplica-se o art. 2º da Resolução n.º 105/2010, do CNJ: Os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição. Parágrafo único. O magistrado, quando for de sua preferência pessoal, poderá determinar que os servidores que estão afetos a seu gabinete ou secretaria procedam à degravação, observando, nesse caso, as recomendações médicas quanto à prestação desse serviço. Assim, deve ser afastada a exigência da decisão agravada. Em face do que foi dito, defiro o pedido de efeito suspensivo”.

assinaturas digitalizadas, criptografia, dentre outras. Vancim (2007, p. 26-27) explica que

O exame acerca da assinatura é de suma importância, na medida em que é o fator preponderante para se admitir o documento eletrônico como válido e seguro, pois identifica o autor do documento, um elo objeto de incansáveis discussões, mas que superado em razão de a assinatura dar presunção de autenticidade ao documento. [...] A assinatura de per si não é o bastante para dar total validade jurídica ao documento, sendo necessária igualmente a utilização de métodos que assegurem a total identificação do subscritor ao documento, e que este aprove as informações constantes no documento [...] A assinatura eletrônica seria, portanto, o meio pelo qual, através da utilização de senhas, códigos, números, seu legítimo proprietário é identificado como tal, livre a efetuar qualquer transação débito-crédito ou formular qualquer documento.

Além disso, o artigo 10, § 2º, disposto nesta Medida Provisória “não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.” (BRASIL, 2001). Isso vai de encontro ao disposto no artigo 411, inciso II, do CPC/2015⁹. Por fim, cumpridos os requisitos estabelecidos pelo art. 439, do CPC/2015, “o documento eletrônico terá a mesma eficácia dos documentos públicos ou particulares subscritos” (TEIXEIRA, 2015, p. 578).

2.2. O VALOR PROBANTE DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

O artigo 440, do CPC/2015 trata do valor probante do documento eletrônico e dispõe que “o juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor” (BRASIL, 2015).

Nessa linha de entendimento, Theodoro Júnior (2018, p. 1008-1009) assevera que o sistema de valoração probatória no direito processual

civil brasileiro se da pela “convicção formada sobre todo o conjunto dos meios disponíveis nos autos, sem hierarquia entre eles, é perfeitamente possível que o juiz admita a autenticidade do documento eletrônico, ainda quando não tenha sido formado com obediência aos requisitos da certificação digital”.

Da mesma forma, Theodoro Júnior (2018, p. 1009) afirma que o recuso à ata notarial para certificação é relevante para resguardar a veracidade do documento eletrônico e elenca sete regimes da prova por documento eletrônico, previsto no CPC/2015:

(a) o documento emitido por meio de assinatura digital, acompanhado de certificação nos moldes do ICP-Brasil, equivale a documento particular autêntico (art. 439); (b) o documento eletrônico formado sem as cautelas da assinatura digital é meio de prova, cuja força de convencimento, entretanto, será avaliada dentro das circunstâncias do caso concreto; (c) para a utilização do documento eletrônico no processo convencional, deverá ele ser convertido à forma impressa, e submeter-se à verificação de autenticidade, na forma da lei (art. 439); (d) no processo digital, o documento eletrônico não convertido será avaliado pelo juiz em seu valor probante, assegurado sempre às partes o acesso ao respectivo teor (não poderá, por exemplo, permanecer cifrado) (art. 440); (e) a produção e conservação dos documentos eletrônicos utilizados no processo judicial observará a legislação específica (Lei 11.419/2006, arts. 11 e 12) (art. 441); (f) a exibição e o envio de dados e de documentos existentes em cadastros públicos, mantidos por entidades públicas, concessionárias de serviço público ou empresas privadas, e que contenham informações indispensáveis ao exercício da função judicante, poderão ocorrer por meio eletrônico, se o juiz assim determinar (Lei 11.419/2006, art. 13) (art. 425, V); e (g) a digitalização de documento físico para uso em processo comum ou eletrônico equivale a cópia reprográfica (xerox), devendo o original ser conservado pela parte, para conferência em juízo, se ocorrer futura impugnação (art. 425, VI e § 1º).

Já Silva (2017) afirma que os documentos eletrônicos estão sujeitos à mesma valoração e força probatória que os documentos públicos e documentos privados subscritos. A autora explica também que nos casos

em que o processo esteja tramitando de forma não eletrônica – física – o documento deve ser convertido à forma impressa nos moldes do previsto no artigo 439. Contudo, necessário se faz esclarecer que na impossibilidade da conversão à forma impressa, deve-se levar em consideração os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que ninguém está obrigado ao impossível, conforme entendimento jurisprudencial acima mencionado (ver nota de rodapé nº 08). Desta maneira, Silva (2017) declara:

Assim, uma vez convertido para o papel, por meio da impressão, e livremente juntado com a verificação de sua autenticidade, como determina o art. 439 do CPC/2015, o documento eletrônico assume a mesma força probatória de um documento público ou particular subscrito, cabendo à parte adversa, em caso de impugnação, o ônus de demonstrar a sua eventual falsidade, diante da presunção de validade daquele documento.

É importante destacar a assertiva frase de Didier Júnior (2016, p.227) ao versar sobre a perda da eficácia probatória do documento eletrônico ao não poder ser reduzido à forma impressa: “O documento eletrônico não convertido em papel não perde, só por isso, a sua eficácia probatória. Seria esdrúxulo se assim o fosse: o original do documento valeria menos que a sua cópia”. Por fim, Amaral (2017, p. 204) afirma que:

Não se vislumbra nenhuma peculiaridade acerca da eficácia probatória do documento público eletrônico. Tal como no documento concebido sobre o suporte de papel, no documento eletrônico existirá presunção de veracidade acerca da formação do ato e de tudo que eventualmente tenha se passado na presença do oficial público. [...] O documento eletrônico particular que contenha assinatura digital certificada por entidade certificadora autorizada equivalerá ao reconhecimento de firma por tabelião. A existência de uma assinatura digital certificada implicará presunção de que o responsável pelo documento é quem ali consta como signatário.

Uma vez elencados os requisitos para a utilização e análise da força probante do documento eletrônica no direito brasileiro, aborda-se o referido meio de prova no direito português.

3. O DOCUMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO PORTUGUÊS

A temática do documento eletrônico em Portugal iniciou a partir do desenvolvimento do comércio eletrônico no país. A partir disso, foi publicada a Resolução do Conselho de Ministros nº 115/1998 que criou a “Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrônico¹⁰” com a finalidade de normatizar a questão dos documentos eletrônicos no país. No ano de 1999 foi publicado o Decreto-lei 290-D/1999 que tratava do “regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura digital¹¹”. Contudo o referido decreto foi alterado significativamente pelo Decreto-lei 62/2003 com a finalidade de estar em conformidade com a Diretiva 1999/1993/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho¹² (AMARAL, 2017).

Diante disso, o Decreto-lei 62/2003 traz no seu artigo 2º, alínea “a” o conceito de documento eletrônico: “documento elaborado mediante processamento electrónico de dados”.

O Regulamento (UE) nº 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da identificação eletrônica e dos serviços de confiança para a realização de transações eletrônicas e que revogou a Diretiva 1999/93/CE, em seu artigo 3º, nº 35, define documento eletrônico como sendo “qualquer conteúdo armazenado em formato electrónico, nomeadamente

10 Para saber mais sobre a Resolução do Conselho de Ministros nº 115/98 de 01 de setembro de 1998, visite o site: < <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=956802>>.

11 Para conhecer melhor o Decreto-lei 290-D/1999, acesse: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/445741/details/maximized>>.

12 Para saber mais sobre a Diretiva 1999/1993/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, visite o site: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31999L0093> >.

texto ou gravação sonora, visual ou audiovisual” (REGULAMENTO (UE) Nº 910/2014).

Sousa (2017, pos.520-525) elenca três características que o documento eletrônico deve possuir, quais sejam: “(i) O documento deve estar redigido em linguagem binária; (ii) Deve estar armazenado em suporte informático, ótico, magnético ou outro; (iii) Com recurso a apropriado programa informático, o documento deve ser convertível numa linguagem compreensível para o homem”. Outra característica que Sousa (2017, pos.576) afirma ser ínsita ao documento eletrônico é “a sua volatilidade/instabilidade na medida em que a sequência originária de bits pode ser modificada, sem que fique rasto físico (perceptível externamente) da modificação no suporte”.

É importante destacar, consoante Amaral (2017, p. 193) que “caso o documento eletrônico seja passível de representação como declaração escrita e contenha uma assinatura eletrônica qualificada certificada por entidade certificadora credenciada, ele ostentará força probatória de documento particular assinado, fazendo prova plena das declarações”.

No caso do documento não ser suscetível de “representação como declaração escrita” em razão de conter imagens, terá sua força probatória como disposta no artigo 368 do Código Civil Português¹³ e no artigo 167 do Código de Processo Penal Português¹⁴, fazendo prova do fato e necessitando de assinatura eletrônica qualificada (AMARAL, 2017).

13 O artigo 368 do Código Civil Português diz que: “As reproduções fotográficas ou cinematográficas, os registos fonográficos e, de um modo geral, quaisquer outras reproduções mecânicas de factos ou de coisas fazem prova plena dos factos e das coisas que representam, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua exactidão” (PORTUGAL, 1966).

14 O Artigo 167 do Código de Processo Penal Português diz que: “1 – As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo electrónico e, de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título iii deste livro” (PORTUGAL, 1987).

3.1. VALOR PROBATÓRIO DO DOCUMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO PORTUGUÊS

O direito probatório português trata o documento eletrônico como um meio de prova que possui duas vertentes, a primeira ligada à identidade do autor (procedência) e a segunda relacionada à veracidade do conteúdo, isto é, uma está ligada ao aspecto formal e a outra ao aspecto material. Assim, o valor probatório do documento eletrônico está vinculado aos tipos de assinatura eletrônica presentes no documento (SOUSA, 2017).

A assinatura eletrônica é considerada um gênero que se subdivide em diversas espécies. Analisar-se-ão duas espécies em particular: a assinatura eletrônica não avançada e a assinatura eletrônica avançada. A assinatura eletrônica não avançada ou simples, como também é conhecida, é definida pelo Regulamento (EU) nº 910/2014, em seu artigo 3º, nº 10, como sendo “os dados em formato eletrônico que se ligam ou estão logicamente associados a outros dados em formato eletrônico e que sejam utilizados pelo signatário para assinar”. Sousa (2017, pos.1376) explica que:

A definição assim formulada não faz referência a uma particular tecnologia informática, de forma a que a evolução tecnológica não conduza à obsolescência do conceito legal (princípio da neutralidade tecnológica). Ou seja, a definição não apela a específicos padrões técnicos, descrevendo a fattispecie em termos genéricos e abertos, deixando a sua concretização ao intérprete. A expressão assinatura eletrônica define um critério de conexão entre uma tecnologia não especificada e algumas das funções da assinatura autógrafa. O segmento final da definição (“para assinar”) sublinha a função declarativa da assinatura a par da função de meio de autenticação, sendo pressuposta a função identificativa da assinatura. A aposição de assinatura eletrônica a um documento eletrônico é idónea a manifestar a adesão ao conteúdo do documento por parte do subscritor. Deve atentar-se que o Regulamento 910/2014 consente a emissão de assinaturas eletrônicas apenas a pessoas singulares/físicas, só estas podendo ser “Signatários” (cf. Artigo 3º, nº9), criando o instituto do selo eletrônico para as pessoas coletivas.

Já a assinatura eletrônica avançada é definida pelo Regulamento (EU) nº 910/2014, em seu artigo 3º, nº 11 como sendo “uma assinatura eletrônica que obedeça aos requisitos estabelecidos no artigo 26”. Os requisitos aos quais a referida legislação faz menção, encontram-se dispostos no artigo 26, diz:

a) Estar associada de modo único ao signatário; b) Permitir identificar o signatário; c) Ser criada utilizando dados para a criação de uma assinatura eletrônica que o signatário pode, com um elevado nível de confiança, utilizar sob o seu controlo exclusivo; e d) Estar ligada aos dados por ela assinados de tal modo que seja detetável qualquer alteração posterior dos dados. (REGULAMENTO (UE) Nº 910/2014).

Não se pode esquecer de mencionar que a assinatura eletrônica possui uma subdivisão conhecida como assinatura eletrônica qualificada, definida no artigo 3º, nº 12 como “uma assinatura eletrônica avançada criada por um dispositivo qualificado de criação de assinaturas eletrônicas e que se baseie num certificado qualificado de assinatura eletrônica” (REGULAMENTO (UE) Nº 910/2014).

Já o certificado qualificado de assinatura eletrônica, também previsto no artigo 3º, nº15, como sendo “um certificado de assinatura eletrônica, que seja emitido por um prestador de serviços de confiança e satisfaça os requisitos estabelecidos no anexo I¹⁵” (REGULAMENTO (UE) Nº 910/2014).

15 ANEXO I: “Requisitos aplicáveis aos certificados qualificados de assinatura eletrônica. Os certificados qualificados de assinatura eletrônica contêm: a) Uma indicação, pelo menos num formato adequado ao tratamento automático, de que o certificado foi emitido como certificado qualificado de assinatura eletrônica; b) Um conjunto de dados que representem inequivocamente o prestador qualificado de serviços de confiança que tiver emitido os certificados qualificados, incluindo, pelo menos, o Estado-Membro em que esse prestador se encontre estabelecido e — para as pessoas coletivas: a designação e, eventualmente, o número de registo conforme constam dos registos oficiais, — para as pessoas singulares: o nome; c) Pelo menos, o nome do signatário, ou um pseudónimo, caso seja utilizado um pseudónimo, este deve ser claramente indicado; d) Os dados necessários para a validação da assinatura eletrônica que correspondam aos dados necessários para a criação da assinatura eletrônica; e) A indicação do início e do termo da validade do certificado; f) O código de identidade do certificado, que deve estar associado de modo único ao prestador qualificado de serviços de confiança; g) A assinatura eletrônica avançada ou o selo eletrónico avançado do prestador qualificado de serviços de confiança emitente; h) O local em que está disponível, a título gratuito, o certificado que sustenta a assinatura eletrônica avançada ou o selo eletrónico avançado a que se refere a alínea g; i) A localização dos serviços aos quais se pode recorrer para inquirir da

Por fim, faz-se mister destacar que assinatura eletrônica qualificada possui dois requisitos necessários: “a criação através de um dispositivo qualificado e a sua atestação através de um certificado qualificado. O seu maior grau de segurança advém destes requisitos adicionais” (SOUSA, 2017, pos. 1419).

Desta maneira, fica claro que a força probante do documento eletrônico no direito português trata a assinatura eletrônica como meio seguro para registrar a integridade do referido meio de prova. Percebe-se, assim, -se a diferença fundamental acordada as assinaturas eletrônicas no direito brasileiro e português.

4. CONCLUSÃO

O legislador brasileiro ao tratar do documento eletrônico no código de processo civil delimitou apenas três artigos para discutir o tema. Não abordou, de forma aprofundada questões relativas à autenticidade, deixando o operador do direito com uma legislação extremamente defasada não abordando as novas tecnologias existentes sobre a verificação e autenticidade de dados. Fica evidente, ainda, que o referido legislador perdeu uma oportunidade única de tratar da temática de forma mais clara e concentrando em um só diploma as questões sobre autenticidade e segurança do documento eletrônico, meio de prova usado com uma frequência, cada vez maior, nos processos judiciais eletrônicos. Por outro lado, os portugueses, da mesma forma, não deram a atenção que deveriam à questão do documento eletrônico tornando-se, sendo necessário uma norma do Parlamento Europeu e Conselho que trouxesse definições e questões ligadas à segurança do documento eletrônico,

validade do certificado qualificado; j) Se os dados para a criação da assinatura eletrônica relacionados com os dados para a validação da assinatura eletrônica se encontrarem num dispositivo qualificado de criação de assinatura eletrônica, uma indicação adequada desse facto, pelo menos num formato adequado para tratamento automático (REGULAMENTO (UE) Nº 910/2014).

estabelecendo requisitos e derogando a norma interna vigente. Fica evidente que o regimento europeu tratou de forma mais clara a questão da segurança do documento eletrônico, abordando mais pormenorizadamente os tipos e subtipos assinaturas eletrônicas existentes, com a finalidade de dar maior segurança e valor probante ao documento eletrônico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, P.O. **Provas:** atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2ºed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 08 de abril de 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 08 de abril de 2018.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm Acesso em 06 abr 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91207 MC - Rel. Min. Cármen Lúcia - DJ 11/06/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. AG: 50123707320204040000 5012370-73.2020.4.04.0000, Relator: OSNI CARDOSO FILHO, Data de Julgamento: 02/04/2020, QUINTA TURMA.

BUENO, C.S. **Manual de direito processual civil:** inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, A.F. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 3ª.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

- CÂMARA, A.F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.
- CLEMENTINO, E.B. **Processo judicial eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2009.
- DINIZ, M.H. **Dicionário jurídico universitário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017
- DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- DIDIER JÚNIOR, F; BRAGA, P.S; OLIVEIRA, R.A.D. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FERRAGUT, M.R. **As provas e o direito tributário**: teoria e prática como instrumento para a construção da verdade jurídica. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NEVES, D.A.A. **Manual de direito processual civil**. vol. Único. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016
- MARCACINI, A.T.R. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2015.
- SANTOS, E. F.D. **Manual de Direito Processual Civil v. 1** – 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, A.D.A. Documento eletrônico – reflexões fragmentadas à luz do novo código de processo civil. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 83, no 2, abr/jun 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110169/2017_silva_alexandre_doc_eletronico.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso 08 abr 2020
- PINHO, H.D. B.D. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2.ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PORTUGAL. Decreto-lei n.º 47.344/66, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&so_miolo=&tabela=leis&nversao= Acesso em 08 abr 2020

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro de 1987. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&so_miolo=&tabela=leis&nversao= Acesso em 08 abr 2020

REGULAMENTO (EU) Nº 910/2014 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de julho de 2014. Relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=PT> Acesso em: 08 abr 2020.

SOUSA, L.F.P.D. **O valor probatório do documento eletrónico no processo civil** - 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2017, Edição do Kindle.

TEIXEIRA, W.D.B.L. **A prova eletrônica (documentos eletrônicos) no CPC-2015**. In: DIDIER, JÚNIOR, F; FERREIRA, W.S.F; JOBIM, M.F. (coord.). Grandes temas do Novo CPC, v. 5: Direito probatório. Salvador: Juspodivm, 2015.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VANCIM, A.R. O documento eletrônico e sua implicação no Direito. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 58, nº 182, p. 19-30, jul./set. 2007.

ilustrações de Elena Mozhvilo
unsplash.com/@miracleday

Garamond Pro e Gascogne
Off-set LD 75g

AGRADECIMENTOS

Tenho muitas pessoas a agradecer. Mas tem agradecimentos que não podemos deixar de fazer, sem os quais essa obra não existiria. Primeiramente a Deus, por ter me dado muita sabedoria e parcimônia para chegar até aqui. À minha família, meu tudo, Maximus e Gabriel, amores infinitos. A todos os meus alunos pesquisadores, os que já passaram e os que ainda permanecem, sem vocês eu nada seria, gratidão pela confiança e amizade nesses longos anos.

Agradecimento à Universidade de Fortaleza-UNIFOR, na pessoa da profa. Katherine Mihaliuc, diretora do Centro de Ciências Jurídicas-CCJ, que desde que levei o projeto do Grupo de Estudos Processuais, ainda um embrião, abraçou a ideia e teve seu apoio. A todos os colegas que sempre me motivaram a dar continuidade com os trabalhos voltados à pesquisa e aos funcionários da Unifor, sempre com uma mão estendida para ajudar.

Agradeço o carinho e atenção do amigo e professor, Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana que nos abrilhanta com o prefácio do livro.

Espero de algum modo poder ter contribuído para uma maior divulgação dos estudos processuais, apaixonada que sou por esta disciplina, não querendo com isso, esgotar o tema.

Toda crítica construtiva, sempre será bem vinda.

Elizabeth Alecrim
Soares Coelho

Doutoranda em Ciências Políticas pela Universidade de Lisboa - UL, Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Assessora Jurídica do Conselho Regional de Contabilidade do Ceará-CRCCE, Vice-Presidente da Comissão de Estudos Políticos da OAB/CE, Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, Especialista em Direito Penal pela UNIFOR e Processual Civil pela ESMP-CE, Professora de Direito Processual Civil do curso de graduação e pós-graduação, concursos jurídicos e OAB. Coordenadora do Grupo de Estudos Processuais - GEP da Unifor, pesquisadora da UNIFOR, advogada militante, palestrante.

À luz dos ensinamentos do saudoso Paulo Freire, de que “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”, em 2014, no auge das discussões do novel CPC, formou-se o Grupo de Estudos Processuais, dedicado à busca pelo conhecimento no próprio sistema processual brasileiro. A partir de trabalhos, debates em sala e seminários, produzimos artigos e contribuições que antes resultaram em dois volumes do livro “Reflexões Críticas do Processo Civil”.

No desejo de pensar fora da caixa, extrapolar novos conhecimentos, novos horizontes, surgiu a ideia de buscar os sistemas processuais de outros países e os analisarmos à ótica do ordenamento jurídico brasileiro. A ideia era contribuir com o nosso sistema jurídico-processual. Abraçada pelo grupo e animada pelos empreendimentos de pesquisa dos autores dedicados aos diferentes temas aqui contemplados, assim nasceu esta obra.

A Coordenadora